

Länsrätten i Stockholms län
Rotel 555
Box 17106
104 62 STOCKHOLM

NOU:s yttrande i Länsrättens i Stockholms län mål 21880-03

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar, med stöd av 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), tillsyn över den offentliga upphandlingen.

NOU har den 2 december 2003 mottagit en remiss från Länsrätten i Stockholms län i vilken länsrätten anhåller om yttrande i mål nr 21880-03. Sökande i målet, Melki Städ AB, begär att en upphandling av städning som görs av Sigtunahem skall göras om. Av ett telefonsamtal med länsrätten samma dag framgår att länsrätten önskar att NOU främst yttrar sig över om sökanden lidit eller riskerar att lida skada.

Nämndens ledamöter anser att yttrandet skall begränsas till att hänvisa till berörd lagstiftning och vissa rättsfall.

NOU anser att en sökande kan lida skada om det visar sig att hans möjligheter att erhålla kontrakt påverkats av vissa åberopade felaktigheter, t.ex. felaktigt upphandlingsförfarande en alltför kort anbudstid eller en felaktig tillämpning av utvärderingskriterier. Sökanden skall ges möjlighet att få prövat huruvida hans prisuppgifter utvärderats på rätt sätt.

Skäl för NOU:s bedömning

Av handlingarna framgår bl.a. att Melki Städ AB har deltagit i en upphandling av städtjänster. Den upphandlande enheten Sigtunahem AB har genomfört upphandlingen som en förenklad upphandling. Sigtunahem medger att upphandlingens värde överstiger de i LOU angivna tröskelvärdena. Sigtunahem anger dock att sökanden, trots det felaktiga valet av upphandlingsförfarandet, inte lidit någon skada.

Michael Slavicek

Städning är en tjänst enligt bilaga A till LOU, grupp 14, fastighetsförvaltning, inkl. städning och löpande underhåll. Kontraktets värde uppskattas av Sigtunahem till över 8,5 milj. kronor. Upphandling skall vid ett kontraktsvärde som överstiger det i 5 kap. LOU angivna tröskelvärdet på 200 000 EUR, motsvarande 1 741 000 SEK,¹ normalt genomföras som öppen eller selektiv upphandling.² Vid selektiv upphandling skall kvalificering av leverantörer ske, innan de som uppfyllt kvalificeringskraven inbjuds att lämna ett anbud. Enligt 1 kap. 20 a § LOU skall den upphandlande enheten även vid öppen upphandling, innan den börjar pröva anbuden, pröva om anbudsgivarna eller anbudssökandena uppfyller de krav som ställs upp på leverantören. Kontrollen av leverantörernas lämplighet att fullgöra kontraktet och utvärderingen av anbuden utgör två olika moment som styrs av olika regler i upphandlingsprocessen, dvs. kvalificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen.³ Distinktionen mellan kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen medför att en upphandlande enhet skall välja det ekonomiskt mest förmånliga anbudet från den leverantör som har kvalificerat sig och uppfyllt samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda krav. Vid upphandlingar enligt 5 kap. LOU gäller i lagen angivna anbudstider och krav på att en annons om upphandlingen sänds till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer. Bevis om anbudsgivarens kvalifikation skall begäras in i enlighet med förordningen (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling. Några förhandlingar får, till skillnad mot vid förenklad upphandling, inte ske.

Skada för sökanden

EG-domstolen har vid ett flertal tillfällen, beträffande syftet med upphandlingsdirektiven uttalat att "... samordningen på gemenskapsnivå av förfarandena vid offentlig upphandling avser att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och således att skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och som önskar erbjuda varor eller tjänster åt de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat"⁴. Domstolen har vidare uttalat att syftet med direktiv 89/665/EEG (rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn) är att "... såväl på det nationella planet som på gemenskapsplanet förstärka de redan förekommande medlen för att säkerställa att gemenskapens direktiv i ämnet

¹ Förordning (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling

² Den förenklade upphandlingen synes ha genomförts utan förhandling. Förutsättningarna för förhandlad upphandling med föregående annonsering synes därför inte vara för handen.

³ C-31/87 Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna, REG 1988, s. 4635.

⁴ Se bl.a. mål C-380/98 The Queen mot H.M. Treasury, Ex parte: The University of Cambridge och mål C-19/00, SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo.

Michael Slavicek

offentlig upphandling verkligen tillämpas”.⁵ Detta gäller enligt EG-domstolen ”... i synnerhet i ett skede då överträdelser kan korrigeras.”⁶ Det är mot denna bakgrund som bestämmelserna i LOU skall tolkas och tillämpas.

Som medlemsstat i EU har Sverige enligt rättsmedelsdirektiv 89/665/EEG⁷, art. 1 skyldighet att "vidta nödvändiga åtgärder för att garantera, att en upphandlande myndighets beslut prövas effektivt". Prövningen skall dessutom göras skyndsamt, i synnerhet i "de fall upphandlingsbeslut innefattar överträdelse av gemenskapsrätten för offentlig upphandling eller nationella bestämmelser om införande av sådan lag". Reglerna i 7 kap. LOU bygger på rättsmedelsdirektivet och är även vad avser upphandling enligt 6 kap. LOU anpassade till vad som följer av gemenskapsrätten.⁸ I direktivets art. 3. anges att "medlemsstaterna skall se till att ett prövningsförfarande med detaljerade regler enligt medlemsstaternas bestämmande införs och att det kan åberopas av var och en, som har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling av varor eller bygg- och anläggningsarbeten, och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse”.

