

PM-2 2001-09-12 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Staten genom Fortifikationsverket har i en mycket omfattande upphandling av städtjänster för objekt spridda över hela landet begränsat förutsättningarna så att endast ett fåtal leverantörer kan komma ifråga. Anbud på enskilda städobjekt eller delar av entreprenaden får således inte förekomma.

Staten genom Fortifikationsverket har genom annons i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) i april 2001 begärt in anbud avseende tjänster för städning (Building-cleaning services). Av annonsen för upphandlingen framgår att denna skall handläggas enligt förfarandet för *sektiv upphandling* enligt lagen om offentlig upphandling samt "...avser verksamhetsövergång av lokalvård med övertagande av utrustning och personal på de olika anläggningarna" under en period av 18 – 36 månader. Totalt omfattar uppdraget enligt annonsen "800.000 m² lokalvårdsyta på preliminärt 36 platser i Sverige". Av annonsen framgår vidare att anbud inte kan förekomma på delar av entreprenaden, utan måste omfatta samtliga objekt.

Utöver den städverksamhet som bedrivs av ett eller möjligen två rikstäckande företag är utbudsmarknaden för städtjänster i Sverige organiserad i dels ett stort antal mindre lokalt baserade företag, dels i ett mindre antal något större, regionalt baserade företag. Kännetecknande för marknaden får anses vara den jämförelsevis hårda konkurrens av mindre och medelstora företag som där förekommer.

De enda av de på marknaden verksamma företagen, som för närvarande har tillräcklig kapacitet och organisation att lämna ett anbud som motsvarar de i upphandlingen angivna förutsättningarna är det eller de angivna rikstäckande företagen.

De städtjänster som är föremål för den i ärendet aktuella upphandlingen har tidigare utförts i egen regi. Någon upphandling av tjänsterna i konkurrens på den allmänna marknaden har tidigare inte ägt rum. Värdet av de aktuella upphandlingen torde kunna uppskattas till minst 83 miljoner kronor.¹

Gällande rätt

Offentliga inköp m.m. regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Tjänster för fastighetsförvaltning, inklusive städning och löpande underhåll (kategori 14) utgör sådana s.k. A-tjänster som, om det samlade värdet av dessa överstiger tröskelvärdet 1.756.000 kronor², skall handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap. 5 kap. samt 7 kap. lagen om offentlig upphandling. Förfarandena för *öppen upphandling* eller *sektiv upphandling* skall därvid normalt tillämpas.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som en huvudregel (generalklausul) att all upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras

¹ Upphandlingen uppges omfatta upp till 36 månaders entreprenaduppdrag. Del av uppdraget uppges emellertid kontrakteras på endast 18 månader. Hur stor del framgår inte av annonsen för upphandlingen. Den redovisade kalkylen bygger på en uppskattad genomsnittlig städkostnad av c:a 70 kr per kvm och år exkl. storstädning under, försiktighetsvis, 18 månader: (70 kr. x 800.000 kvm /. 12 månader x 18 månader).

² Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärdet från den 1 april 2000, vid upphandlingar av varor och tjänster.

affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. I propositionen med förslag till lag om offentlig upphandling³ motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om icke diskriminering (art. 6 i EG/Romfördraget). Upphandling skall därför ske utifrån marknadens förutsättningar och att det är marknaden som kan erbjuda de billigaste och bästa villkoren. Reglerna är således utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensnedvridande sätt.

Till grund för lagen har bl.a. legat EG/Ministerrådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, det s.k. tjänsteupphandlingsdirektivet. I anledning av detta direktiv har EG-kommissionen utrett de små och medelstora företagens medverkan i den offentliga upphandlingen. Enligt ett meddelande från kommissionen⁴ bör upphandlingar avpassas på ett sådant sätt att befintlig konkurrens utnyttjas på bästa sätt och att små och medelstora företag lämnas möjlighet att medverka som anbudsgivare. Det kan enligt kommissionen emellertid inte krävas av en upphandlande enhet att denna, för en uppdelning av en upphandling på delkontrakt, åtar sig ett ledningsansvar som kräver betydande organisatorisk kapacitet, om sådan kapacitet saknas hos enheten.

Från svensk rättspraxis kan nämnas Regeringsrättens avgörande i det s.k. Kronobergstandvårdsålet, publ. i RÅ 1999 not. 1.

Målet avsåg ett förfarande där Kronobergs läns landsting hade utbjudit barn- och ungdomstandvården i länet för upphandling. Verksamheten hade tidigare bedrivits i bolagsform men inte upphandlats. I den upphandling som sedermera inleddes hade förutsättningarna utformats så att endast en leverantör kunde komma ifråga för vården av 40.000 barn och ungdomar inom tio geografiskt begränsade områden. Regeringsrätten konstaterade att i realiteten endast ett företag (det av landstinget delägda Kronobergstandvård AB) hade haft möjlighet att inkomma med ett anbud i enlighet med förfrågan, och fann därvid att landstinget brutit mot generalklausulens i 1 kap. 4 § LOU krav att befintlig konkurrens skall utnyttjas.

