

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 06-008

PM-2 2006-06-15 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (bristande transparens och likabehandling).

Statens Fastighetsverk (SFV) har vid urvalsupphandling av tjänster för bl.a. klottersanering först i efterhand fastställt vilket antal anbudsgivare som skall bjudas in samt genomfört urvalet på till synes godtyckliga grunder .

Staten genom Statens Fastighetsverk (nedan Fastighetsverket) inhämtade i februari 2006 skriftliga anbudsansökningar avseende ramavtal för entreprenadarbeten inom förvaltningsområdena Kungliga slott samt Musei- och teaterbyggnader i Stockholm under perioden den 1 april 2006 till och med den 31 december 2008. Upphandlingen annonserades i Anbudsjournalens databas www.ajour.se samt utlystes som en s.k. urvalsupphandling, där ett begränsat antal leverantörer bjuds in till att lämna anbud och inga andra än de som inbjudits får delta i upphandlingen.

Av annonsen om upphandlingen framgår att avtal skall komma att tecknas för följande fackområden: bygg, rör, vent, kyla, el, måleri, mattläggning, glasmästeri, plåtslageri, larm, lås, klottersanering samt fastighetsservice.^[1] Vidare framgår att anbud kan lämnas på varje del av upphandlingen, att leverantören skall uppfylla lagstadgade krav samt ha erfarenhet av ombyggnadsarbeten i kulturhistoriskt värdefull miljö. På avsett utrymme för upplysning om vilket maximalt antal anbudssökande som skall bjudas in för anbudsgivning har Fastighetsverket i annonsen angivit ett kryss (x).

Av en skrivelse, rubricerad ”Ansökningsinbjudan urvalsupphandling” av den 15 februari 2006 framgår att den som är leverantör och är intresserad av att lämna anbud på den utannonserade upphandlingen ska lämna anbudsansökan (intresseanmälan) enligt en särskilt bifogad svarsblankett. Till de leverantörer som väljs ut för anbudsräkning kommer sedan anbudsförfrågan att skickas. Övriga får ett meddelande om att de inte valts ut för anbudsräkning. Anbudsansökan skall inges i original jämte två kopior, Anbudssökandena skall i ansökan ange vilket eller vilka upphandlingsdelar som ansökan avser samt bifoga en kortfattat företagspresentation jämte ifylld blankett (SKV 4820).

Någon begränsning till att enbart visst antal kvalificerade anbudssökande skulle bjudas in att lämna anbud framgår inte av skrivelsen med ansökningsinbjudan. Inte heller redovisas på vilka grunder urvalet skall komma att ske.

Fastighetsverket har under hand uppgivit att den aktuella upphandlingen avser att täcka myndighetens behov av sådana mindre arbeten av underhållskaraktär som inte kunnat förutses eller eljest upphandlas i särskild ordning. Någon särskilt budget för nämnda arbeten finns inte, utan dessa arbeten ryms inom de allmänna anslag som respektive förvaltningsområde disponerar över.^[2]

Vid ansökningstidens utgång den 28 februari 2006 hade bl.a. ett företag, här angivet som Anbudssökande A, ingivit anbudsansökan jämte föreskrivna bilagor till Fastighetsverket. I ett e-postmeddelande den 3 mars 2006 meddelades företaget att det inte skulle komma ifråga för anbudsgivning.^[3] Tillfrågad om grunderna för det genomförda urvalet har den för upphandlingen ansvarige tjänstemannen vid Fastighetsverket svarat följande:

”Då antalet kvalificerade anbudssökande är större än det antal som ska inbjudas till anbudsräkning, så föreskriver Lagen om offentlig upphandling LOU att man ska göra ett urval så att man får en lämplig mix och konkurrenssituation. Urvalet görs inte utifrån några speciella kriterier, som vid anbudsutvärdering. Att man inte kommit i fråga för anbudsräkning behöver inte betyda att man inte skulle kunna vara kvalificerad,

utan helt enkelt att det finns för många som vill vara med och lämna anbud. Ni är välkomna att delta i våra kommande upphandlingar”.

