

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 06-017

PM 2 2006-10-04 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom avrop i strid mot bestämmelserna om affärsmässighet vid offentlig upphandling.

Skolfastigheter i Stockholm AB har vid upphandling av VVS-tjänster genomfört löpande avrop från andra leverantörer än den som enligt bolagets utvärdering har rangordats i första hand, och utan att bereda den först rangordnade leverantören möjlighet att leverera.

Skolfastigheter i Stockholm AB (nedan SISAB)^[1] helägs av Stockholms stad indirekt genom holdingbolaget Stockholms Stadshus AB. SISAB äger och förvaltar merparten av Stockholms förskolor, grundskolor och gymnasieskolor. Totalt äger och förvaltar bolaget c:a 1,7 miljoner kvadratmeter byggyta fördelat på c:a 560 förskolor, grundskolor och gymnasier inom Stockholms kommun. Största delen av bolagets fastigheter hyrs av Stockholms stad. Ungefär 10 procent hyrs ut för andra ändamål, bl.a. till friskolor, som bostäder eller som kommersiella lokaler.

SISAB genomförde under år 2001 en offentlig upphandling av tekniska konsulttjänster (dnr. 2001/UPH/00002-04). Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen avser konsulttjänster inom totalt tretton kategorier, däribland VVS-konsulttjänster. Upphandlingen handlades enligt förfarandet för öppen upphandling och uppdragsformen angavs som ”Ramavtal för avropsbeställningar”. Avtal skall enligt underlaget komma att träffas med flera konsultföretag inom respektive kategori och SISAB skall anta de ekonomiskt mest fördelaktigaste anbudena, med hänsyn till ett antal prioriterade och rangordnade värderingsgrunder där olika kvalitetsfaktorer tillmäts 70 procents signifikans och anbudens pris tillmäts 30 procents signifikans^[2].

Anbudsöppning skall enligt vad som anges i förfrågningsunderlaget ha genomförts den 8 maj 2001 varvid, enligt den sammanställning som presenterats av SISAB, registrerades 32 inkomna anbud avseende VVS-tjänster. Av dessa upptogs 29 till slutlig anbudsprövning och värdering. Av den anbudssammanställning som finns upprättad av SISAB^[3] framgår att totalt elva sinsemellan rangordnade anbud antogs för ramavtal. Av en senare upprättad förteckning över anlitade entreprenörer framgår att emellertid totalt tolv leverantörer skall ha anlitats för kontrakt avseende VVS-konsulttjänster. Dessa fördelar sig enligt följande:

| Anbudsgivare | Kvalitetspoäng | Pris poäng | Anbuds pris | Summa totalpoäng | Rang ordning |
|-----------------|----------------|------------|-------------|------------------|--------------|
| Anbudsgivare 14 | 57 | 30 | 484 kr/tim | 87 | 1 |
| Anbudsgivare 17 | 58 | 25 | 504 kr/tim | 82 | 2 |
| Anbudsgivare 05 | 61 | 20 | 537 kr/tim | 77 | 3 |
| Anbudsgivare 16 | 59 | 17 | 546 kr/tim | 76 | 4 |
| Anbudsgivare 03 | 61 | 15 | 568 kr/tim | 74 | 5 |
| Anbudsgivare 20 | 49 | 25 | 504 kr/tim | 74 | 6 |
| Anbudsgivare 29 | 66 | 8 | 626 kr/tim | 70 | 7 |
| Anbudsgivare 06 | 60 | 10 | 576 kr/tim | 70 | 8 |
| Anbudsgivare 18 | 57 | 14 | 566 kr/tim | 70 | 9 |
| Anbudsgivare 32 | 61 | 9 | 510 kr/tim | 70 | 10 |
| Anbudsgivare 11 | 56 | 12 | ? | 69 | 11 |

| | | | | | |
|----------------------|---|----|---|----|----|
| Anbudsgivare 10*)**) | 0 | 17 | ? | 17 | 29 |
|----------------------|---|----|---|----|----|

*) Anbudsgivare 10 finns inte med bland de totalt 11 anbud som SISAB markerat som antagna vid tilldelningen. Företaget har i SISABs sammanställning från anbudsvärderingen placerat sig på 29:e och sista plats med total 17 poäng. I den ”Avtalsförteckning”

som senare upprättats inom SISAB, och som tydligt tjänat som underlag för löpande avrop, finns företaget emellertid med som rangordnad åtta.

