

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO

02-069

PM 2 2003-02-18 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Det kommunala fastighetsbolaget Karlshamnsbostäder AB har utlyst en upphandling av tjänster för fastighetservice m.m. i bolagets lägenhetsbestånd på ett sätt som öppnar för godtycke och fri anbudsprövning vid värdering av de inkomna anbuden.

Karlshamnsbostäder AB (KABO)^{1[1]} är ett av Karlshamns kommun indirekt ägt s.k. allmännyttigt bostadsföretag^{2[2]} som äger och förvaltar c:a 2.700 bostadslägenheter och lokaler inom kommunens område.

I oktober 2002 infordrade KABO anbud avseende årsavtal/ramavtal för avrop av tjänster för fastighetservice i form av golvarbeten, målningsarbeten, byggnadsarbeten samt arbeten för VVS-installationer och hissserviceavtal i bolagets fastighetsbestånd. Anbudsinfordran skedde enligt s.k. förenklat upphandlingsförfarande enligt 6 kap. LOU^{3[3]}. Anbud kunde lämnas på varje tjänstekategori för sig.

^{1[1]} Karlshamnsbostäder AB; bolaget är den 3 november 1995 infört i Patent- och registreringsverkets (PRV) bolagsregister under registreringsnummer 556526-8355. Tidigare firma har varit Framsteget nr. 2734 AB (ett s.k. lagerbolag). Nu gällande firma registrerades den 6 mars 1996; Nuvarande bolagsordning registrerades den 21 juni 1999. Företaget bildades 1967 genom sammanslagning av bostadsföretagen i Karlshamn, Asarum, Mörrum och Hällaryd. Fram till och med 1995 var Karlshamnsbostäder en stiftelse, varefter verksamheten ombildades till aktiebolag.

^{2[2]} Samtliga aktier i Karlshamnsbostäder AB ägs av Karlshamns kommun genom holdingbolaget Stadsvapnet i Karlshamn AB. Karlshamnsbostäder är ett av kommunen helägt s.k. allmännyttigt bostadsbolag.

^{3[3]} Av 1 kap. 5 § LOU framgår att med byggtrepenad avses bl.a. utförandet av ett arbete som kan hänföras till en verksamhet som anges i avdelning C i bilagan till lagen, eller ett byggnads- eller anläggningsarbete i sin helhet, vars resultat självständigt kan fullgöra en teknisk och ekonomisk funktion. Bland de arbeten som finns listade i bilagan C återfinns visserligen sådana arbeten som ofta ingår i slutfasen i en ny eller ombyggnation såsom fasadbeläggning, målning eller golvbeläggning. Dessa arbeten ingår typiskt sett emellertid även i reparations- och underhållsarbeten, vilka utgör s.k. A-tjänster enligt upphandlingslagens regelsystem. Var gränsen skall dras mellan A-tjänst och byggtrepenad får därför bedömas från fall till fall. Vid en sådan gränsdragningsbedömning skall enligt

Av den gemensamma delen av förfrågningsunderlaget ”Administrativa föreskrifter för årsavtal, Ramavtal gemensamma för...” framgår^{4[4]} att upphandlingen avser successiva avrop av tjänster^{5[5]} (inte byggentreprenadarbeten)^{6[6]} under perioden den 1 januari till och med den 31 december 2003 med möjlighet till förlängning i ytterligare ett år, således till och med den 31 december 2004 (1+1). Anbudstiden gick ut den 25 november 2002.

Under punkten AFB.52 i de gemensamma administrativa föreskrifterna framgår att ”Avrop kommer i första hand göras från den entreprenör som lämnat det mest förmånliga anbudet, och är bäst fungerande för KABO:s organisation”. Därefter anges punktvis ett antal sinsemellan viktade omständigheter som kommer beaktas, nämligen: • pris (65%), • referenser och KABO:s tidigare erfarenheter (20%) , • organisation och resurser (5%), • miljöstyrning (5%) och • kvalitetsstyrning (5%).

