

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 04-021

PM 2 2004-06-16 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Stockholms stad har i en upphandling av sjukskötersketjänster- trots att värderingsomständigheterna inte inbördes har viktats i upphandlingsunderlaget - tillmätt anbudens pris så liten betydelse att ett nästan fyra gånger högre anbud än lägsta pris kommit att antas.

Stockholms stad har genom Bromma stadsdelsnämnd i januari 2004 infordrat anbud avseende sjukskötersketjänster. Enligt förfrågningsunderlaget skall upphandlingen handläggas som en s.k. förenklad upphandling enligt 6 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling och avser kontrakt under perioden den 16 juni 2004 till och med den 30 juni 2006, med möjlighet till förlängning i maximalt två år (2 + 2).

Av underlaget för upphandlingen framgår att prövningen av anbud skall komma att ske enligt principen för ekonomisk mest fördelaktiga villkor med hänsyn till ett antal i underlaget angivna kriterier där kvalitetsorienterade kriterier angivits i första hand och anbudens pris i andra hand:

”Det anbud kommer att antas som är ekonomiskt mest fördelaktigt med avseende på:

Kvalitetsberoende kriterier

1. Bästa kvalitet med avseende på följande faktorer:
2. – serviceförmåga
3. – personalbemanning
4. – kvalitetssäkring

Kommersiella kriterier

2. Lägsta pris

Kriterierna är rangordnade där (1) är viktigast.

I en sammanvägning av underkriterierna inom kvalitetsberoende kriterier bedöms serviceförmåga och personlighetsbemanning med högre vikter än kvalitetssäkring.”

Vid anbudstidens utgång den 27 februari 2004 registrerades 19 inkomna anbud, varav 14 anbud förkastades redan efter kvalifikationsprövning. Vid den därpå följande anbudsvärderingen fördelade sig kvarvarande fem anbud enligt följande:

Anbud nr:	Anbud 1	Anbud 2	Anbud 9	Anbud 10	Anbud 15
Serviceförmåga:	2 poäng	2 poäng	1 poäng	3 poäng	2 poäng
Personalbemanning:	1 poäng	2 poäng	1 poäng	3 poäng	2 poäng
Kvalitetssäkring:	0,5 poäng	1 poäng	1 poäng	1 poäng	1 poäng
TOTAL POÄNG:	3,5 poäng	5 poäng	3 poäng	7 poäng	5 poäng
Pris/beräknad årskostnad:	785.772 kr/år	978.876 kr/år	489.840 kr/år	1.792.800 kr/år	874.800 tkr/år

Tilldelningsbeslut i upphandlingen fattades den 15 april 2004, varvid anbud nummer 10 antogs. Detta företag tillhandahåller och har tidigare tillhandahållit stadsdelsnämnden med aktuella tjänster (sittande leverantör). Enligt tilldelningsprotokollet motiverades beslutet att anta anbud 10 med att detta vid en samlad bedömning erbjuder den för staden ekonomiskt mest fördelaktiga lösningen, med hänsyn till samtliga omständigheter.

Upphandlingens värde, inklusive angiven förlängningsperiod, kan med ledning av antaget anbud uppskattas till drygt 7 miljoner kronor.

Länsrätten i Stockholms län har genom dom den 6 maj 2004 förordnat att den aktuella upphandlingen av sjukskötersketjänster skall göras om. ^[1]

Gällande rätt

Tjänster för hälso- och sjukvård samt socialtjänst, utgör sådana s.k. B-tjänster (kategori 25) enligt en bilaga B till lagen, som oavsett kontraktsvärdet av skall genomföras enligt de nationella bestämmelserna i 1 kap. 1–6 §§, 6 kap. samt 7 kap. LOU. Lagens på gällande upphandlingsdirektiv grundade principer om likabehandling m.m. som följer av EG-Romfördraget skall dock alltid iakttas. ^[2]

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 ^[3] (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 tillmäter 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”*. ^[4]

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. ^[5]

Kammarrätten i Sundsvall^[6] 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) konstaterade domstolen även att förekommande värderingskriterier skall rangordnats på ett för anbudsgivarna tydligt och förutsebart sätt.^[7] 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”.^[8]

Inte bara avseende den inbördes rangordningen utan även i fråga om vilken viktning som därvid avses komma att tillämpas föreligger det enligt transparensprincipen en skyldighet för upphandlande enheter att i förväg lämna relevant information. Från gemenskapsrättslig praxis föreligger ett avgörande från EG-domstolen i det s.k. UniversaleBau-målet^[9] där skyldigheten att redovisa viktningen av värderingskriterier bl.a. berörts:

EG-domstolen noterade att det fick anses utrett att den upphandlande enheten redan från början fastställt vilken betydelse (viktning) som skulle tillmätas vart och ett av de urvalskriterier som enheten avsåg att tillämpa. Anbudsinfordran innehöll emellertid inte någon uppgift om detta utan enheten nöjde sig med att deponera handlingarna avseende viktningens förfarandet hos en notarie. EG-domstolen uttalade i anledning av detta att ”... då kontrakt skall tilldelas vid offentlig upphandling måste både principen om likabehandling av möjliga anbudsgivare och principen om insyn iaktas i alla stadier, och bland annat då anbudssökande väljs ut i ett selektivt förfarande, så att alla ges samma möjligheter när de utformar sina ansökningar om deltagande eller sina anbud ...”. Domstolen konstaterade därvid att om den upphandlande enheten i ett selektivt förfarande i förväg har fastställt regler för den inbördes betydelsen (viktningen) av kriterierna för att välja vilka anbudssökanden som får lämna anbud, skall dessa regler anges i annonsen eller förfrågningsunderlaget.

Vidare förekommer enligt svensk rättspraxis ett antal avgöranden där domstolarna har bedömt vad de upphandlande enheterna har att iaktta i fråga om sinsemellan viktning av redan rangordnade kriterier:

Kammarrätten i Jönköping^[10] förordnade i ett mål om upphandling avseende tillverkning och leverans av registreringsskyltar, att upphandlingen skulle göras om eftersom värderingskriterierna inte hade rangordnats och viktats på ett tydligt sätt i förfrågningsunderlaget.

Kammarrätten i Göteborg^[11] förordnade i ett mål om upphandling avseende abonnentväxel och stödfunktioner, där värderingsomständigheterna hade rangordnats men enbart delvis viktats på ett tydligt sätt, att upphandlingen skulle göras om.

Länsrätten i Stockholms län^[12] förordnade i ett mål om upphandling av renhållningstjänster, där värderingsomständigheterna hade rangordnats men inte viktats på ett tydligt sätt i förfrågningsunderlaget, att upphandlingen skulle göras om.

Länsrätten i Södermanlands län^[13] förordnade i ett mål om upphandling av värmeleveranser, där ett kommunalt bolag hade förbehållit sig ”rätten att först vid urvalet av anbud bestämma prioritetsordningen”, att upphandlingen skulle göras om.

Yttrande

Stockholms stad genom Bromma stadsdelsnämnd 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

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.

Den aktuella upphandlingen av sjukskötersketjänster har av Stockholms stad, genom Bromma stadsdelsnämnd, utlysts enligt bestämmelserna för förenklad upphandling enligt lagen om offentlig upphandling. Vid denna upphandlingsform skall staden 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. Förekommande värderingskriterier skall inte enbart rangordnas utan även sinsemellan viktas, så att det för intresserade leverantörer klart och tydligt framgår på vilket sätt anbudsvärderingen skall komma att ske.

Av stadens upphandlingsunderlag framgår att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall komma att antas samt att ”Kvalitetsberoende kriterier” och ”Kommersiella kriterier” därvid skall tillmätas betydelse vid värderingen av inkomna anbud på så sätt att de kvalitetsberoende kriterierna har rangordnats som ”viktigast”. Inom ramarna för kvalitetsberoende kriterier anges vidare ett antal underkriterier där ”serviceförmåga” och ”personlighetsbemanning” skall bedömas med högre vikter än ”kvalitetssäkring”. Någon redovisning med vilken inbördes vikt de aktuella kriterierna skall komma att jämföras med varandra redovisas emellertid inte, varken i förfrågningsunderlaget eller i något annat underlag för upphandlingen.

Vid anbudstidens slut inkom fem anbud vilka med godkänt resultat genomgått kvalifikationsbedömningen samt vitsordats som likvärdiga avseende de minimikrav (skallkrav) som skulle vara uppfyllda i upphandlingen. Av dessa anbud har Stockholms stad såsom ”ekonomiskt mest fördelaktigt” antagit ett anbud på 1,792 miljoner kronor per år framför konkurrerande anbud på mellan 490.000 och 979.000 kronor per år. Den poängmässiga skillnaden mellan antaget anbud och övriga anbud har varit mellan 2 och 4 poäng (c:a 30-60 procent), där största avvikelsen förelåg jämfört med det prismässigt lästa anbudet.

