

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 03-002

PM-2 2003-02-18 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Malmö stad har i en upphandling avseende städtjänster beslutat att anta ett anbud som enligt stadens egen poängvärdering inte bedömts som det ekonomisk mest fördelaktiga. Genom att innehålla väsentlig information om tilldelningsbeslutet har staden vidare försökt försvåra för den leverantör som erhållit högst poäng att klaga mot upphandlingen i domstol.

Malmö stad, västra innerstadens stadsdelsnämnd, infordrade i september 2002 anbud avseende städning av förvaltningens lokaler på Västra Rönnesholmsvägen 39 i Malmö (c:a 3.900 kvadratmeter) Av upphandlingsunderlaget framgår att upphandlingen utlysts enligt s.k. förenklat upphandlingsförfarande och avser städtjänster under perioden den 1 januari 2003 till och med den 31 december 2004, med möjlighet till förlängning i ytterligare ett år, till och med den 31 december 2005 (2+1 år).

Under rubriken "Anbudsprövning" i underlaget (sid. 6) anges att det anbud skall antas som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, med hänsyn till följande omständigheter: " • *Lägsta pris** (vikt: 40%) • *Kvalitet, erfarenhet, arbetssätt, företagsspecifika förutsättningar (antal anställda, ekonomisk ställning, utrustning med mera), service* (vikt: 40%) • *Miljövänlighet* (vikt: 10%) • *Referenser* (vikt: 10%). (*= "Utvärderingen grundar sig på totalpriset").

Vid anbudstidens utgång noterades 16 anbud som inkomna, varav fyra anbud förkastades på formella grunder och sex anbud upptogs till fullständig anbudsvärdering i upphandlingen. Dessa anbud (här angivna som anbud A-F) fördelade sig enligt stadens egen utvärdering, poängmässigt på följande sätt:

| Anbudsgivare: | Pris (40%) | Kvalitet (40%) | Miljö (10%) | Referenser (10%) | (Viktad slutpoäng) |
|---------------|------------|----------------|-------------|------------------|--------------------|
| Anbud A | 5p (2p) | 5p (2p) | 8p (0,8p) | 8p (0,8p) | (5,6p) |
| Anbud B | 5p (2p) | 7,5p (3p) | 9p (0,9p) | 8p (0,8p) | (6,7p) |
| Anbud C | 5p (2p) | 6,5p (2,6p) | 10p (1p) | 4p (0,4p) | (6,0p) |
| Anbud D | 10p (4p) | 6p (2,4p) | 6p (0,6p) | 6p (0,6p) | (7,6p) |
| Anbud E | 5p (2p) | 6p (2,4p) | 9p (0,9p) | 8p (0,8p) | (6,1p) |
| Anbud F | 9p (3,6p) | 6,5p (2,6) | 7p (0,7p) | 8p (0,8p) | (7,7p) |

I tabellen har poäng efter viktning angivits inom parentes.

De således jämförda anbuden har enligt Malmö stads, efter genomförd nollställning värdering och viktning, således fördelat sig så att Anbudsgivare F åsattes 7,7 poäng och den närmast jämförbara konkurrenten Anbudsgivare D åsattes 7,6 poäng.

Av tillgängligt poängsättningsprotokoll framgår att "Efter ytterligare genomgång (då anbuden var likvärdiga), beslutades att [Anbudsgivare D:s] anbud skulle antas".

Den 3 december 2002 skickade staden en cirkulärskrivelse rubricerad "Tilldelningsbeslut" till samtliga anbudsgivare i upphandlingen med innebörden att Anbudsgivare D erhållit uppdraget^[1]. Av cirkulärskrivelsen framgick till vilket anbudspris vinnande anbud antagits samt att skriftligt kontrakt skulle komma att "upprättas inom tio dagar". Någon annan upplysning, t.ex. om skälen för tilldelningsbeslutet, lämnades varken i detta meddelande om tilldelningen eller i någon annan information till berörda anbudsgivare vid denna tidpunkt.

Malmö stad har senare gjort gällande att eftersom Anbudsgivare D och F hamnade på "nästintill identisk poäng" och mot bakgrund av att vissa av utvärderingsfaktorerna fordrar delvis subjektiva bedömningar, så var de båda jämförda anbuden enligt stadens mening "att anse som likvärdiga". Därför granskades utvärderingen, samt de båda anbuden en ytterligare gång, varvid även stadens egna erfarenheter av leverantörerna beaktades^[2].