***) Anbudsgivare 03 och Anbudsgivare 10 är enligt SISABs "Avtalsförteckning" kontrakterade även inom andra tjänstekategorier.^[4]

Avtal i anledning av tilldelningen tecknades bl.a. den 6 augusti 2001 med Anbudsgivare 14, vilken rangordnats som etta i upphandlingen. Avtal har även tecknats med övriga antagna leverantörer. Dessa avser som regel perioden den 1 juli 2001 till och med den 30 juni 2003 med möjlighet till ett års förlängning till den 30 juni 2003 (2+1 år).

Utdrag ur SISABs leverantörsreskontra jämte uppgift om anbudens erbjudna prisnivåer visar att avrop under perioden från juni 2001 till och med april 2004 har skett enligt följande:

| <i>Anbudsgivare</i> | <i>Rang- ordning</i> | <i>Anbudspris</i> | <i>Avropat antal timmar (c:a)</i> | <i>Belopp exkl. moms</i> |
|---------------------|--------------------------|-------------------|---------------------------------------|--------------------------|
| Anbudsgivare 14 | 1 | 484 kr/tim | 2.201 tim | 1.065.361 kr |
| Anbudsgivare 17 | 2 | 504 kr/tim | 955 tim | 481.358 kr |
| Anbudsgivare 05 | 3 | 537 kr/tim | 1.986 tim | 1.066.602 kr |
| Anbudsgivare 16 | 4 | 546 kr/tim | 8.996 tim | 4.911.938 kr |
| Anbudsgivare 03* | 5 | 568 kr/tim | - | (3.379.300 kr) |
| Anbudsgivare 20 | 6 | 504 kr/tim | 4.157 tim | 2.094.949 kr |
| Anbudsgivare 29 | 7 | 626 kr/tim | 5.174 tim | 3.239.179 kr |
| Anbudsgivare 10* | 8** | 543 kr/tim | - | (2.211.978 kr) |
| Anbudsgivare 06 | 9 | 576 kr/tim | 3.245 tim | 1.868.958 kr |
| Anbudsgivare 18 | 10 | 566 kr/tim | 860 tim | 486.503 kr |
| Anbudsgivare 32 | 11 | 510 kr/tim | 913 tim | 465.734 kr |
| SUMMA: | - | - | 28.487 tim* | 15.680.579kr* |

*) Eftersom Anbudsgivare 03 och Anbudsgivare 10 enligt gällande "Avtalsförteckning" har varit kontrakterade även för andra arbeten inom SISAB, och det är svårt att bedöma vilka betalningar som hänför sig till enbart VVS-tjänster, har vid framställningens summe-
ringar bortsetts från dessa poster.

***) Anbudsgivare 10 är upptagen först på 29:e plats i bilagan till tilldelningsbeslutet men rangordnad åtta i avtalsförteckningen.

Avrop synes således ha skett med uppskattningsvis totalt c:a 28.000 timmar varav c:a 26.000 timmar har avropats från andra leverantörer än den rangordnade ettan, (Anbudsgivare 14). Bland annat har Anbudsgivare 16, vilken rangordnats först på fjärde plats i upphandlingen, kommit att gynnas i väsentlig grad genom avrop med 8.996 timmar. Även Anbudsgivare 20, vilken såväl kvalitets- som prismässigt har bedömts som väsentligt sämre än Anbudsgivare 14 och som vid tilldelningen rangordnats först på sjätte plats, har erhållit nästan dubbelt så mycket uppdrag som den rangordnade ettan (Anbudsgivare 14). Enbart drygt 2.000 timmar, eller knappt åtta procent (8%) av de samlade avropen har skett hos Anbudsgivare 14. Företaget har inte tillfrågats avseende övriga avrop.

Det i förväg uppskattade kontraktsvärdet av den del av upphandlingen som avser VVS-konsulttjänster har i förfrågningsunderlaget angivits till 1,1 miljoner kronor per år eller totalt 3,3 miljoner kronor under avtalets löptid, inklusive förlängningsår. I verkligheten synes avrop ha skett till väsentligt högre belopp.