Någon information för bedömningen av upphandlingens värde kan inte lämnas av Fastighetsverket, eftersom kommande avrop är beroende av framtida behov, och några särskilda budgetposter avseende aktuella tjänster inte finns.²

Länsrätten i Stockholms län har genom dom den 31 maj 2006 förordnat att den del av upphandlingen som avser klottersanering skall göras om¹⁴

Gällande rätt

All offentlig upphandling och vad som äger samband med den, regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Skyldighet att följa lagens bestämmelser åvilar samtliga statliga, kommunala och andra myndigheter samt beslutande församlingar i kommuner och landsting, vilka enligt lagens terminologi benämns som ”*upphandlande enheter*”. Tillsyn över lagen utövas av Nämnden för offentlig upphandling (NOU).¹⁵

Rena entreprenadarbeten som skall tillhandahållas statliga myndigheter i samband med ny eller ombyggnadsarbeten av fastigheter skall, om det samlade kontraktsvärdet av överstiger tröskelvärdet 5 miljoner euro eller 45,670 miljoner kronor upphandlas i enlighet med bestämmelserna i 3 kap. LOU.¹⁶ Lagens bestämmelser bygger i här aktuellt avseende på Europeiska rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av tjänster, varor samt bygg- och anläggningsarbeten (byggentreprenaddirektivet). Understiger det samlade kontraktsvärdet ovan angivna tröskelvärde skall upphandlingen handläggas enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU.

Avser upphandlingen tjänster för löpande fastighetsförvaltning, inklusive städning och löpande underhåll (A-tjänster, kategori 14) och skall tjänsterna tillhandahållas statliga myndigheter, skall handläggningen emellertid ske enligt bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU om det samlade kontraktsvärdet av överstiger tröskelvärdet 130.000 särskilda dragningsrätter (sdr) eller 1,253 miljoner kronor¹⁷. Understiger kontraktsvärdet angivna tröskelvärde skall handläggningen ske enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU.

Vid handläggning enligt 6 kap. LOU kan upphandlingen genomföras antingen som en förenklad upphandling eller som en urvalsupphandling.

Gränsdragningen mellan vad som skall utgöra entreprenadarbeten och vad som skall utgöra tjänster är inte alltid lätt. Enligt gemenskapsrättslig praxis¹⁸ gäller emellertid en allmän försiktighetsprincip enligt vilken möjligheterna till avvikelser från de direktivstyrda förfarandena skall tolkas restriktivt och att det är den upphandlande enheten som har bevisbördan för att visa sådan omständighet som ger rätt att avvika från ett öppet eller selektivt förfarande.

Av 1 kap. 4 § LOU framgår 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.

Lagens bestämmelser bygger på de gemenskapsrättsliga grundsatser, bl.a. principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn (*transparens*) som bär upp den centrala EG-rätten och kommer till uttryck genom EG-fördraget.¹⁹

Förfarandet vid s.k. *urvalsupphandling* regleras genom 6 kap. 2c § LOU. Förfarandet är analogt med det förfarande för s.k. *selektiv upphandling* som annars gäller inom de direktivstyrda sektorerna och som regleras genom 1 kap. 7 a § LOU.¹⁰⁰

Vid urvalsupphandling skall den upphandlande enheten publicera en ansökningsinbjudan genom annons i en allmänt tillgänglig elektronisk databas. Av inbjudan skall det framgå hur en ansökan om att få lämna anbud får lämnas samt den dag då ansökan senast skall ha kommit in. Enheten får i sin inbjudan ange antalet leverantörer den avser att bjuda in att lämna anbud.

Antalet skall bestämmas med hänsyn till arten av det som skall upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens skall uppnås.

Avseende kravet på redovisning vilket antal anbudssökande som vid skall bjudas in för anbudsgivning har Nämnden för offentlig upphandling (NOU) bland annat angivit följande:

”Den upphandlande enheten får i ansökningsinbjudan ange det antal leverantörer som den avser att bjuda in att lämna anbud. Antalet inbjudna skall bestämmas utifrån det som skall upphandlas och vara tillräckligt stort för att en effektiv konkurrens skall uppnås. Anges inte ett antal eller ett intervall måste den upphandlande enheten skicka förfrågningsunderlaget till alla kvalificerade leverantörer och möjligheten att göra ett urval går förlorat”.^[11]

Den s.k. transparensprincipen medför att det vid urvalsupphandling således inte är möjligt att i efterhand begränsa antalet anbudssökande som skall bjudas in.

Vid selektiv upphandling skall annonsering istället ske i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT). Den upphandlande enheten får i annonsen ange det antal leverantörer som den avser att bjuda in att lämna anbud. Antalet skall bestämmas med hänsyn till arten av det som skall upphandlas och vara tillräckligt stort för att uppnå effektiv konkurrens. Det måste uppgå till minst fem och får uppgå till högst 20.^[12]

Även urvalet mellan anbudssökande skall ske med iakttagande av degemenskapsrättsliga grundsatser som följer av stadgandet i 1 kap. 4 § LOU. Både vid urvalsupphandling och selektiv upphandling följer av likabehandlingsprincipen att anbudssökande skall behandlas utan ovidkommande hänsyn och att förekommande urval skall ske på objektiva grunder. Rent godtyckliga urvalsgrunder får således inte komma ifråga. Högsta domstolen har i NJA 1998 sid. 873 angivit att det är uppenbart lagstridigt att förbehålla sig fri prövningsrätt vid offentliga upphandlingar. I doktrinen framhålls bl.a. följande avseende kravet på transparens och öppenhet.

