

## KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 03-004

PM 2 2003-04-08 SLUTLIG BEDÖMNING

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

*Stockholms läns landsting har utlyst en upphandling av renhållningstjänster m.m. Trots att värderingsomständigheterna inte har rangordnats tydligt i upphandlingsunderlaget har landstinget tillmätt anbudens pris så liten betydelse att ett nästan fyra gånger högre anbud än lägsta pris kommit att antas.*

Stockholms läns landsting har genom det indirekt helägda bolaget Locum AB<sup>u</sup>, i november 2002 infortrat anbud avseende avfallshandling. Upphandlingen avser tjänster för renhållning inom det bestånd av fastigheter på 2,2 miljoner kvm som ägs av landstinget men förvaltas av Locum AB<sup>1</sup> (Locums dnr. LOC 0208-0855). Upphandlingen har annonserats i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) och av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen skall handläggas enligt ett s.k. öppet förfarande jml. 5 kap. lagen om offentlig upphandling.

Under punkten UF3.52, ”Prövning av anbud”, i förfrågningsunderlaget anges att ”Av det eller de anbud som kan komma ifråga för antagande antas det eller de som av beställaren anses som mest ekonomiskt fördelaktigt med beaktande av följande rangordnade kriterier: **A. Kvalitet** • Objektsspecifik kvalitetsplan för referensobjektet Danderyds sjukhus, inkl. rapporteringsflöden • Implementering av kvalitetsplan • Hantering av felanmälan, uppföljning och återrapportering • Säkerställande av tillsyn och skötsel [nytt stycke] **B. Resurser och organisation** • Kontaktperson • Organisation för uppdraget inkl. ansvarsstruktur • Fort- och utbildningsplan [nytt stycke] **C. Ersättning** • Sammanräknat totalpris • Å-priser”. De nio punktvise redovisade värderingsomständigheterna har således inte rangordnats annat än gruppvis (grupperna A B och C) och utan angivande av i vilken inbördes rangordning dessa skall komma att värderas.

Vid anbudstidens utgång, den 13 januari 2003, registrerades enligt tillgänglig information sex inkomna anbud. Enligt en tabell med anbudsvärdering som landstinget tillsänt anbudsgivarna, fördelade sig dessa anbud efter utvärdering på följande sätt<sup>2</sup>:

Anbud:	Anbudspris:	Kvalité (60%):		Res & org: (30%)		Pris: (10%)		Total-
	Kronor:	Poäng:	Viktat:	Poäng:	Viktat:	Poäng:	Viktat:	Poäng:
Anbud A	900.000 kr.	20,00 p	12,00 p	31,00 p	9,30 p	69,15 p	6,91 p	28,21 p
Anbud B	1.940.000 kr.	43,00 p	25,80 p	28,00 p	8,40 p	32,08 p	3,21 p	37,41 p
Anbud C	518.595 kr.	13,00 p	7,80 p	32,00 p	9,60 p	120,00 p	12,00 p	29,40 p
Anbud D	1.275.000 kr.	11,00 p	6,60 p	26,00 p	7,80 p	48,81 p	4,88 p	19,28 p
Anbud E	3.126.000 kr.	35,00 p	21,00 p	21,00 p	6,30 p	19,90 p	1,99 p	29,29 p
Anbud F	4.980.000 kr.	40,00 p	24,00 p	30,00 p	9,00 p	12,50 p	1,25 p	34,25 p

Av angivna poängsättningstabell framgår att anbuderna sedermera kommit att viktats enligt särskilda viktningsprocent. Omständigheten ”A: Kvalité” har därvid viktats med 60 procent och ”B. Resurser och organisation” har viktats med 30 procent. Anbudens pris har således tillmätts endast 10 procent vikt i förhållande till övriga värderingsomständigheter.

Med ledning av den således redovisade värderingstabellen beslutade landstinget i januari 2003 att tilldela Anbudsgivare B uppdraget att leverera aktuella renhållningstjänster<sup>2</sup>.

Under hand har landstinget uppgivit att samtliga anbudsgivare bedömts uppfylla för upphandlingen ställda skall-krav, och att anbuderna i sammanställningen varit likvärdiga

(nollställda) för en jämförande analys<sup>[4]</sup>. Prisspridningen, beräknad som skillnaden mellan lägsta och högsta anbud i upphandlingen, uppgår till drygt nio gånger lägsta anbudets värde. Det anbud som landstinget antagit på 1.900.000 kronor har varit nästan fyra gånger högre än lägsta bud på 518.000 kronor.

Länsrätten i Stockholms län har genom dom den 21 mars 2003<sup>[5]</sup> förordnat att den aktuella upphandlingen skall göras om. Länsrättens dom har fastställts genom beslut den 1 april 2003 av Kammarrätten i Stockholm<sup>[6]</sup> att inte meddela prövningstillstånd. Domen har ännu inte vunnit laga kraft.