Någon närmare beskrivning av dessa värderingsomständigheter lämnas emellertid inte. Av det övriga förfrågningsunderlaget framgår allmänna beskrivningar av vad leverantörerna har att iakttä. Bland annat (AFB.52) att KABO kan komma att utkräva uppgifter om anbudsgivares kvalitetssäkringssystem, miljöledningssystem och miljödeklarationssystem för föreslagna material. Något obligatoriskt skall-krav i upphandlingen, att anbudsgivare över huvud taget skall ha några dylika kvalitetssäkringssystem m.m. föreligger emellertid inte. Några specifika krav på vad de angivna kvalitetsplanerna avses innehålla redovisas inte.

KABO har under hand^{7[7]} uppgivit att jämförelsen mellan anbudsgivarnas uppgivna system är tänkt att genomföras så att ”ett bättre system får ... högre ställning vid utvärderingen än

doktrinen enbart ”stora, systematiska och genomgripande reparations- och underhållsarbeten” hänförs till byggentreprenader, medan t.ex. sådana löpande underhållsåtgärder som ingår i normal fastighetsförvaltning skall räknas som A-tjänster (se Hentze / Sylvén, sid. 72).

4[4] Se förfrågningsunderlag 2002-10-29 avseende golvlägningsarbeten, rubricerad ”Anbudsförfrågan”, sid. 1.

5[5] Av upphandlingsunderlaget framgår att upphandlingarna avser löpande avrop av tjänster för fastighetsförvaltning/golvunderhåll vilka vid tidpunkten för anbudsinfordran varken varit närmare definierade till sitt konkreta innehåll eller till sin slutliga omfattning (se AFB.15: ”Volymen består av planerade och oplanerade arbeten i aktuellt bestånd”, AFB.52 ”Det finns ingen garanterad del för entreprenör/erna”, samt AFD.1 ”Omfattningens storlek kan inte bestämmas och entreprenören kan inte tillgodoräkna sig någon mängd”).

6[6] Den aktuella upphandlingen har av KABO utlyst som en anskaffning av tjänster, och omfattar definitionsmässigt således inte byggentreprenadarbeten enligt 3 kap. LOU. Byggentreprenad torde heller inte vara fråga om eftersom de arbeten som skall utföras inte omfattar något konkret entreprenadarbete enligt ett i anbudsinfordran angivet ritningsunderlag eller motsvarande beskrivning, utan istället avser löpande fastighetsunderhåll (se fotnot 5).

7[7] Karlshamnsbostäder AB (KABO) i skrift den 2 januari 2003 till Länsrätten i Blekinge län i mål nr. 1130-02E, aktbilaga 21 sid. 2, femte stycket.

ett i jämförelse därmed sämre system” samt att ”KABO:s avsikt är att de kvalitativt bästa systemen skall utvärderas...” (KKO:s understrykningar). Vad som skall avses med ett ”bättre” respektive ”sämre” system eller på vilka grunder denna värdering skall ske, redovisas emellertid inte, varken i det gemensamma förfrågningsunderlaget, eller i något annat underlag för upphandlingarna.

I skriftväxling har KABO påpekat att de förekommande arbetena avseende fastighetsunderhåll har delats upp på flera separata entreprenader i syfte att ”...*fler anbudsgivare skall kunna komma in med anbud*”⁸[8]. Det årliga värdet av enbart den upphandlingskategori som avser golvunderhåll har av KABO uppskattats till 1.025.000 kronor⁹[9], således sammanlagt drygt två miljoner kronor för hela avtalstiden inklusive förlängningsåret.

Konkurrenskommissionen har tidigare funnit anledning att rikta kritik mot KABO:s upphandlingar av tjänster för golvarbeten avseende 2001 och 2002 års behov (se KKO 01-06 och 02-005). En leverantör, som ansett sig förfördelad, har därefter vid allmän domstol¹⁰[10] anhängiggjort talan om skadestånd samt i media uttalat sig kritiskt om KABO:s tidigare handläggning. En tjänsteman vid KABO har i tidningen Sydöstran därvid uppgivit att ”... *det är ju inte bra att de bråkar såhär. Allt det som skrivits måste ju spela in när vi väljer bland entreprenörerna*”.

