

MKB Fastighets AB
Box 50405
202 14 Malmö

MKB Fastighets AB- direktupphandling av systemverktyg

Utkast till beslut

MKB Fastighets AB har brutit mot 7 kap. 1 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) genom att den 20 juni 2014 ingå avtal med Incit AB avseende det digitala system- och planeringsverktyget Incit Xpand, utan föregående annonsering.

Ärendet

Den 9 juni 2014 publicerade ni ett meddelande om frivillig förhandsinsyn. Det gällde ett avtal om ett digitalt system- och planeringsverktyg, Incit Xpand. Vi begärde in kopior på avtalet och uppgifter om det uppskattade totala värdet av avtalet. Ni ombads även att redogöra för eventuella omständigheter och bestämmelser som återopades till grund för tilldelning av kontraktet samt att lämna en motivering till förlängningsklausulen i avtalet som medförde att avtalet kunde löpa utan tidsbegränsning.

Ni har uppgett att ni har ett särskilt ansvar för bostadsmarknaden i Malmö eftersom ni är Malmös ledande bostadsbolag och ägs av Malmö stad. Er målsättning är att genom kontinuerligt underhåll behålla byggnader i befintligt skick, bygga bra bostäder till rimliga priser, att skapa socialt fungerande boendemiljöer och skapamervärden för era kunder. Ni har den 20 juni 2014 tecknat avtal med Incit AB avseende det digitala system- och planeringsverktyget Incit Xpand. Innan ni tecknade avtalet valde ni att öppet meddela det genom att göra en så kallad förhandsinsyn. Som grund för att inte annonsera återopade ni 15 kap. 3 § andra stycket LOU eftersom ni ansåg att det förelåg tekniska skäl.

Enligt uppgift har ni under ett par års tid letat efter ett digitalt system för planering av företagets fastighetsunderhåll. Viktiga parametrar för er var att hitta ett systemverktyg som hade en prislista som årligen uppdateras med

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

marknadsanpassade priser och ett detaljerat åtgärdsregister, som ger information om tidsintervaller för teknisk livslängd av underhållsåtgärder gällande bygg- och installationssektorn. För att hitta en leverantör med ett systemverktyg som kunde tillgodose era krav gjorde ni ett antal mässbesök, frågade sakkunniga och utförde undersökningar via webben. Ni anför att ni inte hittade så många tänkbara leverantörer. Av de som ni har hittat har ni, såsom vi uppfattade, tittat på fem olika systemverktyg varav ett av dem var Incit Xpand. Dess leverantör intygade att deras system var unikt och att de var ensamma på marknaden med en produkt som kunde uppfylla de ställda kraven. Därefter lade ni ut ett meddelande om förhandsinsyn i en svensk databas. Under denna tid har inga leverantörer visat intresse.

Ni anför att Incit Xpand är det enda system som varje år uppdateras med ett utförligt åtgärdsregister och ger information om rimliga kostnader och tidsintervaller för underhållsåtgärder. Detta följer Svensk Byggtjänsts klassifikationssystem (BSAB) åtgärdskodning av huvudgrupper och byggdelar/komponenter. Syftet med att använda sig av BSAB är att identifiera, dela upp och sortera in information på ett likartat sätt för all bygg- och fastighetsverksamhet, oberoende av i vilken form informationen finns eller vilken aktör som hanterar den. Verktöget kan användas genom hela byggprocessen.

Er motivering till att avtalet har en förlängningsklausul är att systemverktöget är en databas som samlar in information om fastighetsunderhåll både utifrån historiska och framtida aspekter. Informationen avser juridik, ekonomi och teknisk fakta om hela bolagets fastighetsbestånd inklusive samtliga markanläggningar och byggnader. Medarbetarna ska kunna arbeta med sitt fastighetsunderhåll i ett och samma system. Detta underlättar och effektiviserar arbetet. Inlärningsprocessen är mycket lång och det hade varit förödande utifrån socialt- och ekonomiskt perspektiv att byta ut systemet med jämna mellanrum.

Ni har uppskattat att kostnaden för implementering av systemet uppgår till cirka 1 miljon kronor. Årskostnaden inklusive optioner är sedan cirka 210 000 kronor. Avtalet har en förlängningsklausul som medför att det kan löpa utan tidsbegränsning.

Ni har även tagit del av vårt utkast till beslut och fått tillfälle att yttra er. Ni delar inte vår bedömning vad gäller frågan om tekniska skäl. Enligt er uppfattning är det inte förenligt med likabehandlingsprincipen att ställa krav som endast en leverantör kan uppfylla. Ni menar dock att ni hade kunnat genomföra en upphandling på så sätt att de anbudsgivare som uppfyllt de funktionskrav som är viktiga för er kunnat få mervärde vid utvärderingen.

