

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 06-035

PM 2 2007-03-07 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (bristande annonsering och transparens i anbudsunderlaget).

Robertsfors kommun har i samband med en upphandling av vinterväghållning underlåtit att annonsera upphandlingen i föreskriven ordning samt angivitvärderingskriterier utan närmare inbördes viktning. Vidare har uppgifter om vilka som har hämtat ut förfrågningsunderlaget gjorts allmänt tillgängliga innan upphandlingen avslutats.

Robertsfors kommun infortrade genom annonsering den 26 augusti 2006 i Västerbottens-Kuriren, Västerbottens Folkblad och tidningen Norra Västerbotten anbud avseende vinterväghållning av gator och övriga fastigheter i kommunen under perioden 2006 - 2010.

I förfrågningsunderlaget, punkten AFB 14. anges att upphandlingen skall handläggas som en s.k. förenklad upphandling enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU. Vidare framgår, enligt punkten AFB.52, att anbudsprövningen skall komma att ske på affärsmässiga grunder samt att de /det för kommunen ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet / anbudet kommer att antas utifrån följande rangordnade utvärderingskriterier:

- Pris
- Företagets kompetens och resurser
- Plan för organisation och genomförande
- Kvalitets- och miljösystem

Någon information om hur angivna kriterier skall komma att viktas inbördes vid kommunens bedömning av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga framgår inte av annonsen om upphandlingen eller i övrigt av underlaget. Sista anbudsdag var den 15 september 2006. Anbudsfristen var således totalt 21 dagar.

Förfrågningsunderlaget för upphandlingen tillhandahölls intresserade leverantörer i kommunens reception, där det även fanns allmänt tillgängligt en liggare med uppgift om vilka leverantörer som rekviderat eller på plats hämtat ut underlaget.

Upphandlingens värde kan med ledning av inkomna anbud uppskattas till c:a 2,4 miljoner kronor per säsong.^[1] Med tillämpning av gällande beräkningsregler för det s.k. kontraktsvärdet⁴ uppgår detta således uppskattningsvis till c:a 9,6 miljoner kronor under avtalets beräknade löptid av fyra säsonger.

Länsrätten i Västerbottens län har genom dom den 8 november 2006 förordnat att upphandlingen skall göras om.^[2]

Gällande rätt

Offentliga upphandlingar regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling - LOU. Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande tjänster utgör sådana s.k. A-tjänster (kategori 16 – CPV 90212000)^[3] enligt en bilaga A till lagen vilka, om det samlade kontraktsvärdet^[4] av upphandlingen överstiger tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,845 miljoner kronor^[5], skall upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU. Enbart om det samlade kontraktsvärdet understiger angivet tröskelbelopp kan handläggningen ske i enlighet med bestämmelserna i 6 kap. LOU.

Lagens här aktuella bestämmelser bygger ursprungligen på Europeiska rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (det s.k. tjänsteupphandlingsdirektivet). Sedan den 1 februari 2006 gäller emellertid en nytt direktiv - Europeiska rådets och parlamentets direktiv 2004/18/EEG av den 31 mars

2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiskaupphandlingsdirektivet). Detta direktiv äger numera giltighet med s.k. direkt effekt, vilket innebär att direktivtexten har företräde framför nationella bestämmelser med avvikande innebörd eller lydelse.^[6]

Frågan om grunderna för vilka anbud som skall antas är mycket central för syftet att uppnå ett icke diskriminerande upphandlingsresultat. Förekommande offentliga upphandlingar skall därför alltid handläggas i enlighet med kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU, vilket innefattar att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och icke-diskriminering, proportionalitet, förutsebarhet och transparens samt ömsesidigt erkännande skall iakttas.

Oberoende av upphandlingens värde skall enligt 5 kap. 12 § och 1 kap. 8 § eller 6 kap. 2 § första stycket samt 2a § LOU den upphandlande enheten offentliggöra sina upphandlingar genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som leder till effektiv konkurrens. Upphandling av A-tjänster över tröskelvärdet skall alltid annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) genom att en annons om upphandlingen på snabbaste lämpliga sätt skickas till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer. Vid öppen upphandling skall anbudsfristen vara minst 52 dagar^[7] och vid selektivt och förhandlat förfarande minst 37 dagar från den dag då annonsen om upphandling avsändes (5 kap. 20 – 21 §§ LOU).

