

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO

02-046

PM-2 2002-09-11 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om hemlighållande av grunder för tilldelningsbeslut vid offentlig upphandling.

Stockholms stad har efter tilldelningsbeslut i en upphandling av renhållningstjänster vägrat att till förlorande anbudsgivare uppge på vilka grunder tilldelning skett. Uppgift skulle lämnas först sedan kontrakt tecknats i upphandlingen och möjlighet till överprövning i domstol därmed upphört.

Stockholms stad, Renhållningsnämnden, har genomfört en upphandling av renhållningstjänster, innefattande manuell insamling av hushållsavfall från vissa delar av Stockholm stad jämte transport till behandlingsanläggning under perioden 1 januari 2003 till och med 2009-03-31, med möjlighet till förlängning i två omgångar om vardera ett år ($6 \frac{1}{4} + 1 + 1 = 8 \frac{1}{4}$).

Anbudstiden gick ut den 25 april 2002. Vid sammanträde med Renhållningsnämnden den 12 juni 2002 beslutades om slutlig tilldelning av uppdrag i upphandlingen, genom antagande och förkastande av anbud.

Omedelbart efter nämndens sammanträde ringde förvaltningsdirektören runt till anbudsgivarna och informerade om utgången av upphandlingen. Någon upplysning om vilka anbudsgivare som tilldelats kontrakt i upphandlingen samt skälen till varför anbud antagits respektive förkastats lämnades emellertid inte.

Efter formell framställan om sådan information från anbudsgivare vars anbud hade förkastats i upphandlingen angav staden att begärda upplysningar skulle lämnas först efter att kontrakt i upphandlingen tecknats med vinnande anbudsgivare. Till stöd för att inte lämna aktuella upplysningar har staden åberopat sekretess enligt 6 kap. 2 § sekretesslagen.

Trots att framställan skedde den 12 juni 2002 har staden ännu, efter mer än två månader, inte lämnat begärd ut information till berörd/a anbudsgivare.

Upphandlingen berör sju av Stockholms totalt tolv delområden för manuell insamling och transport av hushållsavfall vilka omfattar ungefär hälften av stadens samlade avfallsmängd. Värdet av upphandlingen kan grovt uppskattas till 500 miljoner kronor.

Kammarrätten i Stockholm har genom dom den 4 september 2002 förklarat det aktuella förfarandet olagligt samt förordnat att upphandlingen inte får avslutas genom tecknande av

kontrakt innan bolaget och övriga deltagande anbudsgivare lämnats information om förekommande tilldelningsbeslut och skälen för detta. Kontraktet får inte ingås inom tio dagar därefter för att möjliggöra en överprövning av beslutet.^{1[1]}

Gällande rätt

Tjänster för avloppsrening sophantering, sanering och liknande tjänster, utgör sådana s.k. A-tjänster (kategori 16) enligt bilaga A till lagen som, om det samlade kontraktsvärdet av upphandlingen överstiger tröskelvärdet \approx 200.000 eller 1,756 miljoner kronor^{2[2]}, skall upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap., 5 kap. samt 7 kap. LOU.

Upphandlingslagens bestämmelser bygger i angivet avseende på EG/ministerrådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (nedan: tjänsteupphandlingsdirektivet) 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 5 kap. 13 § LOU, vilket motsvaras av art. 12 i tjänsteupphandlingsdirektivet, skall en upphandlande enhet inom senast 15 dagar från det att begäran kommit in lämna upplysningar till varje anbudssökande eller anbudsgivare som så begär, om skälen till varför hans ansökan eller anbud förkastats. Den vars anbud har förkastats skall på begäran få veta vem som fick upphandlingen.

Enligt 7 kap. 1 § LOU (i sin vid tidpunkten aktuella lydelse) har förfördelad leverantör möjlighet att föra talan om bl.a. ogiltighet av upphandlingsbeslutet fram till dess att kontrakt tecknats med vinnande leverantör. Därefter upphör möjligheten till materiell rättelse i upphandlingen. Nämda bestämmelse har i det nedan refererade s.k. Alcatel-målet emellertid befunnits stå i konflikt mot gemenskapsrätten:

C 81/98 - Alcatel-målet^{3[3]}. EG-domstolen tolkade föreskrifterna i gällande upphandlingsdirektiv så att förekommande anbudsgivare innan en offentlig upphandling avslutas genom kontrakts 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

1[1] Kammarrätten i Stockholm, dom den 4 september 2002 i mål nr. 4133-2002.

