

PM 2 2007-12-12 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (otillbörlig hänsyn).

Stockholms stad har vid upphandling av renhållningstjänster antagit ett anbud som inte uppfyller för upphandlingen ställda s.k. skall-krav.

Stockholms stad (nedan Staden) inhämtade i april 2007¹ genom Trafik- och renhållningsnämnden (Trafikkontoret) anbud avseende tjänster för manuell insamling och transport av hushållsavfall från stadsdelarna Norrmalm/Vasastaden och Kungsholmen (dnr. 05-0096/07)². Upphandlingen avser perioden den 1 april 2008 till och med den 31 mars 2012, med möjlighet till förlängning i sammanlagt två år (4+2 år). Handläggningen skall enligt punkten 2.1 i förfrågningsunderlaget ske som en öppen upphandling av A-tjänster över tröskelvärdet. Tilldelning skall enligt punkterna 4.3 och 4.4 i förfrågningsunderlaget ske till den anbudsgivare som uppfyller ställda kvalificeringskrav och som har lägst jämförelsetal enligt en i underlaget redovisad viktningmodell där anbudets jämförelsetal räknas ut som en funktion av anbudets ”lämnade pris” och summan av anbudsgivarens poäng för fordon och certifiering.³

I punkten 5.7.1 i förfrågningsunderlaget uppställs ett för upphandlingen obligatoriskt s.k. skallkrav innebärande att ”[m]inst två (2) av fordonen utöver mindre fordon som används för uppdraget ska vara två-axliga”.

Vid anbudstidens utgång, den 21 juni 2007, registrerades åtta inkomna anbud (Anbud A – H). Tilldelningsbeslut, rubricerat ”Nytt tilldelningsbeslut för upphandlingen ”Manuell insamling och transport av hushållsavfall från delområde 3 och delområde 4”” meddelades den 18 september 2007. □ Av Stadens protokoll med tilldelningsbeslut framgår att tilldelning beslutades ske till Anbudsgivare B, vilken av Staden rangordnats etta i upphandlingen för delområdena 3 och 4.

Av vinnande anbudet B framgår under rubriken ”Fordon för entreprenaden: Område 3 och 4”, att den aktuella entreprenaden skall utföras inom område 3 genom användning av tre stycken ”Ordinarie sopbilar” av modell Mercedes Economic 2628 GL/NLA, varav en i skift. För område 4 skall entreprenaden utföras med fyra stycken ”Ordinarie sopbilar” av samma modell, varav en i skift. Härutöver skall Anbudsgivare B använda sig av två respektive tre ”Övriga fordon” av modell VW Transporter TS P-V Gasdrift, samt vissa i anbudet icke närmare preciserade ”Arbetsledarfordon”.

Såvitt framkommit utgör anvisade ”Ordinarie sopbilar” av modell Mercedes Economic 2628 GL/NLA tre-axlade fordon⁴ samt ”Övriga fordon” i form av Volkswagen, VW Transporter TS P-V med gasdrift, tvåaxlade mindre fordon. Även förekommande ”Arbetsledarfordon” utgör mindre fordon, med bland annat el-drift.

¹ Upphandlingen annons erlades i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) den 30 april 2007. Upphandlingsunderlaget är daterat samma dag.

² Förfrågningsunderlaget är daterat den 30 april 2007. Enligt punkten 1.3.1 i underlaget omfattar upphandlingen områdena 3 och 4 av totalt tolv delområden i Stockholms stad. Område 3 omfattar Kungsholmen, Lilla och Stora Essingen. Område 4 omfattar ett område som begränsas av stadsgränsen – Norrtull – Sveavägen – Sveaplan – Sveavägen – Hamngatan – Kungsträdgårdsgatan – Norrström – Klara Sjö – Barnhusviken – stadsgränsen.

