

PM 2 2011-05-10 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direkttilldelning i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning).

Luleå tekniska universitet (LTU) har utan annonserad infordran av konkurrerande anbud köpt trycktjänster direkt från viss leverantör.

Luleå tekniska universitet (nedan LTU) har från det privata tryckeriföretaget Elanders Sverige AB (nedan Elanders) köpt tjänster för tryckning av kurskatalog avseende läsåret 2011/12. Någon annons om upphandling eller protokoll från beslut om tilldelning av aktuellt kontrakt till LTU finns inte. Själva tryckningen uppges ha handlagts av en reklambyrå, Favör Reklambyrå AB (nedan Favör), med vilken LTU har ett tidigare upphandlat ramavtal. Såvitt får förstås har Favör i det aktuella köpet biträtt LTU med att inhämta anbud avseende aktuella trycktjänster samt på egen hand beslutat om tilldelningen av aktuella tjänster till Elanders.¹ Aktuell anbudsgivning och fakturering har i enlighet med vad som redovisats nedan dock skett direkt mellan LTU och Elanders.

LTU:s återopade uppdrag till Favör kan inte grundas annat än i en upphandling som genomfördes våren 2009. Denna upphandling avser ”produktions- och reklambyråtjänster” och av förfrågningsunderlaget framgår explicit att ”[u]pphandlingen avser ej trycktjänster, foto, copy eller strategirådgivning”.² Inte heller av LTU:s i upphandlingen aktuella kontrakt med Favör framgår att avtalet avser trycktjänster, utan detta hänvisar i aktuellt avseende till upphandlingsunderlaget med bilagor.³

Anbud avseende aktuella tjänster upprättades av Elanders den 13 september 2010 och ställdes till LTU.⁴ En faktura avseende utförda tjänster på 2.581.977 kronor exklusive moms upprättades den 28 februari 2011, även denna ställt till LTU.⁵ Universitetet har även betalat direkt till Elanders enligt faktura för utförda tjänster.

Inom staten föreligger det ett ramavtal avseende trycktjänster⁶ vilket tidigare upphandlats av Verket för högskoleservice (VHS), såsom ansvarig funktionsupphandlande myndighet.⁷ Enligt detta avtal kan avrop utan ytterligare upphandling ske från totalt tio (10) leverantörer, däribland Elanders. Avrop kan ske antingen utifrån lägsta pris, varvid beställning ska ske till den leverantör som har erbjudit det sammantaget lägsta priset på de tjänster som är föremål för avrop.

¹ Se e-mail av den 26 april 2011, från LTU till Konkurrenskommissionen, där universitetet som svar på en begäran om utlämnade av allmän handling uppger bl.a. följande: ”Det finns inga upphandlingsdokument avseende tryckning av kurskatalog, utan LTU har använt upphandlad reklam- och produktionsbyrå Favör Reklambyrå i Luleå AB för detta uppdrag”.

² Se Luleå tekniska universitet, ”Förfrågningsunderlag avseende: Produktions- och reklambyråtjänster 2009”, daterat den 29 april 2009 (dnr. 901-09), punkten 3 ”Omfattning” jämte bilaga 1 med ”Kravspecifikation”, punkten 2 ”Kravspecifikation”, s. 2 överst. Den aktuella upphandlingen gäller en period av ett år (2009) med möjlighet till förlängning årsvis under maximalt fyra år (1+1+1+1). Tilldelning beslutades den 31 augusti 2009 genom att LTU antog Favör som leverantör at aktuella tjänster som rangordnad etta.

³ Se ”RAMAVTAL produktionsbyråtjänster mellan Luleå tekniska universitet och Favör reklambyrå AB” av den 14 september 2009. Avtalsförhållandet har därefter, i en kompletterande avtalshandling daterad den 26 maj 2010, förlängts till att gälla till och med den 15 september 2011.

