

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO

02-061

PM 2 2002-12-11 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Stockholms stad har vid upphandling av elarbeten beslutat att vid anbudsvärderingen väga in en viss anbudsgivares pris även för andra tjänster (larm- och teleinstallationer), som inte omfattas av upphandlingen.

Stockholms stad (nedan Staden) infordrade i maj 2002 för tio stadsdelsnämnders räkning¹[1], anbud avseende successiva avrop av hantverkstjänster under perioden den 1 januari 2003 till och med den 31 december 2004 med möjlighet till ytterligare ett års förlängning (2 + 1 år).

Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen, som omfattar avrop av byggarbeten, elarbeten, glasarbeten, låsarbeten samt reparation av hushållsmaskiner och storköksutrustning till ett uppskattat sammanlagt värde av 13,5 miljoner kronor per år, skall handläggas som en s.k. urvalsupphandling enligt bestämmelserna i 6 kap. lagen om offentlig upphandling.

Under rubriken "Anbudsprövning" framgår att anbud skall komma att bedömas utifrån lägsta pris där timpris skall jämföras med materialpris. Avseende timpris skall "Anbud med lägst timpris för arbete inom respektive hantverkarkategori²[2] tilldelas 10 poäng. Övriga anbud får poäng i relation härtill (10 5 högre pris ger 10 % lägre poäng = 9)". Vidare framgår att ramavtal kan komma att tecknas med flera leverantörer.

Av förfrågningsunderlaget framgår inte att upphandlingen innefattar larm- eller telearbeten eller att sidoanbud avseende denna tjänst kan komma att beaktas. Dessa tjänster upphandlas i stället separat (se vidare nedan).

¹[1] De tio stadsdelsnämnderna är Kungsholmen, Norrmalm, Östermalm, Maria-Gamla stan, Katarina-Sofia, Enskede-Årsta, Skarpnäck, Farsta, Vantör samt Liljeholmen, varav Katarina-Sofia stadsdelsförvaltning fungerat som administrativ samordnare av upphandlingen.

²[2] Med undantag för kategorin "glasarbeten".

Inom kategorin ”elarbeten” noterades vid anbudstidens utgång 12 inkomna anbud, vilka nollställdes enligt följande^{3[3]}:

Anbud:	Bud A	Bud B	Bud C	Bud D	Bud E	Bud F	Bud G	Bud H	Bud I	Bud K	Bud L	Bud M
Pris/timme:	265 kr	270 kr.	285 kr.	285 kr.	297 kr.	300 kr.	300 kr	300 kr.	318 kr.	330 kr.	350 kr.	369 kr.
Prispoäng:	10,0 p.	9,81 p.	9,24 p.	9,24 p.	8,79 p.	8,0 p.	8,68 p.	8,68 p.	8,68 p.	7,55 p.	6,79 p.	6,08 p.

I nollställningstabellen för anbudsgivare I finns en fotnotsnotering av vilken framgår att ”Timpriset för [Anbudsgivare I] har beräknats som ett snittpris; de anger 340 kr/tim för larm/teletekniker och 296 kr/tim för elmontör”.

Under rubriken ”elektriska installationer” framgår av anbud att anbudsgivaren ”...utför alla sorters starkströmsinstallationer. Såväl i bostäder som kontor, industri och offentlig förvaltning”. Därjämte framgår under den särskilda rubriken ”Tele-, larm, signal- och datanätsinstallationer” att anbudsgivaren ”Förutom de elektriska installationerna installerar [...] också brandlarm, centralantenn (CANT auktoriserad), inbrottslarm, snabbtelefon samt signal och datanät (inkl. fibersvetsning). Vi har även kunskap inom bredbandsinstallationer...”. Som pris har i anbudet angivits för ”Elmontör” 296 kronor per timme samt för ”Larm och teletekniker” 340 kronor per timme. Något pris på 318 kronor per timme har således aldrig offererats av bolaget för elarbeten.

Utgången av upphandlingen meddelades leverantörerna genom en cirkulärskrivelse daterad den 22 oktober 2002. I en skrift till Staden den 29 oktober 2002 har anbudsgivaren särskilt påtalat att anbudet avseende elmontörstjänster är 296 kronor per timme samt att förhållandet att anbudsgivaren *förutom de elektriska installationerna* även kan åta sig larm- och teleinstallationer skall ses som ett tilläggsanbud och kan inte ingå huvudanbudet avseende elmontörstjänster eftersom det är fråga om helt olika tjänstekategorier. Nämnda invändningar tillbakavisades av Staden i en svarsskrivelse den 30 oktober 2002 av vilken framgår att påpekandet om tilläggsanbud inte föranleder någon ändring av poängbedömningen.

Om anbudet I hade värderats enbart på grundval av det pris anbudsgivaren angivit för ”Elmontör” (296 kr/tim.) hade anbudet istället för 8,68 prispoäng åsatts 8,75 poäng och därmed rankats bättre inför Stadens förvaltningars avrop i anledning av upphandlingen.

