

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO

02-005

PM-2 2002-04-17 - SLUTLIG BEDÖMNING

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

Det kommunala fastighetsbolaget Karlshamnsbostäder AB har vid upphandling av tjänster för golvvård m.m. antagit ett anbud som inte uppfyllt för upphandlingen ställda obligatoriska s.k. skall-krav, och således rätteligen skulle ha förkastats.

Karlshamnsbostäder AB (Karlshamnsbostäder)^{1[1]} är ett av Karlshamns kommun indirekt ägt s.k. allmännyttigt bostadsföretag^{2[2]} som äger och förvaltar c:a 2.500 bostäder inom Karlshamns kommuns område.

I oktober 2001 infordrade Karlshamnsbostäder, bland annat genom annons i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT), anbud avseende ramavtal, för löpande golv-arbeten under 2002.

Underlaget för upphandlingen består av dels ”Administrativa föreskrifter” (15 sidor), dels ”Teknisk rambeskrivning” (4 sidor). Därjämte finns tre sidor anbudsformulär fogade till underlaget. Av underlagets administrativa föreskrifter (sid. 2) framgår att upphandlingen avser ”Årsentreprenad för golv-arbeten avseende HLU (hyresgäststyrt lägenhetsunderhåll) samt löpande under året förekommande golvarbeten” inom Karlshamnsbostäders bestånd av bostäder i Karlshamns kommun. Vidare framgår (sid. 10) att upphandlingen omfattar perioden den 1 januari till och med den 31 december 2002 med möjlighet till förlängning till och med

^{1[1]} Karlshamnsbostäder AB; bolaget är den 3 november 1995 infört i Patent- och registreringsverkets (PRV) bolagsregister under registreringsnr. 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 Karlshamns kommun genom holdingbolaget Stadsvapnet i Karlshamn AB. Karlshamnsbostäder är ett av kommunen helägt s.k. allmännyttigt bostadsbolag.

den 31 december 2004 (1+1+1) samt (sid. 3). att förfarandet för öppen upphandling enligt 5 kap. lagen om offentlig upphandling skall vara tillämpligt på upphandlingen.

I fråga om krav som ställs på leverantören (s.k. kvalifikationskrav) framgår av anbudsupplägget (teknisk ram-beskrivning, sid. 1) att *"Entreprenören skall vara auktoriserad av Golvbranschens VåtrumsKontroll GVK3[3], för att utföra tätskikt på golv och vägg ..."* samt att en kopia av intyg om GVK – auktorisation skall bifogas anbud. Vidare anges att *"De mest fördelaktiga anbudet med hänsyn tagen till nedanstående villkor och prioritering"* skall komma att antas. Värderingskriterierna har därefter angivits till 1. Pris (65%), 2. Referenser eller egen erfarenhet (20%), 3. Organisation, resurser (5%), 4. Miljöstyrning (5%), samt 5. Kvalitetsstyrning (5%).4[4]

Av ett anbudöppningsprotokoll, upprättat den 19 november 20015[5], framgår att det vid anbudstidens utgång den 16 november 2001 hade inkommit fem anbud. Av dessa synes två anbud (anbud A och B) inte ha varit kompletta varför dessa inte upptagits till slutlig prövning. De av Karlshamnshusbyggnadsvaror för slutlig jämförelse upptagna anbud (anbud C-E) har efter bolagets egen värdering6[6] fördelat sig enligt följande:

Sammanställning	Anbud C	Anbud D	Anbud E
1. Pris (65%)	3,00p	3,25p	2,54p
2. Referenser eller egen erfarenhet (20%)	1,00p	0,60p	1,00
3. Organisation, resurser (5%)	0,25p	0,15p	0,25p
4. Miljöstyrning (5%),	0,15p	0,15p	0,25p
5. Kvalitetsstyrning (5%)	0,15p	0,15p	0,25p
<i>SUMMA POÄNG:</i>	<i>4,55p</i>	<i>4,30p</i>	<i>4,29p</i>

3[3] Stiftelsen Golvbranschens VåtrumsKontroll (GVK) är en sammanslutning av stora byggherrar, förvaltare och entreprenörer som verkar för att motverka vattenskador i våtrum. Bland annat verkar stiftelsen genom att upprätta riktlinjer, auktorisera utförare/entreprenörer samt utföra kontroller på utförda arbeten. Verksamheten administreras genom stiftelsens bolag, AB Svensk Våtrumskontroll. Vilka företag som är GVK-auktoriserade är allmänt tillgänglig information, och framgår av stiftelsens hemsida på internet <http://www.gvk.se/>.

4[4] Någon beskrivande vägledning för tolkningen av vad som t.ex. kan avses med omständigheterna . *"Organisation, resurser", "Miljöstyrning"* samt *"Kvalitetsstyrning"* förekommer således inte, varken i förfrågningsunderlaget eller på annat sätt.

5[5] Protokoll, *"Anbudsförteckning/Öppningsprotokoll"* avseende *"Golvarbeten Karlshamnshusbyggnadsvaror AB"* av den 16 november 2001, upprättat av Föreningen Husbyggnadsvaror (HVB) och undertecknat av två tjänstemän.

