

PM 2 2019-03-13 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom överträdelse i flera fall av bestämmelserna om offentlig upphandling.**

*Ett kommunalt fastighetsbolag har vid upphandling av fastighetsunderhåll uppställt krav på befintlig kapacitet redan på anbudsstadiet, förbehållit sig i vissa fall fritt val av avropsmetod samt angivit ett golvpris under vilket anbud inte kommer att upptas till värdering.*

Det av Bergs kommun helägda Bergs Hyreshus AB (nedan Hyreshus)<sup>1</sup> har genom annons i nationell databas infordrat anbud på ramavtal för underhållsarbeten m.m. i bolagets bestånd av fastigheter, innefattande byggnadsarbeten, inklusive takarbeten och snöskottning av tak, målning och tapetsering, mattläggningsarbeten/kakel-klinker, VS-arbeten, VE-arbeten, el- kyl- och hiss-arbeten.<sup>2</sup>

Upphandlingen har utlysts i ett s.k. *förenklat förfarande* till att avse ramavtal för successiva avrop under perioden den 1 januari 2019 till den 1 januari 2022 (3 år). Anbudstiden löpte ut den 10 december 2018.<sup>3</sup>

I upphandlingsdokumentet<sup>2</sup> anges under punkten 1, ”*Bakgrund*”, krav på att ”*Anbudsgivare skall i sitt företag/organisationsnummer ha minst 1 st. anställd med yrkesbevis för offererat verksamhetsområde (huvudområde)*” samt att ”*Detta skall redovisas i anbud*”. Om kravet inte är uppfyllt kommer, enligt samma bestämmelse, anbudet att förkastas inom det aktuella verksamhetsområdet.

Under punkten 2, ”*Omfattning och Avtal*”, i samma dokument redovisas två alternativa metoder som Hyreshus kan komma att använda sig av vid löpande beställningar enligt ramavtalet. Enligt det första alternativet ska beställning ske genom direkta avrop enligt rangordning medan det andra alternativet innefattar beställning efter förnyad konkurrensutsättning. Hyreshus har förbehållit sig rätten att själv kunna välja när respektive metod ska användas. Bolaget ska i dessa fall tillämpa en särskilt angiven grundregel, enligt vilken avrop enligt rangordning *ska* ske av akuta och brådskande arbeten med en inställetid som inte får inte överstiga ett dygn (24 timmar) medan övriga planerade underhållsarbeten *kan* komma att beställas genom förnyad konkurrensutsättning vid en uppskattad kostnad över fyra (4) prisbasbelopp (f.n. 182.000 kronor).<sup>4</sup>

Under punkten 6, ”*Utvärdering (Pris)*” anges att förfarandet ska avgöras i priskonkurrens, utifrån lägsta pris, men att ett ”*timpris under 350 kr kommer att leda till att anbudet förkastas*”.

Upphandlingens s.k. kontraktsvärde kan med ledning av de uppgifter som anges i upphandlingsdokumentet uppskattas till totalt 7,5 miljoner kronor, exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms). Av detta värde hänför sig 4 miljoner kronor till uppgivna byggnadsarbeten, inklusive takarbeten och snöskottning av tak, samt 3,5 miljoner kronor till andra löpande tjänster för fastighetsunderhåll.

Efter att talan om överprövning väckts mot den aktuella upphandlingen har Förvaltningsrätten i Härnösand förordnat om interimistiskt verkställighetsförbud.<sup>5</sup> Hyreshus har härefter upphävt golvpriserförbudet och förlängt anbudstiden<sup>6</sup> för att senare, efter att leverantörerna även påtalat andra felaktigheter, besluta avbryta förfarandet i sin helhet.<sup>7</sup> Förvaltningsrätten har därefter avskrivit ärendet från fortsatt handläggning.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> Bergs Hyreshus AB (Hyreshus) med organisationsnummer 556122-8890, bildades den 24 oktober 1968 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 23 januari 1969. Nuvarande firma registrerades den 24 april 1992. Tidigare firma har varit Övre Ljungadalens Fritidsanläggningar AB. Gällande bolagsordning registrerades den 14 oktober 2013, enligt vilken bolaget har till föremål för sin verksamhet att ”... inom Bergs kommun förvärva, äga, förvalta fastigheter eller tomträtter och bygga bostäder, affärslägenheter och kollektiva anordningar samt bedriva härmed förenlig verksamhet. Vidare skall bolaget äga och förvalta värdepapper och där med förenlig verksamhet.”. Bolaget ägs av Bergs kommun genom det kommunala holdingbolaget Bergab AB (556574-8810).

