

PM 2 2008-03-07 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Uddevalla kommun har genomfört upphandling av tjänster för underhåll av kommunens gatubelysning på ett sätt som strider mot de gemenskapsrättsliga kraven på annonsering m.m.

Uddevalla kommun, Tekniska kontoret (Gatu- och Parkavdelningen), inhämtade genom annons i nationell databas (OPIC Sverige) i september 2005 anbud på tjänster för underhåll av gatubelysning under perioden den 1 januari 2006 till och med den 31 december 2007, med möjlighet till förlängning i två år (2+2 år = 4 år) – dnr. 2005.267.35.

Kommunens underlag för annonsering av upphandlingen översändes så att det var OPIC Sverige tillhanda den 30 september 2005. Upphandlingsannons publicerades omgående i OPIC Sveriges databas, www.opic.se, och förmodligen den 1 oktober 2005¹. Av annonsen framgår att upphandlingen avsåg tjänster för drift och underhåll av gatubelysning inom Uddevalla kommun, c:a 9.500 belysningspunkter (CPV 50232100-1) samt att handläggningen skulle ske enligt förfarandet för s.k. förenklad upphandling (enligt 6 kap. LOU). Sista datum för mottagande av anbud var den 31 oktober 2005. Den av kommunen utsatta frist inom vilken anbud skulle kunna lämnas (anbudstiden) uppgick således till c:a 31 dagar.

Vid anbudsöppning den 2 november 2005 noterades enligt kommunens sammanställning² fyra inkomna anbud. Nollställning har därefter skett med beaktande av dels anbudens fasta pris, dels en uppskattad rörlig del, där ett urval av tjänster har viktats och prissammansätts. Av kommunens protokoll framgår att lägsta anbudets efter nollställning uppskattats till 896.709 på årsbasis, varav fast ersättning uppgår till 408.500 kr per år.³ Med ledning av dessa uppgifter kan enligt beräkningsregeln vid offentlig upphandling det s.k. *kontraktsvärdet*¹³ av den aktuella upphandlingen uppskattas till minst c:a 3,5 miljoner kronor för hela kontraktstiden, inklusive förlängningsperiod, varav fast andel utgör 1,6 miljoner kronor.

Beslut om tilldelning fattades den 3 november 2005⁴, varvid Energifokus i Trollhättan och Uddevalla AB (nedan Energifokus)⁵ tilldelades kontrakt i upphandlingen. Skriftligt kontrakt undertecknades mellan kommunen och Energifokus den 1 och 5 december 2005⁶ och omfattade i en första omgång perioden den 1 januari 2006 till och med den 31 december 2007. Genom ett särskilt förlängningsavtal⁷ har avtalsförhållandet därefter förlängts till att omfatta även perioden den 1 januari 2008 till och med den 31 december 2009.

¹ Datum för publicering har i den utskriftskopia av annonsen som kommunen har tillställt Konkurrenskommissionen angivits till den 31 september 2005. Någon sådant datum finns emellertid inte. Närmast till hands är att således anta att publicering skedde den 1 oktober 2005.

² Uddevalla kommun, anbudsdiarium, protokoll från anbudsöppning vid Tekniska kontoret, daterat den 2 november 2005, kl. 08.00.

³ Se Uddevalla kommun Anbudssammansättning, Drift och underhåll av gatubelysning, daterad den 5 april 2005. Anbuderna fördelade sig enligt denna förteckning på följande sätt (anbudens fasta priser inom parentes): Anbud 1: 1.054.508 kr (568.258 kr); Anbud 2: 1.071.443 kr (633.343 kr); Anbud 3: 1.256.085 kr (794.075 kr), samt Anbud 4: 1.614.281 kr (1.137.381 kr).

⁴ Uddevalla kommun, tekniska kontoret, tilldelningsbeslut "Drift och underhåll av gatubelysning i Uddevalla kommun", daterat och undertecknat den 3 november 2005. Av beslutet framgår att kontrakt i upphandlingen tilldelats Energifokus.