Omedelbart efter att Anbudsgivare F den 5 december fick del av cirkulärskrivelsen med ”Tilldelningsbeslut” begärde han hos staden särskild upplysning om skälen för tilldelningsbeslutet samt om skälen till varför hans anbud kommit att förkastas. Trots flera påstötningar lämnade inte staden begärd information till Anbudsgivare F förrän den 12 december 2002, då den ovan tabellvis redovisade poängsättningen gjordes tillgänglig.

Efter att Anbudsgivare F anhängiggjort talan om överprövning förordnade Länsrätten i Skåne län den 20 december 2002 om tillfälligt verkställighetsförbud (inhibition), innebärande att staden tills vidare inte fick avsluta upphandlingen ^[5]. I yttrande till domstolen den 8 och den 20 januari 2003 har staden meddelat att skriftligt kontrakt med Anbudsgivare F tecknades den 20 december 2002. Staden har därför yrkat att målet om överprövning skall avvisas. Som grund därför anförde staden att ”När detta avtal undertecknades hade gällande tiodagarsfrist löpt ut med fem dagars marginal”.

Upphandlingens värde kan med ledning av inkomna anbud uppskattas till drygt 1 miljon kronor^[4].

Gällande rätt

Offentliga upphandlingar regleras genom lagen om offentlig upphandling (LOU). Tjänster för fastighetsskötsel, inklusive städning och löpande underhåll utgör sådana tjänster (kategori 14) enligt bilaga A till lagen, som om värdet av dessa understiger tröskelvärdet \approx 200.000 eller 1,756 miljoner kronor^[5] skall upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-6 §§ 6 kap. samt 7 kap. LOU^[6]. Som huvudregel skall därvid lagens förfarande för *förenklad upphandling* tillämpas. Upphandlingslagen bygger på ett antal EG-direktiv angående offentlig upphandling. ^[7]

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^[8] 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. Bestämmelserna medför också att skattebetalarna skyddas mot onödigt höga kostnader.

Grundläggande gemenskapsrättsliga principer inom offentlig upphandling är principerna om *likabehandling*, *transparens* och *proportionalitet*. Dessa principer skall enligt uttalanden i upphandlingslagens förarbeten samt i svensk praxis^[9] gälla även upphandlingar enligt upphandlingslagens nationellt reglerade 6 kap.

Enligt 6 kap. 12 § LOU skall en upphandlande enhet ange de omständigheterna enligt vilka anbud kan komma värderas. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först. Värderingen av inkomna anbud skall sedan ske i enlighet med de angivna kraven. Den upphandlande enheten skall anta antingen det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller det bud som har lägst anbudspris. Om den upphandlande enheten väljer utvärderingsformen ”*ekonomiskt mest fördelaktiga anbud*”, skall enheten vid anbudsvärderingen ta hänsyn till samtliga i annonsen eller förfrågningsunderlaget angivna kriterier, inte bara till priset.

Enligt den s.k. *transparensprincipen* skall upphandlingsprocessen kännetecknas av förutsebarhet. Frågan om grunderna för vilka anbud som skall antas är mycket central i lagen för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Av såväl själva lagtexten som förarbetena till 6 kap. 12 § LOU^[10] framgår att den upphandlande enheten vid värderingen av anbudet inte får beakta andra omständigheter än sådana som angivits i annonsen eller förfrågningsunderlaget för upphandlingen. Föredragande departementschefen 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”.

I fråga om anbud som vid jämförande värdering har bedömts som exakt likvärdiga har allmän domstol (hovrätt) i mål om skadestånd enligt lagen om offentlig upphandling uttalat att den upphandlande enheten kan medges viss frihet att välja vilket av anbuden som slutligen skall antas^[11]

När beslut om leverantör och anbud (tilldelningsbeslut) har fattats skall enligt 1 kap. 27 och 28 §§ LOU den upphandlande enheten, genast eller så snart det är möjligt, dels (1) på eget initiativ lämna upplysningar till varje anbudssökande eller anbudsgivare om tilldelningsbeslutet samt skälen för det, dels (2) till den anbudssökande eller anbudsgivare som begär det lämna upplysningar om varför hans ansökan eller anbud förkastats.^[12]