<sup>2</sup> Se upphandlingsdokumentet Ramavtal Fastighetsunderhåll 2018, Förfrågningsunderlag och Anbudsformulär 2018-10-19 (dnr. Upphandling 2018/01).

<sup>3</sup> Anbudstiden löpte ursprungligen ut den 3 december men förlängdes till och med den 10 december 2018.

<sup>4</sup> Se punkten 2.1 Volymen i upphandlingsdokumentet.

<sup>5</sup> Förvaltningsrätten i Härnösands beslut av den 29 november 2018 i mål nr. 5589-18 och 5590-18.

<sup>6</sup> Se förvaltningsrättens aktbilaga 5 i ovan angivna mål.

<sup>7</sup> Se förvaltningsrättens aktbilaga 11 i ovan angivna mål.

<sup>8</sup> Förvaltningsrätten i Härnösands beslut av den 10 januari 2019 i mål nr. 5589-18 och 5590-18.

### **Rättslig reglering**

Med upphandling avses förfarandet till och med tilldelning av ett *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 byggentreprenadarbeten och tjänster som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – LOU. Bestämmelserna är en följd bl.a. av 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).<sup>9</sup> Lagen är generellt tillämplig på alla åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa varor och tjänster genom tilldelning av ett kontrakt.<sup>10</sup>

Kommunala bolag som tillgodoser behov hos det allmänna som inte är av industriell eller kommersiell karaktär utgör enligt 1 kap. 18 § jämförd med 22 § LOU *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt ska följa upphandlingsbestämmelserna.<sup>11</sup>

En upphandling som hänför sig till ett blandat kontrakt av byggentreprenadarbeten och tjänster ska bedömas enligt bestämmelserna för den del som utgör huvudföremålet för kontraktet.<sup>12</sup> Om det samlade kontraktsvärdet av upphandlingen eller värdet av i kontraktet ingående varor och tjänster överstiger gällande tröskelvärde<sup>13</sup> ska upphandlingen handläggas enligt de på LOU-direktivet grundade bestämmelserna i 1-18 kap. LOU. I annat fall får förfarandet handläggas enligt det nationella regelverket 19 kap. LOU. Nu aktuella tröskelvärden uppgår i fråga om byggentreprenader till 52.620.561 kronor och i fråga om tjänster till 2.096.097 kronor.<sup>14</sup>

LOU bygger på ett antal unionsrättsligt grundade principer vilka oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid offentlig upphandling, däribland kraven på *likabehandling och icke-diskriminering* samt *öppenhet (transparens)*.<sup>15</sup> Enligt dessa ska alla leverantörer behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet att i konkurrens med varandra lämna anbud utifrån objektiva villkor. Av kravet på *proportionalitet* följer vidare att medlemstaterna och deras myndigheter inte får inskränka förutsättningarna att delta med anbud i en upphandling utöver vad som framstår som sakligt motiverat (proportionellt).<sup>16</sup> En upphandling får exempelvis inte utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.<sup>17</sup>

Proportionalitetsprincipen har i unionsrättslig praxis även tolkats så att det inte kan krävas att leverantörer redan på anbudsstadiet måste ha vidtagit åtgärder för att förfoga över viss kapacitet eller utrustning till det för upphandling aktuella uppdraget. De för anbudsgivning intresserade leverantörerna ska nämligen inte behöva genomföra erforderliga investeringar i exempelvis personal och utrustning på ren spekulation, innan de försäkrat sig om ett civilrättsligt bindande avtal. Krav som har utformats så att berörda leverantörer redan på anbudsstadiet ska besitta erforderlig teknisk eller yrkesmässig kapacitet i sina företag eller organisationer har således ansetts strida mot

<sup>9</sup> Europaparlamentets och Rådets direktiv (2014/24/EU), av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

<sup>10</sup> Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

<sup>11</sup> På motsvarande sätt utgör enligt 1 kap. 16 § LOU företag som på marknaden tillhandahåller aktuella tjänster *leverantörer* som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).

<sup>12</sup> Se 2 kap. 2 § jämförd med 1 § LOU.

<sup>13</sup> Se art. 3.4 andra och tredje stycket samt skäl 12 till LOU-direktivet, enligt vilken *delbara blandade kontrakt* ska upphandlas enligt direktivet.

<sup>14</sup> Gällande tröskelvärden 2018 för kommunal upphandling av byggentreprenader respektive tjänster inom den s.k. klassiska sektorn - se regeringens tillkännagivande (2018:34) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>15</sup> Se 4 kap. 1 § LOU. De grundläggande principer som här åsyftas följer numera av avdelning IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF - tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG. Angående de grundläggande principernas innebörd, se bl.a. prop. 2006/07:128, s. 132 samt prop. 2015/16:195, avsnitt 9.1 (s. 426 ff.) samt specialmotiveringen till 4 kap 1 § LOU (s. 972 f.).

