

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO

02-029

PM 2 2002-06-05 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Göteborgs stad har vid upphandling av renhållningstjänster m.m. uppställt krav för berörda renhållningsfordon på viss bestämd färgprofil som överensstämmer med vad kommunens eget renhållningsbolag tillämpar.

Göteborgs stad, kretsloppsnämnden, infordrade i januari 2002 anbud på tjänster för renhållning m.m., innefattande *"Insamling och transport av hushållsavfall och därmed jämförligt avfall som kommunen har ansvar för i stadsdelen Frölunda och Högsbo (SDN 10 o 12), Göteborgs stad"* under perioden den 3 mars 2003 till och med den 30 september 2007 (Dnr. 0164/02).

Anbud inhämtades bland annat genom annons i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT). Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen utlysts enligt förfarandet för öppen upphandling enligt lagen om offentlig upphandling.

Av förfrågningsunderlagets allmänna bestämmelser, punkten 204 *"Fordon för avfallshämtning"* framgår som en obligatorisk förutsättning att *"Fordonen skall vara lackerade i färger och enligt anvisningar från beställaren som meddelas senast tre månader före entreprenadens start. Avsteg från detta skall vara godkända av beställaren"*.

I en cirkulärskrivelse den 26 mars 2002¹ som enligt uppgift har skickats till samtliga leverantörer som begärt del av förfrågningsunderlaget, preciserar kommunen kravet på färgprofil enligt punkten 204 på följande sätt: *"Angående färg och på fordon skall*

1[1] Göteborgs stad, kretsloppsnämnden, cirkulärskrivelse av den 26 mars 2002, rubricerad som "PM 1 gällande förfrågningsunderlag för avfallshämtning i Västra Göteborg, stadsdelarna 10 och 12, Frölunda och Högsbo",

bakgrundsfärgen vara gul NCS 1367 Y17R2[2], i övrigt hänvisas till den anvisning som beställaren meddelar senast 3 månader före entreprenadens start. ... ”.

Enligt ett inom kommunen upprättad protokoll med upphandlingsrapport³[3] hade det vid anbudstidens utgång den 3 april 2002 inkommit fyra anbud (anbud A-D) varav samtliga innefattade ”... i huvudsak kompletta anbud vad avser priser”. Avseende ett anbud anges emellertid att ”Anbudet från [Anbudsgivare A] innehåller en reservation för att fordonen skall vara designade enligt önskemål, kopplat till reservationen önskar man alternativt en förhandlingsmöjlighet för fordonens färgsättning ... [nytt stycke] Företagsutvärdering har gjorts enligt de principer som redovisats i förfrågningsunderlaget. Alla anbudsgivarna har vid denna utvärdering bedömts uppfylla de ställda grundkraven i förfrågningsunderlaget. Reservationen innebär dock att [Anbudsgivare A:s] anbud förkastas och inte deltar vidare i utvärderingen. De återstående tre anbuden bedömes kunna delta vid en slutlig utvärdering av anbuden”.

Anbudsgivare A är ett stort rikstäckande privat renhållningsföretag med produktkännetecknen (varumärke) som bland annat består i att bolagets fordon är målade i grönt med en orange rektangel på förarhytten samt en vit kretsloppspil anbringad på fordonens sida. Av bolagets anbud framgår en reservation enligt vilken bolaget vid utförandet av entreprenaden önskar behålla sitt inarbetade kännetecken (färgprofil).

Bland övriga inkomna anbud noteras bland annat att anbud C avgivits av Renova AB⁴[4] som är ett av Göteborgs stad med 83,7 procent av kapitalet majoritetsägt bolag. Göteborgs stad har tidigare köpt tjänster för renhållning m.m. direkt från Renova, utan någon föregående upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden. Detta förhållande har bland annat medfört kritik från Nämnden för offentlig upphandling (NOU)⁵[5]. Nu genomförd

2[2] Natural Color System (NCS) är en internationell nomenklatura för kategorisering av färgnyanser m.m. I NCS-beteckningen 1367-Y17R avser 1367 nyansen, d.v.s. graden av släktskap med svart S och maximalkulören C – i detta fall 13 procent svarthet (S) och 67 procent kulörthet (C). Själva kulören Y17R avser gul färg med 17 procent rödhet. Se vidare <http://www.ncscolour.com/>. Färgnyansen 1367-Y17R är således en specifik varmgul färgnyans.

