

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

*Det kommunalägda bostadsbolaget AB Gavlegårdarna har genomfört upphandling av varor och tjänster för installation av elmätare m.m. för över 8 miljoner kronor på ett sätt som inte effektivt tillvaratar befintlig konkurrens.*

Det av Gävle kommun helägda bostadsbolaget AB Gavlegårdarna har genom annons i lokal-tidningarna Gefle Dagblad och Arbetarbladet den 15 september 2004 infordrat anbud avseende "Mätsystem för elenergi i lägenheter för fördelning av elenergikostnad" för omgående leverans och installation.

Upphandlingen har delats upp i sex delentreprenader, rubricerade E1 – E6, vilka har fördelats på två samtidigt upprättade, men separata förfrågningsunderlag. Det ena underlaget omfattar delentreprenaderna E1-E5 medan återstående underlag avser delentreprenaden E6. <sup>[1]</sup>

Av underlagen för upphandlingen framgår att delentreprenaderna E1-E5 omfattar i huvudsak montering och inkoppling av elmätare för mätning av elenergi i lägenheter. Elmätarna skall kopplas samman med s.k. busledningarna så att mätinformationen kan överföras till centrala system för behandling av mätvärden samt fördelning av kostnaderna för elenergi mellan hyresgästerna i AB Gavlegårdarnas bestånd av lägenheter. Delentreprenaden E6 omfattar i huvudsak leverans av erforderlig utrustning, i huvudsak elmätare inklusive funktionsansvar, konfigurering, verifiering, dokumentation och driftsättning av den upphandlade mätutrustningen.

Upphandlingen skall enligt handlingarna handläggas som en s.k. förenklad upphandling enligt bestämmelserna i 6 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling - LOU. Till stöd för detta har AB Gavlegårdarna underhand redovisat som sin inställning att upphandlingen avser köp av byggtreprenad enligt bilaga C till lagen om offentlig upphandling (position 503.5, installation av elanläggningar). Upphandlingen har därför inte annonserats på annat sätt än i lokaltidningar<sup>[2]</sup>.

Anbudstiden gick ut den 6 oktober 2004. Med ledning av registrerade anbud kan det samlade kontraktsvärdet för upphandlingen uppskattas till c:a 8,6 miljoner kronor, varav c:a 3,9 miljoner kronor hänför sig till upphandlingsdelarna E1-E5 och c:a 4,7 miljoner kronor hänför sig till upphandlingsdelen E6. <sup>[3]</sup>

Länsrätten i Gävleborgs län har genom lagakraftvunnet avgörande den 18 november 2004 förordnat att upphandlingen skall göras om. <sup>[4]</sup>

Gällande rätt

All offentlig upphandling och vad som äger samband med den, regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.

Förutom statliga och kommunala myndigheter omfattar lagens bestämmelser även bl.a. kommunala bolag som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär<sup>[5]</sup>. Enligt 2 kap. 7 § kommunallagen (1991:900) är kommunerna med några undantag<sup>[6]</sup> förbjudna att (direkt eller indirekt via företag) bedriva kommersiellt betingad näringsverksamhet. Mot bakgrund av kommunallagens reglering måste som regel kommunala företag alltid anses utgöra sådana s.k. *upphandlande enheter* som är

skyldiga att iaktta upphandlingslagens bestämmelser. Tillsyn över lagen utövas av Nämnden för offentlig upphandling (NOU)<sup>[2]</sup>.

Med upphandling avses enligt lagens systematik i princip alla avtal där upphandlande enheter köper varor, tjänster eller byggtreprenader från fristående rättssubjekt. Upphandlingslagens bestämmelser är därvid tvingande för de upphandlande enheterna.

Lagen om offentlig upphandling innefattar en mängd varierande bestämmelser för hur upphandling skall genomföras. Vilket förfarande som skall tillämpas avgörs i huvudsak av vad som skall upphandlas och det uppskattade samlade kontraktsvärdet av upphandlingen.