Upphandlingens samlade värde inklusive förlängningsåret kan med ledning av Stadens egna uppgifter uppskattas till c:a 40 miljoner kronor (13,5 miljoner kronor per år x 3).

Den 25 oktober 2002 (d.v.s. tre dagar efter anbudsvärderingen avseende elarbeten) påbörjade Staden en separat upphandling av tekniska larm och larminstallationer för de berörda stadsdelsförvaltningarnas räkning⁴[4].

Länsrätten i Stockholms län har genom dom den 21 november 2002⁵[5] ogillat en talan om överprövning från den förfördelade leverantören. Länsrättens dom har vunnit laga kraft genom att Kammarrätten i Stockholm beslutat inte bevilja prövningstillstånd⁶[6].

Gällande rätt

All offentlig upphandling regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.

Tjänster för fastighetsförvaltning, inkl. löpande underhåll samt för underhåll och reparation av hushållsartiklar och maskinutrustning utgör sådana s.k. A-tjänster (kategori 1 och 17) vilka, om det samlade kontraktsvärdet av upphandlingen överstiger tröskelvärdet \approx 200.000 eller 1,741 miljoner kronor⁷[7], skall upphandlas enligt bestämmelserna för tjänsteupphandling i 1 kap., 5 kap. samt 7 kap. LOU. Vid tröskelvärdesberäkningen av kontraktsvärdet skall förekommande options- eller förlängningsklausul i det tänkta avtalet beaktas som om det kommer att utnyttjats (se 5 kap. 7 § LOU).

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller 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 förarbetena⁸[8] till lagen motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till

4[4] Se MFO upphandling, anbudsfrågan avseende Tekniska larm och larminstallationer. Upphandlingen, vilken påbörjades genom avsändande av annons till Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) den 25 oktober 2002, avser "tekniska larm, trygghetslarm för äldreboende i egen regi, brandlarm installation samt service i säkerhetsfrämjande syfte efter avrop och i mån av behov samt tjänster för larminstallationer". Avropande enheter är bl.a. följande stadsdelsnämnder: Norrmalm, Östermalm, Maria-Gamla stan, Katarina-Sofia, Enskede-Årsta, Skarpnäck, Farsta, Vantör samt Liljeholmen. Således omfattas samtliga av den tidigare upphandlingen avseende bl.a. elarbeten berörda stadsdelsnämnder utom en (Kungsholmen) av denna separata larm- och larminstallationsupphandling.

5[5] Länsrätten i Stockholms län, dom i mål nr. 19852-02E, meddelad den 21 november 2002.

6[6] Kammarrätten i Stockholm, beslut i mål nr. 7988-02, meddelat den 25 november 2002.

7[7] Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från den 1 januari 2002, vid upphandlingar av varor och tjänster.

8[8] Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.

principen om icke diskriminering (se 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 konkurrensnedvridande sätt.

Enligt 1 kap. 7 § samt 2 kap. 8 § och 5 kap. 14 § LOU skall upphandlingen som regel⁹[9] annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT). De formaliserade förfarandena för *öppen upphandling* eller *selektiv upphandling* skall därvid normalt tillämpas. Den upphandlande enheten skall vidare inom 48 dagar efter det att upphandlingen har avslutats upprätta en rapport om upphandlingen och sända en annons till Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) om hur upphandlingen har avslutats¹⁰[10]. Endast om det samlade värdet av upphandlingen understiger tröskelvärdet 1,741 miljoner kronor kan det något förenklade förfarandet urvalsupphandling enligt 6 kap. LOU tillämpas.

Enligt 1 kap. 22 § LOU skall enheten anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som har lägst anbudspris. Skall flera anbud kunna komma att antas (parallellt) skall dessa som regel rangordnas för avrop med den billigaste eller eljest ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet först.

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 och anbud behandlas lika. Vid anbudsvärdering skall nollställning ske så att samtliga anbud kommer att jämföras utifrån likartade förutsättningar. Den upphandlande enheten får således inte lägga till eller dra från någon förutsättning för viss leverantör, om motsvarande förändring inte samtidigt görs även i förhållande till övriga anbud.

Frågan om grunderna för vilka anbud som skall antas är därvid mycket central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Av såväl lagtext som aktuella förarbeten¹¹[11] till bestämmelsen i 6 kap. 12 § LOU framgår att den upphandlande enheten vid värderingen av anbuden inte får beakta andra omständigheter än vad som

9[9] Undantag från skyldigheten att annonsera upphandlingen får enligt 2 kap. 11 § och 5 kap. 17 § LOU ske enbart om varorna eller tjänsterna som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan tillhandahållas eller utföras av endast en viss leverantör eller om det på grund av synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till den upphandlande enheten är nödvändigt att genomföra upphandlingen utan hinder av stadgade tidsfrister för annonsering.