2[2] Se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling

3[3] EG-domstolens dom den 28 oktober 1999 i mål nr. C-81/98 (Alcatel Austria ./, Republiken Österrike)

föreskrivs att medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att en upphandlande myndighets beslut skall kunna prövas 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 anbudsproceduren 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 ingåtts⁴[4].

Enligt artikel 189 i EG/Romfördraget är gemenskapsrättsliga direktiv bindande för varje medlemsstat till vilken det är riktat i vad avser de resultat som skall uppnås genom direktivet. Det lämnas däremot till de nationella myndigheterna att välja form och sätt för genomförandet.

EG/Romfördraget är införlivat med svensk lagstiftning genom 4 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen. För att stärka kontrollen av att upphandlingsreglerna iakttas har EG/ministerrådet antagit bland annat första rättsmedelsdirektivet. Enligt EG-domstolens praxis skall bestämmelser enligt förekommande direktiv ges företräde framför däremot stridande nationella regler i det fall en avvikelse innebär att en direktivbestämmelse ger en enskild en rättighet och denna rättighet beskärs genom en nationell lagstiftning⁵[5].

Enligt ingressen till bland annat första rättsmedelsdirektivet skall tillfredsställande rättsmedel stå leverantörer till buds i händelse av såväl överträdelse av gemenskapsrättens regler för offentlig upphandling som av nationell lagstiftning om genomförandet av sådana regler. Förekommande rättsmedel skall erbjuda en effektiv prövning av påstådda överträdelser.

Av artikel 1.1 (som numera är ersatt av art. 41) i tjänsteupphandlingsdirektivet framgår att medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut vid upphandlingsförfaranden som omfattas av EG-direktiv kan prövas effektivt och, i synnerhet, skyndsamt på de villkor som fastställts i aktuella gemenskapsrättsliga direktiv.

I svensk praxis har Kammarrätten i Jönköping⁶[6] i ett mål om överprövning av offentlig upphandling funnit att överprövning – trots gällande EG-rättsliga bestämmelser – inte har

4[4] Se även SOU 2001:31 sid. 278 samt prop. 2001/20:142 sid. 25-30.

5[5] Se rättsfallen van Gend en Loos mål 26/62 [1963] ECR 1 och Simmenthal, mål 106/77 [1978] ECR 625 – se även RÅ 1996 ref. 50).

6[6] Se Kammarrätten i Jönköping, dom meddelad den 18 februari 2002 i mål nr. 3393-2001, Swedish Care Systems AB ./ Landstinget i Östergötlands län.

kunnat ske efter det att kontrakt i upphandlingen tecknats. Numera har i 7 kap. LOU införts en särskild fristetid som medger att överprövning kan ske vid överträdelser i angivet avseende^{7[7]}.

Fråga om sekretess vid offentlig upphandling regleras bl.a. genom 6 kap. 2 § sekretesslagen (1980:100). För upphandlingar som påbörjats före den 1 juli 2002 gäller s.k. absolut sekretess fram till dess att alla anbud eller erbjudanden i en upphandling offentliggjorts eller avtal har slutits eller ärendet annars har slutförts, t.ex. genom att upphandlingen har avbrutits. Därefter gäller s.k. rakt skaderekvisit, d.v.s. presumtion för offentlighet om inte annat visats.

Någon absolut skyldighet för en upphandlande enhet att hemlighålla anbud fram till dess att upphandlingskontrakt tecknats föreligger emellertid inte. Föreliggande absoluta sekretess kan brytas genom att samtliga anbud offentliggörs samtidigt, vilket t.ex. är fallet vid s.k. offentlig anbudsöppning.

