

PM-2 2002-04-17 - SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling

Uppvidinge kommun har vid upphandling av ismaskiner utan godtagbara skäl antagit en lösning som inte visats vara den ekonomiskt mest fördelaktiga.

Uppvidinge kommun har genom kultur- och fritidsnämnden, den 15 juni 2001¹ infordrat skriftliga anbud avseende leverans av två fabriksnya, eldrivna ismaskiner med tillhörande utrustning, att användas vid kommunens ishallar i Lenhovda respektive Åseda.

Av förfrågningsunderlaget framgår under punkten ”*upphandlingstyp*” att ”*Detta är en selektiv upphandling. Denna upphandlingsform innebär rätt för beställaren att uppta förhandlingar med anbudsgivare, men kan också innebära att anbud antas utan förhandling*”. Någon annons om upphandlingen har emellertid inte införts, varken i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT), någon allmänt tillgänglig elektronisk databas eller på annat sätt².

I en specifikation till anbudsunderlaget anges att viss extra utrustning, såsom sargborste, iskniv, tvättsystem och reservhjul, obligatoriskt skall ingå i offererat maskinpris (skall-krav). Vidare anges att eventuell tilläggsutrustning, reservdelslager, serviceorganisation, garantitider samt förekommande utbildning av personal skall specificeras i anbudet samt att två stycken begagnade isbanemaskiner skall mottas i inbyte. Leverans skall ske 15 september 2001, fritt kommunens anläggningar i Lenhovda och Åseda.

Under punkten ”*Anbudsbedömningar*” anger underlaget att ”*Prövning av inkomna anbud kommer att ske enligt principen ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn taget till: Pris vägt mot kvalitet och prestanda Driftskostnader Garantier dels för maskin dels för batterier Leverantörens förmåga till snabb och fullvärdig service samt tillgång till reservdelar Miljöegenskaper Säkerhet Leveranstid Referenser*”.

Någon inbördes rangordning eller viktning av dessa omständigheter förekommer inte. Någon beskrivande vägledning för tolkningen av vad som t.ex. kan avses med omständigheterna kvalitet och prestanda, miljöegenskaper och säkerhet förekommer heller inte. Vidare redovisas i underlaget inte hur omständigheten leveranstid är tänkt att beaktas vid anbudsvärderingen. Som framgår av förfrågningsunderlaget är leveranstidpunkten bestämd till den 15 september 2001.

Av ett protokoll av den 20 juli 2001 med beslut i upphandlingen framgår att denna har ”... *skett utifrån Lagen om offentlig upphandling, selektiv upphandling*” samt att tre namngivna leverantörer (Anbudsgivare A – C) har ”*erbjudits lämna anbud*” i upphandlingen.

Vid anbudstidens utgång den 6 juli 2001 inkom enligt tillgängligt material, fem anbud från de inbjudna tre leverantörerna³. Inget av anbudet har avvisats såsom orent. Av anbudet framgår att dessa prismässigt (pris exkl. moms) fördelar sig på följande sätt, (extra

¹ Av kommunens anbudsöppningsprotokoll samt av en skrivelse den 25 februari 2002 framgår att upphandlingsunderlaget skickades ut den 15 juni 2001 med A-post till anbudsgivarna A-C.

² Uppvidinge kommun har i en skrivelse den 21 februari 2002 uppgivit följande: ”*Vi har inte annonserat eftersom vi bedömde att en selektiv upphandling kunde genomföras genom anbud till tre tänkbara leverantörer...*”.