Enligt den s.k. *transparensprincipen* skall upphandlingsförfarandet präglas av klarhet och öppenhet och leverantörerna skall lämna förutsättningar så att de på bästa sätt inför anbudsgivningen kan förutse på vilket sätt deras anbud kommer att beaktas vid den jämförande värderingen av inkomna anbud. I den upphandlingsrättsliga doktrinen framgår bl.a. följande avseende kravet på transparens och öppenhet (KKO:s markering med understruken text).^[8]

”Med transparens förstås främst skyldigheten för den upphandlande enheten att lämna information om upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa samt rättigheten för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vilka rättigheter och skyldigheter som föreligger. Vilka åtgärder en upphandlande enhet kommer att vidta under upphandlingsprocessen, skall således vara förutsebara för leverantörerna. Därför krävs:

- information om existerande regelverk (direktiven har offentliggjorts genom EGT och LOU genom svensk författningssamling, SFS).
- information om kommande upphandlingar och vilka krav som ställs på dessa samt eventuella ändringar av dessa krav (sker genom annonseringskravet i EGT).
- information i förhand om vilka objektiva kriterier som gäller för upphandlingen (skall framgå av annons eller förfrågningsunderlag).
- information om resultatet av upphandlingar (sker genom krav på annonsering i efterhand).
- information till anbudsgivare som inte kommit i fråga (sker genom krav på upphandlande enheter att inom 15 dagar meddela anbudsgivarna varför de inte antogs och vem som fick uppdraget).

Ett viktigt exempel på transparens är kravet på att förfrågningsunderlaget är fullständigt och tydligt, att utvärderingskriterierna om möjligt är rangordnade och att annan viktning eller betygsättning av kriterierna så långt möjligt framgår för leverantörerna. Leverantören måste kunna förstå vad den upphandlande enheten efterfrågar så att han kan lämna rätt anbud och poängtera dess fördelar.

Leverantören skall inte behöva gissa sig till vad som efterfrågas. Detta har naturligtvis också stor ekonomisk betydelse för att den upphandlande enheten skall få rätt leveranser som svarar mot det behov enheten har”.

För det fall att tilldelning skall ske enligt principen för ”ekonomiskt mest fördelaktiga anbud” har i det nya klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EEG) intagits en särskild bestämmelse i artikel 53.2 med innebörden att den upphandlande enheten i meddelandet om upphandlingen skall ange hur de olika kriterierna skall komma att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Enbart om viktning inte är

möjlig av påvisbara skäl får den upphandlande myndigheten ange kriterierna i fallande prioriteringsordning.^[9]

Angivna direktivbestämmelse bygger på EG-domstolens praxis där skyldigheten att redovisa viktningen av värderingskriterier tidigare har fastställts.

EG-domstolen noterade i *UniversaleBau*(C-470/99) att det fick anses utrett att den upphandlande enheten redan från början fastställt vilken betydelse (viktning) som skulle tillmätas vart och ett av de urvalskriterier som enheten avsåg att tillämpa. Anbudsinfordran innehöll emellertid inte någon uppgift om detta utan enheten nöjde sig med att deponera handlingarna avseende viktningssystemet hos en notarie. EG-domstolen uttalade i anledning av detta att "... då kontrakt skall tilldelas vid offentlig upphandling måste både principen om likabehandling av möjliga anbudsgivare och principen om insyn iaktas i alla stadier, och bland annat då anbudssökande väljs ut i ett selektivt förfarande, så att alla ges samma möjligheter när de utformar sina ansökningar om deltagande eller sina anbud ...". Domstolen konstaterade därvid att om den upphandlande enheten i ett selektivt förfarande i förväg har fastställt regler för den inbördes betydelsen (viktningen) av kriterierna för att välja vilka anbudssökanden som får lämna anbud, skall dessa regler anges i annonsen eller förfrågningsunderlaget.^[10]

Även i svensk nationell rättspraxis förekommer ett antal avgöranden där domstolarna har bedömt vad de upphandlande enheterna har iakttagit i fråga om rangordning och viktning.

Kammarrätten i Jönköping hade^[11] att pröva Vägverkets upphandling avseende tillverkning och leverans av registrerings skyltar, där värderingskriterierna inte hade rangordnats och viktats på ett tydligt sätt i förfrågningsunderlaget. Kammarrätten, vilken förordnade att upphandlingen skulle göras om, angav i domskälen bl.a. följande motivering:

"För att kunna lämna ett väl avvägt anbud måste således varje anbudsgivare redan i förfrågningsunderlaget kunna utläsa hur såväl skall-krav som bör-krav kommer att värderas av den upphandlande enheten. Det har inte framkommit att det varit omöjligt för Vägverket att rangordna och vikta de olika kraven. Vid avsaknad av rangordning och viktning finns utrymme för subjektiva värderingar, vilket inte får förekomma. Ett förfrågningsunderlag som inte är klart och tydligt åsidosätter principen om förutsebarhet och öppenhet (transparens) och principen om affärsmässighet och innebär ett brott mot 1 kap. 4 § LOU. Enligt kammarrättens mening har det i målet aktuella förfrågningsunderlaget inte uppfyllt kraven på transparens och affärsmässighet".