³ Anbudets jämförelsetal skall enligt punkterna 4.3. och 4.4. i förfrågningsunderlaget beräknas enligt följande. Anbudspriset skall beräknas genom att anbudsgivarens pris per behållartyp multipliceras med antalet behållare av motsvarande typ. Summan av detta ger anbudsgivarens ”lämnade pris”. Därjämte skall anbudet tilldelas poäng enligt följande: Uppfyller i anbudet förekommande fordon vissa i underlaget redovisade miljökrav ger detta 6+3 poäng (maximalt 8 poäng), kan anbudsgivaren även redovisa ett miljöledningssystem enligt ISO 14001 eller motsvarande eller ett kvalitetsledningssystem enligt ISO 9000-serien eller motsvarande ger detta vardera 1 poäng (maximalt 2 poäng). Totalt kan till grund för beräkningen av jämförelsetal ett anbud således tilldelas 11 poäng. Utvärdering skall därefter genomföras enligt en formel där anbudets jämförelsetal = ”lämnat pris” (1 + ((11-Anbudetspoäng)/100)), där 11 är anbudsgivarens maximala poäng och anbudets poäng är summan av anbudsgivarens poäng för fordon och certifiering. Som exempel på hur uträkningen skall gå till redovisas i underlaget följande: Anbudsgivarens lämnade pris är 100 000 kr. Anbudsgivaren uppger att de fordon som används i uppdraget är av miljöklass 2008, tilldelas 2 poäng. Anbudsgivaren är ISO 14001 certifierad, tilldelas 1 poäng; Anbudets jämförelsetal = 100 000*(1+((11-3)/100)) = 108 000.

⁴ Intyg från den Svenske generalagenten för Mercedeslastbilar m.m., Daimle-Chrysler Försäljnings AB, den 20 september 2007: ”Refererande till vårt samtal [...] Bekräftar jag att Mercedes Economic 2628 GLNLA Är ett 3 axligt gasdrivet fordon och inte ett 2 axligt”.

Under hand har Staden, som det får förstås, uppgivit att det vinnande anbudet B innebär att de två-axlade Volkswagen-fordonen skall användas för att samla in avfall som sedan omlastas till tre-axliga Mercedes-fordon för vidare transport till avlämningscentral. Transporterna blir härigenom färre. Några två-axliga fordon, utöver ovan angivna Volkswagen-fordon jämte förekommande arbetsledarfordon (vilka i båda fallen är mindre fordon) har inte påståtts ingå i anbudet B.

Upphandlingens värde kan med ledning av inkomna anbud uppskattas till c:a 1,7 miljoner kronor per månad. Således kan det samlade s.k. *kontraktsvärdet* enligt gällande beräkningsbestämmelser⁹ uppskattas till totalt c:a 79,4 miljoner kronor. Upphandlingens verkliga värde är dock väsentligt högre, c:a 120 miljoner kronor under kontraktets fulla löptid inklusive förlängningsår.⁵

Länsrätten i Stockholms län har i ännu inte lagakraftvunnet avgörande den 18 oktober 2007 förordnat att upphandlingen skall göras om. Av domskälen framgår bl.a. följande:

”Länsrätten konstaterar att det skall-krav som, [Staden] ställt upp och som nu är ifråga får anses klart och tydligt [...]. Kravet har dock inte uppfyllts av den vinnande anbudsgivaren. Att det vinnande anbudet haft en annan lösning av transporterna som [Staden] funnit godtagbar, eftersom den också blev billigare, gör inte att skall-kravet kan anses uppfyllt eller att [Staden] ägt avvika från skall-kravet. [Staden] har härigenom brutit mot 1 kap. 4 § LOU.”⁶

Länsrätten har även tidigare ingripit mot den aktuella upphandlingen, på grund av fel i förfarandet från Stadens sida.⁷ I denna del, se Konkurrenskommissionens utredning KKO 07-018.

Gällande rätt

All offentlig upphandling och vad som därmed äger samband regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande tjänster utgör s.k. A-tjänster (kategori 16) enligt bilaga A till LOU. Om det samlade *kontraktsvärdet*⁸ överstiger tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,826 miljoner kronor⁹ skall tjänsterna upphandlas enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU. Lagen bygger i här aktuellt avseende på Europeiska rådets direktiv 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (det s.k. tjänstephoppningsdirektivet), jämte tillkommande ändringsdirektiv. Dessa direktiv har numera ersatts av Europeiska rådets och parlamentets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet), vilket sedan den 1 februari 2006 gäller med för Sverige bindande s.k. direkt effekt.¹⁰

⁵ I anbudet anges vinnande anbudsgivarens pris till 397.000 kr/vecka (164.998,60 + 323.144,39 = 397.132,99) Kontraktsvärdet har räknats ut på följande sätt. Månadsvärdet av de aktuella tjänsterna uppgår till = 1,654 miljoner kr (397.000 x 50 / 12 = 1.654.000). Detta månadsvärde x 48 (lagens maximivärde) uppgår till 79,392 miljoner kronor. Det verkliga värdet av upphandlingen, vilken inklusive förlängningsår omfattar totalt sex år (4+2 år), kan enligt samma beräkningsmodell uppskattas till c:a 119,1 miljoner kronor, exklusive indexuppräknning.