”Med transparens förstås främst skyldigheten för den upphandlande enheten att lämna information om upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa samt rättigheter för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vilka rättigheter och skyldigheter som föreligger. Vilka åtgärder en upphandlande enhet kommer att vidta under upphandlingsprocessen, skall således vara förutsebara för leverantörerna”.^[13]

Att dra lott om vilka anbudsansökande som skall bjudas in är en metod som i underrättspraxis både har förkastats^[14] och, under vissa förutsättningar, godkänts^[15]. Andra metoder kan vara att, som EG-kommissionen har förordnat, kvantifiera vissa kriterier såsom teknisk kapacitet och förmåga samt finansiell och ekonomisk ställning, vilka skall tillämpas vid urvalet.

Av transparensprincipen följer vidare att det för anbudssökandena i förväg skall framgå vilka kriterier för urval som skall tillämpas. Urval får således inte ske på grunder som inte tidigare redovisats i annonsen eller ansökningsinbjudan eller i något annat motsvarande underlag för kvalificeringsfasen.

I sammanhanget förtjänar framhållas ett avgörande av Länsrätten i Vänersborg där rätten förordnade att en urvalsupphandling skulle göras om eftersom det inte framgått enligt vilka grunder urvalet skulle komma att utföras. Av domskälen framgår bl.a. följande:

”Begreppet affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU får ses som ett utflöde av de inom EG-rätten gällande principerna om likabehandling, ickediskriminering, öppenhet (transparens), förutsägbarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Principen om likabehandling utgör grunden för direktiven om offentlig upphandling och innebär en skyldighet att lämna insyn så att det kan kontrolleras att principen iaktas i syfte att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarkanden är öppna för konkurrens och att det går att kontrollera att upphandlingsförfarandena är opartiska. Härav framgår att då kontrakt skall tilldelas vid offentlig upphandling måste principen om likabehandling av möjliga anbudsgivare och principen om likabehandling iaktas i alla stadier, och bland annat då anbudssökande väljs ut i ett selektivt förfarande, så att alla ges samma möjligheter när de utformar sina ansökningar.

Det fordras därför att både kriterierna för valet av anbudssökande och kriterierna för tilldelning av kontrakt offentliggörs (jfr. EG-domstolens dom i mål C-479/99).²⁹[161](#)

Yttrande

Fastighetsverket, som har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, har anfört följande. Fastighetsverket håller med om att det i praktiken saknar betydelse vilket upphandlingsförfarande som väljs i den aktuella upphandlingen. Även om det av annonsen inte framgått vilket antal som skulle bjudas in menar verket att det från affärsmässig utgångspunkt ändå är rätt att göra ett urval. Det kan enligt verket inte vara rimligt att samtliga anbudssökande skall tilldelas anbudsförfrågan. Verket menar även att konkurrensen inte har snedvridits genom det påtalade agerandet, utan att konkurrensen har tillgodosetts ändå.

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.

Den aktuella upphandlingen avseende bland annat klottersanering har utlysts som en urvals-upphandling enligt 6 kap. LOU. Såvitt framkommit avser upphandlingen att täcka Fastighetsverkets behov av förvaltningstjänster och löpande underhållsarbeten på de Kungliga slotten samt musei- och teaterbyggnader i Stockholm. Upphandlingen omfattar i så fall s.k. A-tjänster (kategori 14) och skall vara att bedöma som en tjänsteupphandling och inte enligt entreprenadbestämmelserna. Det sammanlagda kontraktvärdet av upphandlingen kan inte fastställas med säkerhet. Mycket talar dock för att värdet av samtliga avrop under den aktuella kontraktstiden (c:a 3 år) kommer att överstiga i vart fall tröskelvärdet 130.000 sdr eller 1,253 miljoner kronor. Upphandlingen borde mot denna bakgrund rätteligen ha handlagts enligt de direktivstyrda bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. och inte enligt 6 kap. LOU.

I praktiken föreligger det emellertid inte någon större skillnad mellan det valda förfarandet, urvalsupphandling enligt 6 kap. LOU, och selektiv upphandling enligt 1 kap. och 5 kap. LOU.

För båda upphandlingsformerna gäller att den upphandlande enheten, för att genomföra urval, i förväg måste ha redovisat vilket antal (eller intervall) av kvalificerade anbudssökande som den avser att bjuda in att lämna anbud. Antalet skall bestämmas utifrån det som skall upphandlas och vara tillräckligt stort för att en effektiv konkurrens skall uppnås. Vid selektiv upphandling får antalet inte understiga fem eller överstiga 20. För urvalsupphandling gäller inte någon motsvarande begränsning. Anges det i förväg inte hur många anbudssökande som skall bjudas in måste den upphandlande enheten skicka förfrågningsunderlaget till samtliga kvalificerade leverantörer och möjligheten att göra ett urval går förlorad.

