

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 04-030

PM 1 2004-09-15 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Stockholms stad har vid upphandling av renhållningstjänster beslutat att anta ett anbud som inte uppfyller för upphandlingen ställda krav.

Stockholms stad (nedan Staden) infortrade i januari 2004 anbud avseende tjänster för ”Behandling av insamlat material från återvinningscentraler” under perioden den 3 maj 2004 till den 31 december 2006, med möjlighet till förlängning i maximalt två år ($2,5+1+1 = 4,5$ år).

Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen – vilken omfattar tjänster för insamling, transport och behandling av hushållsavfall uppsamlat i storbehållare för återvinning eller till slutbehandling från stadens tre återvinningscentraler i Lövsta, Vantör och Östberga – skall handläggas som en s.k. öppen upphandling enligt bestämmelserna i 1 kap. 5 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

Enligt en redovisning på sid. 1 i underlaget avser upphandlingen följade fraktioner: *deponi, fyllnadsmassa, brännbart för sortering, träavfall, ris, däck på fälg, bilbatterier samt el-avfall som inte ingår i producentansvaret*. Transport från återvinningscentral till behandlingsanläggning skall vidare ingå i uppdraget.

Avseende fraktionen ”*brännbart för sortering*” har Staden i en kompletterande skrivelse den 24 mars 2004 under rubriken ”*Brännbart för sortering/Blandat för sortering*” klarlagt att med fraktionen avses ”*Brännbart avfall som måste sorteras om eller Deponiavfall som innehåller så mycket brännbart att sortering lönar sig*”.

Under rubriken ”*Mottagningstider*” på sid. 2 i underlaget framgår som ett obligatoriskt krav att offererad behandlingsanläggning som avser att ta emot fraktionerna: *deponi, fyllnadsmassa, brännbart för sortering och träavfall skall ha öppet 7 dagar per vecka*.

Anbudsgivare skall i sitt anbud därför lämna redovisning bl.a. av offererad anläggning ”*med angivande av vilka fraktioner man hanterar, totalkapacitet och ledig kapacitet, mottagna mängder (fraktionsvis) från de två senaste åren, vad som händer med avfallet efter behandlingen, även arbetsätt, bemanning, anläggningens öppethållandetider mm. skall ingå i redovisningen*” Vidare framgår att anbud skall innefatta en ”*Plan som beskriver hur anbudsgivaren avser arbeta med de anställdas kompetensutveckling och introduktion av nyanställda, samt visar antalet utbildningstimmar per anställd och år för personalen*” samt att ”*Alternativa utföranden accepteras ej*” och ”*Anbud som innehåller reservationer upptas ej till prövning*”..¹⁴

Vid anbudstidens utgång den 31 mars 2004 noterades 11 inkomna anbud.

Tilldelningsbeslut meddelades den 28 maj 2004, varvid tilldelning kom att ske till det (dock ej av Stockholms stad) kommunalägda företaget SRV Återvinning AB¹⁵ (nedan SRV). Av SRV:s vinnande anbud framgår bland annat följande:

- Någon redovisning av antalet utbildningstimmar per anställd och år för personalen lämnas inte i anbudet, trots föreskrift därom i förfrågningsunderlaget.¹⁴
- Avseende fraktionen ”*brännbart för sortering*” innefattar anbudet prisuppgift avseende såväl ”*Brännbart/Blandat för sortering*” med ett högre pris samt ”*Brännbart (behöver ej sorteras)*” med ett lägre pris. Den senare lösningen – som av naturliga skäl är billigare eftersom entreprenören inte behöver utföra något eget sorteringsarbete - har antagits av Staden trots att denna tjänst inte efterfrågats i upphandlingen och alternativa anbud inte tillåtits förekomma.

