

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 03-038

PM 1 2003-11-05 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Arboga kommun har tecknat avtal om hyra av inventarier och köp av vissa tjänster för driften av ett gym i kommunens simhall, utan att någon föregående infordran av konkurrerande anbud har skett.

Kommunfullmäktige i Arboga har genom beslut den 25 september 2003 (KF § 140/03) godkänt ett mellan kommunen och ett privat gymföretag (nedan: GymF) upprättat förslag till "HYRESAVTAL" avseende perioden den 1 oktober 2003 till och med den 1 oktober 2018, således med giltighet 15 år framåt i tiden (dnr. 237/2003-820). Det aktuella avtalet ersätter två tidigare avtal från 2002 mellan kommunen och GymF med delvis liknande innebörd men med kortare avtalstid^[1].

Av förslaget till "HYRESAVTAL" framgår följande förutsättningar: GymF skall låta genomföra och bekosta en utbyggnad av de delar av Ekbacksbadet där gymverksamhet sedan tidigare har bedrivits. I de ombyggda lokalerna skall allmänheten mot särskild ersättning tillhandahållas solarium, styrketräning och motionsverksamhet. Gymets kunder skall under Ekbacksbadets ordinarie öppettider även erhålla fri tillgång till badanläggningen i övrigt.

Parternas ansvar enligt avtalet fördelar sig så att kommunen med egen personal skall ansvara för driften av gymverksamheten^[2] inklusive städning och övriga driftskostnader medan GymF ensam skall ansvara för ombyggnaden av lokalen och löpande ytskiktsunderhåll samt utbilda kommunens personal till gyminstruktörer. GymF skall under avtalstiden vidare tillhandahålla kommunen erforderliga redskap och övriga inventarier samt svara för marknadsföringen av gymverksamheten^[3]. GymF skall även hålla inventarier och maskiner försäkrade samt teckna och vidmakthålla ansvarsförsäkring för verksamheten.

Prissättningen gentemot kund skall enligt avtalet bestämmas av GymF efter samråd med kommunen. Som utgångspunkt anges i avtalet att priset för ett årskort för närvarande uppgår till 1.700 – 2.500 kronor med en årlig höjning på c:a 50 -150 kronor.

Ersättningen mellan parterna enligt "HYRESAVTALET" regleras genom vad som uppges vara en "omsättningsbaserad hyra", innebärande att kommunen skall erhålla 45 procent medan GymF skall erhålla 55 procent av intäkterna^[4] från verksamheten^[5].

Enligt en tjänsteskrivelse upprättad inom fritids- och kulturförvaltningen i Arboga kommun uppgick den totala intäkten av gymverksamheten under 2002 till c:a 1.126.902 kronor, varav GymF erhöll 676.361 kronor och kommunen 450.000 kronor. För 2003 uppskattas intäkterna belöpa sig till c:a 1.500.000 kronor, vilka skall fördelas med 975.000 till GymF och 525.000 kronor till kommunen.^[6] Det aktuella kontraktets värde för GymF kan således uppskattas till över 10 miljoner kronor för hela avtalstiden. Med ledning av upphandlingslagens modell för tröskelvärdesberäkning (se nedan) kan värdet emellertid uppskattas till c:a 3,9 miljoner kronor^[7].

Gällande rätt

All offentlig upphandling regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Med upphandling avses enligt lagens 1 kap. 5 § bl.a. leasing, hyra eller hyrköp av varor. Av samma kapitel 2 § framgår vidare att dess bestämmelser omfattar upphandlingar som görs av bl.a. kommuner. De som är skyldiga att upphandla enligt lagens bestämmelser benämns upphandlande enheter.

Frågan huruvida den aktuella typen av ”hyresavtal” med ömsesidiga och blandade prestationer skall utgöra upphandling i upphandlingslagens mening har i tidigare bedömts i ett mål^[1] gällande ett liknande ”hyresavtal” som samma gymföretags (GymF) hade tecknat med en annan kommun^[2]. Domstolen konstaterade då att det ”hyresavtal” varom fråga var i målet innefattade, förutom ett hyresförhållande, även köp av varor och tjänster. Härigenom utgjorde den aktuella affärssuppgörelsen mellan kommunen och gymföretaget inte något renodlat hyresavtal, vilket är undantaget från lagens reglering^[3], utan en upphandling på vilken lagen om offentlig upphandling normala bestämmelser skulle äga tillämpning.

Upphandlingar av varor eller tjänster skall om kontraktsvärdet över stiger tröskelvärdet 1,741 miljoner kronor^[4] handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap., 2 kap. eller 5 kap. LOU. I fråga om byggentreprenad uppgår tröskelvärdet till 43,534 miljoner kronor⁹. Understiger upphandlingens värde dessa tröskelvärden skall handläggning istället ske enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU^[5].