<sup>16</sup> Se prop. 2006/07:128, s 132, samt EU-domstolens domar i *Succhi di Frutta* (C-496/99), EU:C:2004:236, pp. 108–111, *SIAC Construction* (C-19/00) EU:C:2001:553, p. 42 och i *Cartiera dell'Adda* (C-42/13) EU:C:2014:2345, p. 44, se även domstolens avgörande i *Connexion Taxi* (C-171/15) EU:C:2016:948, pp. 39 och 40.

<sup>17</sup> Se 4 kap. 2 § LOU.

de grundläggande principerna.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Se EU-domstolens dom i *Contse* (C-234/03) EU:C:2005:644. Se även Brown, Evaluation criteria for the supply of home respiratory treatment services in Spain: a note on C-234/03 *Contse SA, Vivisol and Oxigen Salud SA v Insalud*, P.P.L.R. 2006, 2, NA48-51. För svensk nationell praxis se exempelvis Kammarrätten i Göteborgs dom av den 11 november 2012 i mål nr, 6247-12.

Krav får dock ställas på att leverantörerna ska kunna göra sannolikt att de vid leveranstillfället kan prestera enligt villkoren för upphandling samt att de i förekommande fall även redovisar en plan för hur detta ska gå till.<sup>19</sup> En anbudsgivare som själv saknar teknisk och ekonomisk kapacitet får för ett visst kontrakt åberopa sådan kapacitet hos ett annat företag eller organisation, exempelvis en underleverantör.<sup>20</sup> Anbudsgivaren ska i dessa fall visa att den i tillräcklig utsträckning kommer att kunna förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras genom exempelvis skriftligt åtagande av det eller de företag som ställer sina resurser till förfogande.<sup>21</sup>

Den upphandlande myndigheten ska enligt 16 kap. 1 § LOU tilldela det för upphandling aktuella kontraktet till den eller de leverantörer vars anbud är ekonomiskt mest fördelaktigt utifrån antingen bästa förhållande mellan pris och kvalitet, (livscykel-) kostnad<sup>22</sup> eller enbart pris. Myndigheten ska i upphandlingsdokumentet ange vilken grund för utvärdering som den avser att använda.<sup>23</sup>

Ett ramavtal kan vid offentlig upphandling ingås med såväl en ensam leverantör som med flera sinsemellan konkurrerande leverantörer.<sup>24</sup> Om avtal ska ingås med flera leverantörer kan tilldelning ske utifrån antingen rangordning eller efter förnyad konkurrensutsättning.<sup>25</sup> I det senare fallet ska inför varje beställning (avrop) samtliga leverantörer som är parter i ramavtalet bjudas in att på nytt lämna anbud i enlighet med villkoren i ramavtalet. Dessa får vid behov preciseras och kompletteras med andra villkor enligt upphandlingsdokumenten.<sup>26</sup>

Dessa båda avropsmodeller får visserligen kombineras i en och samma upphandling, men den upphandlande myndigheten måste i så fall ange objektiva villkor som den ska tillämpa vid valet av avropsmodell. Villkor varigenom myndigheten förbehåller sig en obegränsad valfrihet, att efter fritt skön kunna välja mellan tilldelning med eller utan förnyad konkurrensutsättning, har i rättspraxis ansetts strida mot det grundläggande kravet på öppenhet (transparens) i 4 kap. 1 § LOU.<sup>27</sup>

En upphandlande myndighet som vill försäkra sig om kvaliteten eller rimliga arbetsvillkor vid utförandet kan göra detta genom krav i upphandlingsdokumentet. I 17 kap. LOU finns bestämmelser om tillkommande kontraktsvillkor, vilka bland annat syftar till att berörd personal tillförsäkras rimliga löner och övriga anställningsvillkor. Enligt 17 kap. 2 § LOU ska den upphandlande myndigheten vid behov<sup>28</sup> uppställa villkor om lön, semester och arbetstid som ska tillämpas på berörda arbetstagare vid fullgörandet av det för upphandling aktuella kontraktet. Nivåerna på dessa villkor ska enligt samma kapitel 3 § anges enligt de lägsta nivåer som följer av ett centralt rikstäckande kollektivavtal för arbetstagarna i den aktuella branschen, dock minst enligt gällande minimilagstiftning. Innan myndigheten anger nivån på villkoren ska den, om det inte är obehövt, ge de kollektivavtalsbärande arbetstagar- och arbetsgivarorganisationerna tillfälle att yttra sig. Myndigheten kan även vända sig till Upphandlingsmyndigheten för vägledning.