⁶ Se Länsrätten i Stockholms län, dom den 14 september 2007 i mål 16107-07. Talan om överprövning med yrkande om rättelse hade väckts av den såsom tvåa rangordnade anbudsgivare vilken vid en ny tilldelning skulle ha haft chans att tilldelats det aktuella kontraktet. Länsrätten biföll talan såtillvida att den konstaterade att det antagna anbudet var orent. Istället för rättelse förordnade emellertid länsrätten att upphandlingen skall göras om. Domen överklagades med yrkande om rättelse istället för omgörelse. Genom beslut den 2 november 2007 i mål 7446-07 avvisade Kammarrätten i Stockholm överklagandet. Överprövning hade bifallits, menade kammarrätten, och därutöver är domstolen, oberoende av vad som yrkats i målet, fri att välja mellan rättsföljderna omgörelse eller rättelse (se RÅ 2005 ref. 47). Den överklagade domen har enligt kammarrätten således inte gått anbudsgivaren emot. Denna senare rättsfråga, avseende bristande s.k. kontraritet, prövas nu av Regeringsrätten. Staden har inte överklagat länsrättens dom.

⁷ Länsrätten i Stockholms län, lagakraftvunnen dom den 14 september 2007 i mål 16107-07, där länsrätten förordnade om rättelse genom ny tilldelning på den grunden att Anbudsgivare D och ytterligare en anbudsgivare felaktigt uteslutits i kvalifikationsfasen från att få sina anbud pröva.

⁸ Om ett upphandlingskontrakt avseende tjänster inte anger något totalpris skall kontraktsvärdet enligt 5 kap. 7 § LOU beräknas till det fulla värdet av tjänsterna under kontraktets löptid om denna är högst 48 månader och till månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.

⁹ Se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Gällande tröskelvärdet från och med den 1 januari 2006.

¹⁰ Direktivet (2004/18/EG) har sedan den 1 februari 2006 trätt ikraft med för medlemsstaterna bindande s.k. direkt effekt. Direktivet har dock ännu inte implementerats i svensk nationell rätt. En proposition med förslag till nya lagar om offentlig upphandling (prop. 2006/07:128) har överlämnats till riksdagen.

Skyldighet att följa lagen om offentlig upphandling åvilar samtliga statliga, kommunala och andra myndigheter samt beslutande församlingar i kommuner och landsting, vilka enligt lagens terminologi benämns ”upphandlande enheter”. Tillsynsmyndighet för offentlig upphandling var tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU), numera är det Konkurrensverket som utövar tillsynen.¹¹

Enligt huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU skall alla upphandlande enheter iaktta affärsmässighet och opartiskhet i sin inköpsverksamhet och därvid på bästa sätt utnyttja förefintlig konkurrens. Den därmed följande s.k. *likabehandlingsprincipen* föreskriver att samtliga tänkbara leverantörer skall ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta med anbud vid offentlig upphandling. Enskilda leverantörer eller grupper av leverantörer får inte ensidigt gynnas.

Den upphandlande enheten skall först pröva huruvida anbudet har inkommit i rätt tid samt om de uppfyller för upphandlingen ställda förkrav.¹² Anbud som inte har inkommit i rätt tid eller som inte uppfyller föreskriven form skall redan i inledningsfasen förkastas. Om upphandlingen genomförs enligt 2, 3 eller 5 kap LOU skall enheten därefter pröva om anbudsgivarna eller anbudssökandena uppfyller de krav som ställts upp på leverantörerna. Anbud som har lämnats av leverantörer som inte är kvalificerade enligt 1 kap 17 och 18 §§ LOU skall förkastas och får inte upptas till vidare prövning. Därefter prövas anbudens innehåll. Anbud som inte uppfyller ställda skall-krav skall förkastas och får inte prövas vidare. Slutligen värderas övriga anbud med avseende på förekommande bör-krav och anbudens pris, varefter beslut om tilldelning kan meddelas.¹³

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 nedan om EG-Romfördraget).