Beträffande frågan på vilket sätt skaderekvisitet kunde anses uppfyllt vid den ifrågasatta typen av överträdelse angav kammarrätten följande:

"Det förhållandet att utvärderingskriterierna i förfrågningsunderlaget inte rangordnats och viktats försvårar en rättvis jämförelse av anbudena. Den förutsebarhet och öppenhet som eftersträvas motverkas och kan komma att medföra skada för /leverantören/ vid prövning av det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet".

Kammarrätten i Göteborg^[12] hade att pröva Mölndals kommuns upphandling avseende abonnentväxel och stödfunktioner, där värderingsomständigheterna hade rangordnats men enbart delvis viktats på ett tydligt sätt i förfrågningsunderlaget. Kammarrätten förordnade att upphandlingen skulle göras om.

Av underlaget för upphandlingen framgick endast att vissa huvudkriterier skulle komma att viktas mot varandra medan det vid utvärderingen visade sig att poängsättning och viktning skedde även av ett antal underkriterier. Av kravspecifikationen gick det inte heller att utläsa att vissa av de punkter som angavs i kravspecifikationen vid utvärderingen även kommer att bilda underkriterier till i förfrågningsunderlaget angivna underkriterier och poängställas inbördes. Kammarrätten angav att det måste förutsättas att leverantörernas möjlighet att utforma sina anbud skulle ha varit andra än vad som nu varit fallet om vetskap förelegat om hur utvärderingen skulle gå till varvid den klagande leverantören kunde anses ha lidit skada eller riskerat skada.

Länsrätten i Stockholms län^[13] hade att pröva Stockholms läns landstings (genom Locum AB) upphandling av renhållningstjänster, där värderingsomständigheterna hade rangordnats

men inte viktats på ett tydligt sätt i förfrågningsunderlaget. Länsrätten förordnade att upphandlingen skulle göras om, mot länsrättens dom lämnades inte prövningstillstånd.

Av förfrågningsunderlaget framgick att bedömning skulle komma ske utifrån tre kriterier som i förfrågningsunderlaget hade rangordnats i inbördes angelägenhetsgrad (A-C). Av underlaget framgick däremot inte någon poängsättning eller viktningsprocent för de olika individuella utvärderingskriterierna eller att viktning skulle komma att ske. Länsrätten konstaterade att förfrågningsunderlaget därmed inte varit så preciserat att det stått klart för anbudsgivarna vad som krävs för att ett anbud skall komma att antas. Kravet på affärsmässighet vid upphandlingen har härigenom åsidosatt, varvid de klagande leverantörerna kunde anses ha lidit skada eller riskerat skada.

Bestämmelser om offentlighet och sekretess vid offentlig upphandling återfinns i sekretesslagen (1980:100). Enligt 6 kap. 2 § får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun inte i något fall lämnas till annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts. Av lagbokskommentaren till sekretesslagen framgår att till uppgifter som rör anbud hör uppgifter som kan tjäna som upplysning, om visst anbud har infordrats eller avgetts, eller som på annat sätt avser ett visst anbud, häri inbegripet arbetspromemorior och andra handlingar som har upprättat av myndigheten.

Yttrande

Robertsfors kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en privat expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Robertsfors kommuns nu aktuella upphandling av vinterväghållning avser s.k. A-tjänster till ett så högt värde att bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU jämte vid varje tidpunkt gällande EG-direktiv skall tillämpas. Enligt dessa bestämmelser skulle en annons om upphandlingen ha skickats till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer för vidare publicering i EGT. Eftersom upphandlingen inte hade förhandsannonserats fick anbudsfristen vidare inte understiga 52 dagar eller (beroende av valet av upphandlingsförfarande) lägst 37 dagar. Kommunen skulle vidare ha angivit hur värderingskriterierna viktats inbördes inför bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Genom att kungöra upphandlingen i enbart lokala tidningar har kommunen åsidosatt föreskriften om annonsering i EGT. Den förhållandevis korta anbudsfristen på 21 dagar underskrider även de minimifrister som följer av lag och direktiv och som avser att säkerställa att anbudsgivning kan ske på för leverantörerna tidmässigt godtagbara villkor. Vidare strider kommunens användning av icke viktade värderingskriterier mot kravet på förutsägbarhet och transparens som ytterst följer av EG-fördraget och även har fått sin konkreta uttolkning genom särskilda föreskrifter i det nya upphandlingsdirektivet för den klassiska sektorn (2004/18/EEG).