⁴ Se Elanders, offert nummer 547873 av den 13 september 2010, tillställd ”Luleå tekniska universitet, Fakturaservice, Fe 277, 833 83 Strömsund”. Offerten avser bl.a. tryckning av ”(Svanen) Kurskatalog Luleå Tekniska Universitet” i en upplaga på 300.000 exemplar för 2.284.800 kronor (exklusive moms). Aktuell offertförfrågan från LTU är daterad den 29 september 2010, d.v.s. c:a två veckor efter Elanders offert till LTU och aldrig utgiven till annan än Favör. Favör har därefter, den 8 oktober, såsom ombud för LTU kontaktat ytterligare två tryckerier GTC Print AB samt Sörmanlands Grafiska AB, med förfrågan om anbud.

⁵ Se Elanders, faktura nummer 406090 av den 28 februari 2011 tillställd ”Luleå tekniska universitet, Fakturaservice, Fe 277, 833 83 Strömsund”. Fakturan avser tryckning av ”(Svanen) Kurskatalog Luleå Tekniska Universitet” i en upplaga på 300.000 exemplar för 2.284.800 kronor samt därtill kommande tjänster för distribution m.m. med 297.177 kronor, således totalt 2.581.977 kronor (exklusive moms).

⁶ Se ramavtal 6-0096-49076, av den 10 oktober 2007, innefattande Statligt ramavtal avseende tryckeritjänster, Anbudsområde A: Tryckeri, upprättat mellan staten genom Verket för Högskoleservice (VHS) och Elanders Sverige AB. Avtalet är efter tillägg förlängt till att gälla till och med den 31 december 2011.

⁷ Det statliga funktionsansvaret för aktuellt ramavtal har numera övergått från Verket för högskoleservice (VHS) till Kammarkollegium.

Alternativt kan berörda upphandlande myndigheter i s.k. *förnyad konkurrensutsättning*⁸ erbjuda samtliga antagna ramavtalsparter att (inom ramavtalet) lämna specificerade anbud på den konkreta tryck tjänst som ska beställas.⁹ Vad avser statens ramavtal med Elanders är avropsrutinen för detta avtal att förnyad konkurrensutsättning ska genomföras, varvid samtliga tio kontrakterade leverantörer ska lämnas möjlighet att lämna anbud. Någon sådan förnyad konkurrensutsättning har heller aldrig genomförts avseende den aktuella beställningen.

Statliga myndigheter är inte obligatoriskt skyldiga att avropa på statens ramavtal. De kan välja att genomföra sina anskaffningar på annat sätt om de finner att en annan form av avtal sammantaget ger en bättre lösning. Myndigheten har dock vid sådan anskaffning att iaktta bestämmelserna i LOU om bl.a. krav på annonsering m.m.¹⁰

Den aktuella tilldelningens s.k. kontraktswärde kan med ledning av fakturerat belopp uppskattas till 2.581.977 kronor.

Gällande rätt

Med *offentlig upphandling* avses förfarandet fram till och med tilldelning av bland annat ett *offentlig tjänstekontrakt* med ekonomiska villkor¹¹ som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser tillhandahållande av bl.a. tjänster.

Upphandling av offentliga tjänstekontrakt som har påbörjats¹² efter den 1 januari 2008 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.¹³ Lagen är en följd av bl.a. Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).¹⁴

För upphandling som har *påbörjats*¹⁵ efter den 15 juli 2010 har i LOU införts vissa ändringar med avseende på bl.a. regleringen av möjligheterna till s.k. direktupphandling samt tillgängliga rättsmedel.

⁸ Se 5 kap. 7§ LOU.

⁹ Den upphandlande myndigheten ska vid förnyad konkurrensutsättning upprätta ett skriftligt underlag samt erbjuda samtliga antagna leverantörer i ramavtalet att lämna anbud på detta underlag.

¹⁰ Se förordningen (1998:796) om statlig inköpsamordning.

¹¹ Med kontrakt avses enligt 2 kap. 10 § LOU ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster, och undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

¹² En upphandling anses påbörjad när den upphandlande myndigheten eller enheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som skall tillämpas eller senast när myndigheten eller enheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud.

¹³ 2007 års lag har sedan den 1 januari 2008 ersatt den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. – För övergångsbestämmelser, se lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

¹⁴ Klassiska upphandlingsdirektivet ersätter sedan den 31 januari 2006 det tidigare gällande direktivet 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet).