Lagen skiljer härvid mellan upphandlingar av varor, tjänster respektive byggtreprenader samt mellan upphandlingar vars kontraktsvärde överstiger respektive understiger särskilda i lagen fastställda tröskelvärden.

För upphandlingar av varor respektive vissa s.k. A-tjänster, vars samlade kontraktsvärde överstiger det i lagen angivna tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,845 miljoner kronor<sup>[3]</sup>, skall de av EU-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. och 2 kap. respektive 5 kap. LOU tillämpas. Vid upphandling av varor eller A-tjänster under detta tröskelvärde samt av s.k. B-tjänster skall bestämmelserna i 1 kap. 1-6§§ samt 6 kap. LOU tillämpas.

Avser upphandlingen istället bygg- och anläggningsarbeten utgör tröskelvärdet 5 miljoner euro eller 46,134 miljoner kronor<sup>6</sup>. Bygg- och anläggningsupphandlingar med ett samlat kontraktsvärde överstigande tröskelvärdet skall upphandlas med iakttagande av de direktivstyrda bestämmelserna i 3 kap. LOU, medan motsvarande arbeten under tröskelvärdet skall upphandlas enligt de nationella bestämmelserna i 6 kap. LOU.<sup>[9]</sup>

Vad som i lagens mening skall anses utgör A- respektive B-tjänster framgår av bilaga A respektive bilaga B till lagen om offentlig upphandling. Bilagorna bygger i allt väsentligt på en klassificering av tjänster som numera finns sammanställd i den av EU-rådet och parlamentet antagna s.k. CPV-nomenklaturen (*Common Procurement Vocabulary*).<sup>[10]</sup> Enligt detta system för klassificering av tjänster ingår exempelvis ”*installation av mätutrustning*”, (CPV 50921000) i tjänstekategorin ”*Underhåll och reparation av motorfordon, hushållsartiklar och maskinutrustning*” enligt kategori 1 i bilaga A till LOU. Vidare ingår ”*Konsulttjänster för leveranskontroll av maskinvara*” (CPV 72140000) samt ”*Systemtjänster och tekniska konsulttjänster*” (CPV 72220000) i tjänstekategorin ”*Datatjänster och därmed anknutna tjänster*” enligt kategori 7 i bilaga A till LOU.

Vid uppdelning av ett upphandlingskontrakt i flera mindre delar skall varje delvärde ingå i beräkningen av upphandlingens kontraktsvärde.<sup>[11]</sup>

Vid s.k. blandade kontrakt, där både varor och tjänster förekommer i samma upphandling, tillämpas den s.k. *övertviktsprincipen*. Enligt denna princip, som finns införd i 5 kap. 3 § LOU, skall bestämmelserna om upphandling av tjänster enligt 5 kap. LOU tillämpas om värdet av tjänsterna i upphandlingen överstiger värdet av varorna. Bestämmelserna om varupphandling i 2 kap. LOU skall på motsvarande sätt tillämpas vid omvänt förhållande. Övertviktsprincipen gäller även för gränsdragningen vid blandade upphandlingar där både A- och B-tjänster förekommer samtidigt.<sup>[12]</sup>

Definitionen av vad som i lagens mening skall utgöra bygg- och anläggningsarbeten utgår i allt väsentligt från arten och omfattningen av aktuella arbeten. Utgångspunkt utgör därvid förteckningen enligt bilagan C till lagen om offentlig upphandling. Även rena tjänster kan anses utgöra bygg- och anläggningsarbeten om de förekommer i samband med sådana arbeten och har ett naturligt samband med dessa. Som exempel på det senare nämns i litteraturen installationsarbeten och sådana tjänster som ofta ingår i slutfasen i en byggnation såsom fasadbeläggning, målning, golvbeläggning m.m. Den typen av arbeten kan också ingå i reparations- och underhållsarbeten. Var gränsen skall dras mellan A-tjänst och byggtreprenad får således bedömas från fall till fall. Stora, systematiska och genomgri-

pande reparations- och underhållsarbeten kan i vissa fall räknas som entreprenader, medan löpande underhåll som ingår i fastighetsförvaltningen räknas som A-tjänster. Däremellan finns en gråzon som får fastställas i praxis.<sup>[13]</sup>

Sammanfattningsvis kan konstateras att upphandlingar som i huvudsak vänder sig till byggföretag och / eller innefattar typiska byggarbeten som huvudregel skall anses utgöra bygg- och anläggningsarbeten, medan arbeten som saknar samband med byggarbeten eller motsvarande större reparations- och underhållsarbeten som regel skall anses utgöra tjänster i lagens mening.