<sup>19</sup> Se Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 19 februari 2008 i mål nr. 3372-07.

<sup>20</sup> Se 14 kap. 6 § LOU. Om kontraktet avser en tjänst, en byggentreprenad eller ett monterings- eller installationsarbete får, inom ramen för leverans av en vara, krävas att vissa avgörande arbetsuppgifter ska utföras direkt av anbudsgivaren själv. I fall kapaciteten avser särskilda utbildnings- och yrkeskvalifikationer får vidare anbudsgivaren endast åberopa annat företags kapacitet om detta företag också kommer att utföra den tjänst eller byggentreprenad för vilken kapaciteten krävs - se 14 kap. 8 § andra stycket LOU. Skulle utförandet dock hänföra sig till tjänster som kräver visst tillstånd eller medlemskap i en särskild organisation får anbudsgivaren överhuvudtaget inte åberopa annat företags yrkesmässiga behörighet - se 14 kap. 6 § jämförd med 1 § punkten 1 och 2 § punkten 2 LOU.

<sup>21</sup> Om kapaciteten avser ekonomisk och finansiell ställning får enligt 16 kap. 8 § LOU den upphandlande myndigheten kräva att det företag vars kapacitet åberopas även åtar sig att solidariskt ansvara (borga) för leverantörens fullgörande av kontraktet.

<sup>22</sup> Med kostnad i 16 kap. 1 § LOU avses enligt 3 och 4 §§ samma kapitel kostnaderna under livscykeln för den vara, tjänst eller det byggnadsverk som ska anskaffas.

<sup>23</sup> Enligt artikel 67.2 LOU-direktivet ska det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet fastställas på grundval av pris eller kostnadseffektivitet, exempelvis genom en analys av livscykelkostnader. Kostnadselementet kan också ha formen av ett *fast pris eller en fast kostnad* där de ekonomiska aktörerna enbart konkurrerar i fråga om kvalitetskriterier.

<sup>24</sup> 7 kap. 4 respektive 5 § LOU.

<sup>25</sup> 7 kap. 6 respektive 7 § LOU.

<sup>26</sup> 7 kap. 9 § LOU.

<sup>27</sup> Se RÅ 2010 ref 97.

<sup>28</sup> Om det dock saknas förutsättningar att ange nivån för ett villkor enligt 17 kap. 2 § LOU är dock myndigheten (jml. 3 §) inte skyldig att ställa villkoret.

I fråga om s.k. *golvpriser* har Högsta förvaltningsdomstolen<sup>29</sup> funnit att dylika minimipriser inte är förenliga med de grundläggande principerna.<sup>30</sup> Enligt domstolen kan en leverantör, som exempelvis har möjlighet att dra nytta av betydande stordriftsfördelar eller som önskar pressa sina vinstmarginaler för att ta sig in på en viss marknad, vilja konkurrera med ett lågt pris. Ett obligatoriskt krav som grundar sig i ett golvpris förhindrar leverantören från att konkurrera med priset, vilket kan leda till att leverantörer behandlas olika. Domstolen pekar också på att golvpriser riskerar medföra hinder för upphandlande myndigheter att bedöma inkomna anbud i verklig konkurrens med varandra. Det går inte, enligt domstolen, att utifrån ett lågt anbudspris bedöma om ett anbud är seriöst menat. Det är därför inte förenligt med lika-behandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU att ange ett golvpris.<sup>31</sup>

Ett anbud som myndigheten uppfattar som onormalt lågt ska i stället utvärderas efter ett sådant kontradiktoriskt förfarande som följer av 16 kap. 7 § LOU. Om anbudet förefaller vara onormalt lågt ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. Myndigheten får förkasta anbudet först sedan det stått klart att leverantören inte har lämnat någon tillfredsställande förklaring till det låga priset. Myndigheten ska även förkasta anbudet om den finner att det onormalt låga priset inte stämmer överens med anbudsgivarens tillämpliga miljö-, sociala- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

### **Yttrande**

Hyreshus har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört att Hyreshus, som upphandlande myndighet, alltid är öppen för synpunkter på hur bolaget gör sina upphandlingar. Eftersom Hyreshus dock inte har genomfört den aktuella upphandlingen, utan avbrutit densamma, avser bolaget inte att yttra sig över den preliminära bedömningen.

