

PM 2 2009-04-22 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Kommunalförbundet Region Värmland har vid upphandling av städtjänster, efter föreläggande i domstol om ny anbudsutvärdering, tillfört nya underkriterier samt särskilda viktningskoefficienter som inte stöds av förfrågningsunderlaget.

Kommunalförbundet Region Värmland (nedan Region Värmland) infortrade med biträde av upphandlingsenheten vid Karlstads kommun, i augusti 2008 anbud avseende "Upphandling Lokalvård Arkivcentrum" (dnr 9331-08). Förfrågningsunderlaget är daterat den 8 augusti 2008.¹ Enligt punkten 1.1 i underlagets administrativa föreskrifter avser upphandlingen lokalvård i Region Värmlands (Arkivcentrums) lokaler vid Hööksgatan i centrala Karlstad under perioden den 1 mars 2009 till och med den 28 februari 2011 med möjlighet till ettårsförlängningar i maximalt 2 år (2+1+1= 4 år). Av punkterna 2.7 samt 2.7.1 framgår vidare att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska komma att antas med beaktande av följande kriterier:

”• Kvalitet, erfarenhet och kompetens inom området inklusive referenser (70%). Redovisad erfarenhet och kompetens samt angivna och eventuella inhämtade interna/externa referenser kommer att bedömas med hänsyn till det för [Region Värmlands] verksamhet och behov mest lämpade.

• Prisbild (30%). Prisbild kommer att värderas i förhållande till övriga anbud inkomna priser.”

Några andra kriterier för värdering av anbud anges inte, varken i förfrågningsunderlaget eller i meddelandet om upphandling.

Inom den föreskrivna anbudsfristen registrerades två inkomna anbud, från Anbudsgivare A respektive Anbudsgivare B. Dessa fördelar sig tämligen jämt, men Anbudsgivare B har redovisat något bättre referenser medan Anbudsgivare A har erbjudit ett marginellt lägre pris. Oviktad uppgår skillnaden mellan anbudet inom kriteriet ”Kvalitet, erfarenhet och kompetens inom området inklusive referenser” till c:a 7 procent, till Anbudsgivare B:s fördel, medan skillnaden inom kriteriet ”Prisbild” uppgår till c:a 1 procent, till Anbudsgivare A:s fördel. I enlighet med den viktning (70/30) av kvalitet i förhållande till pris som föreskrivs i underlaget för upphandlingen ökar skillnaden mellan anbudet och det framstår som klart att det aktuella kontraktet i enlighet med anbudsförutsättningarna rätteligen ska tilldelas Anbudsgivare B.

Ett första beslut om tilldelning meddelades den 16 oktober 2008, av vilket framgår att tilldelning skett till Anbudsgivare A. Av meddelandet om tilldelning, jämte ett till detta meddelande bifogat protokoll av den 8 oktober 2008,² framgår följande motivering för den beslutade tilldelningen:

”Kvalitet, erfarenhet och kompetens inom området inklusive referenser Båda leverantörerna bedöms ha fullgod och likvärdig kvalitet för genomförande av uppdraget.

Prisbild Sammantaget har Anbudsgivare A en något lägre prisbild än [Anbudsgivare B]. Dessutom har [Anbudsgivare B] krav att disponera lokaler (som medför nya vvs-installationer) för sitt genomförande vilket leder till en större prisdifferens än vad som framgår av anbudet.”

Tilldelningen kritiserades av Konkurrenskommissionen i den tidigare utredningen KKO 08-033 och överklagades av Anbudsgivare B i allmän förvaltningsdomstol. Till grund för ansökan om över-

¹ Förfrågningsunderlag av den 8 augusti 2008 avseende ”Upphandling Lokalvård Arkivcentrum, Administrativa föreskrifter (dnr 9331-08).