I den av de nu aktuella upphandlingarna som avser tjänster för golvarbeten har samme leverantör vid Länsrätten i Blekinge län anhängiggjort talan om överprövning enligt lagen om offentlig upphandling. Länsrätten beslutade den 4 december 2002 om interimistiskt verkställighetsförbud (inhibition)¹¹[11]. KABO har därefter meddelat att upphandlingen har avbrutits, varefter målet om överprövning avskrivits från vidare handläggning¹²[12].

8[8] Karlshamnsbostäder AB (KABO) i skrift den 3 december 2002 till Länsrätten i Blekinge län i mål nr. 1130-02E, aktbilaga 10.

9[9] KABO har under hand gjort gällande att det i detta belopp ingår mervärdesskatt varför upphandlingskategorins värde exklusive skatt (jfr 5 kap. 4 § första stycket LOU) rätteligen uppgår till 1.640.000 kronor och således understiger det i lagen fastlagda tröskelvärdet 1.741.000 kronor (Se skrift den 2 januari 2003 från KABO till Länsrätten i Blekinge län i mål nr. 1130-02E, aktbilaga 21).

10[10] Blekinge tingsrätt, mål nummer T 51-02 samt T 2184-04, domstolens handläggning pågår för närvarande.

11[11] Länsrätten i Blekinge län, beslut i mål nr. 1130-02E, meddelat den 4 december 2002.

12[12] Länsrätten i Blekinge län, beslut i mål nr. 1130-02E, meddelat den 24 januari 2003.

Gällande rätt

Offentliga upphandlingar regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Angivna bestämmelser omfattar enligt 1 kap. 2 och 6 §§ LOU, förutom statliga och kommunala myndigheter, även bolag som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse - under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär - och vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av en kommun eller vars styrelse till mer än halva antalet ledamöter utses av en kommun. Enligt 1 kap. 7 § kommunallagen (1991:900) är kommunerna med några undantag^{13[13]} förbjudna att (direkt eller indirekt, via företag) bedriva näringsverksamhet, om den inte drivs utan kommersiellt vinstsyfte och enbart går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen. Kommunala företag är som regel således skyldiga att följa upphandlingslagens bestämmelser. Myndigheter och företag som omfattas av upphandlingslagens bestämmelser benämns i lagen som *upphandlande enheter*.

Tjänster för fastighetsförvaltning, inklusive städning och löpande underhåll (kategori 14) utgör sådana s.k. A-tjänster som, om det samlade värdet av tjänsterna överstiger tröskelvärdet 1.741.000 kronor^{14[14]}, skall handläggas enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. 5 kap. samt 7 kap. LOU; Om värdet av upphandlingen understiger gällande tröskelvärde skall upphandlingen istället handläggas enligt bestämmelserna enligt 1 kap. 1-6 §§, 6 kap. samt 7 kap. LOU.

Enligt 5 kap. 7 § fjärde stycket LOU skall upphandlingens värde beräknas så att options- och förlängningsklausuler skall beaktas som om de utnyttjats. Upphandlingen får enligt samma kapitel 8 § inte delas upp i syfte att tröskelvärdet skall underskridas. Har uppdelning i separata upphandlingar eller upphandlingsdelar ändå skett skall enligt 5 § varje delvärde vars värde överstiger \approx 80.000 (motsvarande c:a 733.000 SEK) sammanläggas med övriga delar och sammantaget läggas till grund för beräkningen av upphandlingens värde.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som huvudregel att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare och anbud skall alltid behandlas utan ovidkommande hänsyn. Om någon anbudsgivare t.ex. uttalat kritik mot den upphandlande enheten, får detta förhållande således inte tillmätas något avseende när enheten väljer bland entreprenörerna.

13[13] Undantagna är i visst avseende kommunala elhandelsföretag samt företag för kommunal tjänsteexport.

14[14] Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från den 1 januari 2002, vid upphandlingar av varor och tjänster.

