

Michael Slavicek
Telefon 08-454 48 51 eller 031-10 50 75

Datum
1999-05-18
Ert datum

Vår beteckning
1999/0102-29
Er beteckning
Mål nr 2365-1999

Kammarrätten i Göteborg
Avdelning 3, Rotel 33
Box 1531
401 50 GÖTEBORG

Yttrande i kammarrättens mål nr 2365-1999

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har den 3 maj 1999 mottagit en begäran om yttrande i Kammarrättens i Göteborg rubricerade mål. Målet avser Grums kommuns upphandling av värmeförsörjning.

Kammarrätten har inte preciserat några frågor. NOU uttalar sig därför i frågan om upphandlingen har genomförts i enlighet med lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

Ärendets tidigare handläggning

Av utredningen framgår att upphandlingsformen var förhandlad upphandling med föregående annonsering. Grums kommun annonserade upphandlingen i EGT. Anbudstiden var 3 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 GWh/år varav Grums kommun och Grums hyresbostäder AB tillsammans förbrukade ca 11,2 GWh/år. Anbud kunde lämnas enligt tre alternativ, beroende på förväntad årsförbrukning, alternativ A, 15 - 21 GWh/år, B 16 -25 GWh/år och C 20 - 35 GWh/år.

Anbudsöppning skedde den 18 oktober 1998. Nio anbudsgivare hade då lämnat anbud. Åtta av dessa kallades till upphandlingsmöten den 12 - 16 november. Dessa inlämnade kompletterande anbud den 16 november. Efter andra utvärderingen erbjöds fem anbudsgivare att komplettera sina anbud enligt kommunens brev den 14 december 1998. Dessa kompletterande anbud inkom den 15 januari 1999. Kommunen höll en tredje utvärdering, varefter fyra anbudsgivare kompletterade sina anbud ytterligare en gång enligt kommunens brev den 25 januari 1999. Nya kompletterande anbud inkom den 29 januari 1999. Gullspångs Värme AB förtydligande sitt ännu en gång den 16 februari 1999. Kommunens slutliga utvärdering gjordes den 17 februari 1999.

Vad som förekommit därefter framgår av länsrättens i Värmlands län dom den 24 mars 1999 i vilken länsrätten avslagit framställningen från Gotlands Fjärrvärme AB att upphandlingen får genomföras enbart genom prövning av sådana anbud

som inkommit innan anbudstidens utgång. Länsrätten anger i den överklagade domen bl. a. att en upphandlande enhet vid en upphandling av förevarande slag får förhandla om allt som rör upphandlingen däribland priset. Enbart den omständigheten att i det vinnande anbudet gjorts prisreduktion, även betydande sådan, kan inte anses innebära att fråga är om ett nytt anbud som skall föranleda ingripande enligt 7 kap. 2 § LOU. Att förutsättningarna för upphandlingen genom kommunens förhandlingar med de skilda leverantörerna väsentligen ändrats eller att fråga inte längre skulle vara om samma vara eller tjänst har inte hävdats av bolaget. Ej heller att den aktuella upphandlingen på annan grund skulle strida mot 1 kap. 4 § LOU eller annan bestämmelse i den lagen. Vad som framkommit i målet ger enligt länsrättens uppfattning inte grund för att förordna att förhandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

NOU:s bedömning

Omfattningen av underrättens prövning

Länsrätten utgår i sina domskäl från vad det sökande bolaget anfört respektive inte anfört. Frågan uppkommer om bestämmelsen i 7 kap. 2 § första stycket LOU skall tolkas så att det ankommer på en länsrätt att självant beakta de överträdelse av LOU som kan utläsas av utredningen eller om det förhåller sig så att rätten inte behöver beakta mer än det som anförts av den sökande. Det aktuella upphandlingsförfarandet uppvisar flera betydande avvikelser från LOU:s regler vilka inte har åberopats av det sökande bolaget. Det vore därför av värde om kammarrätten i sitt avgörande uttalat sig även om omfattningen och inriktningen av den prövning som skall göras enligt 7 kap. 2 § första stycket LOU. Om det förhåller sig så att domstolen är bunden av det som åberopas och inte fritt kan pröva huruvida överträdelse mot LOU har skett, bör detta klart uttalas så att den sökande ges möjlighet att i tid anlita sakkunnig juridisk hjälp.