Enligt en inom EG-rätten allmänt tillämpad *försiktighetsprincip* skall bestämmelser som innefattar avvikelser från vad som får uppfattas som gemenskapsrättens huvudregel om den fria rörligheten av varor och tjänster tolkas restriktivt. De upphandlande enheter som vill göra gällande undantag från tex. huvudregeln om annonsering har exempelvis bevisbördan att i förekommande fall visa sakliga skäl för sådant undantag.<sup>[14]</sup> I enlighet med detta synsätt bör det åligga den upphandlande enheten att visa tillräckliga skäl för att viss upphandling – enligt bestämmelserna för bygg- och anläggningsarbeten istället för varu- eller tjänsteupphandlingsbestämmelserna – skall vara undantagen från kravet på annonsering på en gemensamma marknaden (se nedan om annonsering i EGT och TED).<sup>[15]</sup>

Någon metod för gränsdragningen vid blandade upphandlingar av tjänster och byggentreprenader eller av varor och byggentreprenader finns inte införd i lagen om offentlig upphandling. Ett avgörande från EG-domstolen i det s.k. Gestion-målet (C-331/92) talar emellertid för att samma överviktsprincip som tillämpas vid gränsdragning mellan varor och tjänster samt mellan A och B-tjänster även skall gälla för byggentreprenader.<sup>[16]</sup>

Frågan om offentliggörande av offentliga upphandlingskontrakt har grundläggande betydelse för principen om varors och tjänsters fria rörlighet inom den Europeiska unionen, vilken bl.a. kommer till uttryck genom art. 23 och art. 49 i EU-fördraget samt genom de gemenskapsrättsliga direktiv för offentlig upphandling som har antagits av Europeiska rådet<sup>[17]</sup>.

Som huvudregel skall medlemsstaternas upphandlande enheter offentliggöra sina upphandlingar genom ett och samma tillvägagångssätt. Härigenom nedbringas kostnaderna för intresserade leverantörer att hämta information om pågående upphandlingar, vilket medför större effektivitet genom ökad konkurrens.

För upphandlingar över gällande tröskelvärden har det därför införts ett system där som regel samtliga offentliga upphandlingskontrakt skall annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT), vilket även innefattar publicering i databasen TED (Tenders Electronic Daily).<sup>[18]</sup> Möjligheten att genomföra offentlig upphandling utan föregående annonsering är ytterst begränsad<sup>[19]</sup>

Även upphandlingar under tröskelvärdena skall som regel offentliggöras på ett sätt som säkerställer en effektiv konkurrens. Enligt 6 kap. 2 § LOU skall anbud vid s.k. *förenklad upphandling* infordras genom annons i en allmänt tillgänglig elektronisk databas eller genom annons i annan form som leder till en effektiv konkurrens. Av aktuella lagförarbeten framgår att det inte skall anses tillräckligt att en upphandlande enhet annonserar på sin egen hemsida och inte heller att t.ex. en kommun annonserar i en lokal tidning eller på kommunens anslagstavla.<sup>[20]</sup> Även under tröskelvärdena är möjligheten till upphandling utan föregående annonsering begränsad.<sup>[21]</sup>

Enligt EU-fördraget 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

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

### 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.

Som huvudregel för all offentlig upphandling gäller att de upphandlande enheterna skall försäkra sig om effektiv konkurrens genom att hålla information om pågående upphandlingar lätt tillgänglig och på lika villkor för samtliga tänkbara leverantörer. Vid offentlig upphandling över gällande tröskelvärden innebär detta att anbud som regel skall inhämtas genom publicering i EGT och i databasen TED. Även vid upphandling under tröskelvärden föreligger det en skyldighet att inhämta anbud genom annons i en allmänt tillgänglig databas eller på annat sätt som leder till effektiv konkurrens. Annonsering enbart i lokala medier kan enligt förarbetesuttalanden inte anses tillräckligt för att skapa en effektiv konkurrens.