Enligt 1 kap. 22 § LOU skall den upphandlande enheten anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller det anbud som har lägst anbudspris. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan som den i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling har angivit att den skall tillmäta betydelse. Någon möjlighet att anta anbud på någon annan grund föreligger inte enligt lagen. Huruvida anbudet är ”*mest fördelaktigt*” eller ”*bäst fungerande för [enhetens] organisation*” utgör således inte någon omständighet som enheten självständigt kan lägga till grund för värdering av anbud.

Grundläggande gemenskapsrättsliga principer för den offentliga upphandlingen är kravet på likabehandling mellan leverantörer samt den s.k. transparensprincipen, enligt vilken upphandlingsprocessen skall kännetecknas av förutsebarhet. Frågan om grunderna för vilka anbud som skall antas är därvid central i lagen för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Av aktuella lagförarbeten 15[15] framgår att den upphandlande enheten vid värderingen av anbuderna inte får beakta andra omständigheter än sådana som tydligt angivits i annonsen eller förfrågningsunderlaget för upphandlingen. Föredragande departementschefen uttalade att ”*[d]et får ... inte förekomma att ett anbud väljs framför ett annat på grund av en omständighet som anbudsgivarna inte i förväg fått reda på*”.

Har kraven i förfrågningsunderlaget, utan angivande av några närmare definitioner, begränsats till att enbart omfatta punktvis uppställda kriterier, kan dessa inte på ett affärsmässigt sätt läggas till grund för värderingen av anbuderna.

När det gäller upphandling över tröskelvärdena anges i 1 kap. 18 § 2 st. LOU att en upphandlande enhet i annonsen om upphandling eller i inbjudan till anbudsgivning skall ange vilka bevis den vill ha om t.ex. en leverantörs tekniska förmåga och kapacitet. Vilka bevis som den upphandlande enheten får begära in finns reglerade i förordningen (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling. I nyhetsbrevet för juni 2002 påpekar Nämnden för offentlig upphandling (NOU) att sådana bevis som infordras i en offentlig upphandling inte går att utvärdera i sig, om dessa inte samtidigt kopplas till motsvarande krav. 16[16]

Högsta domstolen har i avgörandet NJA 1998 s. 873 påpekat att den upphandlande enheten ”... i förfrågningsunderlaget eller annonsen om upphandling [skall] ange vilka

15[15]

Reg.prop. 1992/93:88, sid. 51-52 samt 71-72.

16[16]

Nämnden för offentlig upphandling, NOU info juni –2002 sid. 9: ”För att kunna kvalificera anbudsgivare/-sökande måste den upphandlande enheten ställa tydliga krav. De som uppfyller kraven får vid förenklad och öppen upphandling gå vidare och få sina anbud prövade. Vid urvals-, selektiv och förhandlad upphandling får de normalt möjlighet att skicka in anbud. För varje krav som ställs skall den upphandlande enheten redogöra för anbudsgivarna/-sökandena hur de skall visa att de uppfyller kraven. Till varje krav kopplas alltså ett bevis. Den upphandlande enheten kan således ange; ni skall ha erfarenhet av liknande arbeten, därför skall ni skicka in handlingar som styrker detta eller ni skall visa att ni har angivna ekonomiska resurser att klara av uppdraget, därför ska ni skicka in er årsredovisning etc. Ett bevis går inte att utvärdera i sig om det inte kopplas till ett krav”.

omständigheter som enheten tillmäter betydelse” samt erinrat om den skyldighet som i angivet avseende följer av EG-rätten (EG-domstolens dom den 20 september 1988 i mål C-31/87 (Gebroederers Beentjes ./ Nedländerna). Högsta domstolen konstaterade också i målet att s.k. fri anbudsprövning är ”*uppenbart lagstridigt*” vid offentlig upphandling.

Kammarrätten i Sundsvall konstaterade i ett avgörande där en upphandlande enhet (Wilhelmina kommun) hade uppställt ett antal punktvis angivna kriterier utan att samtidigt redovisa innebörden av dessa, att ett förfarande, där det *överlämnats åt anbudsgivarna att själva ange vad de anser ligga i de olika begreppen och i vilken mån de uppfyller dem*, och därmed har *lämnat utrymme för en helt subjektiv bedömning*, strider mot lagens krav på affärsmässighet¹⁷[17].

