

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 04-002

PM 2 2004-02-19 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom underlåtenhet att tillämpa lagen om offentlig upphandling.

Det kommunala företaget Örebroporten AB har utan föregående upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden köpt byggtreprenadarbeten för ett belopp som kan uppgå till 25 miljoner kronor.

Örebroporten Fastigheter AB^[1] (nedan Örebroporten) är ett av Örebro kommun helägt företag.

Den verkställande ledningen för Örebroporten förde under av mitten 2003 diskussioner med det på orten verksamma företaget Johnsson Pump AB om att Örebroporten från företaget skulle förvärva industrifastigheten Örebro/Klädeshandlaren 2.

Vid sammanträde med styrelsen för Örebroporten den 12 augusti 2003 (Sty § 3:5/03) informerade styrelseordföranden om att en förfrågan inkommit huruvida bolaget ville förvärva den aktuella industrifastigheten samt meddelade att ”En preliminär uppgörelse finns om förvärv av fastigheten för 18 mkr med tillträde 1 oktober 2003. Hyreskontrakt skall tecknas på 10 år. Värme, el och vatten ingår ej i hyran, ett optionsavtal skall tecknas där hyresgästen har rätt att köpa tillbaka fastigheten efter 10 år och där Örebroporten har rätt att sälja tillbaka fastigheten efter 10 år”. Styrelsen beslutade därefter att förvärva fastigheten samt att teckna hyreskontrakt och optionsavtal.

Vid sammanträde den 4 september 2003 (Sty § 4:10/03) beslutade Örebroportens styrelse att med Johnsson Pump AB även med teckna ett ”Projektavtal” avseende en av Örebroporten finansierad tillbyggnad av fastigheten för högst 25 miljoner kronor samt att det aktuella fastighetsförvärvet skulle ske genom det för ändamålet anskaffade dotterbolaget Örebro Rådhus AB (under namnändring till Klädeshandlaren AB)^[2].

Påföljande dag, den 5 september 2003, upprättade Johnson Pump AB ett förfrågningsunderlag med administrativa föreskrifter samt inhämtade anbud avseende den beslutade tillbyggnaden från ett privat byggföretag. Någon annonsering genomfördes aldrig och anbudsinfordran handlades inte i enlighet med föreskrifterna i lagen om offentlig upphandling.

Den 15 september 2003 undertecknade Johnson Pump AB och Örebro Rådhus AB köpekontrakt varigenom industrifastigheten Örebro/Klädeshandlaren 2 till en köpeskilling av 18 miljoner kronor överläts på Örebro Rådhus AB, med tillträde den 1 oktober 2003. Samma dag tecknade parterna även ett ”Projektavtal” innefattande att Örebro Rådhus AB på den förvärvade fastigheten skall låta uppföra och till Johnson Pump AB upplåta en ny maskinhall på c:a 5.000 kvm. Även ett ”Hyreskontrakt” tecknades, enligt vilket Örebro Rådhus AB under tio år till och med den 31 december skall upplåta den förvärvade fastigheten (inklusive ny maskinhall) till Johnson Pump AB.

Den 1 oktober tillträdde Örebroporten genom dotterbolaget Örebro Rådhus AB fastigheten.

Den 5 december 2003 tecknade Johnson Pump AB och det privata byggföretaget ett som ”beställningsskrivelse” angivet kontrakt innefattande att byggföretaget i enlighet med ett dagen innan upprättat upphandlingsprotokoll skall utföra vissa arbeten för om- och tillbyggnad av fastigheten Klädeshandlaren 2. Genom en separat avtal som upprättats samma dag har Örebroporten och Johnson Pump AB överenskommit att ”överföra” beställningsskrivelsen och upphandlingsprotokollet på Örebroporten, varigenom Örebroporten framstår som ensam beställare gentemot byggföretaget.^[3] Partssuccessionen har skriftligen bekräftats av byggföretaget, genom ett särskilt påtecknat godkännande.^[4]

Gällande rätt

Offentliga anskaffningar regleras sedan den 1 januari 1994 genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Lagen är, såvitt några i lagen införda undantag inte anger motsatsen, tillämplig på samtliga avtal om köp eller hyra som ingår av sådana s.k. *upphandlande enheter* som är skyldiga att följa lagen (1 kap. 5 § samt 1 kap. 2 § LOU). Med upphandlande enheter avses i lagen bland annat 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^[5] förbjudna att (direkt eller indirekt, via företag) bedriva näringsverksamhet 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 således som regel skyldiga att följa upphandlingslagens bestämmelser.

