

PM-2 2001-10-24 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom åsidosättande av reglerna om affärsmässighet och opartiskhet vid offentlig upphandling.

Nybro kommun har i en upphandling avseende persontransporttjänster, för en del av upphandlingen antagit anbud som varit dyrare än lägsta anbud samt tecknat avtal för en period av maximalt sju år.

Nybro kommun har bland annat genom annons i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) i januari 2001 infordrat anbud avseende ramavtal för ”*samtliga person- och mattransporter som beställs av oss*” under perioden den 1 juli 2001 till och med den 30 juni 2006 med möjlighet till årsvis förlängning i ytterligare två år (5+2), således t.o.m. den 30 juni 2008.

Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen skulle handläggas enligt förfarandet för s.k. öppen upphandling enligt lagen om offentlig upphandling. Upphandlingen var inordnad i ett antal huvudavdelningar, däribland mattransporter till enskilda (enligt en bilaga 6 i anbudsunderlaget). Av underlaget framgår att ”*Anbud kan lämnas på hela transportuppdrag eller på del av transportuppdrag*”.

Av underlaget för upphandlingen¹ framgår att kommunen avser att anta det ”*ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet*” i enlighet med följande punktvis angivna kriterier ”*Ekonomisk och finansiell styrka Kapacitet Service Organisation Kvalitet Samarbetsförmåga*”. Vidare framgår att ”*förtydligande av dessa kriterier redovisas under rubriken specifikation*” samt att kriterierna inte är inbördes rangordnade.

Under ”*specifikation (beskrivning, beteckning, mängd)*” framgår vid rubriken ”*4. Kvalitet och säkerhet*” följande kriterier vilka avses tillmätas stor betydelse vid anbudsvärderingen ” – *Rena och städade bilar. – Avtalade tider hålls. – Rökfria bilar skall vara rökfria (vid behov skall allergisanerade bilar tillhandahållas), – Trevligt bemötande, – Ordning och reda i bilar under körning, – Lugn och stillsam körning, – Säkerhetsbälten och annan säkerhetsutrustning skall användas, – Svensktalande personal*”. Under rubriken ”*11. Övrigt*” framgår vidare av underlaget att inhämtade referenser och i förekommande fall egna erfarenheter avseende service och samarbetsförmåga kommer att tillmätas stor betydelse. Vad upphandlaren avser med de övriga kriterierna - *ekonomisk och finansiell styrka, kapacitet och organisation* – finns däremot inte klarlagt i förfrågningsunderlaget.

Enligt tillgängliga handlingar² hade vid anbudstidens utgång den 12 mars 2001 inkommit 13 stycken anbud. Tre anbud avsåg mattransporter till enskilda, vilka fördelade sig enligt följande (lägsta pris anges med *kursiverad* text):

Turnummer:	Anbudsgivare 6:	Anbudsgivare 9:	Anbudsgivare 13:
Tur nummer 1		123.005 kr. per år	<i>121.620 kr. per år</i>

¹ Uppgiften förekommer i underlaget som en förtryckt text, och innan själva beskrivningen av anbudet.

² Någon självständig, av två samtidigt närvarande tjänstemän undertecknad, förteckning över inkomna anbud finns enligt uppgift inte upprättat i upphandlingen. Såvitt framgår av tillgängliga handlingar finns enbart ett icke undertecknat utdrag ut anbudsdiarium (2000-33) med anteckning om att anbudsöppning ägt rum den 14 mars 2001 kl. 10-11.30, jämte notering av inkomna anbud samt av närvarande tjänstemän (tre stycken namn). Därjämte finns ett den 8 maj 2001 daterat och av de vid anbudsöppningen närvarande tjänstemännen undertecknat protokoll angivande att anbudsöppning förekommit samt med beslut om antagande av anbud. I den senare protokollskriften finns varken någon förteckning över inkomna anbud, enbart de anbud vilka lett till beslut om antagande redovisas. Protokollet hänvisar emellertid till en bilaga med sammanställning och förteckning av samtliga anbud.

Tur nummer 2		163.520 kr. per år	172.365 kr. per år
Tur nummer 3	54.750 kr. per år		
Tur nummer 4		109.500 kr. per år	121.620 kr. per år
Tur nummer 5		163.520 kr. per år	151.605 kr. per år
Tur nummer 6			
Tur nummer 7	54.750 kr. per år		
Tur nummer 8	74.825 kr. per år		134.710 kr. per år
Tur nummer 9		117.530 kr. per år	134.710 kr. per år

Av tillgängligt protokoll med beslut i upphandlingen den 8 maj 2001 framgår att i fråga om mattransporter för enskilda, anbudet från anbudsgivare nummer 6 och nummer 9 har antagits. Varken av detta protokoll eller av den sammanställning av inkomna anbud som upprättats i upphandlingen, och till vilken beslutsprotokollet hänvisar, framgår några skäl till varför det lägre anbudet nr. 13 inte har antagits avseende mattransporter till enskilda, turerna 1 och 5. Någon värdering av anbudet i förhållande till kriterierna ”kvalitet, service och samarbetsförmåga redovisas således inte till stöd för att anta de aktuella anbudet avseende mattransporter. Inte heller någon värdering i enlighet med övriga kriterier redovisas.

