

## KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 03-030

PM 2 2003-09-18 SLUTLIG BEDÖMNING

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

*Det kommunalägda fastighetsbolaget CentrumKompaniet i Stockholm AB har i en renhållningsentreprenad beslutat om tilldelning med så kort varsel att endast hittillsvarande leverantör kunnat komma i fråga för tilldelning av kontraktet.*

CentrumKompaniet i Stockholm AB (nedan CentrumKompaniet), som är ett av Stockholms stad, genom holdingbolaget Stockholms stadshus AB helägt företag för förvaltning av kommersiella fastigheter, inhämtade genom annons i bl.a. Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) i februari 2003 anbud avseende tjänster för avfallshämtning i centrumanläggningar under perioden den 1 juli 2003 till och med 30 juni 2006.

Enligt punkten UF3.11 i förfrågningsunderlaget skall upphandlingen handläggas som en öppen upphandling enligt 5 kap. LOU. Anbud skulle enligt punkten UF3.32 inges senast den 4 maj 2003 samt (punkten UF3.33) vara bindande för anbudsgivaren till och med den 30 augusti 2003.

Av punkten UF 3.6 i underlaget framgår att avtal i upphandlingen skulle komma att tecknas genom ett skriftligt avtal (upphandlingskontrakt) vars giltighet skall vara villkorad av att domstol enligt 7 kap. 2 § LOU inte förordnar att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse skett.

I upphandlingsunderlaget anges under punkten SF1 följande beskrivning av den upphandlande tjänsten: ”*Orientering om entreprenaden Entreprenadarbetena avser hämtning av avfall m m enligt bifogade handlingar*”. Under punkten SF2 framgår vidare: ”*UTFÖRANDE Hämtning av avfall skall utföras vid behov, d.v.s. innan behållare/container blir överfulla och sortering därför inte kan ske*”. Senare under samma punkt anges när hämtning skall ske samt vilka särskilda moment anbudsgivaren skall iaktta vid varje hämtning.

Vidare anges under punkten UF3.511 ”*Företagets resurser och kompetens*”, att ”*Anbudsgivaren skall ha erforderliga resurser; personell, maskinell och teknisk utrustning tillgängligt för uppdragets utförande*”. Något krav på att anbudsgivande leverantörer även skall tillhandahålla CentrumKompaniet maskinell utrustning eller motsvarande framgår inte av upphandlingsunderlagets beskrivning av tjänsten. Anbudsgivare A har emellertid upplyst att företaget har ett avtal med en underleverantör om leverans av komprimatorer. Leveranstiden är därvid som regel c:a tre veckor efter avrop.

Torsdagen de 19 juni 2003 (vilket var dagen före midsommarafton) beslutade CentrumKompaniet om tilldelning i upphandlingen. Av tillgängligt tilldelningsprotokoll framgår att CentrumKompaniet beslutat tilldela kontrakt i upphandlingen avseende renhållningen för kvarteret Fältöversten till Anbudsgivare A. Samtidigt med tilldelningsbeslutet överlämnade CentrumKompaniet till Anbudsgivare A även ett samma dag ensidigt undertecknat kontrakt.

I kontraktet, under punkten ”*Ersättning för tilläggsarbeten*” anges att anbudsgivaren mot särskild ersättning (hyra) vid kontraktstidens början skall tillhandahålla ett antal maskiner, s.k. komprimatorer, vilka på plats i berörda fastigheter skall komprimera avfallet innan det hämtas.

Av utredningen framgår att CentrumKompaniet har tolkat anbudsförutsättningarna så att tillhandahållandet av angivna komprimatorer skall anses utgöra en del av upphandlingen

enligt huvudbeskrivningen i underlaget medan Anbudsgivare A å sin sida har tolkat förutsättningarna så att komprimatorerna utgör en tilläggsbeställning. Under alla omständigheter har det för Anbudsgivare A inte varit möjligt att med en dryg veckas varsel anskaffa erforderliga komprimatorer för installation i CentrumKompaniets fastighet, eftersom den kortaste leveranstiden på aktuella komprimatorer uppgick till c:a tre veckor.