Av aktuella lagförarbeten framgår att syftet med dessa bestämmelser är att i enlighet med det s.k. första rättsmedelsdirektivet (Europeiska rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten)^[13] samt EG-domstolens dom i det s.k. Alcatel-målet^[14] tillförsäkra leverantörer en effektiv prövning av förutsättningarna för tilldelningsbeslut. Föredragande departementschefen anför bland annat att *”Det är viktigt att upphandlande enheter utformar informationen om tilldelningsbeslutet på ett sådant sätt att det framgår vilka omständigheter som legat till grund för enhetens beslut att anta ett visst anbud”*^[15] samt att *” En förutsättning för att en anbudssökande eller anbudsgivare skall kunna göra en bedömning av möjligheterna att få omprövat upphandlingen, och således att kunna ta tillvara den rätt till överprövning av tilldelningsbeslut som finns enligt EG-domstolens dom i Alcatel-målet [...] är att denne får kännedom inte endast om skälen för att en viss leverantör tilldelats upphandlingskontraktet utan även om skälen för att den anbudssökandes eller anbudsgivarens egen ansökan respektive anbud förkastats. Skälen för varför en viss leverantör tilldelats upphandlingskontraktet redovisas i upplysningarna om tilldelningsbeslutet. På begäran av en leverantör skall sådana upplysningar lämnas genast eller så snart det kan ske. När ett tilldelningsbeslut fattats bör en upphandlande enhet följaktligen vara skyldig att genast eller så snart det är möjligt efter det att en begäran kommit in även lämna upplysningar om varför en ansökan eller ett anbud förkastats”*^[16].

Av specialmotiveringen till 1 kap. 28 § LOU framgå följande minimikrav avseende informationspliktens omfattning: *”Alltför intetsägande uppgifter om varför en viss eller vissa leverantörer tilldelats upphandlingskontraktet kan innebära att enheten inte kan anses ha lämnat upplysningar om skälen för beslutet. Det är således inte tillräckligt att enheten i upplysningarna som skäl anger att den vinnande leverantörens anbud var det ekonomiskt mest fördelaktiga [...]. Om anbudet antagits på den grunden bör i upplysningarna även redovisas vilka omständigheter som enheten tagit hänsyn till för att enheten skall anses ha lämnat skäl för tilldelningsbeslutet...”*^[17].

I rättspraxis har frågan om en upphandlande enhets vägran att närmare redovisa på vilka grunder tilldelning skett prövats i följande avgörande:

Kammarrätten i Stockholm hade i mål nummer 4133-2202^[18] att överpröva en vägran av Renhållningsnämnden i Stockholms stad, att i en upphandling avseende renhållningstjänster ange skälen för sitt tilldelningsbeslut. Omedelbart efter det att nämnden fattat beslut om tilldelning hade förvaltningsdirektören ringt runt bland anbudsgivarna och informerat om utgången av upphandlingen. Någon upplysning om vilka anbudsgivare som tilldelats kontrakt i eller om skälen till varför förekommande anbud antagits respektive förkastats lämnades emellertid inte. Efter formell framställan om sådan information från en anbudsgivare vars anbud hade förkastats i upphandlingen angav staden att begärda upplysningar skulle lämnas först efter att kontrakt i upphandlingen tecknats med vinnande anbudsgivare. Kammarrätten konstaterade att det under angivna förhållanden *”...inte varit möjligt för [överprövningssökanden] att begära en effektiv överprövning av tilldelningsbeslutet emedan [överprövningssökanden]inte kunnat argumentera i frågan om lägsta bud verkligen antagits eller om det i övrigt förelåg någon omständighet som [...] utgjorde skäl för överprövning”*. Domstolen fastställde att svensk lag skall tolkas på sätt som är förenligt med det

första rättsmedelsdirektivet (89/556/EEG) samt förordnade att upphandlingen därför inte fick avslutas genom tecknande av kontrakt innan samtliga deltagande anbudsgivare lämnats information om förekommande tilldelningsbeslut jämte skälen för detta. Kammarrättens avgörande har numera vunnit laga kraft.

