

PM-2 2001-12-12 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (direktupphandling från kommunalt företag).

Haninge kommun avser att utan föregående konkurrensupphandling avtala med ett kommunalt helägt företag om fortsatta leveranser av tjänster för fastighetsförvaltning m.m. för uppskattningsvis mer än 200 miljoner kr. per år.

Kommunfullmäktige i Haninge kommun har vid sammanträde den 26 november 2001 (KF § 173/01) beslutat att förlänga ett sedan 1991 gällande avtal med det av kommunen helägda Tornberget fastighetsförvaltnings AB i Haninge.¹

Tornberget fastighetsförvaltnings AB i Haninge (Tornberget AB) är ett av Haninge kommun helägt företag för fastighetsförvaltning m.m.²,

Haninge kommun har sedan år 1991 ett som "SAMARBETSAVTAL" rubricerat avtal med Tornberget AB om att bolaget skall "...ombesörja ekonomisk och teknisk förvaltning av service / bruksfastigheter samt för ledning av byggprojekt". Ersättning för utförda tjänster skall enligt avtalet utgå "inom ramen för av Haninge kommun årligen avsatta medel". Tornbergets ekonomiska villkor skall därutöver enligt avtalet bl.a. vara sådana att "1. Bolaget ges rätt att utnyttja kommunens koncernkonto med bl a de förmånliga räntevillkor och tillgång till rörelsekrediter detta medför. 2. I den mån bolaget har behov av att uppta lån ska kommunen positivt pröva kommunal borgen. 3. Bolagets eget kapital medges öka genom konsolidering till den del detta ej föranleder beskattning. 4. Bolaget äger rätt att påkalla omförhandlingar av internhyra/ersättning för förvaltningsuppdrag om oförutsedda kostnadsfördyringar uppstår".

De i avtalet aktuella tjänsterna har uppdragits åt Tornberget AB genom upphandling direkt, utan någon föregående infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden och löper från den 1 januari 1992 t.o.m den 31 december 1996 med en klausul om förlängning i fem års tid och ett års uppsägningstid³. Avtalet har av kommunen eller Torberget AB inte sagt upp till upphörande per den 31 december 1996, utan således förlängts till att gälla till och med den 31 december 2001. Någon möjlighet till ytterligare förlängning av avtalet synes inte föreligga enligt nämnda förlängningsklausul.

Enligt ett av kommunstyrelsen i Haninge fastlagt beslutsunderlag avseende kommunens budget för 2002, sid. 21 "Riktlinjer för lokalförsörjningsfrågor" föreslås kommunfullmäktige vid sammanträde den 26 november 2001 besluta att "Avtalet med Tornberget avseende förvaltning av kommunens fastigheter innebärande bl a drift, underhåll och städning förlängs t o m 2002-12 31".

¹ Se beredningsförslaget i Kommunstyrelsens i Haninge, beslut, § 173/01, punkten 4, kommunstyrelsens förslag till kommunfullmäktige, var att att föreslå: "4. Anvisningar för ekonomistyrning 2002, riktlinjer för lokalförsörjningsfrågor och riktlinjer för personalpolitiskt arbete fastställs enligt förslag i budgetdokumentet sidorna 19-21".

² Tornberget fastighetsförvaltnings AB i Haninge; bolaget är den 9 september 1991 infört i Patent- och registreringsverkets (PRV) bolagsregister under registreringsnr. 556428-5806. Nu aktuell antogs den 20 maj och registrerades den 3 december 1999. Enligt Haninge kommuns hemsida www.haninge.se omfattar Tornberget ABs verksamhet förvaltning av egna och Haninge kommuns fastigheter samt fastighetsskötsel, byggnadsverksamhet och städning. Dessutom förvaltas Haninge kommuns markreserv..

³ Av avtalet § 7, framgår följande: "Detta avtal mellan Haninge kommun och TORNBERGET Fastighetsförvaltning AB i Haninge gäller fr o m 1 januari 1992 t o m december 1996. [nytt stycke] Förlängningstid är fem år. [nytt stycke] Uppsägningstid är ett år". På det exemplar av avtalet Konkurrenskommissionen fått del av från kommunstyrelsen finns i marginalen antecknat för hand "Tolkningsfråga enl. ek.direktör Lars-A. Eriksson".

Några *synnerliga skäl*, såsom brådskande oförutsedda behov eller att kostnaden för ett mer formbundet förfarande inte står i rimlig proportion till det upphandlades värde, har inte angivits till stöd för förslaget till beslutet att direktupphandla de aktuella tjänsterna.

