

PM 2 2025-06-11 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande likabehandling och proportionalitet vid offentlig upphandling (för kort implementeringstid).

En kommun har utformat två parallella upphandlingar av städtjänster till ett sammanlagt uppskattat värde av c:a 132 miljoner kronor så att den s.k. implementeringstiden, d.v.s. uppstartstiden mellan möjligt avtalstecknande och angiven avtalsstart, endast uppgår till maximalt nio dagar.

Nyköpings kommun (nedan Kommunen) har genom meddelanden om upphandling¹ som skickades den 6 februari 2025 för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED² infordrat anbud på ramavtal för avrop av städtjänster (nedan Upphandlingarna). Enligt upphandlingsdokumenten³ omfattar Upphandlingarna två delområden, där upphandlingen för *Städområde 1* avser en total städyta om ca 104 000 kvm och *Städområde 2* en total städyta om ca 105 000 kvm, således totalt c:a 209.000 kvadratmeter städyta.⁴

Uppdragen innefattar ett fullständigt ansvar för regelmässig städning, periodisk städning och extratjänster, där leverantören ska ansvara för tillhandahållande av samtliga redskap, maskiner, kemikalier m.m. för städningen,⁵ vilket medför ett behov av personal motsvarande uppskattningsvis c:a 20 -30 personer per städområde.

Avtalen skulle börja gälla den 1 april 2025 och löpa fram till och med den 31 december 2028, med möjlighet till ett års förlängning till och med den 31 december 2029.⁶

Anbudstiden löpte ut den 11 mars 2025.⁶ Anbudsöppning har som tidigast därmed kunnat ske den 12 mars 2025. Även om kontraktstilldelning meddelats samma dag skulle, med iakttagande av tio dagars obligatorisk avtalsspärr⁷, kontrakt i Upphandlingarna tidigast ha kunnat tecknas den 23 mars 2025, varvid det för den vinnande leverantören skulle återstå endast nio dagar (varav sex arbetsdagar) att internt vidta förberedande åtgärder inför stipulerad avtalsstart, den 1 april 2025.

Sedan dessa korta tidsmarginaler påtalats av en leverantör, inom ramen för upphandlingarnas frågor-och-svarsfunktion, har Kommunen svarat följande.

”Tidplanen är korrekt och grundar sig i att vi har avtal som löper ut, dessvärre har arbetet med att lösa detta dragit ut på tiden. [Kommunen] har tidigare haft städområden uppdelat på sju olika avtal. Inför denna upphandling har vi gjort om och delat kommunen i två städområden, således finns ingen nuvarande leverantör och alla anbudsgivare har samma förutsättningar. Observera att alla objekt inte startar from 2025-04-01, enligt bilaga - 5 Ingående objekt. Vi har även tagit höjd för en uppstartsperiod i avtalet då vi är medvetna om tidsaspekten.”

Såvitt kunnat utredas utifrån den ovan återopade bilagan 5 – ”Ingående objekt” - är det endast en mindre del av städområdena som har en senare startperiod än den 1 april 2025.

Upphandlingarnas samlade kontraktswärde kan uppskattas till c:a 132 miljoner kronor för de båda städområdena tillsammans.⁸

¹ Annonserna: 88929-2025 - Konkurrensutsättning Städentreprenad område 1, Meddelande om upphandling eller koncession – standardsystem Tjänster OJ S 28/2025 10/02/2025 samt 87873-2025 – Konkurrensutsättning Städentreprenad område 2 OJ S 28/2025 10/02/2025, som publicerades i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED den 10 februari 2025.

² Databasen Tenders Electronic Daily (TED) är Europeiska kommissionens elektroniska plattform för annonsering av offentlig upphandling.

³ Upphandlingsdokumenten ”Administrativa föreskrifter för stäentreprenad” samt meddelandena/annonserna om upphandling (i fotnot 1)

⁴ Se punkten 2.1 i meddelandena/annonserna om upphandling (fotnot 1).

⁵ Se de administrativa föreskrifterna punkten UF 1.1 samt meddelandena/annonserna om upphandling, punkten 5.1.3, för respektive städområde.

⁶ Se de administrativa föreskrifterna punkten UF 3.32 samt meddelandena/annonserna om upphandling, punkten 5.1.12, för respektive städområde.