⁵ Trollhättan Energi AB, med registreringsnummer 556194-6921, bildades den 11 november 1976 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 12 januari 1977. Nuvarande firma registrerades den 26 februari 1991. Tidigare firma har varit Trollhättans Fjärrvärme AB. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 10 miljoner kronor fördelat på 1.000 aktier på nominellt 10.000 kronor vardera. Bolaget har till föremål för sin verksamhet att "att inköpa, producera, distribuera och sälja energi, distribuera tele- och datakommunikation, äga och förvalta fast och lös egendom samt aktier och andelar i företag inom energisektorn. Trollhättan Energi AB omsätter årligen c:a 200 miljoner kronor.

⁶ Uddevalla kommun, kontraktshandling rubricerad "Beställning Drift och underhåll av gatubelysning i Uddevalla kommun", daterad och undertecknad av parterna (Uddevalla kommun samt Energifokus) den 1 och 5 december 2005.

⁷ Uddevalla kommun, kontraktshandling rubricerad "Drift och underhåll av gatubelysning i Uddevalla kommun", daterad och undertecknad av parterna (Uddevalla kommun samt Energifokus) den 13 och 14 september 2007.

Enligt uppgift ur Energifokus leverantörsreskontra har bolaget hittills fakturerat Uddevalla kommun 2,252 miljoner kronor⁸, avseende perioden den 1 januari 2006 till och med den 1 december 2007 (23 månader). Såvitt framkommit hänför sig aktuella fakturor till i huvudsak utförda tjänster för drift och underhåll av gatubelysning.⁹ Justerat kontraktswärde kan med ledning av hittills genomförd fakturering således uppskattas till omkring 5,3 miljoner kronor¹⁰.

Gällande rätt

All offentlig upphandling av tjänster som har påbörjats under perioden den 1 januari 1994 till och med den 31 december 2007 regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.¹¹ Tjänster för underhåll av gatubelysning (med CPV-nummer 50232100)¹² utgör s.k. A-tjänster (kategori 1) enligt en bilaga A till LOU, vilka om det samlade kontraktswärdet¹³ av upphandlingen överstiger tröskelvärdet 200.000 euro – vilket i april 2005 motsvarade 1,845 miljoner kronor¹⁴ - skall upphandlas enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU. Enbart om kontraktswärdet understiger angivna tröskelvärde får upphandlingen istället genomföras enligt den nationellt bestämda regleringen i 6 kap. LOU, bl.a. genom förfarandet förenklad upphandling

Lagens bestämmelser bygger i här aktuellt avseende på EG/ministerrådets direktiv 92/50/EEG, det s.k. tjänsteupphandlingsdirektivet¹⁵ och på de grundläggande riktlinjer, bl.a. principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn som bär upp den centrala gemenskapsrätten.

Likabehandlingsprincipen är tillämplig på all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena, och innebär i korthet att samtliga leverantörer skall ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta med anbud i offentlig upphandling.

Skyldighet att följa LOU åvilar samtliga statliga, kommunala och andra myndigheter samt beslutande församlingar i kommuner och landsting, vilka enligt lagens terminologi benämns som ”*upphandlande enheter*”. Tillsynen över lagen om offentlig upphandling utövades vid den aktuella tidpunkten av Nämnden för offentlig upphandling (NOU).¹⁶

Med *anbudstid* avses i denna framställning tiden från annonsering till dess att anbudsen senast skall vara inkomna till den upphandlande enheten. Med *implementeringstid* avses den tid som kan

⁸ Energifokus, brev till Konkurrenskommissionen den 10 december 2007, med innebörden att bolagets fakturering till Uddevalla kommun under perioden fram till och med 1/12 2007 enligt uppgift ur kundreskontra har uppgått till 6.675.000 kr. (1.400.000 kronor för 2005: 4.100.000 kr för 2006 samt 1.175.000 kr fram till och med den 1 december 2007).

