

PM-2 2002-02-27 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (värdering av referenser)

Västerviks kommun har vid upphandling av flygbränsle utan stöd av upphandlingsunderlaget antagit ett prismässigt högre anbud. Bland annat har i strid mot anbudsförutsättningarna en omständighet som enligt underlaget skulle medföra att anbud skulle prioriteras istället medfört en negativ behandling vid anbudsvärderingen.

Västerviks kommun har i september 2001 infordrat skriftliga anbud avseende successiva leveranser av två stycken flygbränslesorter till Mommehåls flygplats under perioden den 1 januari 2002 till och med den 31 december 2003, med möjlighet till förlängning i ett år, således t.o.m. den 31 december 2004 (2+1).

Av upphandlingsunderlaget framgår att offertpris skall gälla leverans till flygplatsens tankanläggning i Västervik och redovisas med grundpris och transporttillägg. Löpande service skall ingå i åtagandet, men kostnadsredovisas separat i anbudet. Upphandlad volym beräknas till c:a 12.000 liter per bränslesort och år i avrop om c:a 3 000 – 6 000 liter per gång. Flygplatsens cisternvolym är 10.000 liter per bränslesort.

Upphandlingen skall enligt underlaget genomföras enligt förfarandet för förenklad upphandling enligt lagen om offentlig upphandling.

Enligt underlaget skall anbuden vidare bedömas efter följande icke rangordnade kriterier: ”pris, service, kvalité, referenser, miljöpolicy, soliditet”.¹ Innebörden av kriterierna ”kvalité” och/eller ”miljöpolicy” redovisas separat i underlaget. Enligt en till anbudsinfördran fogad bilaga, rubricerad ”Till Anbudsgivaren” framgår att miljökriterierna härrör från ”en miljömanual för Miljöanpassad upphandling från Kommunförbundet Västernorrland Vid upphandling beaktas miljökraven som kvalitetskrav”.² Vidare framgår att ”Miljökriterier har angivits i tre nivåer och skickas med anbudsfrågan”. För ”Nivå 3” anges att ”Vid utvärdering av anbud kommer produkter som uppfyller dessa kriterier att prioriteras inom variabeln miljö”. Punkten 3g, som ingår i ”Nivå 3” enligt miljödeklarationen anger ”Samordning av transporterna i syfte att minska bränslekostnaderna”.

Vid anbudstidens utgång den 28 september 2001 inkom enligt tillgängligt anbudsöppningsprotokoll tre anbud i upphandlingen. Dessa anbud kan sammanställas i tabellform enligt följande³:

	Anbudsgivare A	Anbudsgivare B	Anbudsgivare C
Flygbensin Avgas 100LL	5,36 kr/liter*)	5,51 kr/liter	5,49kr/liter
Transporttillägg	0,74 kr/liter*)	0,67 kr/liter*)	0,36 kr/liter
Summa pris flygbensin	6,10 kr/liter	6,18 kr/liter	5,85 kr/liter
Flygfotogen JET A-1	3,49 kr/liter*)	3,91 kr/liter	2,90 kr/liter*
Transporttillägg	0,74 kr/liter*)	5.900 per leverans	0,67 kr/liter *) **)
Summa pris flygfotogen	4,23 kr/liter	...	3,57 kr/liter ⁴

¹ Av underlaget framgår däremot inte klart huruvida anbuden skall bedömas enligt principen *ekonomiskt mest fördelaktiga anbud* eller enligt *lägsta pris*.

² Manualen skall vidare ligga ”... till grund för en policy vars målsättning är att * påverka hälsa och miljö på ett positivt sätt genom att miljöanpassa upphandlingen. * ge en tydlig signal till marknaden att miljöanpassning är ett kundkrav. * inspirera andra att handla miljövänligt genom att vara ett gott exempel”

³ I Västerviks kommuns tabelluppställning med redovisning av anbuden, har utfallet redovisats i sinsemellan varierande storheter, pris per liter respektive pris per kubikmeter. I denna presentation har omräkning skett till gemensam storhet: pris per liter.

Service	4.000 kr/tillfälle	Utan kostnad	2.230 kr/tillfälle (***)
Rengöring	4.000 kr/tillfälle	15.000 kr/tillfälle	5.000 kr/tillfälle (***) ⁵

*) Priset ursprungligen angivet i pris per kubikmeter, justerat till pris per liter.

**) Fast fraktkostnad uttages för de första 9.000 litrarna, därefter med 0,67 kr./liter.

***) Eventuella reparationer 360 kr /timme samt kostnad för eventuell övernattning med 500 kronor tillkommer.

****) Anbudet anger 2.500 kr. per cistern. Det finns enl. uppgift två cisterner. Totalpriset är därför justerat till 5.000 kronor.

