

PM 2 1999-10-28

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

Grums kommun har tecknat eller avser att omgående teckna avtal om köp av successiva leveranser av värmeenergi (fjärrvärme) från en leverantör som - trots att förutsättningarna enligt lag för att i upphandlingen genomföra förhandlingar inte är uppfyllda - beretts tillfälle att efter anbudstidens utgång förhandla samt prismässigt sänka sitt, jämfört med konkurrerande anbud, dyrare bud. Kommunen har även tillåtit vinnande anbudsgivare att justera sitt anbud efter den i upphandlingen utmätta fristen samt till grund för anbudsvärderingen lagt värderingskriterier som endast punktvis angivits i förfrågningsunderlaget för upphandlingen.

Grums kommun har genom annons i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) infordrat anbud på successiva leveranser av värmeenergi - fjärrvärme (Dnr. FJVGK-001). I annonsen och förfrågningsunderlaget för upphandlingen har angivits att denna skall komma att handläggas enligt förfarandet för *förhandlad upphandling* med föregående annonsering enligt lagen om offentlig upphandling.

Anbudstiden var tre månader. Upphandlingen avsåg totalåtagande att från en biobränslebaserad anläggning försörja i första hand kommunens egna fastigheter i centrala Grums med värme. Övriga fastighetsägare skulle ges möjlighet att ansluta sig. Värmeleveranserna beräknades till 15 - 35 MWh/år varav Grums kommun och Grums Hysesbostäder AB tillsammans förbrukade ca 11,2 MWh/år. Anbud kunde lämnas enligt tre alternativ, beroende på förväntad årsförbrukning.

Av förfrågningsunderlaget för upphandlingen framgår vidare följande värderingskriterier: ”Vid anbudsvärdering kommer det för kommunen mest fördelaktiga anbudet att antas med hänsyn till: - avgiftsfrågor - finansiering - miljöfrågor - leveranssäkerhet - kvalitet [nytt stycke] Kriterierna utan inbördes ordning”. Någon förklaring av vad som avses med de punktvis angivna kriterierna lämnas varken i förfrågningsunderlaget eller i något annat underlag för upphandlingen.

Anbudsöppning skedde den 18 oktober 1998. Vid anbudstidens utgång hade nio anbudsgivare lämnat anbud. Av dessa hade det lägsta anbudet avseende den tekniska lösning som kommunen senare valt avgivits av Anbudsgivare A.

Åtta av de i upphandlingen deltagande anbudsgivarna kallades^[1] till upphandlingsmöten (förhandlingsmöten) den 12 - 16 november och lämnade kompletterande anbud den 16 november 1998^[2]. Efter en andra utvärderingsfas erbjöds^[3] fem anbudsgivare att, senast den 15 januari 1999, komplettera sina anbud. Samtliga kompletterande anbud inkom den 15 januari 1999. Kommunen genomförde därefter en tredje utvärdering, varefter fyra anbudsgivare kompletterade sina anbud ytterligare en gång^[4]. Nya kompletterande anbud inkom den 29 januari 1999. En anbudsgivare, anbudsgivare B, förtydligande sitt anbud ännu en gång den 16 februari 1999. Kommunens slutliga utvärdering gjordes den 17 februari

^[1] Skrivelser den 4 november 1998 från ombudet för Grums kommun till berörda anbudsgivare med inbjudan till upphandlingsmöten (förhandlingsmöten).

^[2] Enligt anteckningar, förda vid förhandling i upphandlingen, skulle kompletteringar av anbuderna vara Grums kommun tillhanda senast den 27 november 1998.

^[3] Skrivelser den 14 december 1998 från ombudet för Grums kommun till berörda anbudsgivare med begäran om komplettering av anbuderna senast den 15 januari 1999.

^[4] Skrivelser den 25 januari 1999 från ombudet för Grums kommun till berörda anbudsgivare med begäran om komplettering av anbuderna senast den 29 januari 1999.

1999, vari den tekniska nämnden förordades att anta anbud B som det i upphandlingen mest ekonomiska anbudet.

Vid tidpunkten för anbudstidens utgång jämfört med efter det att förhandlingarna slutförts i upphandlingen fördelade sig anbuderna A respektive B på följande sätt avseende det av kommunen slutligen valda alternativet:

Anbud:	Anbud A	Anbud B **
Pris vid anbudstidens utgång *	384 kr./MWh	420 kr./MWh
Pris efter förhandlingar:	384 kr./MWh	384 kr./MWh

* viktat anbudspris enligt kommunens egen utvärdering, baserat på medelpris för antagen energileverans 22.000 MWh per år för större fastigheter samt 5.000 MWh per år för cirka 250 villor (22.000 kWh/år och per villa).