10[10] Se 1 kap. 11 § och 6 kap. 16 § LOU.

11[11] Prop. 1992/93:88, sid. 51-52 samt 71-72 - jfr. ursprungligt textförslag till 6 kap. 10 § i prop. 1993/94:78 sid. 34.

angivits i annonsen eller i förfrågningsunderlaget för upphandlingen. EG-kommissionen har tidigare riktat kritik¹²[12] mot en upphandling där Rikspolisstyrelsen vid anbudsvärdering beaktat andra omständigheter än vad som framgick av förfrågningsunderlaget och därvid särbehandlat (i detta fall gynnat) viss leverantör.

En upphandlande enhet kan således inte upphandla någon annan tjänst eller vara än vad upphandlingen utlysts för och som framgår av förfrågningsunderlaget (jfr 1 kap. 23b § LOU).

Skulle en upphandlande enhet tveka om tolkningen avseende visst anbud kan enheten med stöd av 1 kap. 21 § andra stycket LOU begära att anbudsgivaren förtydligar eller kompletterar sitt anbud, om detta kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

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.

Yttrande

Stockholms 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.

-

Bedömning

¹²[12] Kritik framförd vid paketmöte mellan representanter för EG-kommissionen och Sveriges regering i september 1996 (se vidare NOU-info dec. 1996 sid. 5).

¹³[13] Prop. 1992/93:88, sid. 103.

¹⁴[14] 89/665/EEG art. 1(c) samt 92/13/EEG art. 2(d).

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.

Den aktuella upphandlingen avseende hantverkstjänster, däribland elarbeten, utgör s.k. A-tjänster och omfattar sådana värden att den borde ha handlagts enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap., 5 kap. samt 7 kap. LOU. Någon möjlighet för Stockholms stad att tillämpa urvalsupphandling enligt 6 kap. LOU har således inte förelegat, varför valet av upphandlingsförfarande har varit felaktigt i sig.

Den för Konkurrenskommissionens utredning mest relevanta frågan har emellertid varit Stadens beslut att för ett av anbuden (anbud I) beakta ett snittprisberäkning som delvis inkluderar ett annat tjänsteslag än vad som i övrigt har lagts till grund för anbudsvärderingen.

Av det aktuella förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen avser ”elarbeten”. Med detta får förstås starkströmsarbeten som förutsätter viss fackmässig behörighet. Larm- eller telearbeten, vilka utöver starkströmsbehörighet även förutsätter särskild kompetens avseende larm- och telesignaler, har såvitt framgår av förfrågningsunderlaget inte efterfrågats i upphandlingen.

Eftersom tjänster för larminstallationer m.m. upphandlas av Staden separat kan det knappast heller ha varit avsikten att avrop av sådana tjänster skall kunna ske inom ramarna för tjänsten ”elarbeten”. Sakliga skäl för att i den nu aktuella upphandlingen även väga in prisuppgifter avseende larm och teletekniker har således inte förelegat. Detta gäller oberoende av huruvida resultatet av en sådan sammanvägning medför fördel eller nackdel för viss leverantör, jämfört med övriga anbudsgivare. Likhetsprincipen och kravet på affärsmässighet enligt LOU förutsätter nämligen att alla anbud bedöms utifrån lika grundförutsättningar.

Om Staden inför anbudsvärderingen hade varit osäker om tolkningen av prisuppgiften i anbudet I avseende larm och teletekniker kunde Staden med stöd av upphandlingslagens bestämmelser ha inhämtat ett kompletterande klarläggande från anbudsgivaren avseende detta förhållande. I vart fall borde Staden efter det att den berörde anbudsgivaren påtalat den felaktiga beräkningsgrunden, ha iakttagit rättelse.

En förutsättning för att Staden skall kunna lägga den aktuella genomsnittsberäkningen till grund för värderingen av anbud är att (1) upphandlingen utökas till att omfatta även denna tjänst, (2) Staden redovisar en uppskattad genomsnittlig fördelning i volym mellan avrop elmontörer respektive avrop larm- och teletekniker, samt (3) Staden i samtliga fall inhämtar uppgift från övriga anbudsgivare avseende pris för larm- och teletekniker, vilket inte har skett i det aktuella ärendet.

Vad Stockholms stad har lagt till grund för sin värdering av inkomna anbud stämmer således inte med vad som i förfrågningsunderlaget angivits som föremål för upphandlingen. Genom förfarandet har enligt Konkurrenskommissionens mening Staden därmed att åsidosatt de krav på likabehandling som uppställs i lagen om offentlig upphandling och bakomliggande EG-direktiv.

Sammantaget riskerar de påtalade felaktigheterna medföra att konkurrensen på den lokala marknaden för elarbeten snedvrids samtidigt som förtroendet för Staden som upphandlare undergrävs.