Utöver lagen om offentlig upphandling regleras upphandlingsrättsliga frågor även genom lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling – LIU. Lagens bestämmelser omfattar bl.a. upphandlande statliga myndigheter (2 § LIU). Enligt 3 § LIU kan Marknadsdomstolen förbjuda en enhet att vid genomförande av upphandling i anbuds konkurrens tillämpa ett visst beteende avseende upphandling som vid en samlad bedömning är att anse som otillbörligt på grund av att (1.) något företag påtagligt diskrimineras i förhållande antingen till den verksamhet som enheten själv bedriver för att tillgodose behovet av en vara, tjänst eller annan nyttinghet eller till ett annat företag, eller (2.) beteendet på något annat sätt påtagligt snedvrider förutsättningar för konkurrens vid upphandlingen.

En förutsättning för att Marknadsdomstolen skall kunna förbjuda ett visst beteende är enligt 3 § andra stycket LIU att enheten tidigare tillämpat beteendet eller att det av annan särskild anledning är sannolikt att enheten kommer att tillämpa detta.

Ett förbud kan gälla inte bara ett visst angivet beteende utan även beteenden som väsentligen överensstämmer med detta (3 § tredje stycket LIU).

Ansökan till Marknadsdomstolen om förbud enligt LIU kan göras av i första hand, Konkurrensverket (s.k. primär talerätt). Skulle verket för ett visst fall besluta att inte göra någon ansökan, kan sådan istället göras av en sammanslutning av konsumenter, löntagare eller företag, eller av ett enskilt företag som berörs av beteendet (s.k. sekundär talerätt).

³ Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.

⁴ EG-kommissionens meddelande den 1 juni 1992 (SEC(92)722 slutlig) med titeln "Små och medelstora företags medverkan i den offentliga upphandlingen inom gemenskapen".

Inför det ovan refererade Kronobergstandvårdsmålets avgörande i Regeringsrätten hade Konkurrensverket avgivit ett yttrande med följande innehåll: *"För att bättre garantera en effektiv resursanvändning vid given kvalitet inom barn- och ungdomstandvården bör landstinget utforma förfrågningsunderlaget så att fler aktörer ges möjlighet att konkurrera om att bedriva verksamheten. Enligt Konkurrensverkets uppfattning finns starka skäl att anta att konkurrensen påtagligt snedvrids vid upphandlingen till nackdel för enskilda vårdgivare/tandläkare på sådant sätt att lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling kan vara tillämplig"*.

Enligt EG/Romfördraget gäller i övrigt 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 Europeiska unionen⁵ 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"*.

Den allmänna likabehandlingsprincipen skall förstås så att en medlemsstats myndigheter inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa leverantörer framför andra, vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

Yttrande

Fortifikationsverket har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande: I upphandlingen – som genomförts enligt selektivt förfarande – har fem anbudssökande inbjudits att inkomma med anbud. Fyra företag inkom därefter med anbud. Upphandlingen innebär ett övertagande av befintliga resurser i olika delar av landet som inte kräver någon nyetablering och om mindre anbudssökande önskar kan de bilda grupper för avgivande av anbud, vilket även i ett fall har skett. Det finns enligt verket således inte något som tytt på annat än att en tillfredsställande konkurrens har uppnåtts.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en privat 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 av städtjänster har påbörjats på ett sådant sätt att upphandlingslagens av EG-direktiv styrda bestämmelser äger tillämpning. Enligt dessa bestämmelser får en upphandlande enhet inte begränsa föremålet för en upphandling på ett sådant sätt att endast en eller ett fåtal leverantörer kan komma ifråga. Den upphandlande enheten skall i stället, i enlighet med den svenska upphandlingslagens huvudregel, utforma upphandlingen på ett sådant sätt att befintlig konkurrens utnyttjas på ett affärsmässigt och objektivt sätt.

Trots detta har Fortifikationsverket dimensionerat upphandlingen på ett sådant sätt att så gott som samtliga på marknaden verksamma mindre och medelstora företag hindras att delta i anbudsgivningen annat än genom att samarbeta i anbudskarteller. Endast ett fåtal rikstäckande städföretag är i praktiken de enda leverantörer som kan komma ifråga för att lämna anbud. Befintlig konkurrens på marknaden för städtjänster har därmed inte utnyttjats.

⁵ Se prop. 1994/95:19 Del 1 sid. 478.

Av förutsättningarna för upphandlingen framgår att denna omfattar verksamhet på 36 geografiskt spridda platser i landet. En lösning som bättre skulle tillgodose konkurrensen skulle kunna vara att upphandlingen bryts upp i minst 36 delupphandlingar, och att anbud kan lämnas på varje upphandlingsdel för sig alternativt med vissa eller alla upphandlingsdelar gemensamt.

Genom att utforma anbudsfordran som en odelad upphandling har Fortifikationsverket underlåtit att i enlighet med gällande EG-direktiv och enligt upphandlingslagens krav utnyttja befintlig konkurrens på marknaden för städtjänster.