⁷ Se 20 kap. 1 § LOU, enligt vilken den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal (avtalsspärr) förrän 10 dagar har gått från det att en under rättelse om tilldelningen har skickats till samtliga anbudsgivare med elektroniskt medel. Om meddelandet istället skickats med brevpost uppgår tiden för avtalsspärr till 15 dagar från avsändandet.

⁸ Se meddelandena/annonserna om upphandling (fotnot 1), punkterna 2.1.3, enligt vilka Städområde 1 har ett uppskattat kontraktswärde på c:a 64 miljoner kronor och Städområde 2, ett motsvarande uppskattat kontraktswärde på c:a 68 miljoner kronor, således ett totalt uppskattat kontraktswärde på c:a (64+68=) 132 miljoner kronor.

Sedan en leverantör ansökt om överprövning av Upphandlingarna, med åberopande av att de synnerligen korta implementeringstiderna strider mot kraven på likabehandling och konkurrens, har Kommunen beslutat avbryta förfarandena.⁹ De nya upphandlingar som därefter inletts har även dessa fått avbrytas av Kommunen, denna gång på grund av oklarheter i upphandlingsdokumenten.¹⁰ Några ytterligare upphandlingar av aktuella städtjänster har, såvitt känt, hittills inte påbörjats.

Gällande rätt

Med offentlig upphandling avses förfarandet till och med tilldelning av ett *offentligt kontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser bland annat tillhandahållande av tjänster mot ersättning.

Upphandling av *offentliga tjänstekontrakt* regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU. Lagen är generellt tillämplig på alla åtgärder som vidtas av upphandlande myndigheter i syfte att anskaffa tjänster genom tilldelning av kontrakt.¹¹ Bestämmelserna är en följd av bl.a. kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt (numera) artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU).¹²

Kommunala myndigheter utgör sådana *upphandlande myndigheter*¹³ som obligatoriskt ska följa lagens bestämmelser.

En upphandling som avser tjänster för städning och renhållning (CPV 90900000)¹⁴ ska om det samlade kontraktsvärdet av anskaffningen¹⁵ överstiger gällande tröskelvärde, 2.389.585 kronor¹⁶ handläggas enligt de på LOU-direktivet grundade bestämmelserna i 1-18 kap. LOU.¹⁷

Syftet med regelverket är att säkerställa den lagliga efterlevnaden av de unionsrättsliga bestämmelserna om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna¹⁸ samt att motverka korruption i offentlig verksamhet.¹⁹ Det har i lagen därför införts ett antal grundläggande principer vilka oavsett valet av förfarande²⁰ ska iakttas vid offentlig upphandling, däribland krav på *likabehandling* och *öppenhet (transparens)*.²¹

⁹ Se Kommunens yttrande, aktbilaga 12 i Förvaltningsrätten i Linköpings mål nr. 1119-25 samt rättsens beslut den 26 februari 2025 att, efter den sökande leverantörens återkallelse, avskriva målet från fortsatt handläggning.

¹⁰ De nya upphandlingarna: "Städentreprenad område 1", förfarandets identifierare: 537dc060-8542-491e-bd51-0889cced251f, respektive "Städentreprenad område 2", identifierare 7b45e828-66cc-49cc-a41a-694d1da63b98. Kommunens beslut att avbryta dessa båda upphandlingar meddelades den 2 maj 2025 och motiverades med att "brister i upphandlingsunderlaget som medför att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte kan antas". I samband med avbrytandebesluten återkallades även tidigare meddelat tilldelningsbeslut. Se även Förvaltningsrätten i Linköpings mål nr. 3324-25 om överprövning av upphandlingen Städentreprenad område 1.

¹¹ Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

¹² Se EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU, av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

¹³ För *upphandlande myndighet*, se legaldefinitionen i 1 kap. 22 § LOU.

¹⁴ CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska Unionen. CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster. – se 4 kap. 19 § LOU samt Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), numera i delvis ändrad lydelse sedan 2008.

¹⁵ Om ett tjänstekontrakt upphandlas utan att något totalpris anges ska enligt 3 kap. 12 § LOU det s.k. kontraktsvärdet vara det uppskattade totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader.

