

PM 2 2013-06-14 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om bl.a. snedvridning av konkurrensen genom frångående av principen om antagande av lägsta anbud (bristande likabehandling och transparens)

Solna kommun har vid upphandling av ett kontrakt värt c:a 17 miljoner kronor avseende skolmåltider för bl.a. Bergshamraskolan (I) tilldelat kontraktet till en annan anbudsgivare än den som erbjöd det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Solna kommun har vidare (II) eftergivit krav på en anbudsgivare att fullfölja vissa bindande anbud som företaget har lämnat i upphandlingen.

Solna kommun (nedan Staden) har genom annons som skickades den 30 november 2012 för publicering i nationell databas påbörjat en upphandling avseende löpande tjänster för måltidsförsörjning, innefattande tillagning och servering av måltider till förskolor och skolor (dnr. BUN/2012:50).

Av punkten 1.1, ”*Övergripande beskrivning av upphandlingen*”, i förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen avser måltidsentreprenader för merparten av Stadens för- och grundskolor samt gymnasieskolan. Uppdraget består av att, med planerad avtalsstart den 1 juli 2013, tillaga och servera måltider till barn/elever och personal. Totalt omfattar upphandlingen nitton förskolor, åtta grundskolor och ett gymnasium uppdelat i följande fyra enheter: Bergshamraskolan, (övriga) grundskolor, Solna gymnasium och förskolorna. Anbud kan enligt förfrågningsunderlaget lämnas på ”en, flera eller samtliga enheter”.

Enligt punkten 2.8 i förfrågningsunderlaget kan en eller flera leverantörer antas och kontrakt kan komma att tilldelas för samtliga enheter eller enskilda enheter var för sig. Anbud ska enligt punkten 2.6, ”*Anbudets giltighetstid*”, vara giltigt till och med den 30 juni 2013.

Anbudsutvärderingen ska enligt punkten 2.9.4 ske så att det/de anbud ska antas som är det/se ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn tagen till i första hand kriteriet ”Kvalitet”¹ med 70 procents viktning gentemot ”Pris”.

Vid anbudstidens utgång noterades anbud från fyra kvalificerade och inbjudna anbudsgivare, här angivna som anbudsgivare A, B, C och D. Dessa anbud avsåg varje enhet var för sig. Anbuderna fördelade sig så att Anbudsgivare A hade lämnat de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuderna avseende förskolorna medan Anbudsgivare B hade lämnat de mest fördelaktiga anbuderna avseende samtliga grundskolor och gymnasieskolan.

Tilldelning av aktuella kontrakt beslutades således i enlighet med detta vid ett extra sammanträde med Barn- och ungdomsnämnden i mars 2013.² Efter att tilldelningen meddelats leverantörerna har Anbudsgivare A meddelat Staden att företaget är villigt att teckna kontrakt i enlighet med antaget anbud och tilldelningsbeslut. Anbudsgivare B har emellertid meddelat att företaget endast är beredd att teckna kontrakt för det anbud som avgivits avseende Solna gymnasium. Anbudsgivare B fullföljer således inte sitt anbud avseende grundskolorna.³

Vid sammanträde den 10 april 2013 angav Barn- och utbildningsnämnden (BUN § 29/13) att för att nämnden ska vara villig att teckna avtal med en leverantör avseende måltidsförsörjning för samtliga grundskolor ska det föreligga en ömsesidig vilja att ingå avtal. Av denna anledning genomförde nämnden en ny tilldelning avseende grundskolekontrakten, vilka samtliga, inklusive Bergshamraskolan, tilldelades Anbudsgivare C.⁴

Av Stadens utvärderingsprotokoll⁵ framgår emellertid att Anbudsgivare C inte hade lämnat det sammantaget ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för enheten Bergshamraskolan utan det med

¹ Av underlaget framgår att kriteriet ”Kvalitet” ska bedömas utifrån smak, utseende form, konsistens och varmhållningsegenskaper, efter bedömning av en testgrupp på 10-15 personer som betygsätter fem likvärdiga provmåltider utifrån en poängskala 1-5.