¹⁵ En upphandling ska enligt prop. 2006/07:128 del I, s. 447 och 568 anses *påbörjad* när den upphandlande myndigheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud. I prop. 2009/09:180, s. 374, anges vidare att om ett avtal har slutits utan att upphandlingen har annonserats enligt bestämmelserna i LOU, får upphandlingen anses *påbörjad* först när avtalet har slutits, såvitt den upphandlande myndigheten inte kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt. Se även EU-domstolens dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005, s. I-1, enligt vilken en upphandling ska kunna överprövas i nationell domstol från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan.

Förlags- och tryckeritjänster mot arvode eller på kontrakt, däribland tryck tjänster (CPV 79820000-8) tryckning och tillhörande tjänster (CPV 79800000-2) samt tryckning och distribution (CPV 79824000-6)¹⁶ utgör s.k. A-tjänster, kategori 15 enligt bilaga 2 till LOU. Om det samlade värdet av det kontrakt som ska upphandlas överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde ska upphandlingen handläggas i enlighet med de på EU-direktiv grundade bestämmelserna i 1 -14 kap. LOU, normalt genom öppen upphandling eller selektivupphandling. Enbart om aktuellt kontraktsvärde understiger detta tröskelvärde, får upphandlingen genomföras med ledning av de nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LOU, normalt genom en s.k. *förenklad upphandling* eller *urvalsupphandling*.

Ett icke annonserat förfarande, där den upphandlande myndigheten vänder sig direkt till viss leverantör (*förhandlat förfarande utan föregående annonsering* eller *direktupphandling*), tillåts förekomma endast undantagsvis om vissa i lagen angivna förutsättningar är uppfyllda (se vidare nedan).

Enligt 3 kap. 3 § LOU ska värdet av det kontrakt som ska upphandlas uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. För närvarande (2011) uppgår tröskelvärdet för statlig offentlig upphandling av tjänster inom den s.k. klassiska sektorn till 1.243.375 kronor.¹⁷

Skyldighet att följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling omfattar bl.a. statliga myndigheter. De som är skyldiga att iaktta lagens bestämmelser anges enligt lagens terminologi som *upphandlande myndigheter*.¹⁸ Tillsynen över den offentliga upphandlingen utövas av Konkurrensverket.¹⁹

Bestämmelserna i LOU är tvingande för upphandlande myndigheter.²⁰ Enligt rättspraxis (RÅ 2008 ref. 26) ska som huvudregel LOU iakttas vid köp av varor, tjänster eller byggtjänster som genomförs av en upphandlande myndighet från en från myndigheten fristående juridisk person.

Enligt 1 kap. 7 § LOU behöver regelverket inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning som är förenlig med Romfördraget har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten.²¹ Den omständigheten att en upphandlande myndighet tror sig veta att enbart viss leverantör rent faktiskt kan komma

¹⁶ CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. – Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003 (numera ändrad genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV, vilken trädde i kraft den 13 september 2008).

¹⁷ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärdet* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU, löpande av regeringen i Svensk författningssamling Tillkännagivande ska ske angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av A-tjänster inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet) till 125.000 euro eller 1.243.375 svenska kronor; se vidare Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹⁸ Genom införandet av 2007 års upphandlingslag har inom den klassiska sektorn beteckningen *upphandlande enheter* mönstrats ut och ersatts med *upphandlande myndigheter*. Med upphandlande myndighet avses inte enbart myndigheter utan även s.k. *offentligt styrda organ*, såsom kommunala bolag, vilka tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. (se 2 kap. 12 och 19 §§ LOU). Den tidigare förekommande beteckningen *upphandlande enhet* förekommer numera enbart på organ verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna.

¹⁹ Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret avseende offentlig upphandling från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) till Konkurrensverket.

²⁰ Se legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU, se även RÅ 2008 ref. 26.

²¹ Enligt 2 kap. 10 a § LOU gäller vidare att upphandlande myndigheter som är statliga eller kommunala myndigheter, beslutande kommunala församlingar eller sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter eller församlingar undantagsvis får tilldela kontrakt till fristående juridiska personer i vilka de själva är delägare eller medlemmar, utan att något föregående upphandlingsförfarande behöver genomföras (s.k. Teckal-undantag).

ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktisk ensamsituation) medför dock inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.²²

Vid upphandling enligt LOU ska enligt 1 kap. 9 § LOU den upphandlande myndigheten behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra sina upphandlingar på ett öppet (transparent) sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Syftet med LOU jämte bakomliggande EU-direktiv och fördragsbestämmelser är att säkra att offentlig upphandling sker genom en effektiv konkurrens samt att leverantörer och deras ansökningar och anbud behandlas på ett likvärdigt och förutsebart sätt. Reglerna är utformade bl.a. i syfte att försvåra möjligheterna att vid offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Bestämmelserna medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader samt att korruption motverkas.

Som regel föreligger det en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar. En annons om upphandling av A-tjänster över tröskelvärdet ska på snabbast lämpliga sätt sändas till Europeiska kommissionen²³ för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.²⁴

Företag som tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”leverantörer” som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (”anbudsansökan”).

Enligt 4 kap. 5-8 §§ och 15 kap. 3 (och tidigare 5 §§ LOU)²⁵ föreligger vid bl.a. tjänsteupphandling undantag från denna skyldighet under följande förutsättningar:

- upphandlingens värde är lågt²⁶ eller det föreligger synnerliga skäl såsom synnerlig brådskande orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande myndigheten,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör,
- upphandlingen gäller vissa nödvändiga och brådskande kompletterande tjänster, eller
- upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tjänster som tidigare varit föremål för öppen eller selektiv upphandling från samma leverantör och värdet av det nya kontraktet ingått i tröskelvärdetsberäkningen av värdet av det ursprungliga projektet.

²² Se EU-domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *kommissionen mot Tyskland*, REG 2003 s. I- 3609. I domen behandlas bl.a. en upphandling av omhändertagande av avfall där en central rättsfråga var huruvida en upphandlande enhet kan lägga sin uppfattning att inga andra leverantörer rent faktiskt kan komma ifråga till grund för att underlåta infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden. Förbundsrepubliken Tyskland medgav att de i EG:s upphandlingsdirektiv stadgade villkoren för att underlåta anbudsinfordran från flera företag inte hade uppfyllts, men hänvisade till att den valda leverantören rent faktiskt var det enda företag som i praktiken kunde tilldelas kontraktet och att en ny upphandling inte skulle ändra detta förhållande (se punkten 57). EU-domstolen, som emellertid inte fann att detta kunde utgöra tillräckligt skäl för att underlåta upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden, uttalade bl.a. att ett förfarande som används på grund av att det föreligger skäl för undantag (i målet var det ett tekniskt skäl som åberopades) måste vara förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen och att ”risken för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte ska ske i konkurrens” (se punkterna 62 och 63). Förbundsrepubliken Tyskland fälldes således av EU-domstolen för att ha åsidosatt EU:s upphandlingsdirektiv 92/50/EEG (tjänsteupphandlingsdirektivet). Efter domstolens avgörande har Europeiska kommissionen inlett ett nytt förfarande gentemot Förbundsrepubliken Tyskland i syfte att även tvinga fram omedelbart upphörande av de avtal som tecknats i den kritiserade upphandlingen (se Europeiska kommissionens pressmeddelande av den 25 oktober 2004- IP/04/1294 jfr även pressmeddelandet den 31 mars 2004 – IP/04/428).

²³ 2 § förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

²⁴ Tenders Electronic Daily (TED) är Europeiska unionens databas för annonsering av bl.a. offentlig upphandling. Databasen utgör ett tillägg till Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och publicerar annonser som har skickats till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE).

²⁵ Den aktuella regleringen har sedan den 15 juli 2010 sammanförts till 15 kap. 3 § LOU, i delvis ny lydelse.

²⁶ Med *långt värde* avses ett kontraktvärde uppgående till högst 15 procent av gällande tröskelvärde, vilket ifråga om tjänsteupphandling inom den klassiska sektorn medger direktupphandling inom aktuellt tjänsteslag upp till maximalt 287.966 kronor per bokföringsår, se 15 kap. 3 § andra stycket LOU.