I ett senare avgörande (Migrationsverket)¹⁸[18] har transparensprincipen även stadfästas av Regeringsrätten genom följande uttalande: ”*I det [i lagen om offentlig upphandling] uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.*”

Yttrande

KABO har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört att uppdelningen i olika delupphandlingar är affärsmässigt betingad och har inte motiverats av att tröskelvärdet skall underskridas. KABO menar att angivna arbeten utgör separata ”entreprenader” som ej skall sammanräknas vid tröskelvärdesberäkningen. KABO har av försiktighetsskäl i upphandlingen valt att betrakta arbetena som tjänster.

KABO anser att den aktuella bedömningsgrunden är vald på ett affärsmässigt sätt.

¹⁷[17]

Se Kammarrätten i Sundsvall, dom i mål nr. 943-1997.

¹⁸[18]

Regeringsrätten, dom i mål nr. 300-2002 (Migrationsverket), meddelad den 13 juni 2002.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en privat expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att sammanblanda myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

I det aktuella ärendet har det av Karlshamns kommun indirekt ägda och kontrollerade Karlshamnsbostäder AB (KABO) infordrat anbud avseende tjänster för fastighetsservice.

Det samlade värdet av anskaffningen - som av KABO har delats upp på separata upphandlingar för att möjliggöra en större konkurrens - överstiger det i lagen om offentlig upphandling angivna tröskelvärdet 1,741 miljoner kronor. Oavsett skälet till att uppdelning skett skulle upphandlingen därför ha handlagts enligt något av de av EG-direktiv styrda förfarandena öppen upphandling eller selektiv upphandling enligt 5 kap. LOU. Någon möjlighet för KABO att under angivna förhållanden generellt tillämpa ett förenklat upphandlingsförfarande enligt 6 kap. LOU har således inte förelegat. Upphandlingen har således inte utlysts i föreskriven ordning.

Av det gemensamma förfrågningsunderlaget för upphandlingarna framgår inte att det *ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet* skall komma att antas, bara det ”*mest fördelaktiga*”. Utan någon förklarande definition framgår det vidare att KABO skall komma att anta det anbud som är ”*bäst fungerande för KABO:s organisation*”. Det aktuella underlaget avviker i angivet avseende från de krav på affärsmässighet och objektivitet som följer av lagen om offentlig upphandling.

I underlaget har punktvis angivits ett antal värderingsomständigheter, däribland organisation och resurser, miljöstyrning samt kvalitetsstyrning som inte har definierats på ett sådant sätt att det för anbudsgivarna framgår hur dessa omständigheter skall komma att bedömas. I stället har det överlämnats till anbudsgivarna att försöka gissa vad som förväntas av dem avseende de planer för ”*organisation, resurser*”, ”*miljöstyrning*” eller ”*kvalitetsstyrning*” som KABO enligt underlaget kan komma att begära in. Även i detta avseende brister underlaget i fråga om saklighet och objektivitet på ett sätt som riskerar medföra godtycke och fri prövningsrätt vid upphandlingsvärderingen. Vad KABO har angivit att ett bättre system skall få högre ställning vid utvärderingen än ett i jämförelse därmed sämre system samt att KABO:s avsikt är att de kvalitativt bästa systemen skall utvärderas, medför inte någon annan bedömning eftersom grunderna för vad som skall anses utgöra ”*bättre*” respektive ”*sämre*” i de angivna systemen inte på något sätt redovisats i förväg.

De gemensamma förutsättningarna för upphandlingarna har med hänsyn härtill inte varit utformade i enlighet med gemenskapsrättens krav på likabehandling och förutsebarhet (transparens). Upphandlingen har därmed handlagts på ett sätt som strider mot bestämmelserna om affärsmässighet och objektivitet i lagen om offentlig upphandling och på området gällande EG-direktiv. Detta medför att konkurrensen på den lokala marknaden för fastighetsservice har rubbats och att KABO:s förtroende som upphandlare kan ifrågasättas.

