

PM-2 2001-12-12 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (värdering av referenser)

Stockholms stad har upphandlat klottersanering i praktiken enbart på grundval av referenser, vilka i ett avgörande fall visat sig inte kunnat verifieras.

Stockholms stad har genom stadsdelsnämnderna i Katarina-Sofia samt Maria-Gamla stan, i april 2001 infordrat skriftliga anbud avseende ”klottersanering och klotterskydd” under perioden den 1 september 2001 till och med den 30 november 2003, med möjlighet till årsvis förlängning, dock senast till och med den 30 november 2005 (2+1+1).

Av anbudsunderlaget framgår att upphandlingen skall genomföras enligt förfarandet för förenklad upphandling enligt lagen om offentlig upphandling. Vidare framgår (punkten 7) att utvärderingen av inkomna anbud skall ske i viss ordning, varvid en s.k. kvalifikationsvärdering skall genomföras innan en materiell värdering sker.

Enligt upphandlingsunderlaget skall anbuden värderas bland annat enligt följande rangordnade kriterier: ”* Pris * Utförande * Serviceförmåga”. Innebörden av kriterierna redovisas separat i underlaget, varav framgår att under punkten *utförande*, arbetsresultat från liknande arbeten (baserat på referenser) ”värderas högt” samt avseende *samarbetsförmåga* att goda vitsord från referenterna avseende serviceförmåga ”ger höga poäng”.

Vid anbudstidens utgång den 19 juni 2001 inkom enligt en sammanställning som tillställts anbudsgivarna¹ nio anbud i upphandlingen. Dessa anbud har av de berörda stadsdelsnämndernas förvaltningar sammanställts, poängsatts samt rangordnats enligt följande (Anbud 4 markerat med **fet** text, de anbud med vilka avtal kommit ifråga – rangordningsnummer 1-3 - markerade med *kursiv* text):

Anbudsgivare	Totalsumma, pris per år	Prispoäng	Utförande-poäng	Serviceförmåga poäng	Summa poäng	Rang ordning
Anbudsgivare 1	48.360 kr.	8,0 p	10 p	10 p	28,0 p	5
Anbudsgivare 2	46.500 kr.	8,4 p	10 p	10 p	28,4 p	4
Anbudsgivare 3	57.400 kr.	5,7 p	10 p	10 p	25,7 p	7
Anbudsgivare 4	42.880 kr.	9,3 p	9 p	9 p	27,3 p	6
Anbudsgivare 5	46.680 kr.	8,4 p	10 p	10 p	28,4 p	4
<i>Anbudsgivare 6</i>	<i>46.000 kr.</i>	<i>8,6 p</i>	<i>10 p</i>	<i>10 p</i>	<i>28,6 p</i>	<i>3</i>
<i>Anbudsgivare 7</i>	<i>41.400 kr.</i>	<i>9,7 p</i>	<i>10 p</i>	<i>10 p</i>	<i>29,7 p</i>	<i>2</i>
<i>Anbudsgivare 8</i>	<i>40.200 kr.</i>	<i>10,0 p</i>	<i>10 p</i>	<i>10 p</i>	<i>30,0 p</i>	<i>1</i>
Anbudsgivare 9	62.680 kr.	4,4 p	10 p	10 p	24,4 p	8

Av en skrivelse med upplysning om utgången i upphandlingen som tillställts Anbudsgivare 4² framgår att företaget inte tilldelats något kontrakt i upphandlingen. Kontrakt har istället tilldelats de företag som rangordnat sig som nummer 1- 3 enligt stadens utvärdering (se ovan). Uppgiften styrks av ett den 3 juli 2001 upprättat protokoll enligt vilket Stockholms stad genom beslut av stadsdelsmiljöchefen vid Maria-Gamla stans

¹ Sammanställning. ”Anbudsutvärdering klottersanering”, (odaterad).