6[6] Tablå med *"Utvärdering Golv-arbeten"* upprättad av Föreningen Husbyggnadsvaror (HVB) den 28 november 2001.

Beslut i upphandlingen fattades av Karlshamnshälsörens styrelse vid sammanträde den 12 december 2001. Kontrakt i upphandlingen har därefter tilldelats Anbudsgivare C. Karlshamnshälsörens vägrar att lämna ut i upphandlingen förekommande anbud, men med ledning av bolagets sammanställning av anbuden (se tabell ovan) kan utläsas att Anbudsgivare D har lämnat lägst pris.

Kontroll med Golvbranschens Våtrumskontroll GVK³ visar att Anbudsgivare C till skillnad mot sina konkurrenter D och E, inte är eller har varit auktoriserad för att utföra tätskikt på golv och vägg (GVK-auktorisering)⁷[7]. I angivet avseende uppfyller i upphandlingen vinnande anbudsgivaren således inte ställda kvalifikationskrav.

Såvitt kan uppskattas med ledning av uppgifter ur förfrågningsunderlaget (administrativa föreskrifter, sid. 6) kan upphandlingens värde fastställas till c:a 3,7 miljoner kronor per år, således totalt drygt 11 miljoner kronor under hela den upphandlade perioden, inklusive förlängning.

Konkurrenskommissionen har tidigare haft anledning att rikta kritik mot Karlshamnshälsörens upphandling av tjänster för golvvård m.m. (se KKO 01-039). Även i denna upphandling tilldelades uppdraget den nu vinnande anbudsgivaren (Anbudsgivare C). Den upphandlingen, som enligt Konkurrenskommissionens mening hade handlagts i strid mot lagen om offentlig upphandling bestämmelser, är nu föremål för tvist om skadestånd i domstol.

Gällande rätt

Offentliga upphandlingar regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). 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 1.756.000 kronor⁸[8], skall handläggas enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. 5 kap. samt 7 kap. LOU. Förfarandet öppen upphandling skall därvid normalt tillämpas

Förutom statliga och kommunala myndigheter omfattar upphandlingslagens bestämmelser som regel även kommunala bolag (enligt 1 kap. 2 och 6 §§ LOU)⁹[9]. Myndigheter och

⁷[7] Skrift (fax) den 21 februari 2002 från AB Svensk Våtrumskontroll /GVK av vilken framgår att " ... [Anbudsgivare C] aldrig varit GVK-auktoriserad. Den enda kontakt vi haft var i början av november -01, då de begärde och fick sig tillsänt info om GVK samt ansökningshandlingar. Dock har vi till dagens dato inte emottagit någon ansökan om GVK-auktorisering".

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] Enligt 1 kap. 2 och 6 §§ LOU omfattar upphandlingslagens bestämmelser 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 förbjudna att (direkt eller indirekt, via företag) bedriva näringsverk-

företag som omfattas av upphandlingslagens bestämmelser benämns i lagen som *upphandlande enheter*.

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.

I förarbetena till lagen om offentlig upphandling motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om icke diskriminering^{10[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 konkurrens-snedvridande sätt. Lagens bestämmelser medför även att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader.

Enligt 1 kap. 22 § och 6 kap. 12 § LOU skall en upphandlande enhet pröva inkomna anbud i enlighet med de krav som angivits i förfrågningsunderlaget. Enheten skall därefter anta antingen det med hänsyn tagen till samtliga i förväg angivna omständigheter ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller det bud som har lägst anbudspris.

Förfrågningsunderlaget kan innefatta två kategorier av krav som kan ställas på anbudsgivare: *kvalifikationskrav* och *utvärderingskrav*. Med *kvalifikationskrav* avses krav som hänför sig till anbudsgivarnas (företagens) allmänna förutsättningar att leverera, såsom ekonomisk styrka, teknisk kapacitet, organisation, föreliggande myndighetstillstånd (certifikat, auktorisation, konsession etc.) kvalitetssäkringssystem samt referenser m.m. Med *utvärderingskrav* avses krav som är hänförliga till det som skall levereras t.ex. beträffande funktion, utförande kvalitet, leveranstid, miljöhänsyn m.m. Den upphandlande enheten är skyldig att pröva samtliga krav som angivits i underlaget för upphandlingen och får således inte efterge eller bortse från något krav. Anbud som inte uppfyller för upphandlingen ställda s.k. skall-krav kan inte antas, utan skall avvisas såsom orena anbud.

EG-domstolen har i ett mål (Stora Bält-målet) behandlat en anmälan från EG-kommissionen beträffande en upphandling, som utfördes av ett danskt statligt bolag (Storebæltsforbindelsen A/S) avseende en bro över Stora Bält. Anmälningen grundades bland annat på det förhållandet att den upphandlande enheten inlett förhandlingar med en anbudsgivare och godtagit dess anbud trots att detta inte uppfyllt kraven i kravspecifikationen och trots att förfrågningsunderlaget inte medgav rätt att frångå de grundläggande kraven i specifikationen. Förfarandet bedömdes av domstolen som en överträdelse av huvudändamålet med direktivet, nämligen effektiv konkurrens inom offentlig upphandling. Vidare innebar

10[10] samhet, 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.

förfarandet brott mot principen om likabehandling av anbudsgivare. 11[11] (Se även nedan, om likabehandlingsprincipen enligt EG-Romfördraget).

