

PM 2 1999-06-10

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

Kalix kommun avropar löpande tjänster för parkskötsel m.m. enligt ett sju år gammalt avtal som ingåtts utan föregående infordran av konkurrerande anbud.

Kalix kommun ingick den 10 och 13 oktober 1992 avtal med en privat entreprenör om successiva leveranser av transport- och anläggningsmaskintjänster för framför allt kommunens park- och grönområden. Enligt avtalet (§ 1) skall entreprenören för kommunens räkning ”Utföra entreprenadmaskintjänst”. Avtalet löper under tre år (perioden den 1 maj 1992 till den 30 april 1995) med tre månaders uppsägningstid och automatisk förlängning i ettårsintervall.

Beslut om upphandlingen fattades av kommunstyrelsens i Kalix arbetsutskott vid sammanträde den 17 juni 1992 (Au § 268/92).

Någon upphandling genom infordran av konkurrerande anbud har inte skett. Av arbetsutskottets protokoll framgår följande: ”Arbetsutskottet har vid sammanträde den 25 november 1991, § 539, beslutat att uppdra åt tekniska kontoret att förhandla med [entreprenörens namn] om en förlängning av avtalet om arbeten med jordbrukstraktor inom framför allt park- och grönområden. [nytt stycke] Efter förhandlingar föreslår tekniska kontoret, att [entreprenörens namn] antas som entreprenör för en tid av tre år enligt ett samtidigt presenterat förslag till kontrakt. ... ” Någon förlängning av något tidigare kontrakt har emellertid inte skett. Det aktuella kontraktet, som tecknades i augusti 1992, utgör istället ett nytt och självständigt avtal mellan parterna.

Några särskilda skäl, som att upphandlingen omfattar smärre belopp där kostnaden för ett mer förbundet förfarande inte står i rimlig proportion till det upphandlades värde eller att anbud inte hinner infordras på grund av brådskanie och oförutsedda behov, har inte angivits till stöd för beslutet att direktupphandla de aktuella tjänsterna.

Gällande rätt

I detta ärende aktualiseras frågan huruvida Kalix kommun har snedvridit konkurrensen genom att inte iaktta affärsmässighet vid offentlig upphandling samt genom att vidmakthålla ett c:a sju år gammalt avtal.

Kommunala upphandlingar som har påbörjats före den 1 januari 1994 regleras genom kommunala upphandlingsreglementen. I Kalix kommun tillämpades vid tidpunkten för de aktuella upphandlingen (år 1992) normalreglementet för kommunal upphandling -UR.

Enligt 1 § UR är reglementet tillämplig på all kommunal och landstingskommunal upphandling.

Enligt 3 § UR skall den upphandlande enheten utnyttja förefintliga konkurrensmöjligheter och även i övrigt iaktta affärsmässighet samt behandla anbud och anbudsgivare objektivt. Enheten skall bl.a. särskilt tillse att ett fullständigt och tydligt upphandlingsunderlag upprättas. I anvisningarna till 3 § UR^[1] anförs att skyldighet alltid föreligger för en upphandlande kommun att undersöka och tillvarata den konkurrens som kan finnas mellan tänkbara leverantörer inom och utom kommunen. Den upphandlande enheten skall iaktta affärsmässighet vid sin upphandling. Kraven på objektiv handläggning måste särskilt beaktas eftersom en sådan handläggning syftar till att åstadkomma konkurrens på lika villkor och

^[1] Se anvisningarna till 3 § UR, Kommunala upphandlingsreglementet, fjärde översedda upplagan, Kommentus förlag 1983, sid 12-13.

sålunda utgör en viktig förutsättning för att kommunernas agerande i upphandlingssammanhang skall åtnjuta förtroende. Undantag får dock ske (7 § UR jämte anvisningar^{2[2]}) om upphandlingen omfattar smärre belopp där kostnaden för ett mer formbundet förfarande inte står i rimlig proportion till det upphandlades värde eller vid brådskande oförutsedda behov som t.ex. vid eldsvåda, översvämning o.dyl. där anbud inte hinner införas.

Även vid direktupphandling är det av vikt att den upphandlande enheten, i de fall som kan komma i fråga, vinnlägger sig om att jämföra och dokumentera priser från olika leverantörer. Jämförelsen, som får ske helt formlöst, kan liknas vid den utredning som en normalt noggrann konsument gör före ett inköpsbeslut^{3[3]}.

Enligt 16 § UR bör det vid slutlig prövning av anbud antecknas vad som förekommit av betydelse vid prövningen. Har direktupphandling tillämpats bör motiveringen t.ex. ange vilka skäl för direktupphandling som åberopas i det enskilda fallet.

Direktupphandling utan stöd av synnerliga skäl har av domstol bedömts strida mot kommunalt upphandlingsreglemente. I ett uppmärksammat avgörande från 1994 fann Kammarrätten i Stockholm (mål nr. 2280-1994)^{4[4]} ett beslut av en kommunal fullmäktigeförsamling, att utan föregående infordran av anbud i konkurrens uppdra åt en viss entreprenör att utföra tjänster, stridande mot det kommunala upphandlingsreglementet.