⁹ Konkurrenskommissionen har genom en formell framställning till Uddevalla kommun den 18 december 2007 hemställt om att få del av kommunens samtliga avtal med Energifokus. Framställan har den 21 december 2007 besvarats av kommunens inköpschef enligt följande ”*Inom Uddevalla finnes det, enligt kommunens ekonomisystem, bara 2 st avdelningar som använt aktuell leverantör och det är Tekniska kontoret, vilka gjort en egen upphandling och har den stora volymen, samt Kultur och Fritid som nyttjat företaget vid 1 tillfälle 2007 för en kostnad av 4000 kr*”.

¹⁰ Kontraktswärdesberäkningen har utförts enligt följande formel (månadsvärdet x 48) = 2.552.000/23 x 48 = 5.325.913 kronor.

¹¹ Upphandlingar av tjänster inom den s.k. klassiska sektorn som har påbörjats efter den 1 januari 2008 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

¹² CPV, 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 skall 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.

¹³ Om ett upphandlingskontrakt avseende tjänster inte anger något totalpris skall kontraktswärdet enligt 5 kap. 7 § 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. Förekommande options- och förlängningsklausuler skall beaktas som om de utnyttjats.

¹⁴ Se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Angivet belopp utgör gällande tröskelvärdet inom den klassiska sektorn vid upphandlingar av varor och tjänster som genomförts under perioden från och med den 15 februari 2004 till och med den 31 december 2005.

¹⁵ Europeiska rådets (numera upphävda) direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet).

¹⁶ Sedan den 1 september 2007 har tillsynsansvaret för bl.a. offentlig upphandling överförs från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) till Konkurrensverket, varefter nämnden har lagts ned.

beräknas löpa från det att upphandlingen har avslutats (genom bindande kontrakt) till dess att leverans av vara eller tjänst skall påbörjas. Implementeringstiden innefattar således den tidsfrist inom vilken vinnande anbudsgivare skall kunna inrätta sig för att leverera i enlighet med anbudet, och börjar räknas från den tidpunkt som inträffar tidigast tio dagar efter det att upplysning om tilldelningen enligt 1 kap. 28 § LOU (tilldelningsmeddelande) överlämnats till samtliga anbudsgivare. För korta anbudstider eller implementeringstider riskerar strida mot kravet på likabehandling, genom att exempelvis medföra otillbörlig fördel för leverantörer som tidigare har levererat aktuella varor eller tjänster till den upphandlande enheten.

Om kontraktsvärdet av en upphandling av A-tjänster för bl.a. underhåll av gatubelysning (CPV 50232100) överstiger gällande tröskelvärde skall enligt 5 kap. 12 § samt 1 kap. 7 – 10 §§ LOU den upphandlande enheten annonsera upphandlingen i Europeiska unionens officiella tidning (EUT). Annonseringen skall på snabbaste lämpliga sätt sändas till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer och innehålla uppgift om dagen för avsändandet. Den upphandlande enheten skall kunna visa vilken dag annonsen avsändes. Under förutsättning att obligatorisk annonsering har skett får den upphandlande enheten därjämte annonsera upphandlingen även på annat sätt. En sådan kompletterade annons får emellertid inte publiceras före den obligatoriska annonsen i EUT.

Vid öppen upphandling (vilket närmast motsvarar förenklad upphandling) skall enligt 5 kap. 20 § LOU tiden för mottagande av anbud som regel vara minst 52 dagar från den dag då annonsen om upphandling avsändes. Om den upphandlande enheten har förhandsannonserat upphandlingen enligt de bestämmelser som gäller för sådan annonsering, får anbudstiden förkortas till en annan tid som är tillräckligt lång för att de som är intresserade skall kunna lämna anbud. Den förkortade tiden bör vara minst 36 dagar från den dag då annonsen avsändes och får aldrig vara kortare än 22 dagar. Tiden får dock förkortas endast om förhandsannonseringen innehöll alla de uppgifter som vid tidpunkten för förhandsannonseringen var tillgängliga och som föreskrivs i de särskilda bestämmelser som gäller om annonser vid öppen upphandling och minst 52 dagar, men högst 12 månader, gått från den dag då förhandsannonseringen avsändes.¹⁷