Av tillgängliga anbudshandlingar framgår inget annat än att förekommande service kommer att utföras av därför auktoriserade utförare.

Av en skrivelse med upplysning om utgången i upphandlingen som tillställts Anbudsgivare C framgår att företaget inte tilldelats något kontrakt i upphandlingen. Som skäl för att avböja anbudet angav kommunen att det erhållit ett annat anbud med ”Förmånligare villkor”.

Av ett inom kommunen upprättat ”Anbudsprotokoll” nummer 0937 med såväl förteckning över (den 28 september 2001) öppnade anbud som ett (odaterat) beslut i upphandlingen framgår att ”Avtal tecknas med [Anbudsgivare A] som lämnat det totalt mest förmånliga anbudet. Av en bilaga till protokollet framgår följande skäl för beslutet i upphandlingen⁶.

Avseende Anbudsgivare C antecknas i bilagan till protokollet att ”...*transporttillägg på flygbensin förutsätter samdistribution med andra kunder och transporttillägget på flygfotogen baserad på minsta avropsvolym 9 m³. [nytt stycke] Servicekostnaden är baserad på att servicen kan ske tidsmässigt tillsammans med service på andra flygplatser. . [nytt stycke] Priset på rengöring förutsätter att kunden (vi) utan kostnad tillhandahåller gasvakt vid rengöringen*”.

Avseende Anbudsgivare A och Anbudsgivare B anger protokollsbilagan att de ”...*har offererat avropsvolymen på 4.000 liter enligt vår förfrågan och ej krävt samdistribution. [Anbudsgivare A] som lämnat det totalt förmånligaste anbudet antages som leverantör*”.

I skriftväxling med Anbudsgivare C anger Västerviks kommun bl.a. följande skäl för sitt beslut i upphandlingen. ”*Verksamheten kräver korta ledtider – leveranstider på grund av liten tankvolym. Nuvarande leveranstid är 3-5 dagar. [nytt stycke] Eftersom det är samma leverantör på flygbensin och flygfotogen sker samordning och leverans vid samma tillfälle av båda kvalitétéerna. [nytt stycke] Era krav på samordning med leveranser till andra kunder uppfattas som ett problem för oss beträffande leveranstiden. Servicen skall skötas som idag av ett auktoriserat företag med tanke på bland annat flygsäkerheten och att företaget påtager sig hela ansvaret. Denna kompetens finns som vi bedömer ej på något lokalt företag. [nytt stycke] Några resurser – personal finns ej på kommunen för att bistå Er som gasvakt vid rengöring. [nytt stycke] Servicen från nuvarande leverantör () har fungerat utan anmärkning under flera år. [nytt stycke] Vi har i förfrågan angivit önskad avropsvolym ca 3000-6000 liter per gång men Ni har i anbudet angivit avropsvolymen 9000 liter beträffande flygfotogenet*”.

Upphandlingens totala värde kan med ledning av inkomna anbud uppskattas till c:a 220.000 kronor under avtalstiden inklusive förlängningsåret.

Gällande rätt

⁴ Prisuppgiften bygger på leveranser av flygfotogen om 9.000 liter. Vid leveranser om vardera 3.000 liter är anbudet från A 4,24 kr per liter jämfört med 4,91 kr per liter för C. A är därmed billigast. Sker leveranser av 6.000 liter per gång är prisförhållandet 4,24 kr per liter för A jämfört med 3,905 kr per liter för C. C är därmed billigast.

⁵ Rengöring utförs som regel en gång var 2-3 år. Anbudet förutsätter att beställaren håller med en s.k. gasvakt, d.v.s. uppsikt på att den som utför rengöringen inte av någon anledning skulle skada sig under arbetet. En sådan gasvakt skulle uppskattningsvis kosta 300 kr./timmen eller totalt 1.500 kronor. Uppskattat totalpris även efter justering för gasvakt kan således uppgå till maximalt 6.500 kronor.

⁶ Icke daterad eller undertecknad, rubricerad som ”Bilaga till anbudsprotokoll nr 0937”.

Offentliga upphandlingar regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Upphandling av varor och tjänster vars värde understiger tröskelvärdet 1.756.000 kronor⁷, skall handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-6 §§, 6 kap. samt 7 kap. LOU.

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.

Enligt 6 kap. 12 § LOU skall en upphandlande enhet pröva inkomna anbud i enlighet med de krav och kriterier 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.

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 de s.k. bör-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.⁹ En upphandlande enhet får heller inte frågå de krav och kriterier som angivits i förfrågningsunderlaget.¹⁰

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*".¹¹

Enligt en annan upphandlingsrättslig princip, den s.k. *likställighetsprincipen*, skall alla anbudsgivare och anbud behandlas på ett likvärdigt sätt. Det får till exempel inte förekomma att en anbudsgivare särskilt gynnas på grund av att han tidigare utfört leveranser åt den upphandlande enheten.