Enligt tillgängliga årsredovisningshandlingar nettoomsatte Tornberget AB 211 miljoner kronor år 2000, varav huvuddelen torde vara att hänföra till tjänster som utförs för Haninge kommuns räkning.

Gällande rätt

Offentliga upphandlingar och vad som äger samband med dem, regleras sedan den 1 januari 1994 genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.

Tjänster för fastighetsskötsel, inklusive städning och löpande underhåll utgör sådana s.k. A-tjänster⁴ (kategori 14) som, om det totala värdet av upphandlingen överstiger tröskelvärdet 1,756 miljoner kronor⁵ skall handläggas enligt reglerna i 1 kap., 5 kap. samt 7 kap. LOU. Som huvudregel skall därvid lagens förfarande för *öppen upphandling* eller selektiv upphandling tillämpas. De aktuella lagreglerna bygger på ett antal EG-direktiv angående offentlig upphandling⁶, däribland Europeiska rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, det s.k. tjänsteupphandlingsdirektivet.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som huvudregel att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

I förarbetena till lagen om offentlig upphandling motiveras huvudregeln om affärsmässighet bland annat av hänsyn till principen om icke diskriminering⁷ (jfr. art. 6 i EG-Romfördraget). Reglerna är bl.a. utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Lagens bestämmelser medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader.

Tillsyn över lagen om offentlig upphandling utövas av Nämnden för offentlig upphandling (NOU).

I sina kommentarer till lagen⁸ tolkar Nämnden för offentlig upphandling huvudregeln om affärsmässighet så att avtal som löper med förlängningsklausuler måste upphandlas på nytt med jämna mellanrum. Avtalen skall som regel inte tecknas för längre tid än två år och endast undantagsvis tre till fyra år. Förekommer att avtal måste tecknas för längre tid, t.ex. vid avtal om drift av sjukhus eller andra stora avtal där stora investeringar måste göras av leverantören kan avtalstiden omfatta längre tid.

I t.ex. EU-landet Storbritannien anses sådana kontrakt kunna tillåtas omfatta fem till sju år.

Har den upphandlande enheten avtal som löper med förlängningsklausuler eller utan begränsning i tiden och har avtalstiden löpt längre tid än, i normalfallet, två till fyra år skall enligt Nämnden för offentlig upphandling dessa sägas upp så snart det är möjligt. Därefter skall upphandling ske på nytt.

Det är enligt nämnden därför viktigt att den upphandlande enheten har ett tillfredsställande bevakningssystem som medger planering och förberedelse i tid för en ny upphandling när tiden för gällande avtal lider mot sitt slut.

⁴ 5 kap. 1 § LOU samt punkt 16 bilaga A till lagen.

⁵ Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärdet från den 1 april 2000, vid upphandlingar av tjänster.

⁶ Jfr. prop. 1992/93:88 s. 72.

⁷ Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.

⁸ Se Nämnden för offentlig upphandling, NOU-info dec -93, sid. 6 samt dec -94, sid. 9, se även NOU-info april-94, sid. 8 samt okt -94, sid. 11 samt nämndens årssammanställning för år 1995 sid. 59-61.

Förfoganden mellan parterna om förlängning av en avtalsrelation där förfogandet saknar stöd av någon uttrycklig bestämmelse i befintligt avtal (förlängningsklausul) eller som går utöver vad som tidigare avtalats om förlängning av avtalet, får betraktas som en ny upphandling som i varje fall skall genomföras enligt lagens formkrav. I sitt informationsmaterial om lagen om offentlig upphandling summerar Nämnden för offentlig upphandling rättsläget på följande sätt *"Förlängning av avtal får endast ske om det finns en förlängningsklausul i avtalet. När avtalsperioden är slut, efter eventuell förlängning, skall en ny upphandling äga rum. För långa avtal inklusive tidsobegränsade avtal eller alltför frikostiga förlängningar kan utgöra brott mot EG-fördraget"*.⁹

Enligt 5 kap. 14 § LOU skall upphandlingslagens förfarande för öppen upphandling eller selektiv upphandling tillämpas. Den upphandlande enheten skall därvid inhämta skriftliga anbud genom annons i Europeiska gemenskapernas tidning (EGT) samt anta det med hänsyn till samtliga i förväg angivna omständigheter ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller det bud som har lägst anbudspris (se 1 kap. 22 § LOU).