3[3] Göteborgs stad, ”UPPHANDLINGSRAPPORT AVSEENDE AVFALLSHÄMTNING I FRÖLUNDA OCH HÖGSBO”, daterad den 12 april 2002.

4[4] Renova AB, bolaget är den 1 februari 1967 infört i Patent- och registreringsverkets bolagsregister under registreringsnummer 566108-3337. Nuvarande firma registrerades den 15 maj 1998, tidigare firma har varit GRAAB Göteborgsregionens Avfallsaktiebolag. Renova AB ägs av kommunerna Ale (1,8%), Göteborg (83,7%), Härryda (0,9%), Kungsbacka (1,5%), Kungälv (2,4%), Lerum (1,3%), Mölndal (3,6%), Partille (1,8%), Tjörn (1,1%), Stenungsund(1,5%) och Öckerö (0,4%). Enligt Renova AB:s hemsida på internet: www.renova.se hanterade bolaget 691 000 ton avfall år 2001. Företaget har drygt 700 anställda och omsättningen uppgår till drygt 800 miljoner kronor.

5[5] Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU), tillsynsrenden, dnr. 1998/221-26: Göteborgs stad och ett antal mindre kranskommuner (se förteckning under not. 4) hade genom konsortialavtal träffat överenskommelse om vissa förhållanden i det gemensamt ägda renhållningsföretaget Renova AB. Bland annat förband sig Göteborgs stad att utan upphandling köpa tjänster från Renova. I ett senare avtal, direkt med Renova uppdrog Göteborgs stad åt Renova att insamla, transportera och omhänderta det avfall som

upphandling torde vara ett resultat av nämndens kritik⁶[6]. Renova-bolagets fordon är målade i för uppdraget föreskriven gul färgnyans⁷[7].

Enligt upphandlingsrapporten skall upphandlingens värde uppskattas till 3,5 miljoner kronor (vilket avser kostnad per år). Upphandlingens uppskattade totala värde uppgår således till drygt 23 miljoner kronor för hela den angivna avtalstiden.

Gällande rätt

Offentliga upphandlingar regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Upphandlingar avseende ingenjörs- och konstruktörstjänster och anknutna vetenskapliga och tekniska konsulttjänster (A-tjänster, kategori 12) skall om det samlade upphandlingsvärdet överstiger ett i lagen angivet tröskelvärde motsvarande 1,756 miljoner kronor⁸[8], handläggas enligt lagens av EG-direktiv styrda bestämmelser som finns införda i lagens 1 kap. 5 kap. samt 7 kap.⁹[9]

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som en huvudregel att all upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Upphandlingslagen bygger därvid på ett antal EG-direktiv. Grundläggande

Göteborgs stad enligt vid varje tillfälle gällande renhållningsbestämmelser ansvarade för. Nämnden för offentlig upphandling konstaterade efter granskning av de aktuella affärsförhållandena att det renhållningsavtal som tecknats mellan Göteborgs stad och Renova omfattades av reglerna om offentlig upphandling. Göteborgs stad borde därför ha upphandlat tjänsterna avseende avfallshantering och avfallsbehandling i enlighet med reglerna i lagen om offentlig upphandling.

⁶[6] Renova AB utsågs inte till vinnande entreprenör i den aktuella upphandlingen, eftersom bolagets anbud med drygt 19 procent (19,8 %) översteg lägsta bud från Anbudsgivare B.