Skäl för beslutet

Vi bedriver tillsyn över upphandlingslagstiftningen i syfte att öka regelefterlevnaden och att bidra till en effektiv offentlig upphandling. Tillsynen bedrivs bland annat genom tillsynsbeslut och ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU.

I detta fall har vi ansett att det fanns ett viktigt klargörande att förmedla. På grund av processekonomiska skäl har vi valt att inte föra talan om upphandlingsskadeavgift avseende den otillåtna direktupphandlingen.

Rättsläget

Syftet med upphandlingsreglerna är bland annat att upphandlande myndigheter ska använda offentliga medel för köp av varor och tjänster på bästa sätt genom att uppsöka och dra nytta av konkurrensen på aktuell marknad. Samtidigt syftar regelverket till att ge leverantörerna möjlighet att tävla på lika villkor i varje upphandling.

LOU innehåller regler om hur upphandlande myndigheter ska agera innan den tilldelar kontrakt med privata leverantörer. Offentliga upphandlingar ska som huvudregel annonseras och alla leverantörer ska ha rätt att lämna anbud eller att ansöka om att lämna anbud.

A-tjänst

En upphandlande myndighet måste i första hand konstatera om den aktuella tjänsten som ska köpas är en A-tjänst eller en B-tjänst (se bilaga 2 och 3 till LOU). IT-system är en så kallad A-tjänst och ska, under förutsättning att kontraktets uppskattade värde överstiger de tröskelvärden som anges i LOU, föregås av ett öppet eller selektivt förfarande enligt 4 kap. LOU. Köp av A-tjänster ska som huvudregel annonseras. Detta framgår av 7 kap. 1 § LOU.

Kontraktsvärdet

Värdet ska uppskattas till det totala belopp som kan komma att betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Detta framgår av 3 kap. 3 § LOU.

Om ett tjänstekontrakt löper på obestämd tid ska månadsvärdet multipliceras med 48 för att få fram en uppskattning av det totala värdet. Detta står i 3 kap. 12 § LOU.

Undantag från annonseringsskyldigheten

En upphandlande myndighet får direktupphandla, utan att först annonsera, om något av undantagen i 4 kap. 5-9 §§ LOU är uppfyllda, exempelvis om det som ska upphandlas av tekniska skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras endast av en viss leverantör eller om det finns synnerliga skäl.

Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska enligt EU-domstolens och Högsta förvaltningsdomstolens praxis samt svenska förarbetsuttalanden tolkas restriktivt. Den som åberopar en

undantagsbestämmelse har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana omständigheter som motiverar att bestämmelsen får tillämpas.¹

Konkurrensverkets bedömning

En upphandlande myndighet kan använda ett direktupphandlingsförfarande utan annonsering om det som upphandlas av tekniska skäl endast kan fullgöras av en viss leverantör. Om en upphandlande myndighet avser att genomföra en direktupphandling har myndigheten bevisbördan för att omständigheterna är sådana att de medger detta. Vår bedömning är att ni inte har godtagbara skäl att använda undantaget för tekniska skäl då ni inte kunnat visa att det varit absolut nödvändigt att tilldela just Incit kontraktet.

Undantaget, tekniska skäl, förutsätter att den upphandlande myndigheten på objektiva grunder kan visa att endast en viss leverantör kan utföra kontraktet.²

För att undantaget för tekniska skäl ska kunna åberopas ska två villkor vara uppfyllda. Dessa är

1. att de arbeten som är föremål för upphandlingen är av teknisk karaktär³ och
2. att det därför är absolut nödvändigt att tilldela ett visst företag kontraktet.⁴

Undantaget för tekniska skäl måste också vara förenligt med de grundläggande EU-rättsliga principerna och då särskilt principen om icke-diskriminering. Detta eftersom att risken för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte ska ske i konkurrens.⁵ För att få tilldela kontrakt utan föregående annonsering är det därför inte tillräckligt att det kan styrkas att den leverantör som direkt tilldelas kontraktet har den mest effektiva förmågan eller kapaciteten att leverera det som kontraktet avser. Det krävs också att det styrks att endast denna leverantör överhuvudtaget har förmåga och kapacitet att leverera det som efterfrågas.⁶

¹ Se bl.a. mål 199/85 *Kommissionen mot Italien* punkt 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland* punkt 58, mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 19, mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46, prop. 2001/02:142 s.99, prop. 2996/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not 134.

² EU-domstolens mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 34-39.

³ EU-domstolens mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 34.

⁴ EU-domstolens mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 21.