¹⁶ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 5 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Gällande tröskelvärde för kommunal upphandling av varor och tjänster enligt LOU uppgår sedan den 1 januari 2024 till 2.389.585 kronor - se regeringens tillkännagivande (2024:30) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹⁷ Om upphandlingens värde understiger gällande tröskelvärde får upphandlingen istället genomföras med ledning av de icke direktivstyrda bestämmelser som följer av 19 kap. LOU.

¹⁸ Kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

¹⁹ Se bl.a. betänkandet SOU 2018:44 med där angivna rättskällor.

²⁰ Se 4 kap. 1 och 2 § LOU, jfr. 19 kap. 2 § och 19 a kap. 8 § samma lag samt HFD 2018 ref. 60 med särskilt yttrande av justitierådet Nord.

²¹ För innebörden av de grundläggande principerna, se bl.a. prop. 2006/07:128, s. 132 samt prop. 2015/16:195, avsnitt 9.1 (s. 426 ff.).

Av dessa följer att alla leverantörer²² ska behandlas på ett likvärdigt sätt och inte ges relativa fördelar eller nackdelar. Det har i lagen därför införts en på LOU-direktivet grundad *konkurrensprincip*²³ om att en upphandling inte får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Vidare ska enligt den s.k. *proportionalitetsprincipen*²⁴ samtliga krav och kriterier som ställs i en upphandling vara ändamålsenliga i det aktuella fallet. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som skall täckas med upphandlingen. Proportionalitetsprincipen har i unionsrättslig praxis tolkats så att det inte kan krävas eller förutsättas att leverantörer redan på anbudsstadiet vidtagit åtgärder för att förfoga över viss kapacitet eller utrustning till det för upphandling aktuella uppdraget. Anbudsgivande leverantörer ska nämligen inte behöva genomföra erforderliga investeringar i exempelvis personal och utrustning på ren spekulat, innan de har försäkrat sig om ett civilrättsligt bindande kontrakt/avtal med den upphandlande myndigheten. Ett sådant avtal kan, såvitt följer av 20 kap. 1 § LOU, slutas tidigast tio dagar efter beslut och meddelande om tilldelning i upphandlingen.

I svensk nationell rättspraxis har anbudsförutsättningarna för deltagande i en upphandling inte ansetts förenliga med LOU om de innebär att leverantörerna redan vid tidpunkten för anbudsgivningen måste besitta för uppdraget erforderlig kapacitet.²⁵ Enligt Högsta förvaltningsdomstolen ska den s.k. *implementeringsfristen* mellan den tidpunkt då avtal tidigast kan slutas och den första avtalsdagen vara avpassad så att vinnande anbudsgivare ges rimliga möjligheter att internt kunna vidta förberedande åtgärder inför avtalsstarten.

I HFD 2012 ref. 48, del II fann Högsta förvaltningsdomstolen att en *implementeringsfrist* (uppstartstid) på mellan 16 och 23 dagar i fråga om taxitransporter – person- och mattransporter motsvarande ett behov av c:a åtta bemannade taxifordon och en minibuss – var alltför kort. Domstolen bedömde därmed att den aktuella upphandlingen inte var förenlig med de grundläggande principerna om bl.a. likabehandling. I domskälen angavs bland annat följande: ”Även med beaktande av att en anbudsgivare har att vidta förberedande åtgärder under anbudstiden – och att upphandlingen föregåtts av en tidigare upphandling – framstår tiden mellan avtalets tecknande och första avtalsdag som alltför kort och som oförenlig med de allmänna principerna för offentlig upphandling i [numera 4 kap. 1 § LOU]”.

För att upphandlande myndigheter ska ges tillfälle att uppmärksamma fel och brister i en upphandling har Högsta förvaltningsdomstolen angivit att leverantörer som observerat sådana brister redan under anbudstiden bör vända sig till den upphandlande myndigheten och ställa frågor samt begära kompletteringar och förtydliganden. Om leverantören utan godtagbara skäl underlåter att göra detta, och i stället väntar med att påtala eventuella fel och brister till efter det att tilldelningsbeslutet är fattat, kan denne inte anses ha försökt begränsa sin skada och har därmed inte möjlighet att vinna framgång i ett mål om överprövning av upphandlingen.²⁶ Tanken bakom detta är bland annat att fel och brister i en upphandling ska kunna uppmärksammas och rättas till på ett sådant stadium i förfarandet att berörda leverantörer inte ska behöva föra saken vidare för överprövning i domstol, som är både kostsam och tidskrävande för alla inblandade parter. Rättegångskostnaderna vid allmän förvaltningsdomstol stannar hos parterna, vilket innebär att en förfördelad leverantör kan komma att behöva vidkännas betydande kostnader även vid en framgångsrikt förd talan om upphandlingsrättslig överprövning.