** Nollställt anbudspris inklusive ett icke medräknat tillägg för installationskostnad på 30 kr./MWh som ingår i det jämförda anbudet A:s pris.

Således har Anbudsgivare B genom förhandlingar i upphandlingen kunnat sänka sitt pris från ett genomsnittligt viktat pris på 420 kr./MWh till motsvarande 384 kr./MWh eller med drygt 8,5 procent.

Vid sammanträde den 25 mars 1999 beslutade tekniska nämnden i Grums kommun att anta Anbudsgivare B som slutlig leverantör i upphandlingen. Till grund för beslutet anfördes bl.a. att anbud B bedömts ekonomiskt mer fördelaktigt än A.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i en utredning med bedömning avseende den aktuella upphandlingen (dnr. 1999/0102-29) konstaterat att Grums kommun felaktigt använt sig av förfarandet för förhandlad upphandling. Lagliga förutsättningar för att använda detta förfarande föreligger inte enligt nämnden, utan kommunen skulle istället ha handlagt upphandlingen enligt något av förfarandena för *öppen upphandling* eller *sektiv upphandling* enligt lagen om offentlig upphandling. Inget av de sistnämnda förfarandena tillåter emellertid moment av förhandling med anbudsgivare. Nämnden konstaterar vidare att i förfrågningsunderlaget har angivits ett antal krav och utvärderingskriterier som varken rangordnats eller preciserats till sitt innehåll eller betydelse. Även denna omständighet medför enligt nämnden att upphandlingen bort göras om.

Upphandlingen har även varit föremål för bedömning i domstol. Kammarrätten i Göteborg har genom dom den 27 augusti 1999 som numera vunnit laga kraft^{5[5]}, funnit att Grums kommun inte haft rätt att använda sig av förhandlad upphandling och att upphandlingen således har skett i strid med lagen om offentlig upphandling (LOU). Domstolen har emellertid icke funnit att det förelegat skäl för åtgärd enligt 7 kap. 2 § LOU, eftersom den klagande leverantören (leverantör A) genom utredningen i målet icke visat att han lidit eller kan komma att lida skada genom det påtalade felet.

Enligt uppgift från kommunen^{6[6]} pågår för närvarande (sept. 99) förberedelser för att teckna avtal i upphandlingen mellan kommunen och Anbudsgivare B. Avtalstecknandet kommer enligt samma uppgift att vara avslutat inom en månad från den 16 september 1999.

Gällande rätt

I detta ärende aktualiseras frågan huruvida Grums kommun har åsidosatt kravet på affärs-mässighet och opartiskhet vid offentlig upphandling samt snedvridit konkurrensen genom att till grund för ett beslut att teckna avtal avseende successiva leveranser av värmeenergi (1) lägga ett anbud som trots att förhandlingar inte är tillåtna enligt lag, genom prisförhandlingar efter anbudstidens utgång sänkts med drygt 8, 5 procent, (2) tillåta en anbudsgivare att även efter sista datum för angiven förhandlingsfrist, inkomma med en justering av anbudet, samt

^{5[5]} Kammarrätten i Göteborg, dom den 27 augusti 1999 i mål nr. 2365-1999.

^{6[6]} Uppgift lämnad under hand till handläggande tjänsteman vid regeringsrätten, tjänsteanteckning den 16 september 1999 i mål nr. 5959-1999.

(3) vid anbudsvärderingen beakta värderingskriterier som angivits enbart punktvis i förfrågningsunderlaget, utan någon närmare precisering vad som avses med dessa.

Offentliga upphandlingar som påbörjats efter den 1 januari 1994 regleras i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Värmeenergi skall vid tillämpning av lagen upphandlas som varor. Upphandlingen skall därmed, om det totala värdet av denna överstiger tröskelvärdet 1,728 miljoner kronor^{7[7]}, handläggas i enlighet med bestämmelserna för den s.k. klassiska sektorn enligt 1 kap., 2 kap. samt 7 kap. LOU. Lagens bestämmelser bygger i angivna avseenden på Europeiska gemenskapernas direktiv om offentlig upphandling^{8[8]}. De upphandlande enheterna skall enligt 2 kap. 8 § LOU därvid normalt använda förfarandena för *öppen upphandling* eller *selektiv upphandling*.

Förhandlad upphandling utgör enligt 1 kap. 5 § LOU ett förfarande där en upphandlande enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och tar upp förhandling med en eller flera av dem.