Någon motsvarande reglering med fasta tidsfrister för mottagande av anbud eller anbudsansökningar finns inte i de nationella bestämmelser som följer av 6 kap. LOU. Anbudstidens skälighet får i stället, i dessa fall beräknas med hänsyn till upphandlingens art, storlek och karaktär samt med beaktande av den allmänna huvudregeln om affärsmässighet enligt 1 kap. 4 § LOU.

Någon särskild reglering om implementeringstider finns inte i svensk rätt. Den av regeringen tillsatta Upphandlingskommittén konstaterade i delbetänkandet Effektivare offentlig upphandling (SOU 1999:139) att vissa problem är förenade med korta implementeringstider och föreslog att det i lag införs ett krav på att implementeringstiden särskilt skall framgå av förfrågningsunderlaget.¹⁸ Förslaget har emellertid aldrig genomförts.¹⁹ Hur lång implementeringstiden bör vara, får avgöras från fall till fall med utgångspunkt i den enskilda upphandlingen samt med iakttagande av huvudregeln om affärsmässighet enligt 1 kap. 4 § LOU.

¹⁷ Vid selektiv och förhandlad upphandling skall enligt 5 kap. 21 § LOU tiden för mottagande av anbudsansökningar vara minst 37 dagar från den dag då annonsen om upphandling avsändes. Om den upphandlande enheten har förhandsannonserat enligt de bestämmelser som gäller för sådan annonsering, får ansökningstiden vid en sådan upphandling förkortas till 26 dagar från den dag då inbjudan skickades ut. Tiden får dock förkortas endast om (1) förhandsannonseringen innehöll alla de uppgifter som vid tidpunkten för förhandsannonseringen var tillgängliga och som föreskrivs i de särskilda bestämmelser som gäller om annonser vid selektiv upphandling, och (2) minst 52 dagar, men högst 12 månader, har gått från den dag då förhandsannonseringen avsändes.

¹⁸ Se Upphandlingskommittén, delbetänkandet Effektivare offentlig upphandling (SOU 1999:139) avsnitt 12.5.4, s. 296.

¹⁹ Något förslag om implementeringstider har inte intagits i några av de riksdagsförslag som följde på Upphandlingskommitténs betänkanden, således varken i prop. 1999/2000:128 eller i prop. 2001/02:142. Inte heller den nyligen av riksdagen antagna prop. 2006/07:128 innehåller någon föreslagen reglering avseende implementeringstider. Frågan bereds f.n. inom regeringskansliet.

Yttrande

Uddevalla kommun har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande. Uddevalla kommun accepterar Konkurrenskommissionens slutsatser att aktuell upphandling borde ha utförts som en upphandling över tröskelvärdet. Konkurrenskommissionens preliminära bedömning torde därvid vara riktig.

Med anledning av Konkurrenskommissionens slutsatser kommer den innevarande kontraktperioden med entreprenören att avslutas enligt gällande avtalsförhållande per den 31 december 2009. Förnyad upphandling för de därpå följande åren kommer att ske och utföras inom ramen för det regelverk som gäller för upphandling över tröskelvärdet.

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.

Av utredningen framgår att Uddevalla kommun har genomfört en upphandling av tjänster för drift och underhåll av gatubelysning. Upphandlingen har kungjorts genom annons i en nationell databas med en annonserad anbudstid på 31 dagar.

Upphandlingen avser s.k. A-tjänster (underhåll av gatubelysning) till ett totalt kontraktvärde, enligt kommunens egen uppskattning av inkomna anbud, motsvarande minst 3,5 miljoner kronor, varav fasta ersättningar utgör c:a 1,6 miljoner kronor. Upphandlingens verkliga värde kan med ledning av senare genomförd fakturering emellertid uppskattas till c:a 5,3 miljoner kronor.

