

PM 2 2000-04-27 - SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling.

Västerviks kommun har i förfrågningsunderlaget för en ramavtalsupphandling för successiva avrop av färger, tapeter m.m. angivit värderingskriterierna enbart punktvis och på grundval av icke dokumenterade tester antagit ett dyrare anbud än det prismässigt lägsta.

Västerviks kommun, kommunledningsförvaltningen, har genom skrivelser i augusti 1999 till fyra leverantörer infordrat anbud för successiva avrop av färger, tapeter m.m. under en period av upp till tre år - från och med den 1 november 1999 till och med den 31 oktober 2001 med möjlighet till förlängning i ytterligare ett år (kommunens förfrågningsnummer: 5013).

Av anbudsinfordran framgår att upphandlingen skall handläggas enligt *förenklat förfarande* enligt lagen om offentlig upphandling. Av underlaget anges inte att anbuderna skall komma att beaktas enligt modellen för "ekonomiskt mest fördelaktiga anbud". Däremot framgår att "*Anbuderna kommer att bedömas efter pris, kvalite, 'sortimentsbredd' och service. Kriterierna utan inbördes rangordning*". Någon beskrivning av vad som närmare avses med de citerade, punktvis angivna, kriterierna har inte angivits i underlaget för upphandlingen. Det har utöver vad som redovisats inte heller preciserats på vilket sätt de uppgivna kriterierna kommer att beaktas vid värderingen av inkomna anbud.

Underlaget består dels av två A-4 sidor med i huvudsak reglering de kommersiella villkoren för leverans och fakturering m.m., dels av en bilaga där ett antal produkter i en specifik leverantörs (Fabrikat B:s) produktsortiment anges, vilka kommunen önskat anbud på. Fabrikat B:s återförsäljare har tidigare levererat aktuella varor till kommunen. Av anbudsinfordran framgår att motsvarande andra fabrikat även kan komma ifråga.

Anbudstiden gick ut den 10 september 1999. Enligt en som "Anbudsprotokoll" betecknad skrivelse, daterad den 13 september 1999 (kommunens protokollnummer: 0837) hade det vid anbudstidens utgång inkommit tre anbud, varav samtliga synes ha upptagits till slutlig prövning. Inkomna anbud redovisades i en pristabla, som i allt väsentligt motsvarar den produktförteckning som angavs i anbudsinfordran. Av anbudsinfordran framgår att priserna fördelade sig så att en anbudsgivare (A) inkom med det genomsnittligt högsta priset, följt av en återförsäljare av Fabrikat B och, med lägsta pris, en återförsäljare av Fabrikat C. Den genomsnittliga prisskillnaden mellan anbuderna B och C kan uppskattas till c:a 10 procent. Vid sammanlagt 70 poster är B prismässigt dyrare än C utom i tre fall.

På protokollet finns antecknad en som "Beslut" rubricerad notering att "[Fabrikant C:s] färger har testats och jämförts med [Fabrikant B:s] färger. Enligt denna test av våra målare kräver [Fabrikant C:s] färger en strykning mer än [Fabrikant B:s] färger. Avtal tecknas med [Återförsäljaren av Fabrikant B:s] färger. Detta anbud bedömes som förmånligast med hänsyn tagen till den totala kostnaden".^[1]

Under hand har den för upphandlingen ansvarige tjänstemannen vid Västerviks kommun angivit att det angivna testet har genomförts av två målare som är anställda för att utföra löpande fastighetsarbeten i kommunens fastigheter. Någon skriftlig dokumentation, testprotokoll eller motsvarande information om hur testerna utfördes, avseende mätmetod,

^[1] Beslutet är inte särskilt daterat. Under hand har kommunen emellertid uppgett att beslutet fattats vid en tidpunkt väsentligt senare än anbudsöppningen den 13 september 1999.

teknisk analys m.m., finns enligt uppgift inte. De färgstrykningsprov som utförts finns enligt uppgift emellertid bevarade.