² Se Barn- och utbildningsförvaltningen i Solna, tjänsteskrivelse ”Upphandling av mat till förskolor och skolor - antagande av leverantörer”, den 17 mars 2013, där Anbudsgivare A tilldelades kontrakt avseende förskolorna och Anbudsgivare B tilldelades kontrakt avseende grundskolorna och gymnasiet.

³ Se protokollsutdrag från sammanträde den 10 april 2013 med Barn- och utbildningsnämnden i Solna § 29/13.

⁴ Anbudsgivare C var den enda kvarvarande anbudsgivare som hade lämnat anbud på övriga grundskolor utom Bergshamraskolan.

⁵ Se Solna stad, Utvärderingsprotokoll Kostentreprenad skola 21+3 KS 2111, Måltider för Bergshamraskolan.

lägsta pris.⁶ Istället var det Anbudsgivare D som var den kvarvarande anbudsgivare som hade lämnat det totalt sett mest fördelaktiga anbudet, även med beaktande av kriteriet kvalitet på sätt som angivits i förfrågningsunderlaget.⁷

Av punkten 1.10, ”*Volym*”, i förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingens sammanlagda kontraktsvärde uppskattningsvis uppgår till c:a 25 miljoner kronor per år eller totalt 100 miljoner kronor under upphandlingens hela löptid inklusive förlängningsår, varav c:a 17 miljoner kronor hänförs till Bergshamraskolan.⁸

Gällande rätt

Upphandling av offentliga kontrakt som har påbörjats efter den 1 januari 2008⁹ regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.¹⁰ Lagen har kommit till som en följd av bl.a. Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF) och Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).¹¹

Restaurang- och serveringstjänster (CPV 55300000-3)¹² utgör sådana s.k. B-tjänster, kategori 17, enligt bilaga 2 till LOU som oavsett kontraktsvärdet ska upphandlas med iakttagande av de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU; normalt genom ett annonserat *förenklat* förfarande eller genom urvalsupphandling.

Skyldighet att följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling omfattar bl.a. kommunala myndigheter. Den som har iakttagit lagens bestämmelser kallas ”*upphandlande myndighet*”.¹³

Tillsyn över den offentliga upphandlingen utövas av Konkurrensverket. Tidigare utövades tillsynen av Nämnden för offentlig upphandling (NOU).¹⁴

Av 12 kap. 1 § LOU följer att en upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten eller det anbud som innehåller det lägsta priset.

Frågan om förutsättningarna för anbudsgivning är central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling genom att bland annat säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. Det har därför i 1 kap. 9 § LOU införts ett antal unionsrättsliga principer som ska iakttagas vid all offentlig upphandling, oavsett valet av upphandlingsförfarande; bland annat principerna om likabehandling och ickediskriminering samt öppenhet (transparens). Reglerna är utformade bl.a. i syfte att försvåra möjligheterna

⁶ Anbudet hade enligt anbudsförutsättningarna värderats med 30 procents viktning av pris och 70 procents viktning av kvalitet. De aktuella anbuden fördelade sig därvid enligt följande: Anbudsgivare B hade lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med en viktad anbudssumma på 810.528 kronor därefter Anbudsgivare D med viktad anbudssumma på 825.527 kronor och sist Anbudsgivare C med en viktad anbudssumma på 827.828 kronor.

⁷ Anbudsgivare D hade enbart lämnat anbud avseende Bergshamraskolan, och deltog således inte med anbud avseende övriga enheter.

⁸ Anbudet avseende Bergshamraskola fördelade sig prismässigt mellan 4.224.627 kronor/år och 4.232.520 kronor/år.

⁹ För upphandlingar som har påbörjats efter den 15 juli 2010 har i LOU införts vissa ändringar med avseende på bl.a. lagens rättsmedelsbestämmelser.

¹⁰ 2007 års lag har sedan den 1 januari 2008 ersatt den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling - ÄLOU. – För övergångsbestämmelser, se lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

¹¹ Klassiska upphandlingsdirektivet ersätter sedan den 31 januari 2006 det tidigare gällande direktivet 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet).