Med tillämpning av gällande beräkningsbestämmelser för offentlig upphandling³ uppgår den del av upphandlingen som avser mattransporter till enskilda till c:a 3,4 miljoner kronor⁴. Normalt tecknas avtal om transporter, skolresor färdtjänst etc. för perioder om mellan två och fyra år. Även kortare avtal förekommer.

Gällande rätt

Offentliga upphandlingar regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Upphandlingar avseende tjänster för landtransport, inkl. säkerhetstransporter, kurir- och taxitransport, utom postbefordran (A-tjänster, kategori 2) skall om det samlade upphandlingsvärdet överstiger ett i lagen angivet tröskelvärde motsvarande 1,756 miljoner kronor⁵, handläggas enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap., 5 kap. samt 7 kap. LOU (normalt genom s.k. *öppet upphandlingsförfarande*).

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 icke diskriminering⁶ (*likabehandlingsprincipen* - 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. Samtliga leverantörer skall inom ramarna för det offentliga upphandlingsförfarandet erbjudas lika förutsättningar att konkurrera. Lagens bestämmelser medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader.

Enligt 1 kap. 22 § LOU skall en upphandlande enhet pröva inkomna anbud i enlighet med de krav som angivits i förfrågningsunderlaget. Enheten skall därefter anta antingen det med hänsyn till samtliga i förväg angivna omständigheter ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller det bud som har lägst anbudspris.

³ Enligt 5 kap. 7 § LOU skall, vid tröskelvärdesbestämning, värdet av ett upphandlingskontrakt avseende tjänster beräknas till det maximalt tänkbara 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.

⁴ Summan framräknad genom att månadsvärdet av antagna anbud multiplicerat med 48 (årsvärdet 861.400 ./ 12 x 48 = 3.445.600)

⁵ Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från den 1 april 2000, vid upphandlingar av varor och tjänster

⁶ Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.

Har kriterier i förfrågningsunderlaget utan angivande av några närmare definitioner begränsats till att enbart omfatta punktvis eller summariskt uppställa kriterier, kan dessa enligt två domar av Kammarrätten i Sundsvall⁷ inte på ett affärsmässigt sätt läggas till grund för värderingen av anbudet. Kammarrätten har bland annat pekat på att ett förfarande, där det *överlämnas 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. Kammarrättens domar har vunnit laga kraft och får i angivet avseende anses ha prejudiciell betydelse för rättstillämpningen. Domarna ger nämligen uttryck för den s.k. *transparensprincipen* inom EG-upphandlingsrätten, enligt vilken de kriterier på vilka ett anbud kan komma att bedömas på ett klart, tydligt och förutsebart sätt skall redovisas för intresserade leverantörer, redan innan anbudsgivning sker. Enligt principen föreligger således en skyldighet för den upphandlande enheten att lämna information om det praktiska tillvägagångssättet vid anbudsprövningen samt en motsvarande rättighet för leverantörer att få sådan information att de i förväg känner till vad som åligger dem i formellt hänseende. Vilka åtgärder en upphandlande enhet kommer att vidtaga under upphandlingsprocessen skall således kunna förutses av leverantörerna.⁸ Även ett annat uppmärksammat rättsavgörande (Svea hovrätt) kan belysa transparensprincipen:

Målet avsåg talan om skadestånd enligt lagen om offentlig upphandling. En leverantör hade av Socialstyrelsen uteslutits från deltagande i en upphandling bland annat på grund av att företaget bedömts inte besitta tillräcklig finansiell styrka. Några konkreta krav eller någon beskrivning av vad som skulle anses utgöra tillräcklig finansiell styrka hade emellertid inte angivits i underlaget för upphandlingen. Hovrätten dömde Staten genom Socialstyrelsen att betala ett skadestånd på tio miljoner kronor till följd av upphandlingens felaktiga handläggning. Hovrätten uttalade därvid bl.a. följande: *"Om några ... krav inte har ställts upp kan det i och för sig te sig naturligt att anta att den upphandlande enheten ändå kan kräva att anbudsgivaren skall ha sådan teknisk förmåga och kapacitet samt finansiell ställning att anbudet kan fullgöras. För bedömningen i förevarande fall är det dock utan betydelse hur det närmare förhåller sig i förevarande avseenden. Hovrätten går istället över till att pröva om socialstyrelsen har ställt upp några krav i nyss berörda avseenden. [...] Med utgångspunkt i att socialstyrelsen inte uppställt några särskilda krav på anbudsgivarna när det gäller teknisk förmåga och kapacitet samt finansiell ställning bör socialstyrelsen inte ha kunnat kräva mera än att anbudsgivaren skulle kunna fullgöra sitt åtagande"*. Domen har vunnit laga kraft.⁹