Yttrande

Malmö stad har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, men skriftligen meddelat att staden, med hänvisning till att ärendet är rättsligen avgjort, beslutat att avstå från att avge yttrande i ärendet.

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.

Den aktuella upphandlingen av tjänster för fastighetsservice (städning) har av Malmö stad handlagts som en förenklad upphandling enligt 6 kap. LOU. Trots upprepade påminnelser har staden underlåtit att lämna tillräckliga upplysningar för att förlorande anbudsgivare skall kunna ha en möjlighet att klaga mot beslutet i domstol. Upplysning om skälen för tilldelningsbeslutet samt om varför hans anbud förkastats lämnades till Anbudsgivare F först nio dagar efter det att tilldelningsbeslutet fattades och, innan tio dagar hade förflutit från denna tidpunkt, undertecknade och expedierade staden ett kontrakt med den vinnande leverantören. Båda dessa förhållanden strider mot förutsättningarna för lagen om offentlig upphandling enligt bl.a. den s.k. Alcatel-domen.

Av det upphandlingsprotokoll som staden sedermera lämnade ut framgår att Anbudsgivare F – efter anbudsvärdering samt sammanräkning och viktning av samtliga i förfrågningsunderlaget angivna faktorer såsom pris, kvalitet, miljövänlighet samt referenser – med totalt 7,7 värderingspoäng erhållit flest poäng av alla anbudsgivare. Trots detta har staden antagit ett konkurrerande anbud från Anbudsgivare D med totalt 7,6 poäng.

Även om differensen mellan anbud D och F är liten, har anbud F enligt stadens egen bedömning rankats som det sammantaget ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det har i upphandlingen således inte varit fråga om exakt likvärdiga anbud som skulle medföra möjlighet till fritt val mellan leverantörerna.

Avseende stadens ”egna erfarenheter av leverantörerna” skall dessa antingen ha bedömts under punkten ”referenser”, eller så utgör dessa en särskild (ny) omständighet, som inte stöds av förfrågningsunderlaget. I vart fall saknas det i den aktuella upphandlingen grund för att, efter det att anbudsvärderingen har avslutats och resultatet har viktats, genomföra ny granskning av utvärderingen varvid påstådda ”egna erfarenheter” kunnat ändra den redan beslutade rangordningen mellan anbudet.

Sammantaget strider Malmö stads handläggning av den aktuella upphandlingen i flera avseenden mot lagen om offentlig upphandling. Härigenom har förutsättningarna för konkurrensen på marknaden för städtjänster snedvridits samtidigt som förtroendet för staden som upphandlare riskerar att undergrävas.

^[1] Malmö stad, Västra innerstadens stadsdelsförvaltning, cirkulärskrivelse adresserad till ”Anbudsgivare i städupphandling Västra Rönnesholmsvägen 39”, daterad den 2002-12-03 och rubricerad som ”Tilldelningsbeslut”.

^[2] Malmö stad, skrivelse den 8 januari 2003 till Länsrätten i Skåne län i mål nr 12118-02 E (aktbilaga 17).

^[3] Länsrätten i Skåne län beslut i mål nr. 12118-02E meddelat den 20 december 2002.,

^[4] Månadskostnaden för vinnande anbud D har uppgivits uppgå till 30.454 kronor. Detta belopp gånger 36 (två år samt ett tilläggsår) blir 1.096.344 kronor.

^[5] Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från den 1 januari 2002, vid upphandlingar av varor och tjänster.

^[6] Se 6 kap. 1 § LOU.

^[7] Prop. 1992/93:88 s. 72.

^[8] Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.

^[9] Prop. 1993/94:78 sid. 15 ff., se vidare uttalanden i NJA 1998 s. 873 (dom den 23 december 1998 i mål nr. 1441:97, arkitekttjänst i Uppsala ./ Heby kommun) ”...även bestämmelserna för upphandlingar av detta slag är i motsvarande delar anpassade till vad som följer av gemenskapsrätten...” – se även EG-domstolens dom den 17 juni 1997 i mål C-28/95 (Loer-Bløem ./ Konungariket Belgien).