¹² CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. – Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003 (numera ändrad genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV, vilken trädde i kraft den 13 september 2008).

¹³ Genom införandet av 2007 års upphandlingslag har inom den klassiska sektorn beteckningen *upphandlande enheter* mönstrats ut och ersatts med *upphandlande myndigheter*. Med upphandlande myndighet avses inte enbart myndigheter utan även offentligt styrda organ, såsom kommunala bolag, som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. (se 2 kap. 12 och 19 § § LOU). Beteckningen *upphandlande enhet* förekommer numera enbart på organ verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna.

¹⁴ Tillsynsansvaret avseende offentlig upphandling övergick den första september 2007 från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) till Konkurrensverket.

att vid offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt.

Principen om *likabehandling* innebär att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt och anbudsförutsättningarna får inte vara anpassade för att gynna eller missgynna viss leverantör eller grupper av leverantörer medan principen om *öppenhet (transparens)* innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsägbarhet. Förekommande förfrågningsunderlag ska vara klart och tydligt samt innehålla samtliga relevanta krav och kriterier för anbudsgivningen, vilka även ska tillämpas på sätt som angivits i underlaget.

Det är således inte tillåtet för en upphandlande myndighet att frånga den ordning för anbudsvärdering och viktning som ursprungligen angivits i förfrågningsunderlaget eller att tillämpa annan grund för tilldelning, exempelvis genom antagande av s.k. *kombinatoriska anbud*.

Med *kombinatoriska anbud* avses anbud som lämnas i en upphandling som är uppdelad i flera enheter, inte enbart på varje upphandlingsenhet var för sig utan även i *ett* gemensamt samlingsanbud på samtliga enheter av upphandlingen eller i *ett* gemensamt samlingsanbud som omfattar flera enheter av upphandlingen, ofta i kombination med volymrabatt.

I rättspraxis har det inte ansetts möjligt att anta kombinatoriska anbud, i varje fall inte om detta inte i förväg särskilt angivits i förfrågningsunderlaget. Kammarrätten i Sundsvall uttalade i ett avgörande 2003 att "[a]vsaknaden av bestämmelser i [ÅLOU]¹⁵ om kombinationsanbud medför enligt kammarrättens mening att kraven på likabehandling och transparens bäst tillgodoses genom att en upphandlande enhet får anta ett anbud från en anbudsgivare som lämnar ett kombinationsanbud bara om möjligheten härtill uttryckligen angetts i förfrågningsunderlaget och således varit känt för samtliga anbudsgivare." Kammarrätten konstaterade därefter att den upphandlande myndigheten, eftersom det inte var angivet i förfrågningsunderlaget att kombinatoriska anbud var tillåtna, var förhindrad att anta ett kombinatoriskt anbud oavsett om detta skulle ha inneburit ett lägre pris på hela upphandlingen.¹⁶

Från senare rättspraxis kan nämnas att Kammarrätten i Stockholm i en serie avgöranden fastställt att en modell för utvärdering som inte säkerställer ett rättvisande resultat i praktiken, där lägsta pris eller ekonomiskt mest fördelaktiga anbud tillämpas, inte uppfyller unionsrättens krav på transparens, förutsebarhet och likabehandling.¹⁷

Av 1-3 §§ lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område följer att ett anbud eller motsvarande erbjudande är bindande för den som har avgivit anbudet eller erbjudande inom den tid som där angivits. Högsta domstolen har i NJA 1998 s.873 angivit att med den uppbyggnad som bestämmelserna om offentlig upphandling har fått ligger det nära till hands att se saken så att ett kvasikontraktsrättsligt förhållande uppkommer mellan den upphandlande och presumtiva anbudsgivare i och med att upphandlingen inleds.

Yttrande

Staden 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.

¹⁵ De bestämmelser som kammarrätten uttalar sig om är den 2003 gällande lagen (1992:1524) om offentlig upphandling, – ÅLOU. Några bestämmelser om kombinatoriska anbud återfinns emellertid inte heller i nu gällande (2007 års) LOU.