² Skrivelse den 10 augusti 2001, rubricerad ”ANBUDSUTVÄRDERING,, KLOTTERSANERING”, från Katarina-Sofia stadsdelsförvaltning till Anbudsgivare 4.

stadsdelsförvaltning antagit de ovan som nummer 1-3 rankade anbuderna från Anbudsgivare 8, Anbudsgivare 7 samt Anbudsgivare 6, i nu nämnd ordning.

Av beslutsunderlaget i upphandlingen med en redovisning av referenstagning m.m. framgår att Stockholms stad inhämtat tre referenser per anbudsgivare. I samtliga fall utom för Anbudsgivare 4 har referenstagningen inte inneburit några negativa referenser. Avseende Anbudsgivare 4 framgår dock att en av tre tillfrågade referensgivare ”...har lämnat dålig referens på utförandet”. Till stöd för utvärderingen i denna del ligger en handskreven anteckning av den för upphandlingen ansvarige tjänstemannen, av vilken framgår att han varit i kontakt med någon av de två personer hos referensgivaren som Anbudsgivare 4 har uppgivit på sin referenslista. I marginalen finns antecknat för hand ”Jag tror det var [AA] jag pratade med, men det kan ha varit [BB]”. Av tjänsteanteckningen i övrigt framgår följande: ”Anbud 4 [Referensgivare X] missat objekt som är beställt, får påpeka uppdrag som är utlagt”.

AA som är huvudkontaktansvarig hos Referensgivare X uppger att tjänstemannen BB har varit i kontakt med berörd stadsdelsförvaltning och därvid redovisat sina erfarenheter av Anbudsgivare 4. Uppgiften att X skulle vara missnöjd med Anbudsgivare 4 har enligt ett den 27 november upprättat intyg emellertid bestritts.³ Till skillnad från vad som påståtts vid anbudsvärderingen uppger sig Referensgivare X vara nöjd med Anbudsgivare 4. Någon reklamation eller annan verifierbart klagomål har aldrig förekommit mellan parterna. Referensgivaren har till och med förlängt sitt kontrakt med Anbudsgivare 4.

Av de övriga referenser som lämnats avseende Anbudsgivare 4 framgår inte att det funnits anledning till kritik mot företaget. I samband med en liknande upphandling av klottersanering uppger en annan av Stockholms stads stadsdelsförvaltningar (tillika i upphandlingen tillfrågad referensgivare) att ”Förvaltningen har egna erfarenheter av att aktuella arbetsuppgifter utförs på ett bra sätt. Vi har därvid ej upplevt några brister. Även referenser ger bra vitsord för liknande arbeten och man har fått förlängt avtal med gatu- och fastighetskontoret”. Även fastighetskontoret i en grannkommun har referensvis tillfrågats utan att rikta några anmärkningar mot Anbudsgivare 4.

Om man bortser från det påstått negativa omdömet avseende Anbudsgivare 4 skulle poängutfallet i upphandlingen ha fördelat sig enligt följande, (Anbud 4 markerat med **fet text**, de anbud med vilka avtal borde komma ifråga – rangordningsnummer 1-3 - markerade med *kursiv text*):

Anbudsgivare	Totalsumma, pris per år	Prispoäng	Utförande poäng	Serviceförmåga poäng	Summa poäng	Rang ordning
Anbudsgivare 1	48.360 kr.	8,0 p	10 p	10 p	28,0 p	6
Anbudsgivare 2	46.500 kr.	8,4 p	10 p	10 p	28,4 p	5
Anbudsgivare 3	57.400 kr.	5,7 p	10 p	10 p	25,7 p	7
Anbudsgivare 4	42.880 kr.	9,3 p	10 p	10 p	29,3 p	3
Anbudsgivare 5	46.680 kr.	8,4 p	10 p	10 p	28,4 p	5
Anbudsgivare 6	46.000 kr.	8,6 p	10 p	10 p	28,6 p	4
<i>Anbudsgivare 7</i>	<i>41.400 kr.</i>	<i>9,7 p</i>	<i>10 p</i>	<i>10 p</i>	<i>29,7 p</i>	<i>2</i>
<i>Anbudsgivare 8</i>	<i>40.200 kr.</i>	<i>10,0 p</i>	<i>10 p</i>	<i>10 p</i>	<i>30,0 p</i>	<i>1</i>
Anbudsgivare 9	62.680 kr.	4,4 p	10 p	10 p	24,4 p	8