³ Det vinnande anbudet A är upprättat och daterat fredagen den 15 juni 2001, det vill säga samma dag som anbudsunderlaget uppges ha skickats från kommunen med A-post (se not 1). Av kommunens anbudsöppningsprotokoll framgår att anbudet A är registrerat som inkommet måndagen den 18 juni 2001. Övriga anbud har inkommit den 2 juli 2001 (anbud B) respektive 5 juli 2001 (anbud C). Anbudstiden gick ut den 6 juli 2001.

prisuppgifter avser sådan utrustning som inte ingår i grundpriset men enligt upphandlingsförutsättningarna skall ”finnas angivet i maskinpriset”):

Priser	Anbudsgivare A		Anbudsgivare B		Anbudsgivare C	
	Maskin A	Maskin B 1	Maskin B 2	Maskin C 1	Maskin C 2	
Grundpris:	775.000 kr.	810.000 kr.	810.000 kr.	735.000 kr.	795.000 kr.	
Sargkantsfräs:	29.500 kr.	35.000 kr.	35.300 kr.			
Hjultvätt:		5.800 kr.	15.000 kr.			
Extra iskniv:			4.490 kr.			
Tanktvätt:				10.000 kr.	10.000 kr.	
Istvätt:				21.000 kr.	21.000 kr.	
SUMMA PRIS:	804.500 kr.	850.000 kr.	864.790 kr.	766.000 kr.	826.000 kr.	
Avgår i inbyte:	- 25.000 kr.	- 35.000 kr.	- 35.000 kr.	- 100.000 kr.	- 100.000 kr.	
SLUTPRIS:	779.500 kr.	815.800 kr.	829.790 kr.	666.000 kr.	726.000 kr.	

Beslut i upphandlingen fattades av fritidschefen den 20 juli 2001 samt rapporterades och godkändes av fritidsnämnden den 21 augusti 2001 (FN § 309/01). Av tillgängliga protokoll med beslut i upphandlingen framgår att Anbudsgivare A antagits att leverera de aktuella ismaskinerna. Någon motivering till valet av vinnande anbudsgivare framgår varken av beslutsprotokollen eller, såvitt hittills visats, någon annan känd handling. Något beslutsunderlag med värdering av anbuderna synes heller inte ha upprättats. I denna del hänvisar kommunen till anbudsöppningsprotokollet, som enbart innehåller en redovisning av anbudens priser⁴. Det vinnande anbudet A innefattar maskiner av samma fabrikat som kommunen tidigare använt.

I en skrivelse till Konkurrenskommissionen uppger kommunen att ”Den vinnande anbudsgivaren antogs på grundval av samtliga kriterier samt sammanvägning av pris, serviceförmåga och leveransdatum”.⁵

Med ledning av inkomna anbud torde upphandlingens värde kunna uppskattas till 1,5 – 1,7 miljoner kronor. Enligt tillgänglig information har Uppvidinge kommun c:a 9.800 innevånare⁶.

Gällande rätt

Offentliga upphandlingar regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Upphandling av varor skall om det samlade värdet understiger tröskelvärdet 1.756.000 kronor⁷, handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-6 §§, 6 kap. samt 7 kap. LOU. Förfarandena *förenklad upphandling* eller *urvalsupphandling* skall därvid normalt tillämpas (se 6 kap. 2 § LOU). Förfarandet *selektiv upphandling* (vilket styrs av EG-direktiv och förutsätter bl.a. annonsering i Europeiska gemenskapernas officiella tidning) kan däremot inte tillämpas vid varuupphandlingar under tröskelvärdet. Till skillnad mot vad Uppvidinge kommun påstått i förfrågningsunderlaget finns det vid selektiv upphandling inte någon möjlighet att ”*uppta förhandlingar med anbudsgivare*”.

⁴ Skrivelse den 21 februari 2002 med svar på begäran om allmänna handlingar, däribland kommunens beslutsunderlag med värdering av anbuderna. I svarsskrivelsen anger kommunen följande hänvisning: ”Uppräkning av anbuderna med olika alternativ finns i anbudsöppningsprotokollet”.

⁵ Skrivelse den 21 februari 2002 med svar på begäran om allmänna handlingar. I fråga om ”leveranstid anger vinnande anbudet A ”Lev.tid: 15 september 2001”. Fritidschefen uppger under hand att hon från den förlorande Anbudsgivare C inhämtat att leveranstiden skulle utgöra ”drygt åtta veckor” (tel.samtal 2002-02-26). Vid beställning per den 20 juli skulle leverans från anbudsgivare B således ha kunnat ske omkring den 14 september 2001.