- Under rubriken ”Öppettider” anges att den av SRV anvisade anläggningen, Sofielunds återvinningsanläggning, tillämpar öppettiderna ”måndag till torsdag 06.30-15.30 och fredag 06.30-15.00”, således endast fem dagar per vecka.^[4]

- Under rubriken ”Myndighetsbeslut” i anbudet, anges reservationen att ”De priser SRV har angett i anbudet är framräknade utifrån dagens förutsättningar. Om myndighetsbeslut fattas som innebär förändringar av SRV:s kostnader vill SRV ha möjlighet att diskutera och genomföra prisjusteringar.”

Länsrätten i Stockholms län har genom ännu inte laga kraftvunnen dom den 24 juni 2004^[5] förordnat att upphandlingen delvis^[6] skall göras om. Av domskälen framgår bl.a. följande: ”De [av klaganden] åberopade grunderna, som enligt länsrätten skulle kunna föranleda att upphandlingen skall göras om eller rättas är att SRV inte uppfyller skall-kravet beträffande redovisningen av antalet utbildningstimmar per anställd och år för personalen, att SRV:s anbud innehåller reservationer samt att felaktigheter föreligger beträffande SRV:s anbud avseende brännbart”.

Gällande rätt

All offentlig upphandling regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.

Tjänster för avloppsrening sophantering, sanering och liknande tjänster, utgör sådana s.k. A-tjänster (kategori 16) enligt en bilaga till lagen, som om det samlade kontraktsvärdet av upphandlingen överstiger tröskelbeloppet \geq 200.000 eller 1,756 miljoner kronor^[7], skall upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap., 5 kap. LOU. Lagens bestämmelser bygger i angivet avseende på EG/ministerrådets direktiv 92/50/EEG, det s.k. tjänstedirektivet. Som huvudregel skall förfarandet för öppen upphandling eller selektiv upphandling tillämpas. Vid dessa förfaranden får några förhandlingar mellan upphandlande enheten och anbudsgivare inte förekomma, utan föreliggande anbud skall som regel bedömas i det skick de ingivits vid anbudstidens utgång. Enbart viss komplettering samt rättelse av skriv- och räknefel får tillåtas förekomma.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller att all upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. I förarbetena^[8] till lagen motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om icke diskriminering (se 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 konkurrensnedvridande sätt.

Frågan om grunderna för vilka anbud som skall antas är därvid mycket central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Lagens huvudsakliga syfte är att säkra att upphandlingen sker genom en effektiv konkurrens och att leverantörerna och deras ansökningar och anbud behandlas lika, utan ovidkommande hänsyn (likhetsprincipen) samt att anskaffningen sker under öppna och förutsebara former (transparensprincipen)^[9].

Enligt 1 kap. 22 § LOU skall en upphandlande enhet pröva inkomna anbud i enlighet med de krav som angivits i förfrågningsunderlaget. Har enheten angivit att den skall anta det bud som har lägst anbudspris skall enheten först pröva om samtliga obligatoriska s.k. skall-krav som angivits i underlaget för upphandlingen är uppfyllda samt därefter pröva vilket av de således godkända anbud som har det lägsta priset. Endast detta anbud kan antas. Enheten får vid den inledande skall-kravsbedömningen således inte efterge eller bortse från något krav.

Anbud som inte uppfyller för upphandlingen ställda skall-krav kan inte antas, utan skall avvisas såsom orena anbud. Principen att orena anbud alltid skall avvisas, även om bristerna enbart skulle vara av rent formell natur, framgår av EG-domstolens dom i Stora Bält-målet. I målet, som avsåg upphandling för uppförande av Stora Bält-bron, hade den upphandlande

enheten inlett förhandlingar med en anbudsgivare och godtagit dennes anbud trots att anbudsgivaren inte uppfyllt ställda krav och trots att förfrågningsunderlaget inte medgav någon rätt att frågå dessa krav. Förfarandet bedömdes av domstolen som en överträdelse av huvudändamålet med direktivet, nämligen effektiv konkurrens inom offentlig upphandling. Vidare, menade domstolen, innebar förfarandet brott mot principen om likabehandling av anbudsgivare.^[10] Nämnden för offentlig upphandling (NOU), som utövar tillsynen över lagen om offentlig upphandling, har med hänvisning till Stora Bält-målet flera gånger erinrat om skyldigheten som föreligger för upphandlande enheter att avvisa orena anbud.^[11]