³ Skrift till Anbudsgivare 4 den 27 november 2001 undertecknat av AA hos Referensgivare X. ”På er begäran översändes ett intygande om att [BB] inte avgivit något negativt omdöme om företaget [Anbudsgivare 4] var beträffar klottersaneringsarbeten eller andra tjänster som ni utför för [Referensgivaren X]. [BB] har uttryckt sig så här ’ det har fungerat bra för det mesta men självklart har vi fått påpeka några enskilda gånger’ vilket enligt vår uppfattning är normalt för alla entreprenörer. Vi anser oss nöjda med ert sätt att utföra de av oss kontrakterade arbeten när det gäller såväl klottersanering som snöröjnings arbeten, och av den anledningen har vi under hösten förlängt innevarande avtal ytterligare ett år.

Anbudsgivare 4 hade således placerat sig som nummer 3 i rangordningen, och hade därmed ingått i den grupp av anbudsgivare med vilken Stockholms stad tecknat ramavtal i upphandlingen.

Gällande rätt

Offentliga upphandlingar regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Tjänster för fastighetsförvaltning, inklusive städning och löpande underhåll (kategori 14) utgör sådana s.k. A-tjänster som, om det samlade värdet av tjänsterna understiger tröskelvärdet 1.756.000 kronor⁴, skall handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-6 §§, 6 kap. samt 7 kap. LOU.

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 bl.a. av hänsyn till principen om ickediskriminering⁵ (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.

Generalklausulen om affärsmässighet vilar även på ett antal principer som har sitt ursprung inom EG-rätten⁶. Enligt den s.k. *likställighetsprincipen* skall alla anbudsgivare och anbud behandlas på ett likvärdigt sätt. Enligt den s.k. *transparensprincipen* föreligger det vidare en skyldighet för den upphandlande enheten att lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna samt en motsvarande rättighet för leverantörer att få tillgång till sådan information så att de i förväg kan bilda sig en uppfattning om vad som förväntas av dem i upphandlingen. Vilka åtgärder en upphandlande enhet kommer att vidtaga under upphandlingsprocessen skall således vara förutsebara för leverantörerna. Enligt den s.k. *proportionalitetsprincipen*, slutligen, får en upphandlande enhet inte ställa andra krav på leverantör än vad som är relevant i förhållande till föremålet för varje enskild upphandling.

Enligt det nu aktuella anbudsunderlaget skall Stockholms stad före den materiella anbudsvärderingen genomföra en kvalifikationsvärdering. Formell uppdelning i kvalifikationsfas och utvärderingsfas gäller bara vid av EG-direktiv styrda upphandlingar över det ovan angivna tröskelvärdet. Kvalifikationsvärderingsfasen regleras i sådana fall genom 1 kap. 17-18 §§ samt 20a § LOU. Någon motsvarande lagstadgad uppdelning föreligger inte vid upphandlingar under de aktuella tröskelvärdena.

Vid upphandlingar över tröskelvärdena skall den upphandlande enheten vid *kvalifikationsfasen* pröva sådana kriterier som är att hänföra till anbudsgivarnas allmänna förutsättningar, till exempel referenser⁷. Prövningen skall i sådant fall ske med tillämpning av förordningen (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling (bevisförordningen). Enligt 7 § bevisförordningen kan en leverantörs möjlighet att utföra tjänster (över tröskelvärdet) bedömas med utgångspunkt särskilt i hans skicklighet, effektivitet, erfarenhet och pålitlighet. Anbudsgivaren kan därvid visa sin kapacitet genom att inge en förteckning över de

⁴ Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärdet från den 1 april 2000, vid upphandlingar av varor och tjänster.

⁵ Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.