Sedan den 1 januari 1994 regleras den kommunala upphandlingen genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Tjänster för fastighetsförvaltning utgör sådana s.k. A-tjänster (kategori 14) enligt bilagan till lagen, som om värdet av dessa överstiger tröskelvärdet 1,728 miljoner kronor skall handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap., 5 kap. samt 7 kap. LOU. Understiger värdet av tjänsterna tröskelvärdet skall upphandlingen istället handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-4 §§, 6 kap. samt 7 kap. LOU.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som huvudregel att all upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

I förarbetena till LOU motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om icke diskriminering^{5[5]} (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. Genom utnyttjandet av befintlig konkurrens medför också bestämmelserna att skattebetalarna skyddas mot onödigt höga kostnader.

Tillsyn över lagen utövas av Nämnden för offentlig upphandling (NOU). Angående äldre avtal, vilka ingåtts före upphandlingslagens ikraftträdande har nämnden i sina kommentarer till lagen^{6[6]} tolkat huvudregeln om affärsmässighet så att avtal som löper med förlängningsklausuler (t.ex. tillsvidare-avtal) måste upphandlas på nytt med jämna mellanrum.

Avtalen skall enligt NOU som regel inte tecknas för längre tid än fyra år (inklusive eventuella förlängnings klausuler). Har t.ex. en kommun, som utgör s.k. upphandlande enhet enligt lagens terminologi, avtal som löper med förlängningsklausuler eller utan begränsning i tiden och har avtalstiden löpt längre tid än, i normalfallet, maximalt fyra år, skall enligt

^{2[2]} Se 7 § UR, Kommunala upphandlingsreglementet jämte anvisningar, fjärde översedda upplagan, Kommentus förlag 1983, sid 7.

^{3[3]} Se bl.a. anvisningarna till 7 § kommunala upphandlingsreglementet, senaste utgåvan 1983, Kommentus förlag, Älvsjö, ISBN 91-7344-409-X, sid. 13 samt liknande uttalanden i prop. 1993/94:78 sid. 24 som även hänvisar till de angivna anvisningarna.

^{4[4]} Dom meddelad i Stockholm den 30 januari 1995.

^{5[5]} Prop 1992/93:88, sid. 59-60.

^{6[6]} Se Nämnden för offentlig upphandling, NOU-info dec -93, sid. 6 samt dec -94, sid. 9, se även NOU-info april-94, sid. 8 samt okt -94, sid. 11 samt nämndens årssammanställning för år 1995 sid 59-61.

Nämnden för offentlig upphandling dessa sägas upp så snart det är möjligt. Därefter skall upphandling ske på nytt.

Det är enligt nämnden därför viktigt att den upphandlande enheten har ett tillfredsställande bevakningssystem som medger planering och förberedelse i tid för en ny upphandling när tiden för gällande avtal lider mot sitt slut.

Yttrande

Kalix kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom föreskriven tid inkomma med något svar.

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.

Kalix kommuns aktuella upphandling av transport- och anläggningsmaskintjänster har beslutats och genomförts före ikraftträdandet av lagen om offentlig upphandling.

Kommunen har därvid varit skyldig att tillämpa det vid tidpunkten gällande kommunala upphandlingsreglementets bestämmelser. Detta innebär att kommunen, om det inte förelåg särskilda skäl såsom synnerlig brådska eller att kostnaden för ett upphandlingsförfarande inte stod i proportion till det upphandlades värde, skulle ha infordrat flera sinsemellan konkurrerande anbud på den allmänna marknaden och därefter antagit det ekonomiskt mest fördelaktiga av dessa anbud.

Några särskilda skäl för att i samband med upphandlingen år 1992 infordra anbud från endast en leverantör har inte åberopats av kommunen. Köpet av de aktuella entreprenadtjänsterna har således skett i strid mot kommunens egna reglemente för hur upphandling skall genomföras.

Det aktuella avtalet har trots att det ursprungligen tecknades för en period av tre år med klausul om förlängning med ett år åt gången kommit att vara i kraft i snart sju år.

Enligt Nämnden för offentlig upphandling är det normalt inte affärsmässigt att vidmakthålla avtal i längre perioder än fyra år. Om Kalix kommun säger upp avtalet att upphöra så snart det kan ske, kommer detta att gälla till utgången av april månad år 2000. Avtalet har då varit i kraft i åtta år, vilket väsentligt överstiger den maximala kontraktstidsbindningstid på fyra år som rekommenderas av nämnden för offentlig upphandling.

Mot denna bakgrund och i beaktande att avtalet har tillkommit i strid mot då gällande bestämmelser för kommunal upphandling är, med tillämpning av lagen om offentlig upphandling, Kalix kommun enligt Konkurrenskommissionens mening lagligen skyldig att, så snart det är möjligt, säga upp gällande entreprenadavtal avseende transport- och anläggningsmaskintjänster och istället genomföra en ny upphandling under utnyttjande av förefintlig konkurrens på den allmänna marknaden för de aktuella tjänsterna.