⁶ Se Uppvidinge kommuns hemsida på internet: <http://www.uppvidinge.se/>.

⁷ Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärdet från den 1 april 2000, vid upphandlingar av varor och tjänster.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som huvudregel att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

I förarbetena till lagen om offentlig upphandling motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om ickediskriminering⁸ (jfr. art. 6 i EG-Romfördraget). Reglerna är bl.a. utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Lagens bestämmelser medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader. Generalklausulens stadgande om affärsmässighet förutsätter bl.a. att ett antal gemenskapsrättsliga principer om *likabehandling*, *transparens* och *proportionalitet* skall vara uppfyllda.

Enligt 6 kap. 12 § LOU skall den upphandlande enheten i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i sina kommentarer till bestämmelsen angivit att denna skall tolkas restriktivt. I ett yttrande har nämnden bland annat uttalat att "... rangordningen får undvaras endast om sådan inte är möjlig att göra. Bestämmelsens syfte är att en leverantör så exakt som möjligt skall få veta vad den upphandlande enheten upphandlar och hur hans anbud kommer att utvärderas. Upphandlingens utfall skall i görligaste mån vara förutsebart och anbudsgivare och anbud skall behandlas lika och rättvist"⁹. Samtliga uppgivna omständigheter måste beaktas vid anbudsvärderingen. Den upphandlande enheten får således inte bortse från eller efterge någon eller några omständigheter vid den slutliga jämförelsen mellan anbud..

Från svensk rättspraxis kan nämnas ett avgörande från Kammarrätten i Sundsvall (KamR i Sundsvall, mål. nr. 1669-2000 – se referat nedan). Frågan har även varit föremål för flera avgöranden i underrätt. Från denna praxis förtjänar bland annat nämnas ett avgörande från Länsrätten i Gävleborgs län där rätten konstaterade att¹⁰ "*De kriterier som angetts har dock inte rangordnats i förfrågningsunderlaget. [Den upphandlande enheten] har därvid inte visat att en sådan viktning och betygsättning inte varit möjlig att genomföra för upphandlingen. Att [den upphandlande enheten] inte ansett sig kunna rangordna kriterierna har heller inte angetts i anbudsunderlaget. Detta förhållande är ägnat att försvåra en rättvis jämförelse av anbuden, och kan enligt länsrätten komma att medföra skada för bolaget vid prövning av det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet*". I ett annat avgörande från Länsrätten i Skåne län¹¹ avseende en mycket omfattande och tämligen svåravgränsad ramavtalsupphandling av AV-material till hela Lunds universitet beslutade länsrätten att upphandlingen skulle göras om till följd av att värderingskriterierna inte hade rangordnats. Även i andra avgöranden från Länsrätten i Göteborg och från Länsrätten i Norrbottens län har upphandlingarna fått göras om p.g.a. bristande rangordning. Högsta domstolen har i ett avgörande som finns publicerat i NJA 1998 s. 873 påpekat att den upphandlande enheten "... i förfrågningsunderlaget eller annonsen om upphandling [skall] ange vilka omständigheter som enheten tillmäter betydelse och om möjligt rangordna dessa efter angelägenhetsgrad" samt erinrat om den skyldighet som i angivet avseende följer av EG-rätten (NJA 1998 s. 873, se även EG-domstolens dom den 20 september 1988 i mål C-31/87 - Gebroeders Beentjes ./ Konungariket Nederländerna).

⁸ Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.

⁹ Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU), yttrande angående upphandling av ventilationskontroll, dnr. 154/97-26. Se även NOU-info, juni 98 sid. 22 samt oktober 96 sid. 8 f.

¹⁰ Länsrätten i Gävleborgs län, dom den 15 mars 1999 i mål nr 131-99, Dala depån AB ./ Kommunförbundet Inköp Hälsingland.

¹¹ Länsrätten i Skåne län, dom den 17 maj 2000 i mål 2241-00 E, AB Bäckaskog Media ./ Lunds universitet.