När Anbudsgivare A den 24 juni 2003 inte ömsesidigt undertecknat samt återlämnat kontraktet beslutade CentrumKompaniet att avbryta upphandlingen. Till grund härför åberopade CentrumKompaniet att *”Två av de tre tilldelade entreprenörerna [Anbudsgivare B] samt [Anbudsgivare A] har uppvisat synbara tecken till att inte kunna genomföra lämnat anbudsåtagande”*. En skrift som företrädare för CentrumKompaniet överlämnade vid ett personligt besök hos Anbudsgivare A på eftermiddagen den 24 juni 2003 framgår att bolaget samma dag klockan 15.30 fattat beslut om att *”avbryta pågående förenklade upphandling av [avfallshämtning åt CentrumKompaniet]. Upprättade kontraktsförslag och tilldelningsbeslut annulleras i och med detta beslut. [nytt stycke] Beställaren kommer att inleda förhandlingsupphandling med två av de anbudsgivare som beställaren bedömer inneha möjligheten att genomföra uppdraget och anta den leverantör som lämnar det för beställaren bästa anbudet”*.

CentrumKompaniet har därefter inlett förhandlingar och tilldelat kontraktet avseende de aktuella renhållningstjänsterna till sin befintliga leverantör (Anbudsgivare C) som tidigare rangordnats som tvåa i upphandlingen, närmast efter Anbudsgivare A. Av naturliga skäl har den befintliga leverantören vid anbudens början, en vecka senare, haft ledig kapacitet avseende efterfrågad maskinell utrustning.

Länsrätten i Stockholms län förordnade genom dom som den 17 juli 2003 att upphandlingen skulle göras om. Av domskälen framgår att det enligt länsrättens mening inte i upphandlingen har varit ett krav att entreprenörerna skulle ha tillgång till komprimatorer.<sup>[4]</sup> För närvarande handläggs målet av Kammarrätten i Stockholm<sup>[2]</sup>.

### Gällande rätt

Offentliga upphandlingar regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

Upphandling av tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande tjänster (A-tjänster, kategori 16) skall, om det samlade kontraktsvärdet av upphandlingen överstiger tröskelvärdet  $\geq$  200.000 eller 1,741 miljoner kronor, handläggas jämlikt bestämmelserna i 1 kap., 5 kap. samt 7 kap. LOU samt i enlighet med EU-rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster samt direktivet 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (det s.k. första rättsmedelsdirektivet).

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. Frågan om grunderna för vilka anbud som skall antas är mycket central i lagen för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Anbudsgivare och anbud skall alltid behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Enligt den s.k. likabehandlingsprincipen skall det föreligga lika förutsättning för leverantörer såväl för att kunna lämna anbud som för att få sina anbud antagna.

I doktrin och praxis har det inte ansetts affärsmässigt att anbudsgivande företag redan på anbudsstadiet skall behöva anskaffa erforderliga maskiner och anläggningar och hålla dessa tillgängliga stand-by, utifall att företaget skulle tilldelas kontrakt i upphandlingen. – En sådan ordning har ansetts orsaka företagen betydande kostnader i onödan för den överskottskapacitet

som i så fall skulle fordras för att över huvud taget kunna delta i offentlig anbudsgivning samt på ett snedvridande sätt gynna hittillsvarande leverantör.

Vid bedömning av affärsmässigheten i en upphandling skall därför hänsyn bl.a. tas till den s.k. *implementeringstiden*, d.v.s. den tid som beräknas löpa från det avtal om upphandlingen sluts till det att leverans av vara eller tjänst påbörjas (se SOU 1999:139, sid. 339). Någon lagstadgad tid för implementering finns inte utan implementeringstidens längd får i varje enskilt fall avgöras med utgångspunkt utifrån vad som kan anses rimligt för att vinnande anbudsgivare skall hinna inrätta sig i enlighet med tilldelat kontrakt. Större upphandlingar som exempelvis innebär nyanställning av arbetskraft eller nyinvesteringar i realkapital i form av maskiner och fordon etc. kräver således längre implementeringstider än upphandlingar som avser löpande leverans med utgångspunkt i företagets befintliga resurser.

Av 5 kap. 19 § första stycket, 2 LOU framgår att förhandlat förfarande får påbörjas om det vid ett redan genomfört öppet eller selektivt upphandlingsförfarande inte har lämnats några anbud alls eller om det inte har lämnats några lämpliga anbud. Den aktuella regeln införlivar artikel 11.3 (a) i EU-rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (det s.k. tjänsteupphandlingsdirektivet), enligt vilket tilldelning efter förhandling kan ske om det ”inte har lämnats några anbud eller några godtagbara anbud”. Någon möjlighet för en upphandlande enhet att påbörja ett förhandlat förfarande trots att det redan inkommit lämpliga anbud föreligger således inte.