Huvudfrågorna i överklagandet.

Gotlands Fjärrvärme AB hävdar i överklagandet till kammarrätten i huvudsak att kommunen dels tillåtit att den antagne leverantören ändrat sitt anbud efter anbudstidens utgång och dels inte behandlat alla leverantörer på lika och rättvist sätt genom att anlita en konsult med koppling till den vinnande anbudsgivaren.

Utgångspunkten för övervägandet är att det prövas om upphandlingsförfarande som Grums kommunen tillämpat varit tillåtet och att kommunen därmed ägde rätt att förhandla med anbudsgivarna.

Upphandlingsförfarande

Vid upphandling av varor, byggtreprenader och tjänster, inom den så kallade klassiska sektorn, skall de upphandlande enheterna normalt använda öppen eller selektiv upphandling. Förhandlad upphandling får användas endast om särskilda, i LOU angivna, omständigheter föreligger. Inom försörjningssektorerna har enheterna däremot möjlighet att fritt välja mellan öppen, selektiv och förhandlad

upphandling med föregående annonsering. Bestämmelserna om förhandlat förfarande inom den klassiska sektorn har karaktären av undantagsbestämmelser och möjligheterna att tillämpa dessa skall enligt direktiven tolkas restriktivt. Även EG-domstolen har uttalat (Kommissionen mot Italien mål 199/85 REG 1987-1 sid. 1039) 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. Detta återges även i EG-kommissionens Grönbok om offentlig upphandling, sid. 9. NOU:s statistik för 1994 visar att andelen av förhandlade upphandlingar inom den klassiska sektorn var 3 % 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.

Länsrätten anger att värdet av föremålet för upphandlingen överstiger tröskelvärdet i 4 kap. 8 § LOU och att detta kapitel gäller för upphandlingen. Det synes dock enligt NOU:s bedömning inte vara så att upphandling sker för sådan verksamhet som anges i 4 kap. LOU och som Grums kommun själv skall bedriva vilket är en förutsättning för att få tillämpa reglerna i det kapitlet.

Av anbuden framgår att anbudsgivarna skulle uppföra och äga produktions och distributionssystemet, uppföra fjärrvärmecentraler, ansvara för drift och skötsel av produktions- och distributionsanläggningar, leverans av värme, energimätning och debitering, marknadsföring samt upprätta värmeleveransavtal med fastighetsägare.

Bestämmelserna i 4 kap. LOU skall tillämpas vid upphandling som görs av en upphandlande enhet för sådan av enheten bedriven *verksamhet* som består av 1. drift eller tillhandahållande av fasta nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om produktion, transporter, distribution eller försörjning med dricksvatten, elektricitet, gas eller värme eller av leverans av sådana nyttigheter till fasta nät. Paragrafens punkter 2 - 4 är inte aktuella i det bedömda fallet.

Grums kommun upphandlar därför i egenskap av kommun och fastighetsägare men inte i egenskap av den som i sin verksamhet tillhandahåller eller driver fasta nät i syfte att betjäna allmänheten med produktion, transport eller distribution av värme. Fjärrvärme, som upphandlas av en upphandlande enhet som inte tillhör försörjningssektorerna för sådan i 4 kap. LOU angiven verksamhet, skall anses utgöra en vara. Av förfrågningsunderlaget eller annan utredning från den upphandlande enheten framgår inte vilket kapitel i LOU som styr den gjorda upphandlingen.