Med stöd av de ändringar som infördes i LOU från och med den 15 juli 2010 ges förfördelade konkurrenter som klagat på en otillåten direkttilldelning möjlighet att få kontraktet ogiltigförklarat i domstol.

Enligt 16 kap. 15 § LOU ska rätten i sådant fall, på talan av den skadelidande leverantören, besluta att ett avtal som har slutits direkt mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga. Rätten får dock, enligt 16 kap. 16 § LOU, besluta att avtalet trots allt får bestå om det skulle föreligga någon tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bevisbördan för att sådant undantag ska komma ifråga åvilar den upphandlande myndigheten.

Den effekt som uppkommer vid ett således meddelat beslut om ogiltigförklaring av domstol är s.k. *ursprungsnullitet*, d.v.s. ett retroaktivt, för båda parter ömsesidigt upphörande av alla avtalsförpliktelser.²⁷ Detta innebär inte enbart att samtliga framtida förpliktelser i anledning av ett avtal upphör att äga giltighet; de berörda avtalsparterna ska även bära åter vad de hittills har erhållit som prestation enligt avtalet. Betalningar är alltid möjliga att återföra. När det gäller andra prestationer som exempelvis redan konsumerade varor och utförda tjänster är det emellertid svårare att verkställa en återgång. En godtroende leverantör är under alla förhållanden skyldig att återbetala den ersättning han erhållit enligt avtalet. Han kan därefter möjligen söka kompensation genom skadestånd för sådana direkta kostnader som avtalsförhållandet hittills har inneburit för honom. Av de aktuella lagförarbetena framgår bl.a. följande:

”Skadeståndsbestämmelserna i 16 kap. 5 § LOU [...] är till sin ordalydelse tillämpliga även på en sådan situation och det bedöms lämpligt att en leverantör som lidit skada på grund av att ett avtal har förklarats ogiltigt ska kunna ansöka om skadestånd enligt de bestämmelserna. Någon lagändring är därför inte nödvändig. Bestämmelserna om ogiltighet innebär dock att nya situationer kan uppkomma. Det kan tänkas att en leverantör som har ingått ett avtal och börjat fullgöra detta har haft andra kostnader än en leverantör som inte har tilldelats kontraktet. Som exempel kan nämnas att leverantören har ingått hyresavtal eller anställningsavtal som löper med uppsägningstid, oaktat att leverantörens avtal med myndigheten har förklarats ogiltigt. Det kan även uppkomma kostnader med anledning av avtal som ingåtts med underleverantörer. I vilken mån skadestånd ska utgå i ett enskilt fall får även fortsättningsvis bli en fråga för rättstillämpningen.

De kriterier för skadeståndsskyldighet och skadeståndets beräkning som HD fastställt i sin praxis bör kunna ge vägledning även för bedömningen av de nytillkomna fallen. Därav kan utläsas att ersättningen som regel bör utgå med uppskattat skäligt belopp, med hänsyn till bl.a. överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst (se rättsfallen NJA 2000 s. 712 och 2007 s. 349). Vid den skälighetsbedömning som enligt rättspraxis ska göras bör frågan om en leverantör varit i god eller ond tro i förhållande till myndighetens regelöverträdelse kunna beaktas”²⁸

Detta innebär att inte ens en godtroende leverantör självklart kan räkna med att hållas skadeslös vid beslutad ogiltighet av ett avtal med efterföljande återgång av prestationerna. Kompensation genom skadestånd torde komma ifråga enbart för sådana rörliga kostnader hos leverantören som kan visas hänförliga till det aktuella kontraktet. För det fall den berörda leverantören har varit i *ond tro*, d.v.s. insett eller bort inse att det aktuella kontraktet kommit till i strid mot annonseringskravet i LOU, torde någon skadeståndsmöjlighet över huvud taget inte komma ifråga.