⁶ Angående de EG-rättsliga principernas relevans för generalklausulen, se särskild rättsutredning i frågan, publicerad i Upphandlingskommitténs slutbetänkande SOU 2001:31 sid. 69-87.

⁷ Se Nämnden för offentligt upphandling (NOU) - beslut vid nämndsammanträde 27 augusti 1997 - diariennr. 70/97-26. Av nämndens utredning framgår att referenser normalt får anses tillhöra kvalifikationsfasen i en upphandling och skall således värderas särskilt, före anbudens kvalitet och pris.

viktigaste tjänster som tillhandahållits under de tre senaste åren, med uppgift om belopp och tidpunkt samt om referensgivaren var en upphandlande enhet eller inte. I de fall (referens-) tjänster tillhandahållits en upphandlande enhet skall bevis lämnas i form av intyg som utfärdats eller attesterats av behörig myndighet. I andra fall skall leveransförhållandet bekräftas av referensgivaren eller, om detta inte är möjligt, av den anbudsgivande leverantören.

Oavsett valet av upphandlingsform skall värderingen av inkomna referenser ske med tillämpning av generalklausulen om affärsmässighet och de (delvis EG-rättsliga) principer klausulen vilar på. Utvärderingen skall således ske på ett enhetligt (likställighetsprincipen), förutsägbart (transparensprincipen) och relevant (proportionalitetsprincipen) sätt, vilket torde förutsätta att referenstagningen bör utformas och sammanställs på ett sådant sätt att det tydligt framgår vad de olika referensgivarna har uttalat sig om.

Enligt 6 kap. 13 § LOU skall de skäl på vilka ett anbud antagits och vad som i övrigt förekommit av betydelse vid anbudsprövningen finnas dokumenterade hos den upphandlande enheten.

Yttrande

Stockholms stad, stadsdelsförvaltningarna i Maria - Gamla stan samt Katarina - Sofia, har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande: Den aktuella entreprenaden är beroende av vilka löpande avrop som sker, men värdet omfattar uppskattningsvis maximalt 500.000 kronor.

Den omständighet att staden frivilligt valt att kvalifikationsvärdera anbuderna separat medför inte att de i bevisförordningen (se ovan) föreskrivna formkraven för referenstagning skall äga tillämpning.

Staden anser att såväl likställighetsprincipen, transparensprincipen som proportionalitetsprincipen iakttagits vid handläggningen av upphandlingen. Vid referenstagningen har föredragande tjänstemannen ställt samma frågor till samtliga referensgivare. De exakta frågeställningarna finns emellertid inte kvar som bevis. Vissa referensgivare var svåra att nå eftersom många var sommarlediga. I hela upphandlingen söktes totalt 40 referensgivare, varav kontakt kom att upprättas med 27 referensgivare. Vid referenstagningen fördes anteckning om den exakta ordalydelsen i det enda fall (Anbudsgivare 4) där referensen avvek från bedömningen ”mycket bra”. Staden menar att referensgivaren B.B., som hänvisats av Anbudsgivare 4, även vid senare samtal har bekräftat uppgiften att anbudsgivaren ”missat” vissa projekt. Staden synes dock mena att *”Vid en analys så här i efterhand, av vad som sagts och inte sagts, kan man konstatera att företaget som helhet är nöjda med anbudsgivaren ... ”*, men konstaterar att detta förhållande numera är ointressant eftersom denna uppgift inte förekommit vid referenstagningen. Den negativa referensgivningen har vidare lett till *”minsta möjliga poängavdrag – alltså 1 poäng mindre än maximalt 10 poäng”*.

Slutligen anger staden att arbets- och utvärderingsmaterialet i upphandlingen inte har sänds till någon annan än Konkurrenskommissionen, varför kommissionen i praktiken är *”de enda som kan sprida ett ... ev. dåligt rykte till marknaden”*.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en privat expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att sammanblanda myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Stockholms stads aktuella upphandlingen av tjänster för klottersanering har genomförts enligt förfarandet för förenklad upphandling enligt lagen om offentlig upphandling.