Vid aktuella varuupphandlingar över tröskelvärdet får enligt 2 kap. 10 § LOU förhandlingsförfarandet användas endast under förutsättning att de i förfrågningsunderlaget ursprungligen angivna kontraktsvillkoren inte väsentligt ändrats, samt anbud som lämnats vid öppen eller selektiv upphandling inte motsvarar de krav på föremålet för upphandlingen som ställts upp i underlaget. Om den förhandlade upphandlingen inte omfattar samtliga korrekt lämnade anbud från anbudsgivare som motsvarar de krav som ställts på leverantör i det föregående upphandlingsförfarandet, skall den upphandlande enheten annonsera den förhandlade upphandlingen.

Förhandlad upphandling får enligt 2 kap. 11 § LOU användas utan föregående annonsering om (1.) det vid öppen eller selektiv upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud, under förutsättning att de i förfrågningsunderlaget ursprungligen angivna kontraktsvillkoren inte väsentligt ändrats och att en rapport lämnas till Europeiska gemenskapernas kommission, (2.) varorna framställs enbart för forskning, utveckling, experiment eller studier, under förutsättning att framställningen inte sker i vinstsyfte eller för att täcka forsknings- och utvecklingskostnader, (3.) varorna av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan tillverkas eller levereras av endast en viss leverantör, (4.) det är absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till den upphandlande enheten, gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppen eller selektiv upphandling, (5.) det gäller ytterligare leveranser från den ursprungliga leverantören, avsedda antingen som delersättning för eller tillägg till tidigare leveranser och ett byte av leverantör skulle medföra anskaffning av varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oskäliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll. (Tilläggsleveranser som avses under punkten 5. får avse längre tid än tre år endast om det finns särskilda skäl).

Bestämmelserna om förhandlat förfarande inom den klassiska sektorn har enligt Nämnden för offentlig upphandling (NOU) karaktären av undantagsbestämmelser och möjligheterna att tillämpa dessa skall enligt direktiven tolkas restriktivt. Även EG-domstolen har uttalat att bestämmelserna skall tolkas restriktivt och att det åligger den som avser att åberopa detta förfarande att bevisa att de exceptionella omständigheter som motiverar undantaget verkligen existerar.^{9[9]} Detta återges även i EG-kommissionens Grönbok om offentlig upphandling^{10[10]}. NOU:s statistik för 1994 visar att andelen av förhandlade upphand-

^{7[7]} Gällande tröskelvärde från den 1 januari 1998 enligt förordningen (1998:59) om ändring i förordningen (1996:581) om tröskelvärden enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

^{8[8]} Europeiska rådets direktiv 88/295/EEG, 93/36/EEG de s.k. varuupphandlingsdirektiven samt rättsmedelsdirektivet 89/665/EEG.

^{9[9]} Kommissionen mot Italien mål 199/85 REG 1987-1 sid. 1039.

^{10[10]} Se EG-kommissionens Grönbok om offentlig upphandling, sid. 9.

lingar inom den klassiska sektorn var tre procent av alla upphandlingar över tröskelvärdena. Införandet av större möjligheter att förhandla diskuteras, men detta kan under överskådlig tid inte förväntas leda till någon förändring av regelverket. Även efter en sådan eventuell förändring kommer möjligheterna att förhandla vara begränsade.^{11[11]}

Enligt 1 kap. 21 § LOU får en upphandlande enhet medge att en anbudsgivare eller anbudssökande rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet eller ansökningsenheten att få lämna anbud. Enheten får begära att ett anbud eller en ansökan förtydligas om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Förtydligande av ett anbud kan i angivet avseende därmed inte ske enbart på initiativ från en anbudsgivare. Enligt doktrin i anslutning till lagen skall det vara fråga om en uppenbar felskrivning eller liknande för att enheten skall kunna medge en ändring, t.ex. felaktiga summeringar. Det måste vidare vara uppenbart att misstag föreligger. De upphandlande enheterna får således inte ingå i prövning av gränsfall.^{12[12]}

Om i förfrågningsunderlaget för upphandlingen vidare uppställts ett antal krav och utvärderingskriterier som varken rangordnats eller preciserats till sitt innehåll eller betydelse, kan dessa inte på ett affärsmässigt sätt läggas till grund för värderingen av anbudet. 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.^{13[13]}