För närvarande prövar Stockholms tingsrätt ett mål om skadestånd mot SISAB med utgångspunkt i den nu aktuella upphandlingen.^[5] Tingsrätten prövar även, i ett annat mål, åtal mot sju anställda vid SISAB vilka misstänks för mutbrott, alternativt trolöshet mot huvudman, i samband med annan upphandlingsverksamhet inom SISAB.^[6]

Gällande rätt

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

Tekniska konsulttjänster (CPV74210000) – däribland byggtkniska konsulttjänster och rådgivning (CPV 74231800) samt konstruktion av värmesystem (CPV 74232120) – utgör sådana A-tjänster (kategori 12)^[12] som om det samlade kontraktsvärdet överstiger (det vid tidpunkten gällande) tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,756 miljoner kronor^[13] skulle upphandlats enligt bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU. Lagens bestämmelser bygger i här angivet avseende på Europeiska rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (det s.k. tjänsteupphandlingsdirektivet). Understiger kontraktsvärdet angivet tröskelbelopp skall handläggningen istället ske enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU.^[14]

De grundläggande gemenskapsrättsliga principer, bl.a. principerna om transparens (förutsebarhet) och *likabehandling*, vilka bär upp den centrala gemenskapsrätten och kommer till uttryck genom bl.a. EG-fördraget, Europeiska unionens upphandlingsdirektiv samt därtill anslutande praxis, skall härvid tillämpas.^[15]

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^[16]. Enligt 2 kap. 7 § kommunallagen (1991:900) är kommunerna med några undantag^[17] förbjudna att (direkt eller indirekt via företag) bedriva kommersiellt betingad näringsverksamhet. Med ledning av den rättsliga regleringen måste kommunala företag således anses utgöra sådana s.k. *upphandlande enheter* som är skyldiga att iaktta upphandlingslagens bestämmelser. Tillsyn över lagen om offentlig upphandling utövas av Nämnden för offentlig upphandling (NOU).^[18]

Den s.k. *likabehandlingsprincipen* innebär att leverantörer skall behandlas utan ovidkommande hänsyn utifrån objektiva och strikt affärsmässigt motiverade grunder. Av den s.k. *transparensprincipen* följer vidare att samtliga överväganden eller åtgärder från den upphandlande enhetens sida som kan ha betydelse för anbudsgivningen och de efterföljande kontraktsförhållandena skall framgå i förväg på ett tydligt sätt för berörda leverantörer eller anbudsgivare. Således skall det av upphandlingsförutsättningarna exempelvis framgå vilka volymer som kan komma ifråga samt, vid parallella ramavtal, att avrop skall komma att ske i en viss rangordning.

Från rättspraxis förtjänar i sammanhangen framhållas ett avgörande där Kammarrätten i Sundsvall avseende offentlig upphandling av konferenstjänster uttalade bl.a. följande:

”Såvitt framgår av förfrågningsunderlaget skall inte heller någon rangordning mellan leverantörer ske vid utvärderingen. Som angetts ovan kan ett sådant förfarande normalt inte anses vara i överensstämmelse med kravet på affärsmässighet vid upphandling av ramavtal med flera leverantörer”.^[19]

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har vid nämndsammanträde samt i ett yttrande till riksdagens konstitutionsutskott bland annat angivit följande:

”Vid tecknandet av ett ramavtal med många leverantörer kan uppstå flera negativa konsekvenser som talar mot affärsmässighet eller ändamålsenlighet för myndigheten själv. Av dessa vill NOU särskilt nämna att de inlämnade anbuden kan bli för höga, att avropen inte görs på de förmånligaste kontrakt och att avropshandlingen fördröjas och valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga alternativet försämrats. Vidare kan förfarandets överensstämmelse med EG:s upphandlingsdirektiv för den klassiska sektorn ifrågasättas ... Det [är] NOU:s uppfattning att det vid avropstillfället bör finnas en bestämd ordning mellan leverantörerna, så att de som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (med beaktande [av] vad som angivits om kvalitetskrav) alltid utnyttjas i första hand. Det är först när dessa högst rankade leverantörer inte längre kan leverera, som man bör avropa från dem som kommer lägre ner på rangordningslistan. Vid krav [utan]noggrann prövning i samband med avropen kan de åsyftade administrativa besparingarna gå förlorade. Om sådan prövning inte görs kan det med rätta uppfattas som stötande att en leverantör som - i förhållande till de i förfrågningsunderlaget ställda kraven och kriterierna - haft ett högt anbudspris i praktiken kan få flera avrop och högre pris och göra en högre vinst än en leverantör som lämnat ett för den upphandlande enheten ekonomiskt fördelaktigare anbud.”^[20]

Vidare har Stockholms stads revisionskontor, i samband med en särskild granskning av SISABs upphandlingsverksamhet som publicerades i februari 2001 (d.v.s. ett knappt halvår före den nu aktuella upphandlingen) uttalat bl.a. följande:

"SISAB bör upprätta riktlinjer för ramavtal. I dessa riktlinjer bör bl a följande delar ingå: Varje beslut om avrop från årsavtal ska motiveras och dokumenteras. Konkurrensmöjligheterna ska alltid tillvaratas och en särskild upphandling ska alltid övervägas. En övre beloppsgräns för användande av årsavtalen bör tas fram. När ramavtal tecknats med flera ska det finnas affärsmässiga motiv för valet av var och en av entreprenörerna. Det ska dessutom framgå vilka omständigheter som avgör vilken entreprenör som i första hand bör anlitas vid varje enskilt avrop. Detta innebär att en prioriteringsordning för anlitage av entreprenörerna ska finnas och att den högst prioriterade i princip alltid ska erbjudas arbetena först".^[6]

Har vid tilldelning vid offentlig upphandling flera parallellt antagna leverantörer antagits och sinsemellan rangordnats bör således den i första hand rangordnade leverantören alltid erbjudas möjlighet att leverera och det är först om denne avböjer leverans som beställningen kan gå vidare till den leverantör som rangordnats i andra hand, och så vidare.

Den ovan redovisade principen om likabehandling har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, även generell giltighet som svensk lag, också utanför upphandlingsområdet. Inför Sveriges EU-medlemskap 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*".^[7] 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

SISAB har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats, men skriftligen meddelat att bolaget på grund av uppgiven resursbrist 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 blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

SISAB är ett sådant kommunalt bolag som måste följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling - LOU. Den nu aktuella upphandlingen avser tekniska konsulttjänster, s.k. A-tjänster, till ett sådant värde att lagens av EG-direktiv styrda bestämmelser närmast blir tillämpliga.

Oavsett upphandlingens värde bygger lagen om offentlig upphandling på ett antal grundläggande principer som avser att hindra godtycke och motverka korrupktion inom den offentliga handeln. Enligt principerna om likabehandling och transparens (förutsebarhet) – vilka ytterst har sin grund i EG-fördraget – skall berörda leverantörer

och anbudsgivare tillförsäkras ett rättssäkert och förutsebart förfarande där de på affärsmässiga grunder kan konkurrera på lika villkor.

Skall en upphandlande enhet teckna parallella ramavtal för löpande avrop med flera anbudsgivare är det enligt rättspraxis och doktrin viktigt att enheten noga klargör redan i tilldelningsbeslutet enligt vilken ordning antagna leverantörer skall kunna komma ifråga för leverans, samt verkställer avrop i enlighet med denna ordning.

En leverantör som har erhållit tilldelning enligt en viss rangordning måste med utgångspunkt i upphandlingslagens principer och inom ramarna för parternas civilrättsliga åtaganden kunna räkna med att komma ifråga för leverans i den ordning som tilldelningsbeslutet anger. Det accepterade anbudet medför – om inte annat särskilt har avtalats – såväl en skyldighet att leverera som en rättighet att komma ifråga för leveranser, på sätt som framgår av, förfrågningsunderlaget, föreliggande anbud, tilldelningsbeslutet (accepten) samt av parternas överenskommelser i övrigt. Har upphandlingsavtalet inte utformats som ett exklusivavtal är den upphandlande enheten visserligen oförhindrad att fylla sitt behov på annat sätt än genom avrop. Ett nytt offentligt upphandlingsförfarande måste i sådant fall alltid genomföras. Det är således inte möjligt för en upphandlande enhet att utan stöd av en ny upphandling vända sig till någon annan än den som i första hand tilldelats kontraktet enligt gällande tilldelningsbeslut. Det är heller inte möjligt för enheten att söka kringgå upphandlingslagens regler genom att teckna parallella ramavtal med ett stort antal leverantörer, för att sedan fritt avropa varor eller tjänster bland dessa.

I det aktuella fallet har SISAB genomfört en upphandling av VVS-tekniska konsulttjänster där pris har vägts mot kvalitetsfaktorer och ett antal anbudsgivare slutligen har antagits för parallella ramavtal enligt en särskild rangordning. Anbudsgivare 14, har vid tilldelningen rangordnats i första hand eftersom företaget erhöll högst totalpoäng och därför har bedömts erbjuda den ekonomiskt mest fördelaktiga lösningen i enlighet med SISAB krav. Företaget borde mot denna bakgrund kunnat räkna med att komma ifråga för avrop i första hand. Så har emellertid inte skett. SISAB har istället avropat huvuddelen av sitt behov av konsulttjänster inom VVS från andra leverantörer. Ett dylikt förfarande torde innebära avtalsbrott från SISABs sida samt framstår som särskilt anmärkningsvärt mot bakgrund av att Stockholms stads revisorer, bara några månader före den aktuella upphandlingen, påpekade för bolaget vikten av att det vid varje enskilt avrop framgår vilka omständigheter som avgör vilken entreprenör som i första hand bör anlitas samt att den högst prioriterade leverantören som princip alltid skall erbjudas uppdraget först.