Hur upphandlingar skall genomföras regleras i lagen för samtliga fall. Upphandlingar av byggtreprenader där det samlade upphandlingsvärdet understiger tröskelvärdet 5 miljoner euro eller 43,5 miljoner kronor^[6] skall handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-6 §§ samt 6 kap. LOU^[7] (normalt genom förfarandet för förenklad upphandling eller urvalsupphandling).

Med byggtreprenad avses enligt lagen:

1. Utförande eller såväl projektering som utförande av arbeten som kan hänföras till någon av de i bilaga C till LOU angivna verksamheterna, eller
2. Resultatet av ett byggnads- och anläggningsarbete i dess helhet, vilket i sig självt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk enhet (enligt Nord i specialkommentaren i Karnov är definitionen delvis otydlig men torde innebära att ett arbete, vars färdiga resultat inte självständigt har någon funktion att fylla inte är en byggtreprenad), denna punkt saknas dock i definitionen av bygg- och anläggningsarbeten inom försörjningssektorerna, eller
3. Utförande av vad slag det vara må, av bygg- och anläggningsarbete som motsvarar de av den upphandlande enheten angivna kraven (översättningen här av engelskans *"the execution, by whatever means, of a work corresponding to the requirements specified by the contracting authority"* överensstämmer inte helt med den som finns i direktivet på svenska). Sistnämnda punkt har inte tagits in i definitionen i LOU.

Lagens definition av byggtreprenad täcker även vissa kontrakt som ibland betecknas som utvecklingskontrakt, projektavtal eller dylikt, d.v.s. då en entreprenör eller ett konsortium bygger på mark som inte ägs av den upphandlande enheten för att senare marken inkl. byggnad ska säljas eller hyras ut till den upphandlande enheten.

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 grundläggande gemenskapsrättsliga principer, däribland den s.k. likabehandlingsprincipen, som har sitt ursprung i EG-Romfördraget^[8].

Likabehandlingsprincipen uppställer en allmän grundsats om att samtliga tänkbara leverantörer vid offentligt finansierad handel inom Europeiska unionen skall behandlas på ett likvärdigt sätt. 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 jordbrukspolitikerna 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".¹⁹¹ Principen får förstås så, att en medlemsstats myndigheter över huvud taget inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa leverantörer framför andra vid handel inom den offentliga sektorn.

Med upphandling avses enligt legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU alla avtal om köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggentreprenader eller tjänster. Någon möjlighet för t.ex. kommuner och kommunala bolag att utanför upphandlingslagens bestämmelser köpa varor föreligger således som regel inte.

Enligt 6 kap. 2 § LOU skall enheten upprätta ett skriftlig anbudsunderlag med en beskrivning av föremålet för upphandlingen och, i förekommande fall, en redovisning vilka omständigheter som enheten avser att tillmäta betydelse vid värdering av inkomna anbud, samt inhämta konkurrerande anbud genom annons i en allmänt tillgänglig databas eller genom annons på ett annat sätt.

Enligt 6 kap. 2b § LOU kan vid upphandling av byggtreprenader under tröskelvärdet, undantag från skyldigheten att offentliggöra upphandlingen föreligga (i) om det vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud, (ii) det som upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör, eller (iii) om upphandlingen avser ytterligare leveranser från den ursprungliga leverantören, avsedda antingen som delersättning för eller tillägg till tidigare leveranser och ett byte av leverantör skulle medföra oskäliga tekniska eller ekonomiska olägenheter.

Skulle upphandlingens värde vara lågt^[10] eller föreligger andra synnerliga skäl^[11], får upphandlingen enligt 6 kap. 2 §, andra stycket LOU, undantagsvis handläggas enligt bestämmelserna för *direktupphandling*. Skriftliga anbud behöver i sådant fall inte infordras, utan det räcker med en formlös anbudshandläggning.

Vid otillåten direktupphandling, d.v.s. där en upphandling, trots att detta inte kan motiveras av objektiva skäl, exempelvis har genomförts utan föregående annonsering, kan den upphandlande enheten bli skadeståndsskyldig. 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*)^[12]. Talan om skadestånd kan enligt samma kapitel 8 § väckas av leverantör vid allmän domstol. Talan skall väckas inom ett år från den dag då upphandlingen avslutades.