Frågan om grunderna för vilka anbud som skall antas är således mycket central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Vid tillkomsten av upphandlingslagen betonade föredragande departementschefen särskilt vikten av att transparensprincipen efterlevs: *"[d]et får ... inte förekomma att ett anbud väljs framför ett annat på grund av en omständighet som anbudsgivarna inte i förväg fått reda på"*.¹⁰

Enligt en annan princip, *proportionalitetsprincipen*, som även har sitt ursprung i EG-rätten, får enbart för den aktuella upphandlingen relevanta krav tillmätas betydelse vid anbudsvärderingen. Kraven måste ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det

⁷ Se Kammarrätten i Sundsvall, dom i mål nr. 943-1997, meddelad den 27 oktober 1997. Kammarrättens avgörande har överklagats till Regeringsrätten, som beslutat att inte meddela prövningsställstånd. Se även kammarrättens den 30 juni 2000 avkunnade dom i mål nr. 1669-2000 där domstolen bland annat upprepat kravet på att utvärderingskriterier skall vara tydliga för att kunna läggas till underlag för värdering av anbud samt att de skall vara rangordnade.

⁸ Se vidare Hentze-Sylvén, lagbokskommentaren Offentlig upphandling, Norstedts, 1998, den gula utgåvan, sidorna 18, 58, 106, 531.

⁹ Svea hovrätt, dom i mål T 212-98, Samres ./ . Staten g.m. Socialstyrelsen, meddelad den 6 november 1998.

¹⁰ Prop 1992/93:88, sid. 51-52 samt 71-72.

behov som skall täckas hos enheten. Således kan enbart krav som har betydelse för det konkreta föremålet för upphandlingen tillmätas något avseende vid anbudsvärderingen.

Enligt 1 kap. 22 § LOU skall en upphandlande enhet vidare, om möjlig ange de omständigheterna enligt vilka anbud kan komma värderas. Omständigheterna skall anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först. Nämnden för offentlig upphandling (NOU), vilken utövar tillsyn över upphandlingslagens tillämpning, har angett att detta lagrum skall läsas restriktivt, ” *dvs. endast när det inte är möjligt att redan i annonsen eller förfrågningsunderlaget ange någon rangordning får man avstå från detta. Det är NOU:s uppfattning att rangordningen emellertid måste ha gjorts av den upphandlande enheten innan anbuden skall jämföras. För att åstadkomma en rättvis jämförelse av anbuden krävs ofta också någon form av viktning och betygssättning av kriterierna. För att anbudsgivarna skall kunna lämna så ändamålsenliga anbud som möjligt, är det angeläget att en sådan viktning och betygssättning framgår av förfrågningsunderlaget. För en upphandlande enhet kan det ofta vara nödvändigt att göra klart för sig hur rangordning, viktning och betygssättning skall ske, innan förfrågningsunderlaget slutligen utformats. Härigenom tvingas enheten att tänka igenom vad som är nödvändigt och viktigt för den aktuella upphandlingen* ”.¹¹ Nämndens uttalande speglas även i rättspraxis i flera mål, senast av Länsrätten i Skåne län genom dom den 17 maj 2000 i mål 2241-00 E. Länsrätten beslutade att upphandlingen skulle göras om till följd av att värderingsgrunderna inte rangordnats. Liknande domar har tidigare avkunnats av Länsrätten i Göteborg, Länsrätten i Gävleborgs län samt av Länsrätten i Norrbottens län. Även Högsta domstolen har i avgörandet NJA 1998 s. 873 konstaterat 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.¹² Domstolen konstaterade också i målet att s.k. *fri anbudsprövning* är ”uppenbart lagstridigt” vid offentlig upphandling.¹³

Efter avslutad upphandling skall den upphandlande enheten enligt 1 kap. 11 § LOU andra stycket punkterna 3 och 4 upprätta en skriftlig rapport där den bl.a. skall redovisa skälen till valet av leverantör/er i upphandlingen samt anledningen till varför förlorade anbudsgivare inte tilldelades några kontrakt.