Av utredningen i ärendet framgår att någon annan värdering än avseende anbudsgivarnas referenser inte har förekommit. Referenstagningen har således i praktiken varit utslagsgivande för utgången av upphandlingen.

Vid referenstagningen har samtliga anbud utom Anbudsgivare 4 erhållit full poäng, tio poäng av tio möjliga i två kriterier, utförande och serviceförmåga. Till stöd för att åsätta Anbudsgivare 4 lägre poäng har åberopats samtal med en referensgivare som uppges ha uttalat ett negativt omdöme om anbudsgivaren. Detta omdöme har ensamt inneburit poängavdrag för Anbudsgivare 4 avseende såväl utförande som serviceförmåga, med en poäng för vardera kriteriet, sammanlagt således två poäng och inte en poäng som staden uppgivit i sitt yttrande.

Kontroll med den referensgivare som påstås ha lämnat det för Anbudsgivare 4 negativa omdömet visar att något missnöje med Anbudsgivare 4 inte föreligger utan att referensgivaren till och med har förlängt sitt kontrakt med företaget. Övriga referensgivare som tillfrågats, vilka båda är kommunala förvaltningar, har avgivit entydigt goda referenser för Anbudsgivare 4.

Oavsett att bevisförordningen inte direkt gäller i fråga om den aktuella upphandlingen visar vad som förekommit i den aktuella upphandlingen på vikten av att de strikta regler som gäller för anbudsvärderingen i övrigt även omfattar förekommande referenstagning. Krav på affärsmässighet och objektivitet vid offentlig upphandling medför att referenser i förekommande fall bör inhämtas på jämförbara och för anbudsgivarna förutsägbara grunder. Referenser bör normalt inhämtas på ett dokumenterbart sätt samt kunna verifieras av referensgivaren, t.ex. genom skriftliga omdömen eller genom en i förväg upprättat frågemall. Värderingen av referenserna bör vidare ske inom ramarna för en kvalifikationsvärdering, och således normalt inte viktas mot eller jämföras med pris- eller förekommande kvalitetsfaktorer i upphandlingen.

Angelägenheten av att dessa principer följs är särskilt uppenbar i fall där referenstagningen kan få avgörande betydelse för utgången av upphandlingen.

Genom det sätt på vilken den aktuella upphandlingen har handlagts har Anbudsgivaren 4 nedgraderats från prismässig trea till poängmässig sexa, utan något tydligt stöd av objektiva och i efterhand verifierbara omständigheter. Såvitt framgår av dokumentationen av det åberopade referensomdömet är detta allmänt hållet och oklart till sitt innehåll. Den frågemall som påståtts legat till grund för referensupptagningen har i strid mot dokumentationskravet i lagen om offentlig upphandling inte sparats i akten. Mot uppgiften om att Anbudsgivare 4 skulle vara sämre i utförande än sin konkurrenter talar såväl det referensgivande företagens bestridande som övriga inhämtade referenser avseende anbudsgivaren.

Enligt de grunder för anbudsvärdering som redovisats i upphandlingen synes den för Anbudsgivare 4 påstått negativa omdömet således ensamt ha inneburit att företaget gått miste om uppdrag i upphandlingen. Genom förfarandet riskerar Anbudsgivare 4 dessutom att på oklara grunder få namn om sig på marknaden som en dålig utförare av klottersanering.

Stockholms stads upphandling av klottersanering har härigenom inte handlagts på ett objektivt och affärsmässigt sätt enligt bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling. Hade det krav på verifierbarhet som åvilar upphandlande enheter vid värdering av anbud iakttagits av staden, skulle förmodligen den missuppfattning som kan antas ligga till grund för den negativa referensen avseende Anbudsgivare 4 kunnat klarats ut innan slutligt beslut i

upphandlingen fattades. Genom förfarandet har Anbudsgivare 4 felaktigt diskrediterats och förutsättningarna för konkurrensen på den lokala marknaden för klottersanering har snedvridits.