

PM 2 1999-02-16

*Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (otillbörligt gynnande genom oskäligen villkor).*

Stockholms stad har i en upphandling avseende konsulttjänster för information m.m. angivit förutsättningarna på ett sådant sätt att intresserade leverantörer har medgivits en anbudsfrist på åtta eller högst nio arbetsdagar, varav flera utgör s.k. klämdagar, för att utarbeta sina anbud.

Stockholms stad, Stadsledningskontoret, har genom skrivelser till tre olika leverantörer inhämtat anbud på konsulttjänster för information och opinionsbildning m.m. angående statens planer på ett nytt skatteutjämningsystem för kommunerna.

Enligt uppgift från staden har upphandlingen handlagts enligt förfarandet för s.k. *förenklad upphandling* enligt lagen om offentlig upphandling.

Skrivelserna med inbjudan om att delta i upphandlingen avsändes enligt staden den 21 december 1998. Enligt uppgift har sista datum för avlämnande av anbud i upphandlingen angivits till den 8 januari 1999.

Med beaktande av att såväl jul-, nyårs- samt trettondagshelgerna infaller under den aktuella anbudsfristen utgör den frist som leverantörerna har haft till sitt förfogande att räkna på det aktuella uppdraget (*anbudsfristen*) mellan åtta och nio dagar, beroende av när anbudsbegäran kommit dem tillhanda. Av dessa dagar i anbudsfristen utgör tre dagar halva arbetsdagar (dagen före julafton, dagen före nyårsafton samt trettondagsafton). Övriga dagar, utom möjligen dagarna den 7 och 8 januari 1999, med hänvisning till rådande helger, torde kunna anses utgöra s.k. klämdagar.

Kommunala utjämningsberedningens slutbetänkande med förslag till nytt skatteutjämningsystem för kommunerna, SOU 1998:151, "Kostnadsutjämnning för kommuner och landsting" överlämnades i enlighet med en i förväg fastställd plan för utredningens arbete, till regeringen den 16 december 1998. Utredningens slutsatser var vid överlämnandet till regeringen i huvudsak kända sedan tidigare och har även debatterats i media under hösten 1998. Regeringen väntas till följd av utredningens förslag under våren 1999 utarbeta en proposition till riksdagen. Enligt uppgift går remisstiden angående utredningens förslag ut den 10 februari 1999.

[\[PC1\]](#) Tidigare har staden direktupphandlat konsulttjänster, liknande dem som nu är föremål för upphandling. Vid den då aktuella upphandlingen motiverade värdet av uppdraget inte något annat upphandlingsförfarande.

Kommentar [PC1]:

Vilka anbudsgivare som avgivit anbud i upphandlingen är med stöd av bestämmelserna anbudskonsekretess enligt 2 kap. 6 § samt 8 kap. 10 § sekretesslagen (1980:100) fortfarande (den 27 januari 1999) hemligt, eftersom upphandlingstävlingen ännu inte är slutligt avgjord. [\[PC2\]](#)

Kommentar [PC2]:

Värdet av den aktuella upphandlingen kan enligt uppgift uppskattas till c:a 400.000 kronor.

#### Gällande rätt

I detta ärende aktualiseras frågan huruvida det kan anses affärsmässigt enligt lagen om offentlig upphandling att medge intresserade leverantörer enbart 8-9 arbetsdagar att räkna på sina anbud, samt att dessa dagar förlägges under jul- och nyårshelgerna.

Sedan den 1 januari 1994 regleras all offentlig upphandling genom lagen om offentlig upphandling – LOU. Tjänster för information och opinionsbildning torde utgöra sådana

övriga tjänster, (kategori 27) enligt bilaga B till lagen, vilka oavsett värdet skall upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap., 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<sup>11)</sup> till LOU motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om icke diskriminering (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 skyddas mot onödigt höga kostnader.

Kravet på affärsmässiga villkor för anbudsgivningen är i lagstiftningen mycket central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Av såväl den refererade lagtexten jämte förarbeten som de bakomliggande EG-direktiven framgår att ingen upphandling får göras på ett sådant sätt att leverantörer särbehandlas. Utgångspunkten är att all upphandling i praktiken skall ske affärsmässigt och i konkurrens, utan otillbörliga hänsyn till viss leverantör eller vissa leverantörer<sup>21)</sup>.

Enligt 6 kap. 2 § LOU skall upphandling ske antingen genom *förenklad upphandling* eller *direktupphandling*.

Enligt 1 kap. 5 § LOU avses med *förenklad upphandling* ett förfarande där alla leverantörer har rätt att delta. Deltagande leverantörer får lämna skriftligt anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare. Enligt 6 kap. 4 § LOU skall en upphandlande enhet som tillämpar förenklad upphandling infordra *skriftliga* anbud genom annons eller genom skrivelser som skickas till minst tre leverantörer.

Något vägledande avgörande i praxis om vad som skall anses utgöra rimlig anbudsfrist vid förfarandet för förenklad upphandling finns ännu inte. I ett av Nämnden för offentlig upphandling (NOU) ofta refererat avgörande från år 1994 har emellertid en länsrätt<sup>31)</sup> bedömt att en anbudsfrist vid en förenklad upphandling avseende tjänster inom hälso- och sjukvård på tre veckor (12-13 arbetsdagar), bland annat innefattande påskhelgen, var oförenlig med lagens krav på affärsmässighet. Andra länsrätter har under senare tid kommit till motsvarande slutsatser i liknande mål.