I fråga om avtalstidens längd gäller allmänt att avtal i offentlig upphandling inte bör överstiga fyra år.¹⁴ Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har t.ex. anfört följande avseende avtalstidens längd: ”*Stora investeringar som leverantören gör enkom för en viss leverans till den offentliga sektorn måste ha en sådan avtalstid att leverantören får en rimlig avskrivningstid. Upphandling av exempelvis ett redovisningssystem kräver en längre avtalstid för kontinuitetens skull. Detsamma gäller t.ex. avtal om drift av sjukhus eller andra avtal där stora investeringar måste göras av leverantören. Efter NOU:s kontakter med England kan nämnas att man där anser att avtalstiden i ett kontrakt om sophämtning i en större kommun (250 000 invånare) bör kunna vara fem till sju år. Normalt bör leveransavtal för varor och tjänster inte vara längre än ett eller två år.*”¹⁵

Enligt 7 kap. 6 § LOU skall en upphandlande enhet som inte följt lagens bestämmelser ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör. Med ”*uppkommen skada*” avses enligt

¹¹ Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU) i ”NOU-info”, årsammanställningen för 1996, sid. 19-20.

¹² Se Högsta domstolen i NJA 1998 s. 873 (jfr not 5). Se även EG-domstolens dom den 20 september 1988 i mål C-31/87 (Gebroeders Beentjes ./ Konungariket Nederländerna).

¹³ Angående fri anbudsprövning uttalade Högsta domstolen i NJA 1998 s. 873 särskilt att det i målet aktuella förfrågningsunderlaget ”... innehöll den *uppenbart lagstridiga* uppgiften att [den upphandlande enheten] förbehöll sig fri prövningsrätt” (KKOs kursivering).

¹⁴ Jfr t.ex. bestämmelserna om beräkning av avtalets värde i 5 kap. 7 § LOU (se not 2 ovan), som utgår från att avtal som regel inte omfattar mer än fyra år.

¹⁵ Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU), Sammanställning NOU info 93-95, s. 59.

lagens förarbeten inte bara onödiga kostnader m.m., utan även utebliven vinst på grund av att leverantören går miste om den intäkt som uppdraget skulle ha medfört¹⁶. Talan om skadestånd kan enligt samma kapitel 8 § väckas av leverantör vid allmän domstol. Talan skall väckas inom ett år från den dag då avtal tecknats. I fråga om skadeståndets beräkning och funktioner erinras i förarbetena vidare om att syftet med det bakomliggande EG-direktivets¹⁷ regler är att åstadkomma ett tryck på de upphandlande enheterna att iaktta korrekta förfaranden. En leverantör bör kunna utgå ifrån att ett anbud som han lägger ned möda och kostnader på kommer att beaktas på ett rättvist sätt.

Yttrande

Nybro kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom utsatt 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 sammanblanda myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Den aktuella upphandlingen av transporttjänster ingår tillsammans med persontransporter i en gemensam upphandling som har påbörjats enligt det av EG-direktiv styrda förfarandet för *öppen upphandling* enligt lagen om offentlig upphandling. Av upphandlingsunderlaget framgår att anbud kan lämnas på del av upphandlingen, t.ex. viss tur eller vissa turer. Vidare framgår sex stycken punktvis redovisade kriterier för värderingen av inkomna anbud, varav innebörden av tre kriterier (kvalitet, service och samarbetsförmåga) i viss mån finns klarlagda i upphandlingsunderlaget.

I den del av upphandlingen som avser mattransporter till enskilda, totalt 9 turer, har inkommit tre anbud. I de flesta fall har uppdragen tillfallit anbudsgivaren med lägst pris. I två fall, avseende tur nummer 1 och 5, har kommunen emellertid beslutat att anta andra anbud än de som erbjudit lägsta pris. Varken av upphandlingsprotokollet eller något annat tillgängligt underlag för anbudsprövningen framgår att någon värdering av inkomna anbud, förutom avseende priset, har förekommit. Någon värdering avseende de i upphandlingsunderlaget förekommande kriterierna *kvalitet*, *service* samt *samarbetsförmåga* redovisas således inte. Någon värdering i enlighet med de övriga kriterierna: *ekonomisk och finansiell styrka*, *kapacitet* samt *organisation* redovisas heller inte, men torde med hänvisning till den inom upphandlingsrätten gällande transparensprincipen heller inte vara möjlig att genomföra. Saklig grund för att anta de dyrare anbuden avseende turerna 1 och 5 framgår således inte av kommunens dokumenterade beslut i upphandlingen.

Av utredningen i ärendet framgår vidare att avtalstiden uppgår till fem eller totalt sju år inklusive två förlängningsår, vilket torde överskrida de tidsramar som normalt får anses som affärsmässiga vid upphandling av den ifrågavarande typen av tjänster.

Sammantaget har den aktuella upphandlingen enligt Konkurrenskommissionens mening handlagts på ett sätt som varit ägnat att snedvrida förutsättningarna för konkurrensen på den lokala marknaden för taxi- och transporttjänster samtidigt som förtroendet för Nybro kommun som upphandlare riskerar att undergrävas.

¹⁶ Prop. 1992/93:88, sid. 103

¹⁷ 89/665/EEG art. 1(c) samt 92/13/EEG art. 2(d)