Den upphandling avseende mätsystem för elenergi som nyligen genomförts av det kommunala bostadsbolaget AB Gavlegårdarna innefattar inte såpass stora, systematiska och genomgripande reparations- och underhållsarbeten att lagens bestämmelser för bygg- och anläggningsarbeten kan tillämpas. Av handlingarna framgår att det samlade kontraktsvärdet uppgår till drygt 8 miljoner kronor, varav varuvärdet i upphandlingsdelen E6 dominerar. Mot denna bakgrund skall, som länsrätten konstaterat, upphandlingen istället genomföras i enlighet med gällande bestämmelser om varuupphandling över tröskelvärdet i 2 kap. LOU, vilket bland annat innefattar krav på publicering i EGT och i databasen TED.

Även om upphandlingen skulle avse bygg- och anläggningsarbeten, och således kan handläggas enligt de i 6 kap. LOU införda bestämmelserna för upphandling under tröskelvärdet, har det i vart fall förelegat en skyldighet för AB Gavlegårdarna att inhämta anbud på ett sätt som tillfredsställande tillgodoser behovet av en effektiv konkurrens. Detta behov kan knappast anses uppfyllt genom annonsering enbart i Gefle Dagblad och Arbetarbladet. Andra leverantörer än lokala företag har härigenom kommit att missgynnas.

Oavsett till viken kategori den aktuella upphandlingen skall hänföras är det sätt på vilket upphandlingen har handlagts knappast förenligt med gällande bestämmelser om affärs- mässighet och likabehandling vid offentlig upphandling. Konkurrensen på marknaden för elektrisk mätapparatur och installation av sådan utrustning har därför snedvridits på ett otillbörligt sätt.

<sup>[1]</sup> Se AB Gavlegårdarna förfrågningsunderlag avseende "Mätsystem för elenergi i lägenheter för fördelning av elenergikostnad", projektnummer 1005 2208, daterat den 2004-09-13.

<sup>[2]</sup> Gefle Dagblad och Arbetarbladet har tillsammans en upplaga på c:a 60.000 exemplar och har sin geografiska spridning huvudsakligen inom Gävle kommun och Gävleborgs län.

<sup>[3]</sup> Delentreprenad: Lägsta anbudspris:  
E1 1.660.000 kronor

E2 720.000 kronor  
E3 650.569 kronor  
E4 465.181 kronor  
E5 389.601 kronor  
E6 4.736.318 kronor