### Gällande rätt

Upphandling av tjänster för avloppsrening sophantering, sanering och liknande tjänster (A-tjänster, kategori 16) skall, om det samlade kontraktsvärdet av upphandlingen överstiger tröskelvärdet  $\approx$  200.000 eller 1,741 miljoner kronor, handläggas jämlikt bestämmelserna i 1 kap., 5 kap. samt 7 kap. LOU samt i enlighet med EG/ministerrådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster samt direktivet 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 (nedan: första rättsmedelsdirektivet). 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 till lagen om offentlig upphandling motiveras huvudregeln om affärsmässighet bland annat av hänsyn till principen om icke diskriminering<sup>[7]</sup> (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 på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader.

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).

Frågan om grunderna för vilket anbud som skall antas är därvid mycket central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Vägledande gemenskapsrättsliga principer utgörs av kraven på *likabehandling* och *transparens*.

I svensk rättspraxis har Regeringsrätten sammanfattat dessa båda principer genom följande uttalande: *"I det [i lagen om offentlig upphandling] uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmåter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens"*<sup>[8]</sup>.

Principen om *likabehandling*, d.v.s. kravet *"...att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat"*, innefattar bl.a. att inkomna anbud genom s.k. nollställning skall kunna göras sinsemellan fullständigt jämförbara innan de underställs slutlig värdering och beslut om tilldelning i upphandlingen. Samtliga omständigheter som angivits i förfrågningsunderlaget skall därvid värderas på ett likformigt sätt. Enheten får varken lägga till (jfr. transparensprincipen nedan) eller dra ifrån (se EG domstolens dom i mål nr. C-243/89 – Stora Bält) någon omständighet vid värderingen. Ett upphandlingsunderlag som inte medger att anbud kan jämföras på ett affärsmässigt sätt strider således mot likabehandlingsprincipen.

Enligt den s.k. *transparensprincipen*, d.v.s. kravet ”...att ett förfrågningsunderlag skall vara ... klart och tydligt utformat”, skall upphandlingsprocessen kännetecknas av förutsebarhet för leverantörerna. Om kraven i ett förfrågningsunderlag, utan angivande av några närmare definitioner, begränsats till att enbart omfatta punktvis uppställda kriterier, kan dessa inte på ett affärsmässigt sätt läggas till grund för värderingen av anbud. Kammarrätten i Sundsvall<sup>91</sup> har i två avgöranden, som får anses utgöra på området vägledande rättspraxis, bland annat angivit att ett förfarande där det har *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. I den senare av de angivna målen (mål nr 1669-2000, Landstinget i Dalarna) uttalade domstolen även följande avseende kravet på rangordning mellan värderingskriterierna:

I det i målet aktuella underlaget hade angivits att anbudsvärdering skulle komma att göras utifrån det mest fördelaktiga anbudet i förhållande till pris och övriga kommersiella villkor samt kvalitet, där omständigheten ”kvalitet” skulle värderas högre än pris och övriga kommersiella villkor. Vad som avsågs med ”kvalitet” angavs i nio olika punkter utan inbördes rangordning – dessa utgjordes av •lokalisering, •resurser, •kvalitetssäkring, •referenser, •tillgänglighet, •boknings- och avbokningsregler, •övernattningsmöjligheter, •leverantörsbedömning och ekonomi etc. samt •redovisat miljöarbete. I domstolen anförde den upphandlande enheten att de nio punkter som beskrev begreppet kvalitet i upphandlingen endast tjänade som information till samtliga anbudsgivare om innebörden av kvalitetsbegreppet. Kammarrätten ansåg att en sådan tolkning av utvärderingsomständigheterna inte låter sig göras utan att de punktvis angivna kvalitetsomständigheterna måste anses ingå i utvärderingskriterierna, var för sig. Med anledning av detta fann kammarrätten att en sinsemellan inbördes rangordning av kvalitetsomständigheterna borde ha redovisats i förfrågningsunderlaget och att någon anbudsvärdering inte var möjlig att genomföra utan en sådan rangordning. Vidare menade kammarrätten att flera av de redovisade värderingsomständigheterna – huvudsakligen •lokalisering, •resurser, •referenser och •tillgänglighet – lämnade ett för stort utrymme för godtycke. De kunde därför inte anses så preciserade att det stod klart för anbudsgivaren vilka ekonomiska åtaganden som den upphandlande enheten krävde för att ett anbud skulle komma att antas.