Av svenska förarbeten och domar framgår att reglerna för prövning av upphandlingar under tröskelvärdena inte skall skilja sig från motsvarande prövning av upphandling över tröskelvärdena.

Såsom NOU angivit i sitt yttrande till Regeringsrätten⁹ leder detta till att en förvaltningsdomstol skall pröva om sökanden är berättigad att få upphandlingen överprövad när talan anhängiggörs. Om klaganden inte förefaller riskera att lida skada skall ansökan avvisas.

Skada för den upphandlande enheten

Länsrätten i Stockholm har genom beslut den 24 november 2003 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas. NOU anser att en avvägning mellan å ena sidan den skada eller olägenhet som åtgärden medför och å

⁵ Mål C-81/98, Alcatel Austria AG m.fl., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr.

⁶ Se bl.a. mål C-249/01, Werner Hackermüller mot Bundesimmobiliengesellschaft mbH och Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG.

⁷ Rådets direktiv om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten 89/665/EEG

⁸ Angående frågan om tolkning av nationell rätt som anpassats till gemenskapsrätten se Högsta domstolens dom NJA 1998 s. 873 i vilket åberopas EG-domstolens dom den 17 juni 1997 i mål nr C-28/95, Leur-Bloem, REG 1997, s. I – 4165.

⁹ NOU:s yttrande dnr 2002/0050-22 i Regeringsrättens mål nr 300-2002 angående Migrationsverkets upphandling av outsourcing av IT-verksamhet, RÅ 2002 ref 50.

Michael Slavicek

andra sidan skadan för leverantören kan göras endast vid ett interimistiskt beslut enligt 7 kap. 2 § tredje stycket LOU. NOU anser därför att skadan för den upphandlande enheten inte spelar någon roll vid en slutlig prövning av det aktuella målet.

NOU:s slutsats

I förevarande fall har den upphandlande enheten i strid med reglerna i LOU använt sig av en förenklad upphandling i stället för en öppen eller selektiv upphandling. I målet är ostridigt att Sigtunahem därmed har brutit mot reglerna om annonsering. Okända leverantörer i utlandet eller de som är intresserade av enbart större upphandlingar, kan ha lidit skada genom att en annonsering i EGT har uteblivit. Även den som inkommit med ett anbud kan ha lidit skada.

Förfrågningsunderlaget är daterat den 26 september 2003¹⁰ och anbud skulle ha inkommit den 24 oktober 2003. Vid öppen upphandling skall tiden för mottagande av anbud vara minst 52 dagar från det att annonsen om upphandling avsändes. Anbudstiderna vid förenklad upphandling skall vara skäligen, vilket ofta innebär att de är kortare än vid öppen upphandling.

De krav som ställs på leverantören bedöms vid förenklad upphandling mot andra regler än de bevis som anges för upphandling över tröskelvärdena och i förordning (1998:78) om tekniska specifikationer vid offentlig upphandling samt förordning 1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling.

Under rubriken anbudsprövning anges utvärderingskriterier och viktning. Samtidigt anges att beställaren förbehåller sig fri prövningsrätt av anbud, vilket inte är förenligt med LOU.

Det ankommer på länsrätten att avgöra om anbudsprövningen skett i enlighet med LOU och det som angivits i förfrågningsunderlaget samt huruvida tilldelningsmeddelandet den 13 november 2003 tillfredsställer transparenskravet.

Sigtunahem anger i skrivelsen till länsrätten den 26 november 2003 (aktbilaga 11) att Melki Ståd AB:s anbud inte antagits dels på grund av högre prisuppgift dels för att bolaget i sitt anbud inte lämnat in miljöspecifikation, vilket var ett så kallat ”skall-krav” i

¹⁰ Sista sida i förfrågningsunderlaget är daterad den 2 oktober 2003.

Michael Slavicek

förfrågningsunderlaget.¹¹ Det synes oklart om Melki Städ AB inte tilldelats kontraktet på grund av att bolaget inte uppfyllt ett visst krav eller om detta skett till följd av att bolagets anbud inte ansågs vara det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Melki Städ AB anger dessutom att materialpåslag ingår i deras priser och att "Sigtunahem har gjort en uppenbar feltolkning av Melki Städ AB:s anbud i prisdelen, varför utvärderingen i detta avseende måste ha blivit felaktigt". Det ankommer på länsrätten att avgöra vad som är visat i målet.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 9 december 2003 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, sektionschefen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke, rättssakkunniga Gunilla Hulting, avdelningsdirektören Lisbeth Johnson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze efter föredragning av chefsjuristen Michael Slavicek. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag och de direktiv till ändringar som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Michael Slavicek

¹¹ Sigtunahem AB anger i handlingarna riktigt att alla obligatoriska krav (skall-krav) måste vara uppfyllda för att anbudet skall behandlas vid anbudsutvärderingen.