- ^[10] Prop. 1992/93:88, sid. 51-52 samt 71-72, jfr. ursprungligt textförslag till 6 kap. 10 § i prop. 1993/94:78 sid. 34.
- ^[11] Hovrätten för övre Norrland, dom i mål nummer T 152/99 (Affärsresebyrån i Umeå /J. Västerbottens läns landsting), meddelad den 21 juni 2001. I målet var fråga om att två anbud placerat sig som exakt likvärdiga. Anbudet hade efter förhandling (genom s.k. ren prutning) erbjudit exakt samma pris (0,75 procent av omsättningen eller 97.500 kr./år) och även i övrigt bedömts som exakt likvärdiga i kvalitetshänseende. Hovrätten fann att med ledning av äldre bestämmelser (15 § andra stycket normalreglementet för kommunal upphandling) om två anbud var likvärdiga fick den upphandlande myndigheten välja mellan anbudet eller infordra skiljebud. Den upphandlande myndigheten hade således i den situationen frihet att välja vilket som helst av de likvärdiga buden. Hovrätten menade mot denna bakgrund att är fullt förenligt med kravet på affärsmässighet att ett sådant val styrs av den upphandlande enhetens tidigare (i detta fall positiva) erfarenheter av anbudsgivaren.
- ^[12] Se lagen (2002:594) om ändring i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, i kraft sedan den 1 juli 2002. Ändringen avser enligt övergångsbestämmelserna upphandlingar som påbörjats efter lagens ikraftträdandedatum.
- ^[13] Av art. 1 i första rättsmedelsdirektivet framgår bl.a. att medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att garantera, att en upphandlande myndighets beslut provas effektivt samt förhindra diskriminering mellan företag, vilka vid upphandling gör gällande skada till följd av den åtskillnad som görs i detta direktiv mellan nationella bestämmelser om införande av gemenskapsrätten och andra nationella bestämmelser. Medlemsstaterna skall vidare se till att ett prövningsförfarande med detaljerade regler enligt medlemsstaternas bestämmande införs och att det kan åberopas av var och en, som har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling av varor eller bygg- och anläggningsarbeten, och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse.
- ^[14] EG-domstolen, dom i mål nr. C-81/98 (Alcatel Austria /J. Republiken Österrike) meddelad den 28 oktober 1999. Av det s.k. första rättsmedelsdirektivet (98/665/EEG) framgår bl.a. att medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att garantera, att en upphandlande myndighets beslut *prövas effektivt* samt förhindra diskriminering mellan företag, vilka vid upphandling gör gällande skada EG-domstolen tolkade föreskrifterna i nämnda direktiv så att förekommande anbudsgivare innan en offentlig upphandling avslutas genom kontraktets tecknande har rätt att erhålla tillräckliga upplysningar för att säkerställa en *effektiv* prövning av beslut om tilldelning i upphandlingen. Domstolen konstaterar inledningsvis att syftet med det första rättsmedelsdirektivet är att såväl på det nationella planet som på gemenskapsplanet förstärka redan förekommande medel för att säkerställa att gemenskapens direktiv i ämnet offentlig upphandling verkligen tillämpas, särskilt på ett stadium där överträdelserna ännu kan rättas till, samt hänvisar till att det i direktiv föreskrivs att medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att en upphandlande myndighets beslut skall kunna provas effektivt och så skyndsamt som möjligt för att säkerställa att gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling iakttas. Vid sin genomgång av målet fann domstolen att relevanta stadganden i det första rättsmedelsdirektivet skulle tolkas så att medlemsstaterna är skyldiga att vad gäller den upphandlande enhetens beslut innan kontraktet ingås – i vilken den upphandlande myndigheten beslutar med vilken av de anbudsgivare som deltagit i anbudsförfarandet den skall ingå kontrakt – i samtliga fall tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka undanröjande av tilldelningsbeslutet, om förutsättningarna för detta är uppfyllda. Detta gäller enligt domstolen oberoende av möjligheten att erhålla skadestånd när kontraktet har ingåtts.
- ^[15] Prop. 2001/02:142 sid. 61, andra stycket.
- ^[16] Prop. 2001/02:142 sid. 68, sjätte stycket.
- ^[17] Prop. 2001/02:142 specialmotiveringen till 1 kap. 28 § LOU, sid. 97, tredje stycket.
- ^[18] Se Kammarrätten i Stockholm, dom meddelad den 4 september 2002 i mål nr. 4133-2002, Liselotte Lööf AB /J. Stockholms stad.