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. utan även utebliven vinst på grund av att leverantören går miste om den intäkt som uppdraget skulle ha medfört^{14[14]}. Enligt uttalanden av bl.a. Lagrådet i samband med lagens tillkomst^{15[15]} torde även skadestånd för s.k. negativt kontraktssintresse, d.v.s. onödigt nedlagda kostnader för anbudsförfarande m.m., kunna komma ifråga. Talan om skadestånd kan enligt samma kapitel 8 § väckas av leverantör vid allmän domstol. Talan skall väckas inom ett år från den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts. I fråga om skadeståndets beräkning och funktioner erinras i förarbetena vidare om att syftet med det bakomliggande EG-direktivets^{16[16]} 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

Grums kommun har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet hänvisat till att Kammarrätten i dom konstaterat att kommunen valt fel upphandlingsform men att det inte framkommit något som tyder på att det klagande bolaget inte kunnat konkurrera på samma villkor som övriga anbudsgivare.

Preliminär bedömning

^{11[11]} Se Nämndens för offentlig upphandling (NOU) ovan refererade yttrande i det nu aktuella ärendet, Dnr. 1999/0102-29.

^{12[12]} Hentze-Sylvén lagbokskommentar till lagen om offentlig upphandling, Norstedts 1998, sid. 185-189.

^{13[13]} Se Kammarrätten i Sundsvall, dom i mål nummer 943-1997 Kammarrättens avgörande har överklagats till Regeringsrätten, som beslutat att inte meddela prövningstillstånd.

^{14[14]} Prop 1992/93:88, sid. 103

^{15[15]} Se prop 1992/93:88 sid 140-141 samt 103.

^{16[16]} 89/665/EEG ar. 1(c) samt 92/13/EEG art. 2(d)

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 avseende värmeenergi (fjärrvärme) är av sådan omfattning att upphandlingslagens av EG-direktiv styrda bestämmelser skall tillämpas. Enligt dessa bestämmelser skall förfarandet för *öppen upphandling* eller *selektiv upphandling* normalt tillämpas och det totalekonomiskt eller prismässigt mest fördelaktiga anbudet skall antas utan några föregående förhandlingar. Grums kommun har i den aktuella upphandlingen angivit att det "för kommunen mest fördelaktiga anbudet" skall antas.

Förhandlad upphandling får enbart tillämpas undantagsvis om vissa i lagen angivna rekvisit är uppfyllda. Såväl Nämnden för offentlig upphandling (NOU) som senare Kammarrätten i Göteborg har avseende den aktuella upphandlingen konstaterat att någon förutsättning för Grums kommun att tillämpa förhandlad upphandling inte föreligger. Oaktat detta har kommunen emellertid valt att till grund för slutligt val av leverantör lagt ett anbud som väsentligen ändrats genom förhandlingar efter anbudstidens utgång, varav den sista ändringen gjorts efter den i upphandlingen angivna förhandlingsfristens utgång. Trots ändringarna understiger vinnande anbud ändå inte den prismässigt närmast jämförbara konkurrentens ursprungliga bud.

Till grund för antagandet av slutlig leverantör i upphandlingen har vidare lagts ett antal enbart punktvis angivna krav och utvärderingskriterier som varken rangordnats eller preciserats till sitt innehåll eller betydelse. Sådana kriterier som innebär att det i praktiken har *överlämnats åt anbudsgivarna att själva ange vad de anser ligga i de olika begreppen och i vilken mån de uppfyller dem*, kan enligt praxis emellertid inte tillmätas någon betydelse vid värdering av anbudet. De i den aktuella upphandlingen föreliggande anbudet har således inte kunnat värderas på andra grunder än utifrån lägsta pris. Vad som därvid har motiverat Grums kommun att som det affärsmässigt sett prismässigt mest fördelaktiga anbudet anta anbud B framför anbud A, trots att båda anbudet även efter de ifrågasatta förhandlingsomgångarna har lika pris, framgår inte av kommunens dokumentation av upphandlingen. Frågan har heller inte blivit bedömd i domstol.

Vid en sammantagen bedömning har Grums kommun i den aktuella upphandlingen på flera punkter brutit mot upphandlingslagens och det bakomliggande EG-direktivens bestämmelser. Detta har enligt Konkurrenskommissionens mening medfört att konkurrensen på marknaden för värmeenergi (fjärrvärme m.m.) har snedvridits samtidigt som förtroendet för kommunen som upphandlare riskerar att ha undergrävs. Dessutom riskerar kommunen att ådra skattebetalarna i Grums kostnader i onödan genom att tvingas betala skadestånd till leverantör som vid domstolsprövning kan visa att han lidit skada på grund av den felaktiga handläggningen av upphandlingen.