Den upphandlande myndigheten kan vid otillåten direkttilldelning också förpliktas utge s.k. upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU. Även denna sanktion har införts i LOU med verkan från och med den 15 juli 2010 och innebär att allmän förvaltningsdomstol på talan av Konkurrensverket kan besluta om en särskild straffavgift ska betalas av den upphandlande myndighet som har slutit avtal med en leverantör utan iakttagande av föreskrifterna om föregående annonsering i LOU. Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 kronor och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktets värde.

²⁷ Se prop. 2009/10:180 s. 136-137.

²⁸ Se prop. 2009/10:180 s. 226.

Yttrande

LTU har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet. Universitetet har dock, utan att yttra sig i sak, hänvisat till att den aktuella tilldelningen för närvarande prövas rättsligt av Förvaltningsrätten i Luleå.

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.

Som framgår av utredningen har LTU köpt tjänster för tryckning av 2011/2012 års kurskatalog utan något annonserat upphandlingsförfarande enligt LOU och utan att dokumentera sitt beslut om tilldelning etc.

Även om aktuella tjänster har förmedlats genom den reklambyrå, Favör, med vilken LTU har ett ramavtal kan det aktuella uppdraget inte ses såsom ett avrop inom detta ramavtal. För det första omfattar inte ramavtalet trycktjänster. För det andra har Elanders aktuella anbudsgivning såväl som fakturering skett direkt till LTU. Det avtalsförhållande som härvid uppkommit är sålunda direkt mellan LTU och Elanders.

Det tryckavtal som således har ingåtts avser A-tjänster till kontraktsvärde av c:a 2,6 miljoner kronor och ska mot denna bakgrund bedömas i enlighet med de på EU-direktiv grundade bestämmelserna i 1 – 14 kap. LOU.

LTU har kunnat vända sig till Elanders i en förnyad konkurrensutsättning enligt gällande ramavtal för den statliga sektorn, men så har emellertid inte skett. Genom att myndigheten härigenom frångått rutinerna för det statliga ramavtalet, utgör den aktuella beställningen av trycktjänster en ny upphandling som ska handläggas med iakttagande av LOU.

Lagstadgad ensamrätt som medför att endast Elanders kan komma ifråga för att tillhandahålla aktuella tjänster föreligger inte och på den aktuella marknaden finns det flera privata tryckeriföretag som skulle kunna komma ifråga för att lämna anbud på att trycka LTU:s kurskatalog. Någon möjlighet för LTU att genom s.k. Teckal-undantag köpa aktuella tjänster direkt från Elanders föreligger heller inte.

Synnerlig brådskas, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses och inte heller beror på LTU, har inte ens påståtts föreligga vid tidpunkten för den aktuella tryckeribeställningens tillkomst. Förutsättningarna för det tidigare konkurrensupphandlade statliga ramavtalet för tryckeritjänster, inom vilket aktuella tjänster skulle kunna rymmas, har inte iakttagits i det aktuella fallet inte och det är heller inte fråga om kompletteringsbeställning av några dylika tjänster. Det är heller inte så att de aktuella tjänsterna av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras till LTU endast av Elanders.

Inget av de i LOU förekommande undantagen från kraven på annonserad upphandling är således tillämpliga i det aktuella fallet. Genom att tilldela det aktuella kontraktet direkt till Elanders har LTU brutit mot de grundläggande principer om bl.a. likabehandling och icke-diskriminering samt öppenhet (transparens) som ytterst följer av EU-fördragen.

Skulle allmän förvaltningsdomstol vid en prövning av det aktuella avtalsförhållandet mellan LTU och Elanders finna att detta har tillkommit i strid mot LOU, medför detta att avtalet riskerar att komma att ogiltigförklaras. Aktuell ogiltighet träffar i sådant fall avtalet med retroaktiv s.k. *nullitetsverkan*. Detta medför i så fall att Elanders kan tvingas bära åter vad bolaget har erhållit i ersättning från LTU samtidigt som LTU, i möjligaste mån, måste returnera kvarvarande kurskataloger till Elanders. LTU riskerar även att ådömas att betala en upphandlingsskadeavgift på c:a 280.000 kronor.

KONKURRENSKOMMISSIONEN

KKO 11-034

PM 2 2011-10-06 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom upphandling och avrop i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling även innefattande otillåten direkttilldelning.