⁷[7] Enligt en skrift från Renova-bolagets marknads- och kommunikationsavdelning är bolagets fordon målade i färgnyansen "Volvos gula". Enligt Volvo lastvagnar är den interna färgkoden för denna nyans "Signalgul 1202", vilket motsvarar den standardiserade färgnyansen NCS 1367 Y17R till NCS 1466 Y18R.

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

⁹[9] Sker upphandlingen för sådan av den upphandlande enheten bedriven verksamhet som består av drift eller tillhandahållande av fasta nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om (1) produktion, transporter, distribution eller försörjning med elektricitet, gas eller värme eller av leverans av sådana nyttigheter till fasta nät, samt (2) utnyttjande av mark- eller vattenområden för prospektering eller utvinning av t.ex. olja och gas (inom den s.k. *försörjningssektorn*) skall handläggningen emellertid ske enligt bestämmelserna i 1 kap., 4 kap. samt 7 kap. LOU.

gemenskapsrättsliga principer inom offentlig upphandling är bland annat principerna om *likabehandling* och *proportionalitet*.

I förarbetena till lagen om offentlig upphandling motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om icke diskriminering¹⁰[10] (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 också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader.

Det huvudsakliga syftet med lagen om offentlig upphandling är att säkra att upphandlingen sker genom en effektiv konkurrens och att leverantörerna och deras ansökningar och anbud behandlas utan ovidkommande hänsyn. Därtill hör att anskaffning sker under öppna och förutsebara former och att alla anbudsgivare behandlas lika (se not. 16 om EG-Romfördraget).

Enligt den inom upphandlingsrätten gällande *likabehandlingsprincipen* (eller likhetsprincipen)¹¹[11] skall leverantörer inom den offentliga handeln ha möjlighet att lämna anbud på lika villkor. Enligt 1 kap. 12 § LOU skall i förfrågningsunderlaget förekommande tekniska beskrivningar av föremålet för upphandlingen som regel¹²[12] göras med hänvisning till antingen (1) svensk standard som överensstämmer med europeisk standard, (2) ett sådant europeiskt tekniskt godkännande av en produkts lämplighet som gjorts av ett organ som godtagits av EES-länderna, eller (3) en teknisk specifikation som utformats enligt ett förfarande som godtagits av EES-länderna och som publicerats i Europeiska gemenskapernas officiella tidning. Den tekniska beskrivningen av föremålet för upphandlingen får enligt 1 kap. 16 § LOU varken i förfrågningsunderlaget eller i något annat underlag för upphandlingen hänvisa till en särskild vara eller process på ett sådant sätt att vissa företag gynnas eller missgynnas.

Enligt *proportionalitetsprincipen* får upphandlande enheter som regel inte ställa högre krav på leverantören eller leveransen än som behövs och är ändamålsenligt för den aktuella

10[10]

Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.

11[11]

Enligt EG/Romfördraget gäller 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 jordbrukspolitikens 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 innebär att en medlemsstats myndigheter inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa leverantörer framför andra, vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

12[12]

Bestämmelsen gäller inte, om det i någon annan författning finns avvikande bestämmelser och dessa överensstämmer med gemenskapsrätten (se 1 kap. 12 § sista stycket LOU).

upphandlingen. Kraven måste därför ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som skall täckas hos enheten. Proportionalitetsprincipen begränsar därför i väsentligt hänseende vilka krav som kan ställas i en offentlig upphandling till att avse enbart krav som äger objektivet samband med det behov upphandlingen avser att fylla. För upphandlingsändamålet ovidkommande krav på viss utformning eller viss utrustning får således inte förekomma.

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*)¹³[13]. Talan om skadestånd kan enligt samma kapitel 8 § väckas av leverantör vid allmän domstol. Talan skall väckas inom ett år från den dag då beslut om leverantör fattats. I fråga om skadeståndets beräkning och funktioner erinras i förarbetena vidare om att syftet med det bakomliggande EG-direktivets¹⁴[14] regler är att åstadkomma ett tryck på de upphandlande enheterna att iaktta korrekta förfaranden. En leverantör bör kunna utgå ifrån att ett anbud som han lägger ned möda och kostnader på kommer att beaktas på ett rättvist sätt.