Enligt 2 kap. 8 § skall en upphandlande enhet inom den klassiska sektorn använda sig av öppen eller selektiv upphandling om inte något annat upphandlingsförfarande får tillämpas enligt 10 eller 11 §. I förevarande fall har den upphandlande enheten använt sig av förhandlad upphandling med föregående annonsering i EGT. Det rör sig därför inte om övergång till förhandlad upphandling enligt 2 kap.10 §. Inte heller den i 11 § angivna förutsättningarna kan

anses vara för handen. NOU:s uppfattning är därför att Grums kommun inte haft rätt att använda sig av förhandlad upphandlingsförfarande och därför inte heller rätt att beakta några tillägg till redan ingivna anbud. De enda nya uppgifter som rätteligen kunde ha inkommit efter anbudstidens utgång var rättelser av uppenbara fel eller begärda förtydliganden enligt 1 kap. 21 § LOU.

Förhandlat upphandlingsförfarande

Om kammarrätten finner att förhandlat upphandlingsförfarande trots det ovan anförda varit tillåtet vill NOU anförä även följande. I länsrättens dom används en skrivning som påminner om följande avsnitt ur nyhetsbrevet NOU info: "Om enheten har motiv för att upphandlingen skall genomföras med förhandlingar kan enheten förhandla om i stort sett allt som rör upphandlingen, även priset. Men, det är viktigt att enheten *genom förhandlingarna inte väsentligt ändrar på förutsättningarna för upphandlingen*. Det skall således i grunden vara samma vara eller tjänst som upphandlas i förhållande till vad som angavs i förfrågningsunderlaget inklusive kravspecifikationen."

NOU:s skrivning i nyhetsbrevet hänför sig emellertid till vad som anförts om förhandlingar under tröskelvärdena enligt 6 kap. LOU. NOU har använt sig av liknande skrivning även i ett yttrande om förhandlad upphandling enligt 4 kap. LOU. Förhandlingarnas resultat, dvs. det slutna avtalet, får inte innehålla något som inte efterfrågats i förfrågningsunderlaget eller utesluta ett ställt krav som skulle ha varit uppfyllt.

NOU yttrar sig inte vidare i frågan huruvida förhandlingarna lett till en väsentlig förändring av de i förfrågningsunderlaget angivna förutsättningarna, eftersom Grums kommun enligt NOU:s uppfattning inte ens haft rätt att förhandla med anbudsgivarna.

NOU noterar vidare att krav och utvärderingskriterier inte är preciserade och rangordnade efter det viktigaste först. NOU anser därför att främst det felaktiga upphandlingsförfarandet men även den bristfälliga utformningen av förfrågningsunderlaget utgör skäl för att upphandlingen skall göras om.

B) Konsultens oavhängighet och likabehandling av anbudsgivarna.

Lagstiftaren har valt att i LOU inte uttryckligen behandla jävssituationer. Kravet på objektivitet framgår för upphandlande enhet som är myndighet av regeringsformen 1 kap. 9 §. I förarbeten till LOU (prop. 1992/93:88 sid. 59) uttalas bl.a. att 1 kap. 4 § LOU anger huvudregeln för all upphandling enligt lagen. Ett av de viktigaste inslagen i EG:s reglering av upphandling är att upphandlingen skall ske på marknadens villkor, genomdrivas affärsmässigt och utan ovidkommande hänsyn, dvs. objektivt. Reglerna är utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensnedvridande sätt.

I förordet till Europaparlamentets och Rådets direktiv 97/52/EG anges i punkt 10 att en upphandlande enhet får begära eller ta emot råd som kan användas för att upprätta specifikationer för ett bestämt upphandlingsförfarande under förutsättning att dessa råd inte hindrar konkurrensen.

NOU anser mot bakgrund härav att man i detta avseende bör skilja mellan

- a) de krav som rimligen kan ställas på den upphandlande enhetens organisation och dess val av personal som handlägger upphandlingen och
- b) de situationer som kan leda till att en leverantör anses ha fått sådana fördelar i upphandlingen att hans anbud bör förkastas.