I förarbetena till lagen om offentlig upphandling anges att en upphandlande enhet som hänvisar till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet bör göra klart för sig redan från början hur olika omständigheter kan värderas i ekonomiska termer. Enligt den s.k. *transparensprincipen* skall upphandlingsprocessen kännetecknas av förutsebarhet. Frågan om grunderna för vilka anbud som skall antas är mycket central i lagen för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Om kraven i förfrågningsunderlaget, utan angivande av några närmare definitioner, begränsats till att enbart omfatta punktvis uppställda kriterier, kan dessa inte på ett affärsmässigt sätt läggas till grund för värderingen av anbud. Kammarrätten i Sundsvall har i två avgöranden, som får anses utgöra på området vägledande rättspraxis, bland annat angivit att ett förfarande, där det *överlämnats åt anbudsgivarna att själva ange vad de anser ligga i de olika begreppen och i vilken mån de uppfyller dem*, och därmed har *lämnat utrymme för en helt subjektiv bedömning*, strider mot lagens krav på affärsmässighet.¹² I den senare av de angivna domarna (KamR i Sundsvall, mål. nr. 1669-2000) uttalade sig domstolen även om rangordningen mellan värderingskriterierna:

I det i målet aktuella underlaget hade det angivits att anbudsutvärdering skulle komma att göras utifrån det mest fördelaktiga anbudet i förhållande till pris och övriga kommersiella villkor samt kvalitet, där kriteriet ”*kvalitet*” (liksom i den nu aktuella upphandlingen) skulle värderas högre än pris och övriga kommersiella villkor. Vad som avsågs med kriteriet angavs i nio olika punkter utan inbördes rangordning – dessa utgjordes av lokalisering, resurser, kvalitetssäkring, referenser, tillgänglighet, boknings- och avbokningsregler, övernattningsmöjligheter, leverantörsbedömning och ekonomi etc. samt redovisat miljöarbete. Vidare framkom av domen att den upphandlande enheten hade anfört att några andra kriterier för utvärdering inte hade angivits utöver de två kriterierna pris och övriga kommersiella villkor samt kvalitet. De nio punkter som beskrev begreppet kvalitet i upphandlingen utgjorde enligt den upphandlande enheten endast information till samtliga anbudsgivare om innebörden av kvalitetsbegreppet. Kammarrätten ansåg att en sådan tolkning av utvärderingskriterierna inte låter sig göras utan att de angivna punkterna för kvalitet måste anses ingå i utvärderingskriterierna. Med anledning av detta fann kammarrätten att rangordning av kvalitetskriterierna i förfrågningsunderlaget borde ha skett och att en sådan rangordning inte var omöjlig att göra. Vidare menade kammarrätten att flera av utvärderingskriterierna – huvudsakligen lokalisering, resurser, referenser och tillgänglighet – gav stort utrymme för godtycke. De kunde därför inte anses så preciserade att det stod klart för anbudsgivaren vilka ekonomiska åtaganden som den upphandlande enheten krävde för att ett anbud skulle komma att antas, uttalade domstolen.

Enligt 6 kap. 13 § LOU skall de skäl på vilka ett anbud antagits och vad som i övrigt förekommit av betydelse vid anbudsprövningen finnas dokumenterade hos den upphandlande enheten.

Yttrande

Uppvidinge kommun har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande:

Kommunen erkänner att det inte varit fråga om någon selektiv upphandling ”...utan det har mera påmint om en förenklad upphandling”. Någon öppen annonsering har inte skett vilket enligt kommunen ”... är en omständighet som kan kritiseras”. Anbudsvärderingen har skett utan inbördes rangordning eller poängberäkning av kriterierna. All bedömning av anbud vid en upphandling är i någon mening subjektiv, och i detta, menar kommunen, har kultur- och fritidsnämnden ansett sig ha tillräcklig kännedom om anbudens innehåll och värde för att kunna fatta ett beslut som är det bästa för Uppvidinge kommun.