Kammarrätten stöder sig därvid på rangordningsstadgandet i 1 kap. 22 § LOU, vilket enligt Nämnden för offentlig upphandling (NOU) skall tolkas restriktivt. Nämnden har i ett yttrande bland annat uttalat att ”... rangordningen får undvaras endast om sådan inte är möjlig att göra. Bestämmelsens syfte är att en leverantör så exakt som möjligt skall få veta vad den upphandlande enheten upphandlar och hur hans anbud kommer att utvärderas. Upphandlingens utfall skall i görligaste mån vara förutsebart och anbudsgivare och anbud skall behandlas lika och rättvist” (Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU), yttrande angående upphandling av ventilationskontroll, dnr. 154/97-26. Se även NOU-info juni 98, sid. 22 samt NOU-info oktober 96, sid. 8 f).

#### Yttrande

Stockholms läns landsting har genom Locum AB beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom utsatt tid inkomma med något svar.

#### 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 renhållningstjänster m.m. har av Stockholms läns landsting utlysts enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna för öppen upphandling enligt lagen om offentlig upphandling. Vid denna upphandlingsform skall landstinget anta antingen det anbud som i enlighet med ett antal i förväg angivna värderingsomständigheter framstår som ekonomiskt mest fördelaktigt, eller det anbud som har lägst anbudspris. Eventuellt

förekommande värderingsomständigheterna skall om möjligt rangordnas med den viktigaste först.

Av upphandlingsunderlaget framgår nio rangordnade omständigheter (kriterier) som skall tillmätas betydelse vid värderingen av inkomna anbud. Omständigheterna har sammanfattats under de tre huvudrubrikerna ”Kvalité”, ”Resurser och organisation” samt ”Ersättning”, men någon upplysning om i vilken proportion rangordningen mellan dessa omständigheter skall ske, lämnades varken i förfrågningsunderlaget eller i något annat underlag för upphandlingen.

Vid anbudstidens slut inkom nio anbud vilka vitsordats som likvärdiga avseende de minimikrav (skall-krav) som skulle vara uppfyllda i upphandlingen. Vid värderingen av dessa anbud tillämpade landstinget en värderingsmodell där omständigheten ”Ersättning / Pris” tillmättes enbart tio procents betydelse. Detta fick till konsekvens att landstinget som ekonomiskt mest fördelaktigt antog ett anbud på 1,9 miljoner kronor framför ett konkurrerande anbud på 518.000 kronor.

Bortsett från att det på objektiva grunder kan sättas i fråga om ett anbud som är nästan fyra gånger dyrare än lägsta bud verkligen kan vara ekonomiskt mest fördelaktigt, har landstinget saknat stöd i förfrågningsunderlaget för en sådan proportionell fördelning av värderingskriterierna. Anbudsgivarna har härigenom inte haft klart för sig på vilka grunder upphandlingen skulle komma att avgöras varvid förutsättningarna för anbudsgivningen inte har varit likvärdiga för berörda anbudsgivare / leverantörer.

Stockholms läns landstings aktuella upphandling av renhållningstjänster synes således ha handlagts i strid mot lagen om offentlig upphandling och på området gällande EG-direktiv på ett sätt som riskerar att snedvrider konkurrensen på marknaden för renhållningstjänster.

[1] Locum Aktiebolag, 556438-7909, ägs indirekt av Stockholms läns landsting genom holdingbolaget Landstingshuset AB. Locum AB bildades den 3 december 1991 och registrerades i Patent- och Registreringsverkets aktiebolagsregister den 13 december 1991. Bolaget äger till följd av ett förvaltningsavtal den 28 januari 1994 fullmakt för Stockholms läns landsting att (§ 1) förvalta landstingets samtliga fastigheter samt (§ 5) att för landstingets räkning träffa avtal om inköp av varor och tjänster för fullgörande av förvaltningsuppdraget.

[2] Tabell med anbudsvärdering avseende ”SLL Avfallshantering”, daterad den 17 januari 2003.

[3] Cirkulärskrift den 29 januari 2003 till samtliga anbudsgivare med information om tilldelningen i upphandlingen. Till informationskriften fanns bifogat en tabell med anbudsvärdering, daterad den 17 januari 2003 (se not 2).

[4] Stockholms läns landsting, genom Locum AB, yttrande den 13 februari 2003 till Länsrätten i Stockholms län i mål nummer 2079-03E, aktbilaga 6 sid. 3. Landstinget anger där att ”Det framgår tydligt vad det sammanräknade totalpriset omfattar och samtliga anbudsgivare har utifrån detta angett ett pris”.

[5] Länsrätten i Stockholms län, dom i mål nr. 2079-03E, meddelad den 21 mars 2003.

[6] Kammarrätten i Stockholm, beslut i mål nr. 1877-03, meddelat den 1 april 2003.

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

[8] Se Regeringsrätten dom i mål nr. 300-2002 – Migrationsverket - meddelad den 13 juni 2002.

[9] Se Kammarrätten i Sundsvall, dom i mål nummer 943-1997 – Wilhelmina kommun - samt i mål nr. 1669-2000 – Landstinget i Dalarna.