Upphandlingen strider härigenom mot föreskriften om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Det finns även skäl att ifrågasätta affärsmässigheten i kommunens förfarande att hålla allmänt tillgänglig en förteckning över vilka – leverantörer eller andra – som har hämtat ut förfrågningsunderlaget för upphandlingen. Uppgifter som kan tjäna som upplysning huruvida visst anbud har infordrats eller avgetts skall normalt omfattas av sekretess och det ligger nära

till hands att anta att en konkurrerande leverantörer med ledning av kommunens förteckning kan få en otillbörlig insikt om konkurrensläget i upphandlingen.

Sammantaget har upphandlingen på flera punkter handlagts på ett sätt som snedvridit eller riskerat snedvrida konkurrensen på marknaden förvinterväghållning och snöröjning.

-
- ^[1] Priset har med ledning ur inkomna anbud uppskattats till 100.000 kronor per snösväng och 80.000 kronor per sandsväng. Uppskattningsvis åtgår under en säsong c:a 20 snösvängar och 56 sandsvängar. Sammanlagt kontraktswärde per säsong uppgår således till $(100.000 \times 20 + 80.000 \times 5) = 2.000.000 + 400.000$ kronor = 2,4 mkr per säsong $\times 3 = 7,2$ mkr.
- ^[2] Länsrätten i Västerbottens län, dom den 8 november 2006 i mål nummer 2130-06 E.
- ^[3] Vad som i angiven mening skall anses utgöra s.k. A- (respektive B-tjänster) framgår av bilaga A (respektive bilaga B) till lagen om offentlig upphandling. Bilagorna bygger i allt väsentligt på en klassificering av tjänster som numera finns sammanställd i den av EU-rådet och parlamentet antagna s.k. CPV-nomenklaturen (*Common Procurement Vocabulary*). CPV klassificerar c:a 6.000 varor och tjänster. Tanken är att den skall ersätta förekommande nationella klassifikationer vid handel inom Europeiska unionen. Koderna är 8-ställiga och är strukturerade enligt följande: divisions (två siffror), main groups, (fyra siffror) samt product groups (sex siffror). Snöröjning har inom kategorin tjänster enligt CPV 2003 angivits som CPV 90212000. - se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EEG/2195/2002) av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), som trädde i kraft den 12 december 2003.
- ^[4] Om ett upphandlingskontrakt avseende tjänster inte anger något totalpris skall kontraktswärdet enligt 5 kap. 7 § LOU beräknas till det fulla värdet av tjänsterna under kontraktets löptid om denna är högst 48 månader och till månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.
- ^[5] Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från och med den 15 februari 2004, vid upphandlingar av varor och tjänster. Motsvarande tröskelvärde, under perioden den 1 januari 2002 till och med den 14 februari 2004, var fastställt till 1,741 miljoner kronor.
- ^[6] Se RÅ 1996 ref. 50 (*Buss i Uppland*) se även EG domstolens dom den 5 februari 1963 i målet *Van Gend en Loos* (C-26/62) samt den 9 mars 1978 i målet *Simmenthal*(C-06/77).
- ^[7] Om den upphandlande enheten har förhandsannonserat upphandlingen får anbudsfristen förkortas till en annan tid som är tillräckligt lång för att de som är intresserade skall kunna lämna anbud. Den förkortade fristen bör vara minst 36 dagar från den dag då annonsen enligt första stycket avsändes och får aldrig vara kortare än 22 dagar. Fristen får dock förkortas endast om 1. förhandsannonsen innehöll alla de uppgifter som vid tidpunkten för förhandsannonseringen var tillgängliga och som föreskrivs i de särskilda bestämmelser som gäller om annonser vid öppen upphandling, och 2. minst 52 dagar, men högst 12 månader, gått från den dag då förhandsannonsen avsändes.
- ^[8] Hentze och Sylvén, lagbokscommentaren till lagen om offentlig upphandling, Norstedts 1998, upplaga 1:2 sid. 15 f (den blå upplagan).
- ^[9] Se även Upphandlingsutredningens delbetänkande "Nya upphandlingsregler" (SOU 2005:22) sid. 356. f.
- ^[10] EG-domstolens förhandsavgörande den 12 december 2002 i mål C-470/99, *Universale-Bau AG m.fl. / . Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*.
- ^[11] Kammarrätten i Jönköping mål nr 2976-2001.
- ^[12] Kammarrätten i Göteborg mål nr 2409-03 E.
- ^[13] Länsrätten i Stockholms län, mål nr 2079-03E.
-