### Yttrande

CentrumKompaniet har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, men avböjt med hänvisning till att saken för närvarande är föremål för rättslig prövning.

### Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende 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 CentrumKompaniet utlyst en s.k. öppen upphandling av renhållningstjänster enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 5 kap. LOU. Konkurrenskommissionen tar inte ställning till huruvida upphandlingen förutom aktuella renhållningstjänster avser även hyra av s.k. komprimatorer. I vart fall har CentrumKompaniet förutsatt detta i sitt tilldelningsbeslut, vilket innebär att alla andra än hittillsvarande leverantör (Anbudsgivare C) torde behöva nyanskaffa erforderliga komprimatorer innan de kan påbörja entreprenaden.

Anbudstiden gick ut den 4 maj (vecka 18) och kontraktet skulle påbörjas den 1 juli 2003 (vecka 27). CentrumKompaniet har således haft 8 veckor på sig att värdera inkomna anbud samt att meddela tilldelningsbeslut i så god tid att anbudsgivarna borde ha lämnats möjlighet att hinna anskaffa erforderliga komprimatorer. Tilldelningsbeslut i upphandlingen fattades emellertid först den 19 juni 2003 då det endast återstod sex arbetsdagar till dess att den aktuella renhållningsentreprenaden skulle påbörjas. Tilldelning skedde först till Anbudsgivare A som CentrumKompaniet vitsordat hade lämnat det i upphandlingen ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. När det visade sig att Anbudsgivare A behövde mellan två och tre veckor på sig för att kunna tillhandahålla de efterfrågade komprimatorerna avbröt CentrumKompaniet det öppna upphandlingsförfarandet och påbörjade ett förhandlat förfarande med bl.a. den tidigare leverantören, Anbudsgivare C, som ursprungligen rankats som tvåa i upphandlingen men sedermera tilldelades kontraktet i det förhandlade förfarandet.

Det kan inte krävas att anbudsgivare vid offentlig upphandling skall hålla erforderliga resurser tillgängliga redan innan tilldelning har skett utan det får anses tillräckligt att

anbudsgivaren genom förberedande kontakter har förväntat sig om att snabbt kunna erhålla erforderliga underleveranser från aktuella underleverantörer. En leveranstid på c:a tre veckor från avrop är i sammanhanget inte uppseendeväckande lång tid. Även om förfrågningsunderlaget skall tolkas som att leverans av komprimatorer ingår i upphandlingen måste Anbudsgivare A anses väl uppfylla vad som i angivet avseende kan krävas av företaget.

CentrumKompaniets beslut att avbryta det öppna upphandlingsförfarandet förefaller vara en konsekvens av att tillräcklig implementeringstid inte medgivits i upphandlingen. Förfarandet har därvid inte handlagts på ett affärsmässigt sätt utan hittillsvarande leverantör (Anbudsgivare C) har medgivits otillbörliga konkurrensfördelar framför övriga anbudsgivare.

När det sedan gäller det förhandlade förfarande som CentrumKompaniet påbörjat i den avbrutna öppna upphandlingen ställe krävs det att det inte inkommit några anbud alls eller några lämpliga anbud för att förhandlingar kunnat inledas. Av utredningen framgår att i den öppna upphandlingen, förutom anbudet från Anbudsgivare A, i vart fall har förelegat ett anbud från Anbudsgivare C. Formell förutsättning för att inleda ett förhandlat förfarande har därför inte förelegat. Även i detta avseende har CentrumKompaniet således inte förfarit affärsmässigt.

De påtalade felaktigheterna utgör var för sig överträdelser mot lagen om offentlig upphandling och mot de bakomliggande EG-direktiven. Konkurrensen har därmed snedvridits samtidigt som förtroendet för CentrumKompaniet som upphandlare riskerar att undergrävas[PC1].

---

<sup>[1]</sup> Länsrätten i Stockholms län dom som den 17 juli 2003 i mål nummer 12750-03.

<sup>[2]</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nummer 5306-03, prövningstillstånd meddelades genom beslut en 12 augusti 2003.

---

[PC1] De påtalade felaktigheterna har var för sig inneburit överträdelser mot lagen om offentlig upphandling och mot de bakomliggande EG-direktiven. Konkurrensen har härigenom kommit att snedvridas samtidigt som förtroendet för CentrumKompaniet som upphandlare har undergrävts.