² Meddelande om tilldelning, ”TILLDELNINGSBESLUT”, daterat den 16 oktober 2008, jämte bifogat protokoll, ”Upphandling Lokalvård Arkivcentrum”, daterat den 8 oktober 2008.

prövning mot tilldelningsbeslutet anfördes att Anbudsgivare B hade erhållit bättre referenser i upphandlingen än Anbudsgivare A och med beaktande av det system för anbudsvärdering som framgår av förfrågningsunderlaget, med 70 procents vikt för *kvalitet, erfarenhet och kompetens inom området inklusive referenser*”, rätteligen skulle ha tilldelats det aktuella kontraktet. Länsrätten i Värmlands län biföll företagets talan om överprövning och förordnade i dom av den 10 november 2008 att utvärderingen ska göras om.³

Ny tilldelning beslutades av Region Värmland den 21 november 2008. Även i detta nya beslut tilldelades det aktuella kontraktet till Anbudsgivare A. Till grund för att återigen tilldela kontraktet till samme anbudsgivare tillförde Region Värmland nya underkriterier och särskilda viktningskoefficienter som inte följer av det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Inom ramarna för kriteriet ”*Kvalitet, erfarenhet och kompetens inom området inklusive referenser*” tillmätte Region Värmland omständigheterna ”*Kompetens*” och ”*Erfarenhet*”, vardera 45 procents vikt medan omständigheten ”*Referenser*” tillmättes enbart 10 procents vikt. Vid dessa förhållanden konstaterades att båda anbuderna poängmässigt placerade sig lika varför Anbud A, med beaktande av att företaget tidigare har utfört de aktuella städtjänsterna åt Region Värmland, framstod det som det mest fördelaktiga.

Även detta andra beslut om tilldelning överklagades av Anbudsgivare B varvid Länsrätten i Värmlands län den 17 februari 2008 på nytt förordnade att utvärderingen ska göras om.⁴ Av länsrättens domskäl framgår bl.a. följande:

Av det av [Anbudsgivare B] åberopade rättsfallet från EG-domstolen C-532-06 framgår att det föreligger hinder för den upphandlande enheten att, under ett anbudsförfarande, i ett senare skede fastställa viktningskoefficienter och underkriterier med avseende på de kriterier för tilldelning som omnämns i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandlingen. En upphandlande myndighet har således inte rätt att tillämpa bestämmelser om viktning och underkriterier med avseende på kriterier för tilldelning utan att i förväg underrätta anbudsgivarna om dessa. Det förhållandet att det i Region Värmlands anbudsuppdrag inte har angivits att en nedbrytning kommer att göras och hur de olika kriterierna kommer att viktas ger, enligt länsrättens mening, mycket stort utrymme för godtycke från den upphandlande myndighetens sida. Kravet på transparens och förutsägbarhet i upphandlingens utvärdering får således i detta fall anses vara åsidosatt och strider därför i detta avseende mot LOU”.

Värdet av de för upphandling aktuella städtjänsterna kan enligt punkten 1.5 i förfrågningsunderlaget beräknas till c:a 280.000 kronor per år. Med tillämpning av gällande beräkningsbestämmelser för offentlig upphandling⁷ kan det s.k. *upphandlingsvärdet* därmed uppskattas till totalt c:a 1,120 miljoner kronor, inklusive förlängningsår.

Gällande rätt

Offentlig upphandling som har påbörjats efter den 1 januari 2008 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Lagen bygger på 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).

Tjänster för fastighetsstädning och fastighetsförvaltning, infattande städning (CPV 74700000-6), kontorsstädning (CPV 74750000-1) eller diverse städning (CPV 74740000-8)⁵ utgör A-tjänster, kategori 14, enligt bilaga II till den s.k. CPV-förordningen (2195/2002/EEG).⁶ Om tjänsternas

³ Länsrätten i Värmlands län, dom av den 10 november 2008 i mål 2146-08 E. Domen har vunnit laga kraft.

⁴ Länsrätten i Värmlands län, dom av den 17 februari 2009 i mål 2381-08 E.

⁵ CPV eller *Common Procurement Vocabulary*, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EG-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 en ny förordning, som trädde i kraft per den 13 september 2008).