Vid värderingen har stor vikt fästs vid service och tillgänglighet, liksom kravet på snabb leveranstid och inte enbart på lägsta pris. Även om en del formell kritik kan riktas mot upphandlingens handläggning menar kommunen att upphandlingen handlagts ”...i enlighet

¹² Se Kammarrätten i Sundsvall, dom i mål nummer 943-1997. Kammarrättens avgörande har överklagats till Regeringsrätten, som beslutat att inte meddela prövningstillstånd. Se även kammarrättens den 30 juni 2000 avkunnade dom i mål nr. 1669-2000 där domstolen bland annat upprepade kravet på att utvärderingskriterier skall vara tydliga och rangordnade för att kunna läggas till underlag för värdering av anbud.

med intentionerna i LOU” och på ett sätt som inte medför att konkurrensen och affärsmässigheten kan ifrågasättas.

Bedömning

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

I den aktuella upphandlingen av ismaskiner har Uppvidinge kommun uppgivit sig tillämpa förfarandet för *selektiv upphandling* enligt lagen om offentlig upphandling. Något selektivt förfarande, bl.a. genom annons i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) har emellertid inte iakttagits. Med hänsyn till upphandlingens värde har några lagliga förutsättningar för att tillämpa ett sådant förfarande heller inte förelegat. Den aktuella upphandlingen borde istället ha handlagts i enlighet med upphandlingslagens förfarande för förenklad upphandling. Vid detta förfarandet har alla leverantörer som vill rätt att lämna anbud och den upphandlande enheten skall anta antingen det anbud som erbjudit den i enlighet med förutsättningarna för upphandlingen ekonomiskt mest fördelaktiga lösningen eller det anbud som har lägsta pris.

Skall ekonomiskt mest fördelaktiga anbud antas skall den upphandlande enheten i förväg göra klart för sig vilka omständigheter (kriterier) den avser att bedöma, samt i förfrågningsunderlaget redovisa detta på ett sådant sätt att anbudsvärderingen går att förutsäga.

Det är således inte möjligt för en upphandlande enhet att i förfrågningsunderlaget hänvisa till : enbart punktvis angivna omständigheter som: ”*Pris vägt mot kvalitet och prestanda*”, ”*driftskostnader*”, ”*miljöegenskaper*” eller ”*säkerhet*”, om det inte samtidigt av underlaget framgår i vilket avseende och på vilket sätt värderingen kommer att ske. Den upphandlande enheten är vidare skyldig att värdera samtliga omständigheter som angivits. Kriterier som uppenbart saknar relevans - som. tex. ”*Leveranstid*” i fall där tidpunkten för leverans är fixerad på annat håll i underlaget – skall således inte förekomma. Anförda omständigheter skall som regel dessutom rangordnas sinsemellan.

I den aktuella upphandlingen har Uppvidinge kommun valt att köpa två ismaskiner vars sammanlagda slutpris (efter inbyte med befintliga maskiner).med drygt 17 procent eller 227.000 kronor överstiger lägsta anbudspris.

Några skäl, grundade på i förväg angivna omständigheter, har inte uppgivits till stöd för att anta den dyrare lösning som kommunen slutligen valt. Såvitt framgår av tillgänglig dokumentation förefaller kommunen över huvud taget inte ha gjort någon bedömning av vad som varit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utan istället tillämpat en i praktiken fri anbudsprövning. I fråga om leveranstid ger varken föreliggande dokumentation av upphandlingen eller utredningen i övrigt stöd för att den förlorande leverantören C skulle levererat senare än vinnande anbudsgivare.¹³

Uppvidinge kommuns upphandling av ismaskiner har enligt Konkurrenskommissionens mening inte handlagts på ett objektivt och affärsmässigt sätt enligt bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling. Förutsättningarna för konkurrensen på marknaden för ismaskiner m.m. har därmed snedvridits samtidigt som skattebetalarna i Uppvidinge har orsakats kostnader i onödan med c:a 227.000 kronor eller 23 kronor per kommuninnevånare.

¹³ Enligt uppgift från kommunen har Anbudsgivare C garanterat leverans inom ”drygt åtta veckor”, således under föreliggande förhållanden omkring den 14 september 2001. Anbudsgivare A har i sitt anbud garanterat leverans den 15 september 2001 (vilket är en lördag).