Fabrikat B är ett väl känt varumärke som efter företagsfusioner med en annan tillverkare för c:a 15 år sedan har en betydande marknadsställning i Sverige. Även Fabrikat C är ett känt varumärke och säljer främst på den nordiska marknaden med tillverkning i Sverige, Finland och Danmark. Företaget, som är certifierat enligt ISO 9001 och ISO 14001, har i egen regi genomfört jämförande tester mellan 14 produkter i det egna färgsortimentet och motsvarande sortiment av Fabrikat B. Dessa tester har genomförts enligt vetenskaplig standard, (SIS) SS 18 41 83. Av tillgängligt protokoll framgår att de testade färgfabrikaten vid 150 och 200 my våtfilm, i allt väsentligt håller jämförbar kvalitet med mellan 96,4 och 99,8 procents täckförmåga. Mindre avvikelser förekommer växelvis mellan fabrikaten, men dessa är inte större än högst 2 procent.

Företrädare för Fabrikat C har enligt uppgift vid två tillfällen i oktober 1999 besökt Västerviks kommun och bland annat redovisat företagets resultat av egna färgtester. Vid det senare tillfället överlämnade företaget till kommunen de färgprover som kommunen senare har använt för sin test.

Den 31 januari 200 skrev kommunen ett avböjande svar till Anbudsgivare C (återförsäljare av Fabrikat C). Av skrivelsen framgår att kommunen avböjt företagets anbud på grund av "Förmånligare villkor" och "Lämpligare kvalitet".

I övrigt är upplyst att värdet av det aktuella avropsavtalet torde uppgå till c:a 400.000 kronor per år. Totalt således c:a 1,2 miljoner kronor för hela avtalstiden, inklusive förlängningsåret.

Gällande rätt

I detta ärende aktualiseras frågan huruvida Västerviks kommun, genom att med den angivna förfarandet som grund anta ett dyrare anbud än det prismässigt lägsta, har åsidosatt lagen om offentlig upphandling samt snedvridit konkurrensen.

Offentliga upphandlingar som påbörjats efter den 1 januari 1994 regleras i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Upphandlingar av varor som beräknas understiga det vid tidpunkten för upphandlingen gällande tröskelvärdet 1,728 miljoner kronor^{2[2]}, skall handläggas i enlighet med de av EGs upphandlingsdirektiv styrda bestämmelserna i 1 kap. 1-6 §§, 6 kap. samt 7 kap. LOU. Förfarandet för *förenklad upphandling* skall därvid normalt tillämpas.

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 diskriminering^{3[3]} (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. 3 och 12 §§ LOU skall den upphandlande enheten upprätta ett förfrågningsunderlag med en beskrivning av föremålet för upphandlingen. Om underlaget innehåller en teknisk beskrivning av föremålet för upphandlingen skall beskrivningen som regel^{4[4]} göras med hänvisning till svensk eller europeisk standard. Beskrivningen av föremålet för upphandlingen får varken i förfrågningsunderlaget eller i något annat underlag för upphandlingen

^{2[2]} Gällande tröskelvärde 1999 vid upphandlingar av varor och tjänster, från den 1 januari 1998 enligt förordningen (1998:59) om ändring i förordningen (1996:581) om tröskelvärden enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

^{3[3]} Prop 1992/93:88, sid. 59-60.

^{4[4]} Se 61 kap. 12 § *ex analogia*.

hänvisa till en särskild vara eller process på ett sådant sätt att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådan hänvisning får dock ske, om det är motiverat med hänsyn till föremålet för upphandlingen. En upphandlande enhet får i så fall hänvisa till ett visst märke, fabrikat eller ursprung, om den inte på något annat sätt kan beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. Hänvisningen skall göras så att även likvärdiga varor eller tjänster kan komma ifråga.

Det huvudsakliga syftet med lagen om offentlig upphandling är att säkra att upphandlingen sker genom en effektiv konkurrens och att leverantörerna och deras ansökningar och anbud behandlas utan ovidkommande hänsyn. Därtill hör att anskaffning sker under öppna och förutsebara former och att alla anbudsgivare behandlas lika (se vidare vad som anges nedan om EG-Romfördraget).