Enligt vissa i lagen intagna undantagsbestämmelser får formlös upphandling ske endast i två fall, antingen (I) om det finns synnerliga skäl såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten eller om det som skall upphandlas är av så lågt värde att kostnaden för ett mer formbundet förfarande inte står i rimlig proportion till detta låga värde¹⁰, (se 6 kap. 2 § andra stycket samt 5 kap. 17 § första stycket punkten 2. LOU), eller (II) om det vid genomfört upphandlingsförfarande inte har lämnats några anbud eller inte har lämnats några lämpliga anbud, under förutsättning att de i förfrågningsunderlaget ursprungligen angivna kontraktsvillkoren inte väsentligt ändrats, eller det som upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör (se 6 kap. 2b § första stycket punkterna 1.-3. samt 5 kap. 17 § första stycket punkten 1.).

Undantag föreligger enligt lagen även för s.k. tilläggsbeställningar i vissa fall eller nya beställningar om 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. Vid tilläggsbeställningar är undantaget emellertid tillämpligt endast om värdet av tilläggsarbetena inte överstiger hälften av det ursprungliga upphandlingskontraktets värde (se 6 kap. 2b § första stycket punkten 4. samt 5 kap. 17 § första stycket punkterna 3. och 4.)¹¹.

I sina kommentarer till lagen om offentlig upphandling (NOU-info dec. -93 s. 7 styckena 7 och 9) understryker Nämnden för offentlig upphandling (NOU) att även köp mellan kommuner och av dessa hel- eller delägda bolag omfattas av lagens bestämmelser.

Kommunala upphandlingar som påbörjades före den 1 januari 1994 regleras genom kommunala upphandlingsreglementen. År 1991, när den första upphandlingen av tjänster från Tornberget AB genomfördes skulle Haninge kommun iaktta bestämmelserna i normalreglementet för kommunal upphandling -UR.

⁹ Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU), broschyren "Kort om lagen om offentlig upphandling – LOU" sid. 13, punkten 5 "Förlängning av avtal".

¹⁰ För en normal upphandlande enhet har Nämnden för offentlig upphandling (NOU) angivit ett basbelopp enligt 1 kap 6 § lagen (1962:381) om allmän försäkring (c:a 37.000 kronor) som riktmärke för ett sådant lågt värde under vilket ett mer formaliserat upphandlingsförfarande inte behöver genomföras utan direktupphandling istället kan tillämpas- se NOU-info, årssammanställningen för 1993-95, sid. 57

¹¹ Vid upphandling enligt 6 kap. LOU framgår inte denna begränsning av lagtexten, men torde kunna utläsas ur generalklausulen om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU samt genom en analogi-jämförelse mellan 6a kap. 2b § och 5 kap. 17 § LOU – ang. analogier mellan EG-bestämmelser och nationella bestämmelser, se NJA 1998 s. 873.

Enligt 1 § UR är reglementet tillämplig på all kommunal och landstingskommunal upphandling, *d.v.s. även på inköp från hel- eller delägda kommunala företag* om företaget själv framställer varan eller utför arbetet eller tjänsten¹².

Enligt 3 § UR skall den upphandlande enheten utnyttja förefintliga konkurrensmöjligheter och även i övrigt iaktta affärsmässighet samt behandla anbud och anbudsgivare objektivt. Enheten skall bl.a. särskilt tillse att ett fullständigt och tydligt upphandlingsunderlag upprättas. I anvisningarna till 3 § UR¹³ anförs att skyldighet alltid föreligger för en upphandlande kommun att undersöka och tillvarata den konkurrens som kan finnas mellan tänkbara leverantörer inom och utom kommunen. Den upphandlande enheten skall iaktta affärsmässighet vid sin upphandling. Kraven på objektiv handläggning måste särskilt beaktas eftersom en sådan handläggning syftar till att åstadkomma konkurrens på lika villkor och sålunda utgör en viktig förutsättning för att kommunernas agerande i upphandlingssammanhang skall åtnjuta förtroende. Undantag får dock ske (7 § UR jämte anvisningar¹⁴) om upphandlingen omfattar smärre belopp där kostnaden för ett mer formbundet förfarande inte står i rimlig proportion till det upphandlades värde eller vid brådskande oförutsedda behov som t.ex. vid eldsvåda, översvämning o.dyl. där anbud inte hinner införas.

Direktupphandling utan stöd av särskilda skäl har i ett flertal avgöranden i praxis bedömts strida mot kommunalt upphandlingsreglemente. I tämligen färskt avgörande fann Kammarrätten i Stockholm (mål nr. 2280-1994)¹⁵ ett beslut av en kommunal fullmäktigeförsamling, att utan föregående införande av anbud i konkurrens uppdras åt en viss entreprenör att utföra tjänster, stridande mot det kommunala upphandlingsreglementet.