Med *direktupphandling* förstås enligt 1 kap. 5 § LOU en upphandling utan föregående infordran av skriftliga anbud i konkurrens på marknaden. Direktupphandling får enligt 6 kap. 2 § LOU endast förekomma om det finns synnerliga skäl såsom *synnerlig brådskande* orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses *och inte heller beror på en upphandlande enheten* eller om det som skall upphandlas är av så *lågt värde* att kostnaden för ett mer förbundet förfarande inte står i rimlig proportion till detta låga värde<sup>41)</sup>

Vad som skall anses som allmänna helgdagar m.m. regleras genom lagen (1989:253) om allmänna helgdagar samt, i visst avseende, genom lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid. Enligt 2 § lagen om allmänna helger utgör juldagen (den 25 december), annandag jul (den 26 december), nyårsdagen (den 1 januari) samt trettondedag jul (den 6 januari) allmänna helgdagar. Vidare utgör enligt 2 § lagen om lagstadgad tid julafton (den 24 december) och nyårsafton (den 31 december) sådana särskilda dagar (heldagsaftnar) att om

viss åtgärd enligt lag eller författning senast skall vidtas någon av dessa dagar, åtgärden istället får vidtas nästa vardag.

#### Yttrande

Stockholms stad har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande: Den 16 december 1998 lämnade den statliga "Utjämningskommittén" sitt slutbetänkande, vilket bland annat innebär att Stockholms stad riskerar att förlora c:a 1 miljard kronor. Remisstiden i anledning av utredningens förslag har angivits till den 1 mars 1999.

Till följd av utredningsförslaget beslutade staden att upphandla konsulttjänster för bland annat opinionsbildning. Till följd av den korta remisstiden förelåg vid upphandlingstidpunkten synnerlig brådska som inte kunnat förutses av staden. Den aktuella upphandlingen hade därför kunnat handläggas enligt förfarandet för *direktupphandling*. Emellertid valde staden att istället tillämpa förfarandet för *förenklad upphandling*. Anbudstiden i den aktuella upphandlingen anpassades så att beslut om vinnande leverantör skulle kunna fattas vid kommunstyrelsens sammanträden den 27 januari 1999. Normalt fordras tre veckors beredningstid för ett ärende till kommunstyrelsen. Med hänvisning till ärendets brådska karaktär förkortades beredningstiden emellertid något i det aktuella fallet..

Med hänvisning till det anförda menar staden att upphandlingslagens bestämmelser således iakttagits vid den ifrågasatta konsultupphandlingen.

### 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 konsulttjänster för information och opinionsbildning m.m. har Stockholms stad valt att tillämpa förfarandet för s.k. *förenklad upphandling* enligt lagen om offentlig upphandling.

Innebörden av det utredningsbetänkande om kommunal skattetjämnings som föranlett upphandlingen har varit väl känd och debatterats under hösten 1998. Den brådska som i slutet av december synes ha uppstått inom staden kan därför närmast hänföras till bristande uppmärksamhet från stadens sida. Detta medför att den aktuella brådskan inte utgör några *synnerliga skäl* i lagens mening. Någon förutsättning för staden att istället för förenklad upphandling tillämpa förfarandet för *direktupphandling* föreligger enligt Konkurrenskommissionens mening därmed inte.

Avsikten med lagen om offentlig upphandling, som den uttrycks i huvudregeln om affärsmässighet, är att skapa en optimal konkurrens vid den offentliga upphandlingen. Bland annat skall enligt lagen alla leverantörer lämnas lika möjligheter att lämna anbud. Vid förenklad upphandling skall alla leverantörer beredas möjlighet att lämna anbud, således även leverantörer som har fått information om upphandlingen på annat sätt än genom skrivelser från den upphandlande enheten. Samtliga leverantörer skall behandlas på ett affärsmässigt och opartiskt sätt.

Stockholms stad har i upphandlingen av konsulttjänster emellertid bestämt anbudsfristen så att intresserade leverantörer har lämnats endast åtta eller högst nio arbetsdagar (varav dessutom vissa dagar på grund av pågående helger utgjort halva arbetsdagar och s.k. klämdagar) för att utarbeta sina anbud. Därigenom har varken de särskilt tillfrågade leverantörerna eller andra leverantörer medgivits rimliga möjligheter att lämna anbud.

Sådana objektiva och affärsmässiga förutsättningar för anbudsgivningen som enligt förfarandet för förenklad upphandling skall tillvarata alla intresserade leverantörers rätt att lämna anbud, synes därmed inte ha funnits. Det kan i sammanhanget jämförelsevis påpekas att staden anser sig själv behöva c:a tre veckor bara för att bereda ett färdigutarbetat tjänstemannaförslag till beslut i ett dylikt ärende.

Genom den korta anbudsfristen har det i den aktuella konsultupphandlingen inte förelegat några rimliga förutsättningar för konkurrens på lika villkor mellan tänkbara leverantörer. Stockholms stad har enligt Konkurrenskommissionen bedömning därmed åsidosatt kraven på affärsmässighet och opartiskhet enligt lagen om offentlig upphandling.