NOU har i tidigare ärenden bl.a. behandlat jävsinvändningen att samma personer var verksamma i styrelser hos både den upphandlande enheten och en av anbudsgivarna. NOU har uttalat bl.a. att jävssituationer skall bedömas enligt 1 kap. 4 § LOU, d.v.s. att anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. I detta innefattas krav på objektivitet och icke-diskriminering. Syftet med regeln är att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensnedvridande sätt (likabehandlingsprincipen). NOU ansåg att en upphandling "bör skötas så att några misstankar om partiskhet inte rimligen kan uppkomma. Som delikatessjäv räknas situationer då särskild omständighet föreligger som är ägnad att rubba förtroendet för handläggarens opartiskhet. Därmed avses bl.a. sådana fall, då någon är uppenbar vän eller ovän med eller är ekonomiskt beroende av part eller intressent, liksom fall då den handläggande är direkt engagerad i saken på ett sådant sätt att misstanke lätt kan uppkomma att det brister i förutsättningarna för en opartisk bedömning. NOU vill därför betona att en upphandlande enhet bör ha sin verksamhet organiserad på ett sådant sätt att onödig misstro mot dess partiskhet inte uppstår. Risk föreligger annars bl.a. att vissa leverantörer inte lämnar något anbud eller att de anbudsgivare, som inte på allvar förväntar sig att kunna bli antagna, inte lämnar bästa möjliga anbud."

Ett annat yttrande av NOU rörde anställda som på fritiden bedrivit försäljningsverksamhet till kommunen. Dessa har medverkat vid och påverkat upprättande av kravspecifikation och senare deltagit i upphandlingen som anbudsgivare. NOU ansåg att en bedömning i regel måste göras i varje enskilt fall beträffande de anställdas reella möjligheter att erhålla otillbörliga fördelar.

Den upphandlande enheten skall följaktligen enligt NOU:s mening i görligaste mån sträva efter att vid förfrågningsunderlagets utformning och anbudens utvärdering inte använda sig av anställda eller konsulter vars partiskhet kan ifrågasättas. I sammanhanget bör dock beaktas att Sveriges folkmängd och den svenska marknads storlek i praktiken inte alltid medger anlitaandet av en kvalificerad konsult med branschkunskap som inte har haft något samröre med de berörda leverantörerna. Enheten bör därför vidta åtgärder för att säkerställa och kunna visa att ovidkommande hänsyn inte har tagits.

Datum
1999-05-18Vår beteckning
1999/0102-29

Vad gäller förkastandet av anbudsgivarens anbud bör bedömningen utgå ifrån huruvida konkurrenssituationen i upphandlingen i verkligheten har påverkats. Det avgörande måste anses vara den reella möjligheten för leverantören att erhålla faktiska otillbörliga förmåner eftersom det kan anses strida mot likabehandlingen att både utesluta en leverantör som inte haft några förmåner som att anta en annan leverantör som erhållit sådana. Blotta misstanken om möjlig risk för ovidkommande hänsyn räcker enligt NOU inte för att från upphandlingen utesluta en leverantör som inte med någon större grad av sannolikhet kan antas ha haft fördelar.

I skrivelsen den 12 april 1999 anger konsulten J&W att Gullspång Värme AB har svarat för ca 3 % av omsättningen. Vidare anges att J&W har varit de dominerande konsulterna inom fjärrvärmebranschen i regionen och arbetat för de flesta kommuner runt Karlstad. I yttrandet från Gotlands Fjärrvärme AB anges att 7 av 31 uppdrag som J&W haft mellan åren 1997 - 1999 var beställda av Gullspång Värme AB, dess dotterbolag eller det företaget Gullspång Värme AB samarbetar med. Det betyder att J&W till knappt 25 % är beroende av Gullspång Värme AB:s framgångar i Värmlandsregionen. NOU anser inte att enbart dessa engagemang utgör tillräckliga skäl för att anse att Gullspångs Värme AB till följd av konsultens medverkan haft otillbörliga förmåner.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 18 maj 1999, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman och marknadsdirektören Peter Thore. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefjuristen Hans Sylvén efter föredragning av kammarrättsassessorn Michael Slavicek. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Michael Slavicek