EU-kommissionen har i en s.k. grönbok om offentlig upphandling, bland annat påpekat följande: ”Vid utvärderingen av anbuden får den upphandlande enheten således inte medge att anbud avviker från förfrågningsunderlagets skall-krav. Enheten skulle i så fall bryta mot direktivet och principen om likabehandling av anbudsgivare.”^[12]

Yttrande

Stockholms stad har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad 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.

I den aktuella upphandlingen avseende renhållningstjänster har Staden uppställt ett antal obligatoriska s.k. skall-krav som skall uppfyllas av leverantörerna. Bland annat skall ingivna anbud innehålla en redovisning av personalens utbildningstimmar och offererad behandlingsanläggning garanteras vara öppen 7 dagar per vecka. Några reservationer får enligt föreskrifterna för upphandlingen inte förekomma och alternativa utföranden accepteras ej.

Trots detta har tilldelning i upphandlingen beslutats ske i enlighet med ett anbud från SRV som på flera punkter avviker från uppställda skall-krav.

Någon redovisning av personalens utbildningstimmar lämnas varken i anbudet eller på annat sätt i Stadens underlag för tilldelningsbeslut. SRV:s anbud kan redan av detta skäl inte antas. Den omständigheten att Staden under hand tycks ha medgivit bolaget undantag från detta krav kan inte medföra annan bedömning, eftersom dylik lättnad enligt likabehandlingsprincipen inte får medges enbart viss leverantör om undantag samtidigt inte medges samtliga leverantörer.

Omständigheten att den offererade behandlingsanläggningen är öppen endast fem dagar per vecka innefattar dessutom en materiell avvikelse från förfrågningsunderlaget som medför att anbudet inte kan antas. Liknande bedömning gäller också för förhållandet att vinnande anbud innefattar en prisreservation, eftersom reservationer enligt förfrågningsunderlaget uttryckligen inte får förekomma.

Sålunda kan konstateras ett antal ogiltighetsgrunder som var för sig skulle ha medfört att SRV:s vinnande anbud aldrig skulle ha upptagits till prövning eller antagits i upphandlingen. Någon möjlighet för Staden att vid anbudsvärderingen i efterhand bortse eller efterge aktuella skall-krav har, som framgår av refererad praxis, inte förelegat, utan SRV:s anbud skulle rätteligen ha förkastats ur upphandlingen. Förfarandet att anta detta anbud innefattar således ett brott mot principen om likabehandling av anbudsgivare och överträdelse av lagen om offentlig upphandling samt på området gällande direktiv.

Även den omständigheten att tilldelning har kommit att ske i enlighet med tjänsten ”Brännbart (behöver ej sorteras)” trots att denna tjänst aldrig efterfrågats i upphandlingen innefattar överträdelse av gällande bestämmelser på ett sätt som strider mot gällande lag och direktiv.

Det påtalade förfarandet riskerar medföra att konkurrensen på marknaden för renhållningstjänster snedvrids samtidigt som förtroendet för Staden som upphandlare undergrävs.

^[1] Se punkten ” Anbudets innehåll”, sid. 7-8 i förfrågningsunderlaget.

^[2] SRV återvinning AB med registreringsnummer 556053-7515, registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 12 december 1949; Nuvarande firma registrerades 9 oktober 1995. Tidigare firma var Södertörns Renhållningsverk Aktiebolag. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 8,8 miljoner kronor. Gällande bolagsordning antogs den 28 maj 1999, ändamålsstadgandet enligt denna bolagsordning har följande lydelse: ”*Bolaget skall bedriva insamling och transport av avfall och material för återanvändning, återvinning och energiutvinning och drift av anläggningar för återvinning, behandling och deponering eller annan därmed förenlig verksamhet som kan komma att erfordras*”. Bolaget ägs gemensamt av Botkyrka kommun, Haninge kommun, Huddinge kommun, Nynäshamns kommun samt Salems kommun och utför tjänster för renhållningen i dessa kommuner i monopol, utan föregående upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden.