En upphandlings värde skall enligt 5 kap. 7 § LOU beräknas till månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om kontraktet löptid, inklusive eventuell options- eller förlängningsperiod, är längre än 48 månader (4 år). Enligt den s.k. överviktsprincipen i 5 kap. 3 § skall vid blandade upphandlingar av varor och tjänster över tröskelvärdet upphandlingen genomföras enligt 5 kap. LOU om värdet av tjänsterna överstiger värdet av varorna och enligt 2 kap. LOU vid omvänt förhållande.

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^[6] (jfr. art. 6 i EG / Romfördraget). Regeln är bl.a. utformad i syfte att försvåra möjligheterna att gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Lagens bestämmelser medför därmed att skattebetalarna skyddas mot onödigt höga kostnader.

Beroende på upphandlingsform skall enligt 1 kap. 7 § eller 6 kap. 2 § LOU förekommande upphandlingar kungöras genom annons som leder till en effektiv konkurrens.^[4]

Enligt 1 kap. 22 § eller 6 kap. 12 § LOU skall den upphandlande enheten anta det anbud som i beaktande av vissa i förväg angivna omständigheter är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller som har lägst pris.

Undantag från skyldigheten att infordra konkurrerande anbud genom annons eller skrivelser föreligger enligt 2 kap. 11 § 3 kap. 15 § och 5 kap. 17 LOU eller och 6 kap. 2 § LOU enbart om varorna som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan produceras av endast en viss leverantör, 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 onödigt dröjsmål eller om det som skall upphandlas är av så lågt värde att kostnaden för ett mer formbundet förfarande inte står i rimlig proportion till detta låga värde^[5].

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 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"*^[6].

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^[PC1].

Yttrande

Arboga kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, men skriftligen meddelat att kommunen inte avser att avge något yttrande i ärendet.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende 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 Arboga kommun tecknat avtal med en privat företag (GymF) om att företaget skall låta bygga om och installera ett antal solarier samt tränings- och motionsmaskiner i en lokal med anslutning till kommunens simhall. Kommunen skall i allt väsentligt tillhandahålla erforderlig personal samt svara för driften av anläggningen. Avtalet har tecknats utan att föregående infordran av konkurrerande anbud har skett.

Avtalet mellan kommunen och GymF är rubricerat som "HYRESAVTAL". Någon från kommunens avskild rörelse avser GymF emellertid inte att bedriva i gymlokalen utan verksamheten skall drivas av kommunens personal, men med hjälp av GymF:s maskiner och inventarier m.m., som ett komplement till den övriga simhallsverksamheten.

Någon regelrätt hyra utgår heller inte mellan parterna utan ersättning skall betalas i proportion till de löpande intäkterna av verksamheten, där kommunen löpande skall redovisa upplupna kontantkassor till GymF för senare avräkning.

Vid en sammantagen bedömning av parternas respektive förpliktelser enligt avtalet synes framgå att GymF i allt väsentligt tillhandahåller kommunen maskinell utrustning samt tjänster för viss drift, service och underhåll i anslutning till denna. Något lokalhyresavtal i egentlig mening är således inte fråga om. Avtalets konstruktion med reglering av fördelningen av intäkterna från försäljningen från gymverksamheten talar även för att det snarare är fråga om köp eller hyra av varor och av tjänster än ett hyresavtal. Avtalet torde därför innebära upphandling på vilken lagen om offentlig upphandling skulle ha tillämpats.

Av utredningen framgår inte hur den avtalade ersättningen fördelas på entreprenadtjänster, varor och tjänster. Oavsett denna fördelning skulle i vart fall konkurrerande anbud ha inhämtats från flera företag enligt bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling. Några synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska eller att avtalets värde var så lågt att det inte motiverade ett mer formaliserat upphandlingsförfarande genom infordran av anbud, har inte åberopats av Arboga kommun till stöd för att underlåta infordran av konkurrerande anbud.

Genom att således utan giltiga skäl ha upphandlat det aktuella avtalet direkt från GymF utan att konkurrerande anbud har inhämtats har Arboga kommun åsidosatt de krav på opartiskhet och likabehandling som uppställs i lagen om offentlig upphandling samt i EG-Romfördraget och gällande upphandlingsdirektiv. Detta innebär att konkurrensen på den lokala marknaden för gymverksamhet har snedvridits.

^[1] Gällande avtalstid enligt det gamla avtalet är 2002 till och med 2007.