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

Stockholms stads aktuella upphandling av sjukskötersketjänster har således handlagts i strid mot lagen om offentlig upphandling, särskilt transparensprincipen och kravet på likabehandling, på ett sätt som riskerat att snedvrider konkurrensen på marknaden för hälso- och sjukvårdstjänster.

[1] Länsrätten i Stockholms län, beslut om inhibition den 30 april samt dom den 27 april 2004, i mål nummer 8989-04E.

[2] Se bl.a. EG-domstolens dom den 3 december 2001 i målet C-59/00, Bent Moustén Vestergaard ./. Spøttrup Boligselskab (punkten 19 ff.) av vilken framgår att även om gemenskapslagstiftaren har ansett att de speciella och noggrant reglerade förfaranden som föreskrivs i dessa direktiv inte är lämpade för offentliga upphandlingar av lägre värde (eller som faller utanför de s.k. A-tjänsterna) innebär detta inte att dessa upphandlingar fullständigt faller utanför gemenskapsrättens tillämpningsområde. Även om dessa avtal inte omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsdirektiven på området för offentlig upphandling är de upphandlande enheter som ingår sådana avtal ändå skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler, vari bl.a. principen om likabehandling följer av artikel 30 i EG-Romfördraget (nu artikel 28 i ändrad lydelse). Se även EG-domstolens dom den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria ./. Telefonadress samt domstolens dom den 24 januari 1995 i mål C-359/93, Kommissionen ./. Nederländerna.

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

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

- ^[5] I upphandlingsrättslig doktrin (Hentze och Sylvé, lagbokscommentaren till lagen om offentlig upphandling, Norstedts 1998, upplaga 1:2 sid. 15 f - den blå upplagan) framgår bl.a. följande avseende kravet på transparens och öppenhet (KKO:s markering med understruken text): ”Med transparens förstås främst skyldigheten för den upphandlande enheten att lämna information om upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa samt rättigheten för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vilka rättigheter och skyldigheter som föreligger. Vilka åtgärder en upphandlande enhet kommer att vidta under upphandlingsprocessen, skall således vara förutsebara för leverantörerna. Därför krävs: - information om existerande regelverk (direktiven har offentliggjorts genom EGT och LOU genom svensk författningssamling, SFS). - information om kommande upphandlingar och vilka krav som ställs på dessa samt eventuella ändringar av dessa krav (sker genom annonseringskravet i EGT). - information i förhand om vilka objektiva kriterier som gäller för upphandlingen (skall framgå av annons eller förfrågningsunderlag). - information om resultatet av upphandlingar (sker genom krav på annonsering i efterhand). - information till anbudsgivare som inte kommit i fråga (sker genom krav på upphandlande enheter att inom 15 dagar meddela anbudsgivarna varför de inte antogs och vem som fick uppdraget). Ett viktigt exempel på transparens är kravet på att förfrågningsunderlaget är fullständigt och tydligt, att utvärderingskriterierna om möjligt är rangordnade och att annan viktning eller betygsättning av kriterierna så långt möjligt framgår för leverantörerna. Leverantören måste kunna förstå vad den upphandlande enheten efterfrågar så att han kan lämna rätt anbud och poängtera dess fördelar. Leverantören skall inte behöva gissa sig till vad som efterfrågas. Detta har naturligtvis också stor ekonomisk betydelse för att den upphandlande enheten skall få rätt leveranser som svarar mot det behov enheten har”.
- ^[6] Se Kammarrätten i Sundsvall, dom i mål nummer 943-1997 – Wilhelmina kommun - samt i mål nr. 1669-2000 – Landstinget i Dalarna.
- ^[7] Kammarrätten i Sundsvall, dom i mål nummer nr. 1669-2000: I det i målet aktuella underlaget hade angivits att anbudsutvärdering 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 anbudsutvärdering 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.
- ^[8] 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
- ^[9] EG-domstolens förhandsavgörande den 12 december 2002 i mål C-470/99, Universale-Bau AG m.fl. /. Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH.
- ^[10] Kammarrätten i Jönköping, dom i mål nr 2976-2001.
- ^[11] Kammarrätten i Göteborg, dom i mål nr 2409-03 E.
- ^[12] Länsrätten i Stockholms län, dom i mål nr 2079-03 E.
- ^[13] Länsrätten i Södermanlands län, dom i mål nr 2299-99.