Frågan om grunderna för vilka anbud som skall antas är mycket central i lagen för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Av lagtext och förarbeten^{5[5]} framgår att den upphandlande enheten vid värderingen av anbudsgivare eller anbud inte får beakta andra omständigheter än vad som angivits i annonsen eller förfrågningsunderlaget för upphandlingen. Bestämmelser ger därmed uttryck för den inom EG-rätten förekommande s.k. *transparensprincipen*, vilken av den föredragande departementschefen i förarbetena till lagen förtydligas på följande sätt: "Det får ... inte förekomma att ett anbud väljs framför ett annat på grund av en omständighet som anbudsgivarna inte i förväg fått reda på". Det får till grund för ett slutligt urval i en upphandlingsprocess således inte åberopas omständigheter som inte angivits i förfrågningsunderlaget för upphandlingen.

Bestämmelsen innefattar även ett krav på tydlighet i förhållande till anbudsgivarna. Bedömningsgrunder som skall vara avgörande för värderingen av inkomna anbud måste vara tydligt definierade till sin karaktär. Enbart punktvis uppställda kriterier, vars innebörd det ankommer på anbudsgivarna att gissa sig till, kan således inte på ett affärsmässigt sätt läggas till grund för antagande av anbud. Kammarrätten i Sundsvall har i ett avgörande, som får anses vara vägledande, 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.^{6[6]} Bedömningar av erbjudna varors tekniska prestanda skall vidare ske på samma grunder som krav om sådana prestanda får förekomma i förfrågningsunderlaget, d.v.s. i första hand på grund val av objektiva mätningar enligt tillgänglig standard.

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

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 vinst på grund av att leverantören går miste om den intäkt som uppdraget skulle ha medfört (*lucrum cessans*)^{7[7]}. Talan om skadestånd kan enligt samma kapitel 8 § väckas av leverantör vid allmän domstol. Talan skall väckas inom ett år från den dag då beslut om leverantör fattats. I fråga om skadeståndets beräkning och funktioner erinras i förarbetena vidare om att syftet med det bakomliggande EG-direktivets^{8[8]} regler är att åstadkomma ett tryck på de upp-

^{5[5]} Prop 1992/93:88, sid. 51-52 samt 71-72.

^{6[6]} Se Kammarrätten i Sundsvall, dom i mål nummer 943-1997 Kammarrättens avgörande har överklagats till Regeringsrätten, som beslutat att inte meddela prövningstillstånd.

^{7[7]} Prop 1992/93:88, sid. 103

^{8[8]} 89/665/EEG ar. 1(c) samt 92/13/EEG art. 2(d)

handlande 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.

Enligt EG-Romfördraget gäller vidare en allmän princip om likabehandling. Fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, giltighet som svensk lag. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen (se prop. 1994/95:19 del 1 sid 478) att *"Den i Romfördraget centrala likabehandlingsprincipen återfinns bl.a. i artikel 6 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Andra uttryckliga likabehandlingsprinciper återfinns i artikel 40 tredje stycket i Romfördraget angående likabehandling mellan producenter och konsumenter inom den gemensamma jordbrukspolitikerna samt i artikel 119 i Romfördraget när det gäller lika lön för kvinnor och män. EG-domstolen har dock slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen"*. Den allmänna likabehandlingsprincipen får förstås så att en medlemsstats kommuner inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa, t.ex. inhemska, leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

Yttrande

Västerviks kommun har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet angivit att det är en självklarhet att färgens täckningsförmåga kan hänföras till begreppet kvalitet, även om detta inte framgår av förfrågan. Vidare anger kommunen att utförd test visar att färg av Fabrikat B har en bättre täckningsgrad än färg av Fabrikat C vilket ger en högre totalkostnad för färg av Fabrikat C. De två målare som utfört testen har till följd av 30 års yrkeserfarenhet, enligt kommunens mening, full kompetens att bedöma de testade färgfabrikatens täckningsgrad.

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.

