

PM-2 2001-10-24 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Det landstingsägda Ängelholms sjukhus AB, köper, sedan bolaget bildades, tvätteritjänster m.m. från ägarlandstinget, utan att någon upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden har skett.

Ängelholms sjukhus AB (nedan sjukhusbolaget)¹, är ett av från landstinget Region Skåne avknoppat och av landstinget helägt bolag för drift av sjukhuset i Ängelholm (vilket är ett akutsjukhus).

Sjukhusbolaget, som bildades år 1999, har enligt bolagsordningen till ändamål med sin verksamhet att ”med iakttagande av grundläggande kommunalrättsliga principer och med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans värdighet erbjuda god hälso- och sjukvård”. Samtliga aktier i sjukhusbolaget ägs av landstinget Region Skåne, vars fullmäktigeförsamling (regionfullmäktige) även utser bolagets styrelse.

Beslut om att avknoppa Ängelholms sjukhus och att bilda sjukvårdsbolaget fattades av regionfullmäktige i Skåne i augusti 1999.

Från den 1 januari 2000 har bolaget från landstinget övertagit ansvaret för Ängelholms sjukhus och varit i operativ drift. Sedan dess har bolaget formlöst avropat tjänster för tvätt m.m. från ”Skånetvätt”, som är en s.k. resultatansvarig förvaltning inom landstinget.

Någon upphandling av ifrågavarande tjänster, där sjukhusbolaget infordrat anbud i konkurrens på den allmänna marknaden har enligt uppgift inte genomförts. Trots begäran har sjukvårdsbolaget inte heller företett något skriftligt kontakt, som reglerar bolagets avtalsförhållande med landstinget / Skånetvätt. Avrop synes istället ske på samma sätt och enligt samma grunder som när sjukhuset drevs av landstinget i egen regi.

Enligt egen uppgift betalade sjukhusbolaget c:a 4,4 miljoner kronor för utförda tvätteritjänster under år 2000².

Gällande rätt

Offentliga upphandlingar regleras sedan den 1 januari 1994 genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Tvätteritjänster utgör sådana övriga B-tjänster (kategori 27) enligt en bilaga B till lagen, vilka oavsett upphandlingens värde skall handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-6 §§, 6 kap. samt 7 kap. LOU. Förfarandet för s.k. *förenklad upphandling* eller *urvalsupphandling*³ skall därvid normalt tillämpas (6 kap. 2§ första stycket LOU).

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 behandlas utan ovidkommande hänsyn.

¹ Ängelholms sjukhus AB; bolaget är den 12 juli 1999 som firma Pribola 137 AB infört i Patent- och registreringsverkets (PRV) bolagsregister under registreringsnr. 556573-6864. Nu aktuell firma registrerades den 6 december 1999; gällande bolagsordning antogs den 14 december 1999 och registrerades den 21 februari 2000.

² Enligt uppgift från ekonomiavdelningen vid Ängelholms sjukhus AB, g.m. fax till Konkurrenskommissionen den 12 oktober 2001, uppgick sjukhusets tvättkostnad år 2000 till 4.463.700 kronor. Enligt landstinget Region Skånes årsredovisning 2000, bilaga 3b, kontoklasserna 3-8, utgör intäkter från Ängelholms sjukhus under perioden den 1/1 – 31/12 2000 3.570.000 kronor.

³ Förfarandet urvalsupphandling infördes 1 januari 2001 genom ändring i lagen om offentlig upphandling (se SFS 2000:877).

I förarbetena till lagen om offentlig upphandling motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om icke diskriminering⁴ (jfr. art. 6 i EG-Romfördraget). Reglerna är bl.a. utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Lagens bestämmelser medför även att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader.

Av bestämmelserna omfattas enligt 1 kap. 2 och 6 §§ LOU, förutom statliga och kommunala myndigheter, också sådana 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 och landstingen 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 eller landstinget. Enligt lagen (2000:1440) om inskränkning i landstingens rätt att överlämna driften av akutsjukhus till annan, är det dessutom förbjudet att överlämna driften av akutsjukhus till den som avser att driva verksamheten med syfte att skapa vinst åt ägare eller motsvarande intressent. Landstingskommunala företag eller företag som efter avknoppning från landsting bedriver akutsjukvård kan således inte vara inrättade för kommersiella eller industriella syften. Myndigheter och företag som omfattas av lagens bestämmelser benämns i lagen som *upphandlande enheter*.

Enligt 6 kap. 2a och 12 §§ LOU skall den som är s.k. upphandlande enhet i lagens mening normalt upprätta ett skriftligt förfrågningsunderlag med en beskrivning av vad som skall upphandlas samt inhämta skriftliga anbud, antingen genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som leder till effektiv konkurrens. Enligt 6 kap. 2b § LOU kan vid upphandling av tjänster, undantag från skyldigheten att annonsera upphandlingen föreligga om det vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud, det som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör, eller om upphandlingen avser ytterligare leveranser från den ursprungliga leverantören, avsedda antingen som delersättning för eller tillägg till tidigare leveranser och ett byte av leverantör skulle medföra oskäligen tekniska eller ekonomiska olägenheter. Före den 1 juli 2001 kunde anbud i stället för genom annonsering även inhämtas genom skrivelser till minst tre leverantörer⁵.

Skulle upphandlingens värde vara lågt eller föreligger andra synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten, får upphandlingen enligt 6 kap. 2 §, andra stycket LOU, undantagsvis handläggas enligt bestämmelserna för *direktupphandling*. Skriftliga anbud behöver i sådant fall inte infordras, utan det räcker med en formlös anbudshandläggning.