Av 1 kap. 5 § sekretesslagen framgår vidare att sekretess inte utgör hinder mot att uppgift lämnas ut, om det är nödvändigt för att den utlämnande myndigheten skall kunna fullgöra sin verksamhet. Bestämmelsen har i RÅ 1996 ref. 85 tolkats så att den s.k. absoluta sekretessen enligt 6 kap. 2 § sekretesslagen kan genombrytas vid tillämpningen av en specialbestämmelse enligt LOU:

RÅ 1996 ref. 50. Västsvenska Handelskammaren hade på begäran av en leverantör utsett en person att i enlighet med 1 kap. 20 § LOU närvara när Länsarbetsnämnden i Älvsborgs län öppnade anbuden i ett upphandlingsärende. Vid förrättningen begärde han att få ta del av uppgifter ur anbudshandlingarna. Länsarbetsnämnden avslog representantens begäran med hänsyn till sekretess enligt 6 kap. 2 § sekretesslagen. Länsarbetsnämnden åberopade därvid att upphandlingen pågick fortfarande, avtal hade ännu inte slutits och länsarbetsnämnden avsåg inte att samtidigt offentliggöra alla anbuden. Regeringsrätten konstaterade att offentlig upphandling som behövs för att en myndighet skall kunna fullgöra sina uppgifter får anses utgöra en del av myndighetens verksamhet i den mening som avses i 1 kap. 5 § sekretesslagen samt att syftet med 1 kap. 20 § LOU är att garantera att inga ovidkommande hänsyn tas när anbuden och tillhörande handlingar hanteras av den upphandlande enheten. En förutsättning för att denna kontroll skall kunna genomföras är att den av handelskammare utsedda personen får ta del av vissa uppgifter om anbudsgivarna och om anbudens innehåll. Detta innebär i sin tur att en upphandlande myndighet, i de fall då föreskrifterna i 1 kap. 20 § första stycket LOU är tillämpliga, inte kan genomföra upphandlingen på det sätt som lagen förutsätter utan att låta den person som handelskammaren utsett ta del av de uppgifter som behövs för kontrollen. Vid sådant förhållande hindrar 6 kap. 2 § sekretesslagen inte att erforderliga uppgifter lämnas ut till den av handelskammaren utsedda personen även om absolut sekretess föreligger i övrigt.

Yttrande

Stockholms stad har 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

^{7[7]} 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.

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.

I det aktuella ärendet om upphandling av renhållningstjänster har Stockholms stad – efter det att beslut om tilldelning i upphandlingen redan har fattats – vägrat att lämna sådan information om tilldelningsbeslutet som fordras för att förlorande anbudsgivare skall kunna klaga mot beslutet i domstol. Begärd information innehålls istället fram till dess att kontrakt tecknats i upphandlingen, och därmed möjligheten till överprövning i domstol upphört.

I lagen om offentlig upphandling finns intaget en bestämmelse som garanterar anbudsgivare rätt att få upplysning om skälen till varför hans ansökan eller anbud förkastats. Bestämmelsen, som följer av ett EG-direktiv, skall enligt EG-domstolen tolkas så att anbudsgivarna skall medges tillräcklig information om ett tilldelningsbeslut för att säkerställa en *effektiv* prövning av beslutet i domstol. Det är enligt praxis således inte möjligt att hemlighålla ett tilldelningsbeslut i avvaktan på att kontrakt skall tecknas. Någon obligatorisk bestämmelse i sekretesslagen som tvingar staden att hemlighålla aktuell information föreligger inte heller. Den s.k. absoluta sekretess som föreligger kan antingen brytas genom ett allmänt offentliggörande, eller genom att begärd information lämnas ut enbart till berörda anbudsgivare.

Någon fara i sekretesshänseende med att lämna ut de begärda uppgifterna torde knappast föreligga. Beslut om tilldelning i upphandlingen har redan fattats, så den enda möjligheten för en leverantör att påverka utfallet av upphandlingen är numera att föra talan om överprövning i domstol.

Mot denna bakgrund är Stadens vägran att lämna de begärda uppgifterna enbart ägnad att försvåra för förlorande anbudsgivare att tillvarata sin rätt till materiell prövning av tilldelningsbeslutet genom överprövning och därmed hindra domstols granskning huruvida upphandlingen har gått rätt till. Det påtalade förfarandet strider därmed mot lagen om offentlig upphandling jämte bakomliggande direktiv samt riskerar att snedvrider konkurrensen.