Otillåten direktupphandling kan även föranleda att en förfördelad leverantör med stöd av 7 kap. 2 § LOU väcker talan om s.k. överprövning i domstol (länsrätt) mot upphandlingen i syfte att tvinga fram ett korrekt upphandlingsförfarande. Av 7 kap. 2 § LOU framgår att beslut vid andra upphandlingar än sådan direktupphandling som skett med stöd av lagens bestämmelser kan överprövas fram till den tidpunkt då ett "upphandlingskontrakt" föreligger. Med "upphandlingskontrakt" avses enligt legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU "...skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt denna lag". En upphandling kan således överprövas i domstol fram till den tidpunkt då det (1) föreligger ett kontrakt grundat på en lagligen genomförd upphandling samt (2) tio dagar har förflutit från det att ett meddelande om tilldelningsbeslut enligt 1 kap. 28 § LOU har lämnats^[13]. En otillåten direktupphandling kan till följd härav i princip angripas utan begränsning i tiden. Skulle den förfördelade leverantören vinna framgång med talan om överprövning kan den upphandlande enheten befinna sig i en situation med två avtal avseende samma leverans. För denna situation av dubbel avtalsbundenhet har lagförarbetena angivit följande: "Om civilrättslig avtalsbundenhet uppstått innan upphandlingen avslutas riskerar en upphandlande enhet att bli skadeståndsskyldig gentemot den leverantör som först tilldelats upphandlingskontraktet. Om allmän förvaltningsdomstol beslutar att upphandlingen skall göras om kan enheten inte rimligtvis fullfölja det första avtalet"^[14]. Såvitt framgår av lagstiftarens resonemang förväntas den upphandlande enheten således honorera den senare, korrekt upphandlade, avtalet och möjligen skadeståndsvägen kompensera den leverantör som tidigare direktupphandlats genom otillåtet förfarande.

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 (se 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 dock 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 inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa, t.ex. inhemska, leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

Yttrande

Örebro kommun och Örebroporten Fastigheter AB har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, men genom likalydande skrivelser, var för sig meddelat att de, med hänvisning till att saken kan komma bli föremål för prövning av domstol eller annan myndighet, beslutat att avstå från att avge 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 blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

I det aktuella ärendet har det kommunala fastighetsbolaget Örebroporten köpt entreprenadtjänster för uppförandet av en byggnad på en nyförvärvad industrifastighet.

Örebroporten utgör till följd av sitt allmännyttiga ändamål och av att bolaget ägs av Örebro kommun en s.k. upphandlande enhet som är skyldig att följa lagen om offentlig upphandling.

Beslutet att låta förvärva den aktuella industrifastigheten fattades av Örebroportens styrelse i augusti-september och bolaget tillträdde fastigheten i oktober 2003. I samband med förvärvet beslutade styrelsen även att investera upp till 25 miljoner kronor i en nybyggnad av en maskinhall på fastigheten. Uppdraget att uppföra maskinhallen lämnades sedermera till ett privat byggföretag, utan att bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling iaktogs.

Förhandlingarna med det kontrakterade byggföretaget har skett genom det företag (Johnsson Pump AB) som ursprungligen sålde den aktuella fastigheten till Örebroporten och som även skall hyra tillbaka anläggningen, inklusive den nybyggda industrihallen. Entreprenadkontrakt tecknades den 5 december 2003 med Johnsson Pump som beställare. Genom en simultan kontraktshandling kom entreprenadavtalet emellertid att omedelbart "överföras" på Örebroporten som slutlig beställare gentemot det kontrakterade byggföretaget.

Mot bakgrund av att förfrågningsunderlaget upprättades först efter det att det stod klart att Örebroporten skulle förvärva den berörda industrianläggningen samt att beställningshandlingarna undertecknades långt efter det att Örebroporten tillträtt fastigheten, framstår Örebroporten som den egentliga beställaren av byggentreprenaden.

Beställningsskrivelsen kom även, samma dag som den undertecknades, att överföras på Örebroporten och det är Örebroporten som skall betala för entreprenadarbetenas utförande.

Upphandlingens värde kan knappast anses vara lågt och några synnerliga skäl i form av synnerlig brådska eller andra skäl som inte kunnat förutses och inte heller beror på Örebroporten har inte påståtts föreligga för att bolaget skall tillåtas köpa aktuella entreprenadarbeten direkt utan konkurrens på marknaden. Någon tidigare upphandling har aldrig genomförts och någon teknisk eller annan ensamrätt som medför att endast det

kontrakterade byggtreprenadföretaget skulle kunna komma fråga för leverans av de aktuella arbetena föreligger inte. Den aktuella beställningsskrivelsen avser heller inte någon tilläggsbeställning.

Saklig grund för undantag från upphandlingslagens regler till skydd för konkurrensen m.m. föreligger således inte, utan offentlig upphandling skulle ha genomförts med iakttagande av gällande bestämmelser om krav på annonsering m.m.