### **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.

Hyreshus är såsom upphandlande myndighet (offentligt styrt organ) skyldigt att följa LOU och de unionsrättsliga principerna. Den nu aktuella upphandlingen har påbörjats av Hyreshus till att avse underhållsarbeten och dito tjänster i bolagets fastighetsbestånd. Upphandlingen avser ett så pass högt värde att den inte är undantagen från det ordinarie regelverket i LOU.

Av utredningen framgår att Hyreshus har ställt krav på att anbudsgivarna redan vid anbudsgivningen ska ha viss för uppdraget relevant personal i sina företag eller organisationer så att de kan redovisa detta i sina anbud. Detta strider mot den grundläggande principen om likabehandling, enligt vilken det inte får krävas att leverantörerna redan på anbudsstadiet ska besitta erforderlig teknisk eller yrkesmässig kapacitet. Såsom kravet har utformats hindrar det även anbudsgivare att åberopa kapaciteten hos andra företag – exempelvis underleverantörer – på sätt som förutsätts enligt 14 kap. 6 § LOU.

Hyreshus har vidare förbehållit sig rätten att fritt kunna välja vilken avropsmodell som ska tillämpas vid löpande beställningar – antingen avrop utifrån rangordning eller efter förnyad konkurrensutsättning. Detta strider mot såväl bestämmelsen i 7 kap. 7 § LOU som vägledande rättspraxis från Högsta förvaltningsdomstolen, enligt vilken upphandlande myndigheter ska tillämpa *objektiva villkor* när den avgör om tilldelning ska ske utan eller efter en förnyad konkurrensutsättning.

Slutligen har det för upphandlingen angivits ett golvprisvillkor om att anbud under 350 kronor per

---

<sup>29</sup> Se HFD 2018 ref. 50.

<sup>30</sup> En s.k. *fastprisupphandling* tillåts dock komma ifråga, där priset fixeras till ett i förväg angivet fast värde och enbart kriterierna kvalitet och (livscykel-) kostnad kan läggas till grund för anbudsvärderingen – se artikel 67.2 LOU-direktivet.

<sup>31</sup> Se HFD 2018 ref 50. För anknytande rättspraxis se även Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 28 september 2018 i mål nr. 19285-18 samt Kammarrätten i Göteborgs dom av den 14 december 2018 i mål nr. 2666-18

timme ovillkorligen kommer att förkastas.

Det är högst oklart i vilket syfte Hyreshus har ställt upp detta villkor. Det går exempelvis inte att utifrån anbudens prisnivå dra några självständiga slutsatser avseende standarden på de arbeten och tjänster som ska levereras. Det kan knappast heller ligga i bolagets intresse att betala mer än nödvändigt för de arbeten och tjänster som ska anskaffas. Som LOU är utformad syftar nämligen hela förfarandet till att åstadkomma den för bolaget *ekonomiskt* mest fördelaktiga lösningen, med beaktande av pris, livscykelkostnad och/eller kvalitet.

I enlighet med vad Högsta förvaltningsdomstolen givit uttryck för i RÅ 2018 ref. 50 går det inte att utifrån ett lågt anbudspris överhuvudtaget dra någon slutsats om att anbudet är oseriöst menat. En seriös leverantör som till exempel kan dra nytta av stordriftsfördelar i verksamheten, eller som vill pressa vinstmarginalerna för ta sig in på en viss marknad, skulle mycket väl kunna vilja konkurrera med ett lågt pris. Ett obligatoriskt krav som grundar sig på ett golvpris riskerar, enligt domstolen, därför att hindra en sådan leverantör från att fullt ut konkurrera med priset och även den upphandlande myndigheten från att bedöma inkomna anbud i verklig konkurrens med varandra. Förekommande golvpriser av nu aktuellt slag har därför bedömts strida mot det grundläggande kravet på likabehandling.

Hyreshus hade istället kunnat försäkra sig om ett gott utförande av aktuella arbeten och tjänster genom att ställa kvalitativa krav och kriterier som villkor för anbudsgivningen. Bolaget är även skyldigt att vid behov ställa krav på arbetsrättsliga villkor om lön, semester och arbetstid som ska tillämpas på berörda arbetstagare vid fullgörandet av uppdraget.

Såsom ovan konstaterats har Hyreshus haft för avsikt att genomföra en upphandling som på flera punkter innefattar direkta överträdelser av LOU och de grundläggande principerna om bland annat likabehandling och transparens. Även om bolaget till viss del har rättat förfrågningsunderlaget, för att så småningom avbryta förfarandet i sin helhet, har omvändelsen skett först efter att upphandlingen tagits till domstol. Det finns därför anledning att rikta kritik mot Hyreshus, som har riskerat snedvridda konkurrensen på den lokala marknaden för byggarbeten och underhållstjänster.