Enligt EG-Romfördraget gäller vidare en allmän princip om likabehandling vid offentlig finansierad handel inom Europeiska unionen. 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 (i 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 vidare 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 myndigheter över huvud taget inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

-

Yttrande

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

13[13]

Prop. 1992/93:88, sid. 103

14[14]

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

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en 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.

Göteborgs stads aktuella upphandling av tjänster för insamling och transport av avfall har genomförts enligt det av EG-direktiv styrda förfarandet för öppen upphandling.

Av tillgänglig dokumentation framgår att det inom föreskriven anbudsfrist inkommit fyra ”i huvudsak kompletta” anbud (anbud A-D) som av kommunen samtliga bedömts uppfylla grundkraven i förfrågningsunderlaget.

Som ett krav i förfrågningsunderlaget har kommunen föreskrivit att förekommande renhållningsfordon, om kommunen inte godkänner något annat, skall vara lackerade i en viss gul färgnyans: *NCS 1367 Y17R*. Ett företag (Anbudsgivare A) hade reserverat sig mot detta krav eller i vart fall velat förhandla om dispens. Av detta skäl har företagets anbud uteslutits från vidare bedömning i upphandlingen.

Någon europeisk, nationell eller annan tekniskt standard med föreskrift att renhållningsfordon skall vara lackerade i den föreskrivna gula färgnyansen finns inte. Några miljöskäl eller annat objektivt motiverat skäl till varför enbart den för upphandlingen angivna färgnyansen kan komma ifråga framgår varken av förfrågningsunderlaget, något annat underlag för upphandlingen eller någon annan känd omständighet. Det i underlaget förekommande kravet avseende viss färgprofil strider således mot proportionalitetsprincipen för offentlig upphandling eftersom det saknar objektivt samband med föremålet för upphandlingen.

Överensstämmelsen mellan den föreskrivna färgprofilen och den utformning som en i upphandlingen konkurrerande anbudsgivare redan har på sina fordon innebär dessutom att anbudsgivningen inte har skett på lika villkor. Detta medför att även den s.k. likställighetsprincipen överträtts.

Enligt det aktuella profilkravets ordalydelse utgör detta emellertid inte något absolut krav, utan avsteg kan förekomma under förutsättning att dessa godkänns av kommunen. Såvitt framgår av kommunens upphandlingsrapport har den reservation som åberopats för att utesluta Anbudsgivare A lämnats alternativt med en framställan om förhandling (avsteg) avseende fordonens färgsättning. Reservationen medför således inte något sådant orent bud som skulle motivera anbudets förkastande.

Sammanfattningsvis har Göteborgs stad infört krav i den aktuella renhållningsupphandlingen på bland annat färgprofilering av fordon m.m. som är ägnade att gynna det egna majoritetsägda renhållningsföretaget Renova AB. Bland annat har Anbudsgivare A (som i övrigt vitsordats ha avgett ett fullt komplett bud) på grund av kravet uteslutits från deltagande i upphandlingen. Det aktuella kravet strider mot såväl upphandlingslagen som gällande upphandlingsdirektiv och EG-Romfördragets krav på affärsmässighet,

likabehandling samt proportionalitet vid offentlig upphandling. Eftersom kravet inte är absolut, utan medger avsteg efter godkännande av beställaren och anbudsgivare A i sitt anbud hemställt om sådant avsteg, har kommunen heller inte haft grund för att av detta skäl utesluta Anbudsgivare A ur den aktuella upphandlingen.

De påtalade felaktigheterna har enligt Konkurrenskommissionens mening snedvridit konkurrensen på marknaden för renhållningstjänster på ett sätt som riskerar medföra att Göteborgs stads förtroende som upphandlare undergrävs.