Konkurrensen har härvid kommit att snedvridas samtidigt som den för lagen om offentlig upphandling och för gemenskapsrätten centrala principer har åsidosatts.

^[1] Skolfastigheter i Stockholm AB (SISAB), med organisationsnummer 556034-8970, bildades den 15 januari 1936 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 17 februari 1936; Nuvarande firma registrerades den 2 april 1991. Tidigare firma har varit Aktiebolaget Norra Latin. Nu gällande bolagsordning antogs av bolaget 25 mars 2003. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår 50 miljoner kronor vilket fördelas 50.000 aktier med nominellt värde på vardera 1.000 kronor. Bolaget ingår i en koncernbildning där Stockholms stadshus AB utgör koncernmoderbolag.

^[2] Värderingskriterierna utgörs av 1. Externa och interna referenser (50 %), 2. Erfarenhet hos ansvariga personer (20%), 3. Leveranssäkerhet (20%) samt 4. Kapacitet (10 %). Därjämte skall (som punkten 5) anbudens pris komma att bedömas enligt en särskilt redovisad modell.

^[3] Se Skolfastigheter I Stockholm AB (SISAB), ”SAMMANSTÄLLNING ANBUD VVS DNR 2001/UPH/00002-04”, varken daterad eller undertecknad.

^[4] Utöver VVS-tjänster är enligt SISABs avtalsförteckning Anbudsgivare 03 kontrakterad även för arkitekt-, el-, och statikertjänster. Anbudsgivare 10 är enligt samma förteckning kontrakterad även för VS-tjänster. Genomförda avrop från dessa företag har därför inte räknats med i de slutliga sammanställningarna.

^[5] Stockholms tingsrätt, mål T 20599-05.

^[6] Stockholms tingsrätt mål B 9162-03.

^[7] Kategori 12 enligt bilaga A till LOU utgörs av ”Arkitekttjänster, ingenjörs- och konstruktörstjänster, stadsplanerings- och landskapsarkitekturstjänster, anknutna vetenskapliga och tekniska konsulttjänster samt tjänster avseende teknisk provning och analys”.

- ^[8] Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från och med den 1 april 2000 till och med den 1 januari 2002, vid upphandlingar av varor och tjänster. Med CPV avses den nomenklatura, Common Procurement Vocabulary, som har fastställts av Europeiska unionen (European Commission, GD XV / B / 4) och som innehåller en klassificering av c:a 6.000 varor och tjänster. Tanken är att CPV skall ersätta olika nationella klassifikationer vid handel inom Europeiska unionen.
- ^[9] Om ett upphandlingskontrakt avseende tjänster inte anger något totalpris skall kontraktsvärdet enligt 5 kap. 7 § LOU beräknas till det fulla värdet av tjänsterna under kontraktets löptid om denna är högst 48 månader och till månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.
- ^[10] Se EG-domstolens dom av den 3 december 2001 i mål C-59/00 (Vestergaard). Domstolen fastslog därvid att ”*även om vissa avtal inte omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsdirektiven på området för offentlig upphandling är de upphandlande myndigheter som ingår sådana avtal ändå skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler*” (punkt 20) - för ett liknande resonemang, se även EG-domstolens dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98 (Telaustria et Telefonadress), punkt 60.
- ^[11] Se 1 kap. 2 och 6 §§ LOU.
- ^[12] Undantagna är i visst avseende kommunala elhandelsföretag samt företag för kommunal tjänsteexport.
- ^[13] Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.
- ^[14] Kammarrätten i Sundsvall, dom den 30 juni 2000 i mål nr 1669-2000 (Landstinget i Dalarna).
- ^[15] Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU), yttrande till riksdagens konstitutionsutskott den 17 mars 2004 (dnr. 2004-0046), ”Näringsdepartementets upphandling av ekonomisk och juridisk rådgivning gällande SJ AB” sid. 6 f.; se även nämndens uttalande från nämndsammanträde den 25 augusti 1998 (dnr. 203/96-21).
- ^[16] Stockholms stad, Revisionskontoret, revisionsrapport ”Granskning av upphandlingsverksamheten inom Skolfastigheter i Stockholm Aktieföretag (SISAB)” februari 2001, NR 02 (DNR 421/41-01), sid. 7.
- ^[17] Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478.
-