Kommunala företag som bedriver affärsverksamhet har vidare en betydligt förmånligare ställning än sina privata konkurrenter. Ytterst finansieras företagens verksamhet genom skattemedel. Normalt föreligger inte heller något avkastningskrav på det av kommunen riskerade kapitalet och de berörda företagen har som regel tillgång till kommunens kassa och/eller kommunal borgen för sina kreditåtaganden i bank. Problemen med offentligt finansierade aktörers verksamheter på konkurrensmarknader har i ett flertal avgöranden uppmärksammats av det statliga Konkurrensverket, som bl.a. har uttalat att den från konkurrensynpunkt enda acceptabla lösningen i princip är att kommuner inte bedriver verksamheter på varu- och tjänsteområden med fungerande konkurrens utan i stället vid behov köper önskvärd vara eller tjänst på marknaden efter anbudstävlan (jfr. bl.a. KKV, Dnr 530/93 samt SOU 1995:105 sid. 226-227).

Yttrande

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

Bedömning

Konkurrenskommissionen är ett 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.

Haninge kommun har sedan år 1991 vidhållit ett avtal med Tornberget AB om köp av tjänster för fastighetsservice för mer än två hundra miljoner kronor per år. Inom ramarna för en i avtalet intagen förlängningsklausul har avtalet förlängts att gälla fram till och med

¹² Se anvisningarna till 1 § andra stycket UR, Kommunala upphandlingsreglementet jämte anvisningar, fjärde översedda upplagan, Kommentus förlag 1983, sid. 6.

¹³ Se anvisningarna till 3 § UR, Kommunala upphandlingsreglementet, fjärde översedda upplagan, Kommentus förlag 1983, sid. 12-13.

¹⁴ Se 7 § UR, Kommunala upphandlingsreglementet jämte anvisningar, fjärde översedda upplagan, Kommentus förlag 1983, sid. 7.

¹⁵ Dom meddelad i Stockholm den 30 januari 1995.

utgången av år 2001. Såvitt framgår av avtalets ordalydelse saknas entydig grund för en ytterligare förlängning av avtalet. Trots detta har kommunstyrelsen föreslagit kommunfullmäktige att besluta att avtalet skall vara gällande i ytterligare ett år, fram till och med utgången av år 2002.

De aktuella tjänsterna framställs av Tornberget AB huvudsakligen i egen produktion. Redan kommunens beslut att 1991 upphandla tjänster direkt från Tornberget AB saknar således stöd av då gällande bestämmelser enligt kommunalt upphandlingsreglemente.

Avsaknaden av entydig grund för att i tiden ytterligare utsträcka giltigheten av avtalet mellan Haninge kommun och Tornberget AB medför att beslutet om förlängning av avtalet fram till utgången av 2002 innebär en ny upphandling, som skall upphandlas enligt upphandlingslagens bestämmelser.

Även om tjänsteavtalet från 1991, genom en extensiv tolkning skulle anses utgöra tillsvidareavtal vilket kan förlängas i perioder av fem år åt gången, måste mot bakgrund av den sammanlagda tid avtalet hittills varit i kraft en ytterligare förlängning riskera att strida mot EG-Romfördraget och de upphandlingsdirektiv Sverige i egenskap av fördragsstat åtagit sig att följa. Praxis på området anger att avtalstider vid offentlig upphandling bör begränsas till att gälla i högst 4 och undantagsvis upp till maximalt 7 åriga avtalsperioder. Något stöd för 10-åriga avtal eller längre lämnar inte EG-rätten. Någon grund enligt gällande bestämmelser för att tillämpa formlös upphandling har inte återopats för förslaget att upphandla de aktuella tjänsterna direkt från Tornberget AB.

Sammantaget har enligt Konkurrenskommissionens bedömning såväl det ursprungliga avtalet från 1991 som den nu beslutade förlängningen av detta avtal innebära överträdelser av de bestämmelser för upphandling som Haninge kommun vid varje tidpunkt haft att iakttä. Förfarandet innebär att betydande värden kommit att upphandlas utan föreskrivet konkurrensförfarande. Tornberget AB har även givits en fördel framför sina konkurrenter genom rätten att utnyttja kommunens koncernkonto och erbjudandet om tillgång till kommunal borgen. Konkurrensen på marknaden har därmed rubbats och riskerar genom den beslutade ordningen att snedvridas ytterligare.

Erfarenhetsmässigt är kostnaden för konkurrensutsatt verksamhet c:a 20 procent lägre jämfört med verksamhet som bedrivs utan konkurrens. Med denna utgångspunkt riskerar skattebetalarna i Haninge även att ådras kostnader i onödan med uppskattningsvis mer än 40 miljoner kronor per år för fastighetsförvaltningen.