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.

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 lagens förarbeten inte bara onödiga kostnader m.m. (*damnum emergens*) utan även utebliven

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

⁸ Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.

⁹ 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 upprepat kravet på att utvärderingskriterier skall vara tydliga för att kunna läggas till underlag för värdering av anbud.

¹⁰ Se bland annat NOU:s nyhetsbrev mars 1999 sid. 4 "Angivna kriterier får inte frångås vid anbudsprövning".

¹¹ Prop 1992/93:88, sid. 51-52 samt 71-72.

vinst på grund av att leverantören går miste om den intäkt som uppdraget skulle ha medfört (*lucrum cessans*)¹². 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 i upphandlingen slöts.

I fråga om skadeståndets beräkning och funktioner erinras i förarbetena vidare om att syftet med det bakomliggande EG-direktivets¹³ regler är att åstadkomma ett tryck på de upphandlande enheterna att ha 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

Västerviks kommun har inkommit med ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet. Av yttrandet framgår att kommunen, efter en egen beräkning, numera synes vitsorda att anbudsgivare C är billigare än A och således erbjuder det i upphandlingen lägsta priset. Med hänvisning till att Anbudsgivare C *”på ett flertal punkter villkorat sitt anbud”*, anser kommunen emellertid att anbud A är det *”med hänsyn till samtliga omständigheter”* ekonomiskt mest fördelaktiga. I yttrandet påpekar kommunen även att *”det inom kommunen pågår ett arbete för att utveckla och effektivisera upphandlingsprocessen”*.

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 flygbränsle har genomförts enligt förfarandet för förenklad upphandling enligt lagen om offentlig upphandling.

Enligt detta förfarande skall inkomna anbud värderas i enlighet med de omständigheter (krav och kriterier) som angivits i förfrågningsunderlaget. Den upphandlande enheten skall därefter anta antingen det lägsta anbudet eller det anbud som vid en sammantagen bedömning av de för upphandlingen angivna kraven bedöms som ekonomiskt mest fördelaktigt. Enligt den inom upphandlingsrätten gällande transparensprincipen skall ställda värderingskrav ovillkorligen beaktas på det sätt som underlaget anvisar. Krav vilka utan några närmare definitioner angivits enbart punktvis och härigenom lämnat utrymme för godtycke vid bedömningen kan däremot inte anses uppfylla upphandlingslagens krav på förutsägbarhet. Dyliga omständigheter kan därför inte beaktas vid anbudsvärderingen. Inte heller kan något avseende i materiellt värderingshänseende tillmätas tidigare affärsförhållanden mellan viss leverantör och den upphandlande enheten. Detta skulle i sådant fall strida på den s.k. likhetsprincipen.

I den aktuella upphandlingen har det kommit in tre anbud, A, B och C vilka samtliga upptagits till slutlig värdering i upphandlingen. Av de inkomna anbuden har enligt kommunens sammanställning anbud C erbjudit det lägsta totalpriset avseende såväl flygbensin som flygfotogen. Även i fråga om årlig service erbjuder C den jämfört med A billigaste lösningen. Enbart i fråga om tankrengöring är anbudet A möjligen förmånligare än C. I detta senare avseende saknas emellertid utredning från kommunens sida om de ekonomiska konsekvenserna av anbuden.

Trots dessa förhållanden har kommunen beslutat att anta Anbudsgivare A som leverantör i upphandlingen. Till stöd för beslutet att anta denna dyrare lösning har kommunen främst åberopat att den vinnande Anbudsgivaren A tidigare utfört liknande leveranser till kommunen samt att A till skillnad från Anbudsgivare C inte har krävt att få samdistribuera flygbränslet. Detta trots att samdistribution enligt underlaget skall medföra att anbudet

¹² Prop. 1992/93:88, sid. 103.

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

prioriteras, inte diskrimineras. Vad kommunen således anfört till stöd för att anta det vinnande anbudet, såväl i sina tidigare skrifter som i sitt yttrande till Konkurrenskommissionen, saknar antingen stöd av förfrågningsunderlaget eller utgör sådana omständigheter som av andra skäl inte kan läggas till grund för värdering av anbud. Någon värdering av de angivna miljökriterierna, som kommunen har angivit i förfrågningsunderlaget har till exempel inte redovisats. Sammantaget har Västerviks kommuns aktuella upphandling handlagts på ett sätt som synes vara ägnat att ensidigt gynna en viss leverantör, Anbudsgivare A, på bekostnad av övriga konkurrenter. Kommunens handläggning strider därmed mot upphandlingslagens bestämmelser om affärsmässighet och likabehandling mellan anbudsgivare vilket medfört att konkurrensen har snedvrids på marknaden för flygbränsle.