^[3] En förklaring till detta kan vara att Staden genom en särskild underhandsöverenskommelse har dispenserat SRV från detta krav.. Av SRV:s anbud framgår nämligen följande: ”Efter samtal med [ansvarig tjänsteman vid kommunen] den 29 mars framkom det att det för SRV räckte med att beskriva hur arbetet med personalutveckling bedrivs. Kravet på att redovisa ett specifikt antal utbildningstimmar/anställd behöver således ej redovisas.” Något generellt undantag från kravet har emellertid inte meddelats övriga i upphandlingen deltagande leverantörer.

^[4] Se bilaga 5 till anbud från SRV Återvinning AB.

^[5] Länsrätten i Stockholms län, dom i mål nr.11503-04 E, meddelad den 24 juni 2004.

^[6] Såvitt framgår av domskälen synes länsrätten mena att SRV:s vinnande anbud rätteligen borde ha förkastats. Rättens förordnande att upphandlingen skall göras om omfattar emellertid inte upphandlingen i sin helhet. Den del som länsrätten menar skall göras om är avseende fraktionen ” *brännbart för sortering* ”, där klaganden lämnat det lägsta anbudet. I övriga delar har det visat sig att en annan leverantör än klaganden rätteligen borde ha vunnit upphandlingen i SRV:s ställe. Enligt länsrättens mening har klaganden i dessa delar inte kunnat påräkna någon skada, varför talan avseende samtliga övriga fraktioner än ”*brännbart för sortering* ” har avvisats. Domen har inte vinnit laga kraft.

^[7] Vid tidpunkten för upphandlingen (januari 2004) gällande tröskelvärde, se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling Tröskelvärdet har senare justerats till att numera uppgå till 1,845 miljoner kronor.

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

^[9] I den rättsliga doktrinen (Hentze och Sylvéns lagbokkommentar, upplaga 1:2, sid 15f - den blå utgåvan) definieras kravet på transparens och öppenhet på följande sätt: ”*Med transparens förstås främst skyldigheten för den upphandlande enheten att lämna information om upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa samt rättigheter 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.*” Vidare anges i anslutning till frågan om skall-krav bl.a. följande: ”*Samtliga krav som ställs på det som skall upphandlas skall finnas med i förfrågningsunderlaget.*” ... ”*Det är normalt inte tillåtet att under upphandlingens gång tillföra eller dra ifrån krav. När förhandlingar är tillåtna kan sådana förändringar ske som inte anses vara av väsentlig karaktär. Kvalitet, prestanda m.m. som inte efterfrågats i förfrågningsunderlaget får inte värderas vid prövningen och kan inte heller väga upp en brist i anbudet. Om den upphandlande enheten under upphandlingens gång skaffar sig kunskap som ger vi d handen att nya krav bör ställas, måste enheten avbryta upphandlingen och göra om den. Det skall framgå av förfrågningsunderlaget vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet skall kunna antas (skall-krav).*”

^[10] EG-domstolens avgörande i mål nr C-243/89, Europeiska kommissionen ./ Konungariket Danmark.

^[11] Nämnden för offentlig upphandling: NOU info mars -96, sid. 6 och NOU info okt. -96, sid. 10 och 17f.

^[12] EG-kommissionen antog i november 1996 en s.k. grönbok om offentlig upphandling. Syftet med grönboken är att behandla två huvudproblem, dels det otillräckliga och ofullständiga införlivandet av upphandlingsdirektiven i medlemsstaterna dels den relativt begränsade ekonomiska effekt som

direktiven hittills har medfört. Se grönboken, avsnitt 3.29.