⁶ Se förteckningen av CPV-tjänster i bilaga II till Kommissionens förordning (EG) nr 213/2008 av den 28 november 2007 om ändring av

sammanlagda värde⁷ understiger tröskelvärdet 1.911.155 kronor⁸ ska upphandlingen handläggas i enlighet med de nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LOU, normalt genom *förenklad upphandling* eller *urvalsupphandling*.

Det huvudsakliga syftet med lagen om offentlig upphandling är att säkra att den offentliga anskaffningen sker genom en effektiv konkurrens samt att leverantörerna och deras ansökningar och anbud behandlas lika, utan ovidkommande hänsyn. Lagens bestämmelser är, såvitt något undantag inte anger motsatsen, tillämpliga på ”kontrakt med ekonomiska villkor” av bygg-entreprenader, varor eller tjänster som ingås mellan s.k. *upphandlande myndigheter*⁹ och från dessa fristående fysiska eller juridiska personer. Med *upphandlande myndighet* avses i lagen bl.a. statliga och kommunala myndigheter samt beslutande församlingar i kommuner och landsting.¹⁰ Kommunalförbund regleras genom specialbestämmelser i 3 kap. 20-28 §§ kommunallagen (1991:900) och utgör i här aktuellt avseende sådana myndigheter som är skyldiga att iaktta LOU. Tillsynsmyndighet för offentlig upphandling var tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU). Numera utövas tillsynen av Konkurrensverket.¹¹

Frågan om grunderna för vilka anbud som ska antas är central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller som huvudregel att den offentliga upphandlingen ska genomföras på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt med iakttagande av principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet som bär upp den centrala EG-rätten och kommer till uttryck genom bl.a. EG-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och den inre marknaden i artiklarna 43 och 49 EG.

Den allmänna *likabehandlingsprincipen* är tillämplig på all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena, och innebär i korthet att samtliga tänkbara leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta med anbud vid offentlig upphandling. Vissa leverantörer eller grupper av leverantörer får inte ensidigt gynnas.

Av kravet på *öppenhet (transparens)* följer vidare att samtliga leverantörer måste ges tillgång till upphandlingsrelevant information vid ett och samma tillfälle och på liknande villkor. Den upphandlande myndigheten får inte i efterhand ändra villkoren för anbudsgivningen på ett sätt som kan medföra diskriminerande verkan mellan leverantörer. Uppställda förutsättningar eller villkor får exempelvis inte efterges utan att samtliga anbudsgivare eller tänkbara anbudsgivare i sådant fall informeras om detta i så god tid att de kan anpassa sin anbudsgivning därefter.

Fråga om tillförande av viktningsskoefficienter och underkriterier i efterhand har nyligen bedömts av EG-domstolen i målet C-532/06, *Lianakis m.fl.* EG-domstolen fastslog att det inte är förenligt med de grundläggande principerna om likabehandling och icke-diskriminering, samt öppenhet (transparens) att en upphandlande myndighet i efterhand, efter det att anbudet har ingetts och

Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV) samt av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV.

⁷ Om ett upphandlingskontrakt avseende tjänster inom den klassiska sektorn inte anger något totalpris ska värdet enligt 3 kap. 12 § LOU beräknas till det fulla värdet av tjänsterna under kontraktets löptid om denna är högst 48 månader och till månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid. Vid beräkningen ska enligt 3 § samma kapitel options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

⁸ För gällande tröskelvärden fr.o.m. den 1 januari 2008, se Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

⁹ I LOU (2007 års lag) benämns myndigheter och andra upphandlingskyldiga organ inom den klassiska sektorn (således även kommunala företag eller *offentligt styrda organ*) med en gemensam term som *upphandlande myndigheter*. Termen *upphandlande enheter* är från och med den 1 januari 2008 däremot enbart förbehållet organ verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna.

¹⁰ Även andra organ som kommunala och statliga företag (s.k. offentligt styrda organ) kan omfattas av begreppet upphandlande myndighet och vara skyldiga att iaktta LOU – se 2 kap. 12 § jämfört med 19 § LOU.