Totalt kontraktsvärde: 8.621.669 kronor

- [4] Se Länsrätten i Gävleborgs län, dom i mål nr. 2102-04, meddelad den 18 november 2004. Av domskälen framgår bl.a. följande:  
*"Enligt länsrättens mening kan de installations- och ledningsdragningsarbeten som upphandlas inte anses så stora, genomgripande och systematiska att de kan räknas som byggentreprenader i upphandlingslagens mening utan skall istället anses som tjänster av det slag som anges i avdelning A till bilagan i LOU. [...] En upphandling som avser en kombination av varor och tjänster skall följa de regler som gäller för den typ som dominerar värdemässigt. Upphandlingsdelen E6 avser i huvudsak upphandling av varor till ett värde av 4.736.318 kronor. [...] För hela upphandlingen skall därför bestämmelserna i 2 kap. LOU om varuupphandling tillämpas".*
- [5] Se 1 kap. 2 och 6 §§ LOU.
- [6] Undantagna är i visst avseende kommunala elhandelsföretag samt företag för kommunal tjänsteexport.
- [7] Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.
- [8] Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från och med den 15 februari 2004, vid upphandlingar av varor och tjänster.
- [9] Avseende upphandling av varor, tjänster och byggentreprenadarbeten som görs av en upphandlande enhet för sådan av enheten bedrivna verksamhet som består av bl.a. drift eller tillhandahållande av fasta nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om produktion, transporter, distribution eller försörjning med dricksvatten, elektricitet, gas eller värme eller av leverans av sådana nyttigheter till fasta nät, skall istället för 2, 3 och 5 kap. LOU bestämmelserna i 4 kap. LOU tillämpas om kontraktsvärdet av upphandlingen övertiger angivna tröskelvärden.
- [10] Se Europaparlamentets och rådets förordning (EEG/2195/2002) av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003.
- [11] Se 2 kap. 5 § (varor), 3 kap. 2 § (byggentreprenader) samt 5 kap. 5 § LOU (tjänster):
- [12] Se 5 kap. 3 § andra stycket LOU enligt vilken enupphandling som avser tjänster enligt såväl avdelning A som avdelning B i bilagan, skall i sin helhet anses vara en upphandling av tjänster som avses i avdelning A om värdet av sistnämnda tjänster överstiger värdet av tjänster enligt avdelning B. Om värdet av tjänster enligt avdelning A understiger värdet av tjänster enligt avdelning B skall upphandlingen i sin helhet anses vara en upphandling av tjänster som avses i bilaga B.
- [13] Se bl.a. Hentze och Sylvén, Lagbokskommentaren till LOU, Norstedts, andra upplagan, 1998, sid.
- [14] Se bl.a. den princip om försiktighet och restriktiv tolkning som kommer till uttryck i EG-domstolens domar i målen C-199/85, C-71/92, C-328/92 samt C-57/94.
- [15] Med den s.k. *klassiska sektorn* avses byggentreprenader, varor eller tjänster över gällande tröskelvärden enligt 2 kap. 3 kap. och 5 kap. LOU, men inte byggentreprenader, varor eller tjänster som skall upphandlas enligt bestämmelserna i 4 kap. eller 6 kap. LOU eller som är undantagna från lagens reglering.
- [16] Se EG-domstolen, dom den 19 april 1994 i mål C-331/92, Gestion Hotelera Internacional ./ Comunidad Autonoma de Canarias), varigenom domstolen konstaterade att en upphandling kan anses vara ett tjänstekontrakt om byggentreprenadinslaget endast är av underordnad ("incidental") betydelse. Domstolen nämnde därvid två olika prövningsmetoder: Den ena metoden var att kartlägga om byggnaden var huvudsyftet ("main object") med kontraktet. Om så var fallet skulle kontraktet anses vara en byggentreprenad; omvänt skulle kontraktet anses vara ett tjänstekontrakt. Den andra metoden var att klarlägga om det ekonomiska värdet av byggarbetena översteg värdet av tjänsterna. Om så var fallet skulle kontraktet även här anses som ett byggentreprenadkontrakt; vid omvänt förhållande – om således värdet av tjänsterna översteg värdet av byggarbetena – skulle kontraktet anses vara ett tjänstekontrakt. (se vidare Henze och Sylvén, lagbokskommentaren till LOU, Norstedts, andra upplagan 1998, sid. 184).
- [17] Se EU-rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet); Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor (varuupphandlingsdirektivet); Rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (bygg- och anläggningsdirektivet) samt Rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport-, och telekommunikationssektorerna (försörjningssektorsupphandlingsdirektivet).
- [18] Se 2 kap. 7 §, 3 kap. 10 § 4 kap. 15 § samt 5 kap. 12 § LOU.
- [19] Se 2 kap. 10 och 11 §§, 3 kap. 15 och 7 §§, 4 kap. 16 § samt 5 kap. 17 och 19 §§ LOU.
- [20] Se prop. 1999/2000:128 sid. 26.
- [21] Se 6 kap. 2 § andra stycket och 2 b §§ LOU.