Genom att åsidosätta dessa krav har Örebroporten enligt Konkurrenskommissionens mening agerat i strid mot gällande lag om offentlig upphandling på ett sätt som snedvrider konkurrensen på marknaden för byggtreprenader m.m.

^[1] Örebroporten Fastigheter AB med registreringsnummer 556167-8276 registrerades av Patent- och registreringsverket (PRV) den 7 augusti 1974; Nuvarande firma registrerades 26 augusti 2003. Gällande bolagsordning antogs av kommunfullmäktige i Örebro den 11 augusti och registrerades hos PRV den 26 augusti 2003. Tidigare firma har varit Industribyggnadsbolaget Örebro AB. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 10,8 miljoner kronor. Enligt gällande bolagsordning har bolaget till ändamål med sin verksamhet att *”komplettera marknadens utbud av kontors- och industrilokaler för att tillgodose kommunens näringspolitiska intresse av god tillgång på denna typ av lokaler, på kommunens uppdrag lämna näringslivet en god service i frågor om mark- och lokalutnyttjande samt tillgodose kommunens behov av rörelsefastigheter för särskilda behov”*. Ändamålsbestämmelsen ersatte genom beslutet den 11 augusti 2003 en tidigare bestämmelse med följande lydelse: *”Bolaget har till ändamål med sin verksamhet att främja en god lokalhållning åt småindustri och hantverk, och att genom information och marknadsföring på kommunens uppdrag lämna näringslivet en god service i frågor om mark- och lokalutnyttjande”*.

^[2] Av styrelseprotokollet framgår att ordföranden informerade om att det av tekniska skäl är en fördel att det aktuella fastighetsförvärvet ger genom ett dotterbolag. Styrelsen för Örebroporten beslutade därför att förvärva det vilande bolaget Örebro Rådhus AB under namnändring till Klädeshandlaren AB, för att låta detta bolag förvärva den aktuella industrifastigheten.

Örebro Rådhus AB (u.n.t. Klädeshandlaren AB) med registreringsnummer 556619-5185 registrerades av Patent- och registreringsverket (PRV) den 1 december 2001 och har enligt bolagsordningen som föremål för sin verksamhet att *”förvalta fastigheter och värdepapper samt därmed förenlig verksamhet”*. Nuvarande firma registrerades den 8 februari 2002. Gällande bolagsordning antogs den 18 december 2001. Tidigare firma har Startplattan 41430 AB. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 100.000 kronor.

^[3] Av överförandeavtalet framgår följande: *”Samtliga rättigheter och skyldigheter som beställare enligt bifogad beställning och upphandlingsprotokoll överförs härmed till Örebroporten Fastigheter AB, som efter övertagandet i egenskap av beställare svarar som kontraktspart mot [Byggföretaget].*

^[4] På överförandeavtalet finns en av byggföretaget påtecknad attest, enligt följande: *”Överförande av ”beställningsskrivelse och upphandlingsprotokoll godkännes av [Byggföretaget]”*.

^[5] Undantagna är i visst avseende kommunala elhandelsföretag och företag för kommunal tjänsteexport.

^[6] Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från den 1 januari 2002 till och med den 14 februari 2004, vid upphandlingar av varor och tjänster.

^[7] 6 kap 1 § 1 stycket, 3 mom., LOU.

^[8] EG-Romfördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, giltighet som svensk lag.

^[9] Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478.

^[10] Som riktvärde för ett sådant *lägt värde* under vilket ett mer formaliserat upphandlingsförfarande inte behöver genomföras, utan direktupphandling istället kan tillämpas, har Nämnden för offentlig upphandling (NOU) för en normal upphandlande enhets upphandling av varor angivit en generell, övre gräns motsvarande ett (1) basbelopp^[10] (numera: ”prisbasbelopp”) enligt 1 kap. 6 § lagen (1962:381) om allmän försäkring - se NOU-info, årssammanställningen för år 1993-95, sid. 57; År 2003 uppgick gällande prisbasbelopp till c:a 38.600 kronor och för 2004 uppgår gällande prisbasbelopp till 39.000 kronor

^[11] Exempel på ”synnerliga skäl” kan vara synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten, men även andra synnerliga skäl kan komma ifråga (se prop. 2001/02:142).

^[12] Se Prop. 1992/93:88, sid. 103.

^[13] Av aktuella lagförarbeten (prop. 2001/02:142 sid. 102) framgår därför att *”Vid otillåten direktupphandling kan en leverantör således begära överprövning av upphandlingen även om avtal slutits med en annan leverantör så länge kraven på upphandlingskontrakt och tidsfrist i tredje stycket inte är uppfyllda”*.

^[14] Se prop. 2001/02:142 sid. 78.