²² Med *leverantör* avses enligt 1 kap. 16 § LOU företag som är verksamma med att på marknaden tillhandahålla bl.a. tjänster.

²³ För den s.k. *konkurrensprincipen*, se 4 kap. 2 § LOU.

²⁴ För den s.k. *proportionalitetsprincipen*, se 4 kap. 1 § LOU.

²⁵ Se bl.a. Länsrätten i Stockholms dom av den 14 juli 2006 i mål nr 13496-06, samt (i ett annat mål) Kammarrätten i Stockholms dom av den 14 februari 2009 i mål nr 8930-08.

²⁶ Högsta förvaltningsdomstolen dom, referatsfallet HFD 2022 ref 4 II.

Yttrande

Kommunen 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.

Slutlig 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.

Kommunen är som upphandlande myndighet skyldig att i sin verksamhet iaktta upphandlingsbestämmelserna i LOU och det bakomliggande LOU-direktivet. Såvitt framgår av utredningen har Kommunen påbörjat två parallella upphandlingar av städtjänster till ett totalt uppskattat kontraktswärde om c:a 132 miljoner kronor. Vardera av dessa upphandlingar omfattar drygt 100.000 kvadratmeter städyta, vilket fordrar såväl omfattande materialanskaffning som nyanställning av personal med c:a 20-30 personer för den eller de leverantörer som tilldelas kontrakten.

Den s.k. *implementeringstiden*, d.v.s. uppstartstiden mellan möjligt avtalstecknande och angiven avtalsstart, under vilken vinnande leverantör/er internt ska hinna vidta förberedande åtgärder fram till avtalsstart, har i Upphandlingarna utsatts till maximalt nio dagar. Detta under förutsättning av att Kommunen beslutar om kontraktstilldelning redan dagen efter anbudstidens utgång. Om Kommunen istället skulle behöva en vecka på sig för att jämföra anbuden och besluta om tilldelning, vilket förefaller rimligt, skulle det återstå endast en eller två dagar för vinnande leverantör/er att hinna genomföra förberedande åtgärder. Som tydligt framgår av vägledande rättspraxis är detta inte acceptabelt och strider på de grundläggande principerna om likabehandling och konkurrens. Endast sådana befintliga leverantörer som redan tidigare utför motsvarande städtjänster för Kommunen kan möjligen med så kort varsel förväntas ha erforderliga resurser tillgängliga på plats.

Sedan detta påtalats i anvisad ordning har Kommunen svarat att tidplanen är korrekt och grundar sig i att arbetet med Upphandlingarna hade dragit ut på tiden. Först sedan en leverantör valt att vända sig till domstol och ansöka om överprövning mot förfarandet har Kommunen reagerat och beslutat avbryta Upphandlingarna.

Detta utgör ett missbruk från Kommunen sida. Syftet med den påtalandeskyldighet som har utvecklat i praxis är att bland annat förhindra sådan onödig omgång genom att den upphandlande myndigheten förväntas rätta påtalade fel och brister i sina förfaranden, så att de inte ska behöva föras vidare till rättslig prövning i domstol. I förevarande fall måste det ha framstått som uppenbart för Kommunen att en frist på maximalt nio dagar inte är tillräcklig att hinna förbereda sig inför de aktuella uppdragen, även om vissa städoobjekt skulle ha en senare startperiod än den 1 april 2025. Trots detta har Kommunen vidhållit de snedvridande tidsmarginalerna fram till dess att en rättslig överprövning påbörjats i förvaltningsrätten, och först då beslutat avbryta Upphandlingarna. Det finns därför anledning att rikta kritik mot Kommunen.

Såvitt framkommit har även de efterföljande städupphandlingar som har initierats av Kommunen fått avbrytas på grund av fel i förfarandet. Kommunen behöver uppenbarligen se över sina upphandlingsrutiner.