Nämnden för offentlig upphandling (NOU), som utövar tillsynen över lagen om offentlig upphandling, har med hänvisning till Stora Bält-målet flera gånger erinrat om skyldigheten som föreligger för upphandlande enheter att avvisa orena anbud.12[12]

Vid upphandling enligt 5 kap. LOU (d.v.s. av A-tjänster över tröskelvärdet) skall anbudsprövningen enligt 1 kap. 20a § LOU dessutom genomföras i två steg. 13[13]

Den upphandlande enheten skall innan den genomför en materiell värdering av anbudet, först pröva om anbudsgivarna uppfyller de kvalifikationskrav som ställts enligt förfrågningsunderlaget. Anbud som brister i kvalifikationshänseende kan med tillämpning av EG-domstolens refererade avgörande i Stora Bält-målet således inte ens tas upp till materiell prövning, utan skall omgående avvisas från upphandlingen.

Enligt 7 kap. 6 § LOU skall en upphandlande enhet som inte följt lagens bestämmelser ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör. Med "uppkommen skada" avses 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*)14[14]. Talan om skadestånd kan enligt samma kapitel 8 § väckas av leverantör vid allmän domstol. Talan skall väckas inom ett år från den dag då avtal tecknats. I fråga om skadeståndets beräkning och funktioner erinras i förarbetena vidare om att syftet med det bakomliggande EG-direktivets15[15] 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. Fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen,

11[11] EG-domstolens avgörande i mål nr C-243/89, Europeiska kommissionen ./ Konungariket Danmark.

12[12] Nämnden för offentlig upphandling: NOU info mars -96, sid. 6 och NOU info okt. -96, sid. 10 och 17f.

13[13] Vid upphandlingar enligt 2 kap. 3 kap. och 5 kap. LOU.

14[14] Prop. 1992/93:88, sid. 103

15[15] 89/665/EEG art. 1(c) samt 92/13/EEG art. 2(d)

giltighet som svensk lag. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen 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*" 16[16]. Den allmänna likabehandlingsprincipen får förstås så att en medlemsstats myndigheter inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa, t.ex. inhemska, leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn

Yttrande

Karlshamnsbostäder 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.

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 genomfört en upphandling av golvvårdstjänster för drygt 11 miljoner kronor. Upphandlingen har utlysts i enlighet med de av EG-direktiv styrda bestämmelserna för s.k. öppet upphandlingsförfarande enligt lagen om offentlig upphandling.

I upphandlingen har som ett obligatorisk kvalifikationskriterium föreskrivits att anbudsgivare skall vara auktoriserad av Golvbranschens VårtrumsKontroll GVK samt att en kopia av intyg om sådan auktorisation skall bifogas anbud. Den anbudsgivare som antagits som entreprenör i upphandlingen (Anbudsgivare C) saknar emellertid sådan auktorisation. Något intyg om GVK-auktorisering torde därmed heller inte kunna finnas bifogat till anbudet. Någon annan likvärdig auktorisation för att utföra våtrumarbeten synes heller inte ha åberopats av företaget.

Upphandlingslagen medger inte någon möjlighet för upphandlande enheter att vid anbudsvärderingen bortse från sådana obligatoriska s.k. skall-krav som uppställts i anbudsförutsättningarna. Anbud C borde av detta skäl ha avförts från upphandlingen redan vid kvalifikationsvärderingen och inte upptagits till slutlig prövning. Uppdraget att utföra golvvården i Karlshamnsbostäders bestånd skulle rätteligen ha gått till endera av anbudsgivarna D och E, varav anbudsgivare D erhållit marginellt flest poäng och erbjudit det i upphandlingen lägsta priset.

Genom att uppta det dyrare och orena anbudet C till materiell prövning samt anta detta anbud, har Karlshamnsbostäder enligt Konkurrenskommissionens bedömning åsidosatt upphandlingslagens krav på affärsmässighet samt snedvridit konkurrensen. Den omständigheten att Karlshamnsbostäder även vid en tidigare kritiserad upphandling av golvvårdstjänster antagit samma anbudsgivare på ett sätt som strider mot gällande upphandlingsbestämmelser understryker allvaret i kritiken av vad som förefaller vara ett systematiskt åsidosättande av lagens krav på affärsmässighet [\[PC1\]](#).

Kommentar [PC1]:

Mot bakgrund av att Karlshamnsbostäder även vid en tidigare kritiserad upphandling av golvvårdstjänster antagit samma anbudsgivare på ett sätt som strider mot gällande upphandlingsbestämmelser indikerar det kritiserade förfarandet vad som förefaller vara ett systematiskt åsidosättande från bolagets sida av upphandlingslagens krav på affärsmässighet.