Vidare gäller att urval mellan sinsemellan kvalificerade anbudssökande inte kan komma ifråga om den upphandlande enheten inte i förväg har redovisat enligt vilka kriterier urvalet skall komma att ske. Någon fri prövningsrätt förekommer således inte vid urvalsfasen, lika lite som vid tilldelningsfasen.

Att, såsom Fastighetsverket, genomföra urval och därigenom utesluta en i och för sig kvalificerad anbudssökande, trots att någon begränsning till visst antal (eller intervall av) anbudssökande eller några urvalskriterier inte har redovisats i förväg, strider mot de grundsatser ock kravet på affärsmässighet i form av transparensprincipen och likabehandlingsprincipen som lagen om offentlig upphandling och de bakomliggande EG-direktiven bygger på. Vad avser verkets påstående om att det valda förfarandet ändå skall anses affärsmässigt har denna fråga numera prövats av domstol, vilken inte delade verkets uppfattning, utan förordnade att upphandlingen skulle göras om. Den aktuella upphandlingen har således kommit att handläggas av Statens fastighetsverk på ett rättsstridigt sätt varigenom konkurrensen har snedvridits.

-
- ^[11] Aktuella tjänster som är föremål för upphandlingen har i annonsen angivits med produktkoderna CPV 45262700, 45330000, 45331200, 45331230, 45432100, 45440000, 45261300, 45312000, 93950000, 93411300 samt 45452000.
- ^[12] Telefonsamtal den 18 april 2006 med den för upphandlingen ansvarige tjänstemannen vid Fastighetsverket.
- ^[13] E-postmeddelande, den 3 mars 2006 kl. 17.21 , från Allego Dokument AB på uppdrag av Fastighetsverket till Anbudssökande A. Av meddelandet framgår följande text: ”Upphandling av: Ramavtal Entreprenadarbeten FO Kungliga Slott och FO Musei- och teaterbyggnader i Stockholm. Statens fastighetsverk tackar för Ert intresse i ovan nämnd upphandling, men har utsett andra anbudssökande att delta i den fortsatta upphandlingen. När tilldelningsbeslut är taget i den aktuella upphandlingen kommer du som anbudssökande att få en avisering om att tilldelningsmeddelande finns tillgängligt. Har du frågor vänligen kontakta Statens fastighetsverk”.
- ^[14] Länsrätten i Stockholms län, dom i mål nr. 9315-06, meddelad den 31 maj 2006.
- ^[15] Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.
- ^[16] Av 3 kap. 1 § LOU framgår att bestämmelserna skall tillämpas vid sådan upphandling av byggentreprenad eller koncession som uppgår till minst det lägsta värdet av 5 miljoner euro eller 5 miljoner särskilda dragningsrätter (sdr), exklusive mervärdesskatt. Enligt förordningen(2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling skall tröskelvärdesberäkningen från och med den 1 januari 2006 vara så att 5 miljoner euro motsvarar 45,670 miljoner kronor medan 5 miljoner särskilda dragningsrätter (sdr) motsvarar 48,211 miljoner kronor. Lägsta värde utgör således 45,670 miljoner kronor.
- ^[17] Gällande tröskelvärde från och med den 1 januari 2006 enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.
- ^[18] Se EG-domstolens avgöranden i målen C-199/85 (Kommissionen mot Italien), C-328/92 (Kommissionen mot Spanien) samt C-57/94 (Kommissionen mot Italien).
- ^[19] Se EG-domstolens dom den 3 december 2001 i mål C-59/00 (Vestergaard), se även domstolens dom den 13 oktober 2005 i mål C-458/03 (Parking Brixen), av vilka framgår giltigheten av den centrala EG-rättens principer, även utanför upphandlingsdirektiven.
- ^[10] Se prop. 1999/2000:128, sid. 24.
- ^[11] Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU, broschyren ”Upphandling av konsulttjänster enligt 6 kap. LOU” sid. 14.
- ^[12] Se 1 kap. 7a § LOU.
- ^[13] Hentze och Sylvén, lagbokskommentaren, Norstedts, upplaga 1:2, sid 15f (den blå utgåvan).
- ^[14] Se Länsrätten i Skåne län, dom i mål 1373-98.
- ^[15] Se Länsrätten i Stockholms län, dom i mål 23378-0 2.
- ^[16] Länsrätten i Vänersborg , dom i mål 999-05. Domen har inte ännu vunnit laga kraft.
-