I den aktuella upphandlingen för successiva avrop av färg och tapeter m.m. har Västerviks kommun tillämnat förfarandet för förenklad upphandling. Enligt detta förfarande får kommunen inte anta anbud på andra grunder än vad som i förväg angivits i förfrågningsunderlaget. De grunder som åberopas till stöd för ett beslut om upphandling skall vidare vara affärsmässigt och objektivt motiverade samt finnas dokumenterade hos den upphandlande enheten.

Enligt tillgängligt upphandlingsprotokoll har samtliga inom anbudsfristen inkomna anbud upptagits till slutlig prövning. Av dessa har kommunen antagit ett anbud vars priser väsentligt överstiger lägsta anbud.

För värderingen av inkomna anbud har kommunen punktvist angivit att dessa utan inbördes rangordning kommer att värderas utifrån *"pris, kvalite, sortimentsbredd och service"*. Någon precisering av vad kommunen avser med till exempel kriteriet *"kvalite"* har emellertid inte lämnats, vare sig i förfrågningsunderlaget eller i något annat känt underlag för upphandlingen. Hade kommunen till exempel angivit att leverantörerna med tillämpning av lämplig standard skulle redovisa respektive produkts tekniska prestanda (som t.ex. täckgrad och dylikt), hade en objektiv jämförande analys kunnat läggas till grund för värderingen av inkomna anbud. På det sätt som upphandlingsunderlaget har utformats kan det emellertid, med hänvisning till den s.k. transparensprincipen inom EG:s upphandlingsrätt och svensk rättspraxis i anslutning till denna, sättas ifråga om något av de angivna värderingskriterierna förutom priset kan beaktas vid värderingen av inkomna anbud.

Bortsett från frågan huruvida något beaktande av kvalitetskriterier överhuvud taget varit möjligt i den aktuella upphandlingen skall i upphandlingen förekommande bedömningar ske på affärsmässiga och objektiva grunder samt värderas i ekonomiska termer. Av den beslutsmotivering som angivits framgår att kommunens egna målare har testat jämförbara produkter samt själva bedömt att färg av Fabrikat B har en bättre täckförmåga än färg av Fabrikat C. Någon skriftlig dokumentation av de åberopade testerna eller beskrivning av vilka tekniska mätmetoder som använts, finns emellertid inte. Kommunens testresultat står dessutom i motsats till en annan undersökning av produkternas täckförmåga som Fabrikant C har utfört i enlighet med på området gällande svensk standard och även presenterat för kommunen i samband med upphandlingen. Något annat mätresultat än det beskrivna testet har kommunen inte åberopat eller ens påstått ligga till grund för beslutet att inte anta anbudsgivaren C:s anbud, och någon ekonomisk värdering av anbudet har heller inte förebringats till stöd för upphandlingsbeslutet.

Det beskrivna förfarandet kan sammanfattas i följande påpekanden: (1) förfrågningsunderlaget har inte utformats på ett så tydligt sätt att bedömning av annat än priset varit möjligt, (2) det tekniska test som kommunen har åberopat synes, dels inte ha genomförts enligt vetenskaplig metod eller gällande standard, dels i övrigt inte ha genomförts på ett sådant sätt att resultatet ensamt kan läggas till grund för en avgörande bedömning av de berörda produkternas kvalitet, samt (3) testresultatet har inte värderats i ekonomiska termer.

Vad Västerviks kommun således lagt till grund för sitt beslut att teckna ramavtal för successiva avrop av färg och tapeter m.m. för en period av upp till tre år kan enligt Konkurrenskommissionens mening inte anses utgöra sådana affärsmässiga skäl som krävs enligt lagen om offentlig upphandling. Kommunen har därigenom åsidosatt de krav på opartiskhet och likabehandling som uppställts i lagen.

Förfarandet har medfört att konkurrensen på marknaden för färg har snedvridits samtidigt som förtroendet för kommunen som upphandlare har undergrävs. Kommunen riskerar även att ha orsakat skattebetalarna i Västervik kostnader i onödan, dels för det dyrare anbudet, dels för ett eventuellt skadestånd till den förfördelade anbudsgivare C i anledning av den felaktigt handlagda upphandlingen.