Enligt 6 kap. 12 § LOU skall den upphandlande enheten anta antingen det anbud som har lägst anbudspris eller det anbud som eljest framstår som det i upphandlingen ekonomiskt mest fördelaktiga.

I sina kommentarer till lagen om offentlig upphandling (NOU-info dec. -93 s. 7 styckena 7 och 9) understryker Nämnden för offentlig upphandling (NOU) att även köp mellan kommuner och av dessa hel- eller delägda bolag omfattas av lagens bestämmelser.

⁴ Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.

⁵ Förfarandet infördes 1 januari 2001 genom ändring i lagen om offentlig upphandling (se SFS 2000:877) och träder enligt punkten 2 i övergångsbestämmelserna i kraft från den 1 juli 2001.

Enligt 7 kap. 6 § LOU skall en upphandlande enhet som inte följt lagens bestämmelser ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör. Med "uppkommen skada" avses enligt lagens förarbeten inte bara onödiga kostnader m.m. (*damnum emergens*), utan även utebliven vinst på grund av att leverantören går miste om den intäkt som uppdraget skulle ha medfört (*lucrum cessans*)⁶. Talan om skadestånd skall enligt samma kapitel 8 § väckas av leverantör vid allmän domstol inom ett år från den dag då kontrakt i upphandlingen tecknats.

Med "leverantör" avses enligt 1 kap. 5 § första stycket sjätte punkten LOU den som tillhandahåller varor eller utför arbeten eller tillhandahåller tjänster även om han inte varit den som i det särskilda fallet tillhandahållit eller utfört det som upphandlats. I förarbetena⁷ framhåller lagstiftaren särskilt att begreppet "leverantör" enligt lagen även avser leverantörer som inte deltagit i upphandlingen. Angående skadeståndets beräkning och funktioner påpekar lagstiftaren vidare att syftet med det bakomliggande EG-direktivets⁸ regler är att åstadkomma ett tryck på de upphandlande enheterna att iaktta korrekta förfaranden.

Enligt EG-Romfördraget gäller vidare en allmän princip om likabehandling. Fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen giltighet som svensk lag. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen (prop. 1994/95:19 Del 1 sid 478) att "Den i Romfördraget centrala likabehandlingsprincipen återfinns bl.a. i artikel 6 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Andra uttryckliga likabehandlingsprinciper återfinns i artikel 40 tredje stycket i Romfördraget angående likabehandling mellan producenter och konsumenter inom den gemensamma jordbrukspolitiken samt i artikel 119 i Romfördraget när det gäller lika lön för kvinnor och män. EG-domstolen har dock slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen".

Den allmänna likabehandlingsprincipen får förstås så att en medlemsstats offentliga aktörer inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa leverantörer framför andra, vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

⁶ Prop 1992/93:88, sid. 103

⁷ Prop 1992/93:88, sid. 103

⁸ 89/665/EEG art. 1(c) samt 92/13/EEG art. 2(d)

Yttrande

Ängelholms sjukhus AB har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, angivit att bolaget nu avser att genomföra en offentlig upphandling av tvätteritjänster vilken skall påbörjas i slutet av november 2001 och beräknas vara slutförd i februari 2002.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är ett privat 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.

De aktuella tvätteritjänsterna förefaller avropas av det nystartade Ängelholms sjukhus AB direkt från landstinget/Skånetvätt utan att någon föregående upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden har ägt rum.

Enligt gällande bestämmelser är sjukvårdsbolaget en s.k. upphandlande enhet med skyldighet att följa lagen om offentlig upphandling. Från det att beslut om avknoppning och sjukvårdsbolagets bildande fattades i augusti 1999 har det funnits rimligt tid att upphandla de aktuella tjänsterna före den tidpunkt i januari 2000 då bolaget påbörjade sin operativa drift av Ängelholms sjukhus. Därefter har det nu gått ytterligare snart två år utan att någon konkurrensupphandling har kommit till stånd. Avrop av aktuella tjänster förefaller istället ske formlöst, som om sjukhuset fortfarande drivs i förvaltningsform inom landstinget.

Några synnerliga skäl såsom synnerlig brådska som inte beror på den upphandlande enheten synes således inte ha förelegat för att köpa sjukhusets behov av tvätteritjänster direkt från landstinget/Skånetvätt. Några andra skäl, såsom hänsyn till det upphandlades värde, föreliggande ensamrätter eller andra liknande skäl för att inte infordra anbud i konkurrens torde heller inte föreligga.

Sammantaget har Ängelholms sjukhus AB:s köp av tvätteritjänster direkt från landstinget /Skånetvätt utan föregående konkurrensupphandling medfört en snedvridning av konkurrensen på marknaden för tvätteritjänster samt innebär en överträdelse av lagen om offentlig upphandling. Den omständigheten att bolaget nu avser att genomföra en konkurrensupphandling medför inte att bolaget kan undgå kritik. En sådan upphandling skulle ha genomförts år 1999/2000 i samband med att bolaget bildades och övertog driften av sjukhuset.

Erfarenhetsmässigt är kostnaden för konkurrensutsatt verksamhet väsentligt lägre jämfört med verksamhet som bedrivs utan konkurrens. Med denna utgångspunkt kan skattebetalarna i Skåne län, som genom sin landstingsskatt ytterst betalar driften av Ängelholms sjukhus, hittills ha ådragits kostnader i onödan för tvätteritjänsterna.