Oavsett vilken utgångspunkt som väljs för beräkningen av upphandlingens sammanlagda kontraktvärde överstiger detta utan tvekan tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,846 miljoner kronor. Förfarandet skulle därför som huvudregel ha annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EUT) och anbudstiden skulle ha uppgått till minst 52 dagar.

Kravet på annonsering i EUT är ett av EG-direktivets och LOU:s mest grundläggande bestämmelser, eftersom därigenom stadfästs den gemenskapsrättsliga principen om transparens, d.v.s. förutsägbarhet och öppenhet, som ytterst följer av artiklarna 43 och 49 i EG-fördraget. Annonserna i EUT är standardiserade och lätt tillgängliga för leverantörer inom hela Europeiska unionen, inklusive EES (exempelvis Norge) och förfarandebestämmelserna i LOU syftar till att intresserade leverantörer inom hela den gemensamma marknaden skall ges samma möjlighet att delta i planerade anbuds-förfaranden. Det konkurrenstryck som därmed uppstår bidrar bland annat till att den offentliga sektorn kan erhålla varor och tjänster till lägre pris eller på i övrigt bättre villkor.

Kravet på annonsering i EUT har emellertid förbehållits värdemässigt mer omfattande upphandlingar eftersom gemenskapslagstiftaren har bedömt att det föreligger särskilt samhandelsintresse endast vid sådana upphandlingar. Av samma skäl har många leverantörer anpassat sina rutiner för att bevaka enbart sådana värdemässigt betydelsefulla kontrakt vilka de med stöd av gällande bestämmelser kan förvänta sig annonseras i EUT. Underlåten annonsering i EUT medför således betydande risk för snedvridning av konkurrensen, eftersom enskilda leverantörer eller grupper av leverantörer som annars skulle ha fått kännedom om upphandlingen därmed i praktiken utesluts från att delta med konkurrerande anbud. Den offentliga anskaffningen riskerar därmed även att fördras.

Av samma skäl motiveras de i LOU införda tidsfristerna för anbudsgivning. Vid upphandlingar över tröskelvärdet skall föreskrivna minimifrister underlätta en effektiv konkurrens mellan medlemsstaterna genom att intresserade leverantörer skall lämnas information om pågående eller planerade upphandlingar i så god tid i förväg att de på lika villkor med exempelvis lokala

leverantörer ges tillräckligt rådrum att inkomma med konkurrerande anbud. För korta anbudstider riskerar således att med diskriminerande verkan utesluta bland annat leverantörer från andra medlemsstater (eller EES-stater) från att lämna anbud.

Den av Uddevalla kommun tillämpade fristen för anbudsgivning på enbart 31 dagar strider således mot gällande bestämmelser. Aktuell frist hade möjligen kunnat accepteras om upphandlingen hade förhandsannonserats i EUT. Detta har emellertid inte skett, varför kommunens handläggning även i detta avseende strider mot LOU och gällande EG-direktiv.

Sammantaget har Uddevalla kommuns nu aktuella upphandling avseende tjänster för löpande drift och underhåll av gatubelysning handlagts i strid mot lagen om offentlig upphandling och gällande EG-direktiv, främst genom att kommunen inte har uppfyllt sin annonseringsskyldighet i enlighet med gällande krav för den aktuella typen av upphandling. Den omständigheten att upphandlingen ändå har annonserats i en nationell databas medför inte annan bedömning eftersom syftet med kravet på annonsering i EUT, att stimulera handeln mellan medlemsstaterna, därmed inte kommit att uppfyllas. Eftersom kommunen numera synes ha tagit till sig Konkurrenskommissionens synpunkter föranleder det påtalade förfarandet inte några ytterligare kommentarer från kommissionens sida.