⁵ EU-domstolens dom i de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland* p. 62-63.

⁶ C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 34).

(se bl.a. prop. 2001/02:142 s. 99, mål 199/85 *Kommissionen mot Italien* punkt 14, C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 19, C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 33 och C-26/03 *StadtHalle*, punkt 46.

Vad gäller det första villkoret, som ska vara uppfyllt för att 4 kap. 5 § andra punkten LOU ska kunna tillämpas, anser vi att de tjänster som är föremål för upphandlingen är av teknisk karaktär.

Avseende det andra villkoret menar ni att Incits systemverktyg är unikt och det enda på marknaden som varje år uppdateras med ett utförligt åtgärdsregister och som åtgärdskodning av huvudgrupper och byggdelar som följer BSAB:s kodning.

Det som är avgörande för om undantaget för tekniska skäl kan tillämpas eller inte är alltså om det är möjligt för någon annan leverantör att tillhandahålla den typ av systemverktyg som ni vill ha. Ni har stor frihet att själva bestämma vad som ska upphandlas förutsatt att de grundläggande principerna följs. Vid er undersökning av marknaden har ni kunnat konstatera att det finns ett antal leverantörer som tillhandahåller fastighetssystem där man digitalt planerar fastighetsunderhåll.

Mot bakgrund av att ni hittat fem olika systemverktyg finns det en konkurrensutsatt marknad avseende systemverktyg. På denna marknad är förmodligen samtliga utarbetade systemverktyg i viss mån unika. Genom att ställa de krav ni har på ett underhållsplaneringssystem i en annonserad upphandling hade andra leverantörer kunnat se dessa krav och eventuellt anpassat sina lösningar till dessa. I detta fall har inga krav eller tilldelningskriterier varit synbara för andra leverantörer. Om en viss lösning är bra, mindre bra eller dålig besvaras i högsta grad i en utvärdering av anbudet med tillämpning av objektiva och förutsebara krav och kriterier.

En upphandling ska ske med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns på marknaden genom att anbudsgivare, anbudsökande och anbud behandlas utan irrelevanta hänsyn. Det normala förfarandet vid upphandlingar där olika funktionella lösningar är möjliga är att den upphandlande myndigheten, efter att den fått fram relevant information från marknadens aktörer, utarbetar en kravspecifikation som ser till att konkurrens möjliggörs genom att kraven inte utesluter någon presumtiv leverantör. Ni har inte använt er av ett sådant förfarande.

Det finns även andra undantagsbestämmelser än tekniska skäl. Dessa framgår av 4 kap. 5-9 §§. Det finns inte någonting i ärendet som tyder på att övriga undantag aktualiseras.

Olika regler gäller beroende på om en upphandlings värde överstiger eller ligger under vissa så kallade tröskelvärden. Vi har beräknat kontraktets värde till 1 840 000 kronor ($210\,000/12 \times 48 + 1\,000\,000$). Tröskelvärdet för kommunala bolag är 1 806 427 kronor. Detta innebär att köpet av systemverktyget skulle ha föregåtts av ett öppet eller selektivt förfarande enligt 4 kap. LOU och även annonserats i EUs databas TED (Tenders Electronic Daily).

Övriga frågor

Vi vill upplysningsvis även lyfta frågan om avtalets förlängningsklausul. Denna medför att avtalet löper på obestämd tid.

Vi anser att det, annat än undantagsvis, inte kan anses förenligt med de grundläggande principerna att en upphandlande myndighet ingår avtal med en förlängningsklausul som medför att avtalet kan löpa i oändlighet. Principen om likabehandling förutsätter att upphandling sker i konkurrens efter förutbestämda perioder. Konkurrenterna till den kontrakterade leverantören skulle annars aldrig få möjlighet att konkurrera om det aktuella uppdraget. EU-domstolen har konstaterat att ett sådant tillvägagångssätt kan på sikt hindra konkurrensen mellan potentiella leverantörer.⁷

Slutsats

Vi bedömer att kontraktet med Incit AB borde ha upphandlats i enlighet med förfarandereglererna i 4 kap. LOU och ha annonserats enligt 7 kap. 1 § LOU. Tilldelningen av kontraktet är en otillåten direktupphandling.

I detta fall har vi ansett att det fanns ett viktigt klargörande att förmedla. På grund av processekonomiska skäl har vi valt att inte föra talan om upphandlingsskadeavgift avseende den otillåtna direktupphandlingen.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Lana Rozbayani.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, bilaga 1.

Dan Sjöblom

Lana Rozbayani

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats.

⁷ Se bland annat EU-domstolens dom i mål C-452/06 *Kommissionen mot Österrike* (Presstext).