¹⁶ Kammarrätten i Sundsvall, dom av den 8 april 2003 i mål 1157-03. Se även NOU:s yttrande av den 25 september 2003 (dnr. 2003-0229) till Högsta domstolen inom ramarna för beredningen av mål T 1289-03.

¹⁷ Se bl.a. Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 20 oktober 2010 i mål 34562-10 samt Kammarrätten i Stockholm som i dom av den 18 februari 2011 fastställde det slut vartill förvaltningsrätten kommit.

Staden är en sådan upphandlande myndighet som vid sina anskaffningar har att iaktta bestämmelserna i LOU. Eftersom den aktuella upphandlingen omfattar B-tjänster för skolmåltidsförsörjning för c:a 17 miljoner kronor ska upphandling ske enligt de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU. Upphandlingen har i enlighet med detta även utlysts i ett förenklat förfarande.

Av unionsrättens krav på likabehandling och öppenhet (transparens) följer att förutsättningarna för anbudsgivning ska vara lika för samtliga leverantörer i en offentlig upphandling och att leverantörerna ska kunna förutse utgången av upphandlingen, baserat på förutsättningar som framgår av förfrågningsunderlaget.

Av anbudsförutsättningarna framgår att anbud kan lämnas på en, flera eller samtliga enheter i upphandlingen. Några *kombinatoriska anbud*, som avser flera enheter gemensamt, har dock inte lämnats. Upphandlingen ska vidare avgöras med ledning av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet efter en viktning av kvalitet mot pris. Anbud ska vara giltigt till den 30 juni 2013.

Vad som nu förekommit i samband med Stadens aktuella handläggning ger mot denna bakgrund anledning till följande kritiska påpekanden.

(I) Av utredningen framgår att Staden har tilldelat det delkontrakt som avser enheten Berghamraskolan för totalt c:a 17 miljoner kronor till Anbudsgivare C, trots att det sammantaget ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, även med beaktande av kvalitet, har lämnats av Anbudsgivare D. Av LOU följer en skyldighet att anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga om detta angivits som utvärderingsgrund enligt anbudsförutsättningarna. Som upphandlingen har utlysts och genomförts har det således inte varit möjligt för Staden att tilldela kontraktet avseende Berghamraskolan till någon annan leverantör än D; detta oaktat om Staden av något skäl skulle finna det mer lämpligt med en och samma leverantör av skolmat för samtliga grundskolor. Stadens beslut att frångå den i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsmodellen strider således mot LOU och de grundläggande principerna om likabehandling och öppenhet (transparens).

(II) Vidare framgår att Staden, efter beslut om tilldelning, har eftergivit krav på Anbudsgivare B att fullfölja de anbud som företaget lämnat avseende samtliga grundskolor, för att istället teckna kontrakt enbart avseende Solna Gymnasium. En förutsättning vid offentlig upphandling är att anbudsgivare ska vara bundna av de anbud som avgivits inom den giltighetstid som följer av anbudsförutsättningarna.¹⁸ Att efterge detta krav och istället låta en anbudsgivare välja vilket eller vilka av de tilldelade kontrakt som företaget avser att fullfölja strider enligt Konkurrenskommissionens mening mot kraven på likabehandling och transparens, eftersom det kan finnas leverantörer som på grund av resursbrist att kunna teckna kontrakt avseende samtliga enheter kan ha avstått från att lämna visst eller vissa anbud. Istället skulle Staden kunna ha infört en regel om att anbudsgivare får förbehålla sig en viss maximal tilldelad volym. Vid avsaknad av en sådan begränsningsregel och motsvarande reservationer i anbud har det dock inte varit möjligt för Staden att efterge krav på Anbudsgivare B att fullfölja de anbud som företaget har lämnat.

Sammanfattningsvis innebär det beskrivna förfarandet i enlighet med vad som ovan redovisats en överträdelse av grundläggande gemenskapsrätt och principerna om likabehandling och proportionalitet. Konkurrensen på den aktuella marknaden för restaurang- och serverings-tjänster har härmed kommit att snedvridas samtidigt som förtroendet för Stadens som upphandlare har undergrävt.