¹¹ Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret över den offentliga upphandlingen från Nämnden för offentlig upphandling (NÖU) till Konkurrensverket.

anbudsöppning har skett, fastställer viktningskoefficienter och underkriterier med avseende på sådana kriterier som ska läggas till grund för tilldelning. Enligt domstolens bedömning (domskälen p. 44) är det uppenbart att ett sådant tillvägagångssätt inte är förenligt med skyldigheten att offentliggöra vissa uppgifter, mot bakgrund av principen om likabehandling av ekonomiska aktörer och skyldigheten att möjliggöra insyn.¹²

Svenska nationella bestämmelser överensstämmer med det av EG-domstolen ovan redovisade synsättet. Enligt 15 kap. 16 § tredje stycket LOU ska upphandlande myndigheter antingen ange hur förekommande värderingskriterier ska viktas eller ange kriterierna i fallande prioritetsordning. Kriterieviktningen eller prioritetsordningen ska framgå av annonsen om upphandling eller förfrågningsunderlaget.

Yttrande

Region Värmland 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.

Region Värmland är ett kommunalförbund och därmed skyldigt att som upphandlande myndighet vid sina anskaffningar iaktta den upphandlingsrättsliga regleringen. Den nu aktuella upphandlingen avseende städtjänster, ”Upphandling Lokalvård Arkivcentrum”, har påbörjats efter den 1 januari 2008 samt avser ett samlat kontraktsvärde som understiger på området gällande tröskelvärde. Förfarandet ska av dessa skäl bedömas i enlighet med de nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LOU.

Enligt upphandlingsföresättningarna ska utfallet av anbudsgivningen avseende kriteriet *kvalitet, erfarenhet och kompetens inom området inklusive referenser* värderas och viktas till 70 procent samt jämföras med kriteriet *prisbild*. Andra kriterier för utvärderingen av anbud förekommer inte, varken i förfrågningsunderlaget eller i meddelandet om upphandling.

Av utredningen i ärendet framgår att det har kommit in sammanlagt två anbud, A och B. Vid jämförelse mellan dessa visar det sig att Anbudsgivare A har erbjudit lägsta pris medan Anbudsgivare B har erbjudit högre kvalitet, i form av bättre utfall vid referenstagningen. Vid viktning av pris mot kvalitet i enlighet med anbudsföresättningarna framgår att kontraktet rätteligen skulle ha tilldelats Anbudsgivare B. Region Värmlands beslut om att tilldela kontraktet till Anbudsgivare A har av detta skäl undanröjts av domstol, vilken förordnat att utvärderingen av upphandlingen ska göras om.

I sitt nya beslut om tilldelning i den aktuella upphandlingen har Region Värmland tillfört ytterligare omständigheter i form av underkriterier och viktningskoefficienter, vilka nedvärderar kriteriet ”Referenser”, där Anbudsgivare B, var bäst, och istället ger en sådan poängmässig fördelning att de båda jämförda anbudena framstår som likvärdiga. I detta läge har Region Värmland valt att återigen tilldela det aktuella kontraktet till Anbudsgivare A.

Någon möjlighet att i efterhand tillföra ytterligare kriterier för anbudsvärdering och tilldelning föreligger emellertid inte enligt vad som framgår av 15 kap. 16 § tredje stycket LOU samt av EG-domstolens dom i målet C-532/06, *Lianakis m.fl.*

¹² Se EG-domstolens dom av den 24 januari 2008 i mål C-532/06, *Lianakis, m.fl.*, REG 2008, s. I-0000, pp. 33-45, jämförd med domstolens dom av den 24 november 2005 i mål C-331/04, *ATI EAC e Viaggi di Maio m.fl.*, REG 2005, s. I-10109.

Region Värmland har således brutit mot det gemenskapsrättsligt grundade kraven på lika-behandling och öppenhet (transparens) på ett sätt som medfört diskriminerande särbehandling för Anbudsgivare B. Förutsättningarna för konkurrensen har därvid snedvridits samtidigt som förtroendet för kommunalförbundets opartiskhet som upphandlare återigen kan ifrågasättas.