^[2] Under första halvåret skall GymF kostnadsfritt tillhandahålla kommunen en extra specialutbildad instruktör på heltid. Därefter skall GymF vid behov, mot särskild avgift, tillhandahålla kommunen med specialutbildad instruktör. Från verksamheten är enligt avtalet delvis undantaget utom spinning och motionscykling.

^[3] Marknadsföring skall enligt avtalet ske med "marknadsföringsaktivitet" vid minst två tillfällen per år.

^[4] Intäkterna betalas, som det kan förstås, på två sätt, dels genom kontantförsäljning på plats i gymmet, dels genom försäljning av periodkort genom girering eller annan betalning i bank. I det första fallet upptas betalningarna genom kommunen för att insättas på bankräkning och senare fördelas mellan parterna. I det senare fallet torde försäljning ske direkt genom GymF. Även i detta fall skall en senare avräkning och fördelning ske mellan parterna.

- ^[5] Särskilda bestämmelser gäller för verksamheter som ingår i ett särskilt gym-kort, däribland spinning/mtionscykling, där fördelningen under avtalets första tio år skall vara 35 % till kommunen och 65 % till GymF, därefter skall fördelning ske enligt huvudbestämmelsen 45/55. Kommunens anställda skall erhålla en rabatt motsvarande 10 procent på utgående priser.
- ^[6] Arboga kommun, fritids- och kulturförvaltningen, tjänsteskrivelse den 10 augusti 2003.
- ^[7] Beräknad som nettointäkten för GymF under 2003 multiplicerat med fyra (månadsvärdet ggr 48); 975 tkr x 4 = 3.900 tkr..
- ^[8] Länsrätten i Skåne län, dom i mål nr. 214-98, meddelad i Lund den 26 februari 1998.
- ^[9] Lunds kommun.
- ^[10] Se 5 kap. 1 § andra stycket punkten 1 LOU.
- ^[11] Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från den 1 januari 2002, vid upphandlingar av varor och tjänster.
- ^[12] Vilken även inbegriper 1 kap. 1-6 §§ och 12 § andra stycket samt 27 och 28 §§ LOU.
- ^[13] Prop 1992/93:88, sid. 59-60.
- ^[14] Antingen genom annons i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT), genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som leder till effektiv konkurrens.
- ^[15] För tolkningen av vad som i 6 kap. 2 § LOU avses med *synnerlig brådska* hänvisar bestämmelsens förarbeten till tidigare bestämmelser enligt Riksrevisionsverkets föreskrifter till 4 § upphandlingsförordningen (1986:366) samt anvisningarna till 7 § normalreglementet för kommunal upphandling. Enligt dessa bestämmelser anses *synnerlig brådska* föreligga endast vid eldsvåda, översvämning eller annan sådan katastrof samt där annat skäl föreligger för att myndighet skall undvika avsevärd ekonomisk eller annan skada. För en normal upphandlande enhet har Nämnden för offentlig upphandling (NOU)^[15] vid upphandling av varor angivit ett basbelopp enligt 1 kap 6 § lagen (1962:381) om allmän försäkring eller *c:a 38.000 kronor* som riktmärke för ett sådant *lågt värde* under vilket ett mer formaliserat upphandlingsförfarande inte behöver genomföras utan direktupphandling istället kan tillämpas.
- ^[16] Reg. prop. 1994/95:19 Del 1 sid 478.

^[PC1]För giltigheten av ett kommunalt beslut krävs att detta är fattat av kommunfullmäktige, behörig kommunal nämnd^[1] eller ett partssammansatt organ. Beslut kan även, efter beslutsdelegation av behörigt organ^[1], fattas av ett utskott, en förtroendevald eller en tjänsteman. De kommunala nämndernas beslut skall enligt 6 kap. 30 § kommunallagen – KL – protokollföras. Beslut som har fattats av en enskild tjänsteman efter delegation av t.ex. en behörig kommunal nämnd skall enligt 6 kap. 35 § KL anmälas till nämnden. Anmälan skall antecknas i nämndens protokoll.

Beslut av kommunfullmäktige, kommunal nämnd eller partssammansatt organ kan enligt 10 kap. 2 och 8 §§ KL överklagas^[1] genom att talan om s.k. *laglighetsbesvär* anhängiggörs vid allmän förvaltningsdomstol (länsrätt). Beslut som har fattats med stöd av ett giltigt delegationsbeslut kan överklagas i samma ordning som gäller för det organ som delegerat beslutet^[1]. Klagotiden, inom vilken talan om laglighetsbesvär skall inges, utgör tre veckor från den dag då meddelande om justerat protokoll anslagits på kommunens anslagstavla.