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 enbart onödiga kostnader m.m. (*damnum emergens*) utan även utebliven vinst och samkostnadstäckning på grund av att en leverantören går miste om den intäkt som uppdraget skulle ha medfört (*lucrum cessans*)¹⁴. Talan om skadestånd kan enligt samma kapitel 8 § väckas av leverantör vid allmän domstol. Talan skall väckas inom ett år från den dag då meddelade om tilldelningen lämnades. I fråga om skadeståndets beräkning och funktioner erinras i förarbetena vidare om att syftet med det bakomliggande EG-direktivets¹⁵ regler är att åstadkomma ett tryck på de upphandlande 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 prejudicerande avgöranden från Högsta domstolen skall skadeståndet beräknas så att den skadelidande leverantören försätts i ett läge som om vederbörande hade erhållit kontraktet (med avdrag för inbesparade kostnader).¹⁶

Yttrande

¹¹ Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling. Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret övergå Konkurrensverket.

¹² Den upphandlande enheten får enligt 1 kap. 21 § tredje stycket LOU dock begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar intyg, skriftliga bevis och andra handlingar som getts in och som avses i 1 kap. 17 och 18 §§ LOU.

¹³ Den upphandlande enheten får enligt 1 kap. 21 § första och andra stycket LOU medge att en anbudsgivare eller anbudssökande rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet eller ansökningen att få lämna anbud samt begära att ett anbud eller en ansökan förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

¹⁴ Prop. 1992/93:88, s. 103.

¹⁵ 89/665/EEG art. 1(c) samt 92/13/EEG art. 2(d)

¹⁶ Se NJA 1998 s. 873 (Arkitektjänst) samt NJA 2007 s. 349 (Virgo) Se även NJA 2000 s. 712 (Tvättsvamparna). Detta senare angivna mål gällde emellertid skadestånd vid ootillåten direkttilldelning, där det således inte har funnits några konkurrerande anbud att ta ställning till. Högsta domstolen fastslog att i dylika fall av hypotetisk skada skall skadeståndet fastställas till ett med hänsyn till bl.a. överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst uppskattat skäligt belopp. Tvättsvampsfallet saknar dock betydelse i den här aktuella situationen.

Kommentar [PC1]: Frågan om grunderna för vilka anbud som skall antas är därvid mycket central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Av såväl lagtext som aktuella förarbeten¹ till bestämmelsen i 6 kap. 12 § LOU framgår att den upphandlande enheten i samband med prövning av anbudet inte får beakta andra omständigheter än vad som angivits i annonsen eller i förfrågningsunderlaget för upphandlingen. Lagstiftaren uttalar därvid att ”[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”. Den tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i sina kommentarer till lagen bl.a. uttalat att ”Enligt LOU måste enheten i förfrågningsunderlaget (eller annonsen) ange samtliga kriterier som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Den upphandlande enheten får inte lägga till eller dra ifrån några kriterier under upphandlingens gång”.¹ Enheten får således vid anbudsvärderingen inte bortse från någon av de krav som har angivits i förfrågningsunderlaget..

Stockholms stad har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats, men skriftligen meddelat att kommunen inte avser att avge något yttrande i ärendet.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende 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.

Stadens här aktuella upphandling avseende renhållningstjänster för c:a 120 miljoner kronor i stadsdelarna Norrmalm/Vasastaden och Kungsholmen omfattar A-tjänster till ett sådant högt värde att bestämmelserna i 5 kap. LOU skall tillämpas.

Av utredningen framgår att Staden uppställt ett obligatoriskt s.k. skall-krav om att minst två (2) av förekommande fordon, utöver mindre fordon som används för uppdraget, skall vara två-axliga. Detta skall-krav får med hänsyn till kravet på affärsmässighet enligt 1 kap. 4 § LOU och den därmed gällande s.k. likabehandlingsprincipen inte frångås vid anbudsvärderingen. Ett anbud som inte uppfyller för upphandlingen uppställt skall-krav måste förkastas och får inte läggas till grund för beslut om tilldelning.

Trots detta beslutade Staden tilldela det aktuella kontraktet till Anbudsgivare B, vars anbud inte innefattar några två-axliga fordon, utöver mindre fordon som används för uppdraget. Anbudet uppfyller därmed inte samtliga för upphandlingen ställda krav, och skulle av detta skäl rätteligen förkastats.

Genom det aktuella förfarandet har Staden brutit mot kravet på affärsmässighet och likabehandling som följer av 1 kap. 4 § LOU jämte bakomliggande EG-direktiv. Konkurrensen har härmed snedvridits. Om rättelse inte sker riskerar Staden få betala skadestånd till den anbudsgivare vars anbud rangordnats som tvåa och således vid en korrekt tilldelning skulle ha antagits i upphandlingen. Skadeståndet kan, med hänsyn till upphandlingens värde och ovan redovisade skadeberäkningsprinciper, bli betydande.