Luleå tekniska universitet (LTU) har i samband med en upphandling som har utlysts med en s.k. förnyad konkurrensutsättning (I) genomfört avrop från i huvudsak en och samma leverantör, utan vare sig saklig grund i avtalade prisuppgifter eller i någon förnyad konkurrens-utsättning. (II) Beställningar har vidare skett även efter det att avtalstiden har löpt ut. (III) Upphandlingen har slutligen inte annonserats i EG:s tidning, trots att en skyldighet till sådan annonsering förelegat.

Luleå tekniska universitet (nedan LTU) har genom annons i Allegos nationella databas, den 14 mars 2006²⁹ infordrat anbud för successiva köp av tryckeritjänster (LTU:s dnr. 596-06). Någon annons om upphandlingen har såvitt kunnat utredas inte skickats för publicering också i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) och i databasen TED.³⁰

En skriftlig ”Anbudsförfrågan avseende: Tryckeritjänster” är upprättad och daterad den 2 mars 2006. Enligt punkten 1.3 i denna anbudsförfrågan ska upphandlingen handläggas som en *förenklad upphandling*.³¹ Upphandlingen omfattar tre delområden: offsettryck, bokbinderitjänster och digitaltryck och avser en period av två (2) år från tiden för avtalstecknandet, med möjlighet till förlängning i två omgångar om vardera (1) år, således maximalt fyra år (2+1+1).³²

Av punkterna 3.1 och 4.1 i förfrågningsunderlaget framgår att anbud kan komma att antas helt eller i delat skick. Anbud tillåts lämnas på hela eller delar av omfattningen och LTU förbehåller sig rätten att anta fler än en leverantör per delområde. Vidare framgår att ”[a]vtalen kommer att nyttjas så att de leverantörer som erbjuds avtal får vid LTUs behov av tjänster ett underlag med konkretiserat behov. Leverantörerna ges då möjlighet att lämna ’offert’, offerterna utvärderas och LTU väljer därefter leverantör för uppdraget”. Till anbuden infodrades enbart en enklare pris- och exempelförteckning för ett begränsat antal angivna tryckeritjänster.

Av punkten 2.3 framgår att prövning för tilldelning av kontrakt ska ske enligt principen för ekonomiskt mest fördelaktiga anbud i enlighet med en rangordnad kriterielista i fyra steg, där ”[p]ris, bedömning utifrån lämnade svar för produkt- och tjänsteexempel i kravspecifikationen”, ska bedömas i sista hand.

Vid anbudstidens utgång, den 12 april 2006,³³ noterades totalt nio (9) inkomna anbud. Av dessa bedömdes åtminstone tre (3) anbudsgivare inte uppfylla för upphandlingen uppställda kvalifikationskrav. Beslut om tilldelning meddelades den 10 augusti 2006, varvid tilldelning skedde till vardera tre (3) leverantörer inom respektive delområde. Kontrakt tilldelades sålunda Luleå Grafiska AB, HS Copy och Media Service AB, GTC Print AB, AB Sandvikens Tryckeri och Bokbinderi³⁴ samt Länskopla i Luleå AB,³⁵ vilka i enlighet med förfrågningsunderlaget skulle

²⁹ Allego referensnummer: 2006-10150-13776.

³⁰ Tenders Electronic Daily (TED) är EG/EU:s databas för annonsering av bl.a. offentlig upphandling. Databasen utgör ett tillägg till (dåvarande) Europeiska gemenskapernas officiella tidning EGT (numera Europeiska unionens officiella tidning EUT) och publicerar annonser som med tillämpning av bl.a. 1 kap, 8 § ÄLOU har skickats till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE).

³¹ LTU, förfrågningsunderlag tjänster, daterat den 2 mars 2006.

³² Se bilaga 1 med kravspecifikation jämte punkten 4.1 i anbudsförfrågan.

³³ Se punkten 1.4 i underlaget. Enligt punkten 1.9 av samma underlag skulle ingivna anbud vara bindande till och med den 12 juni 2006.

³⁴ Enligt redovisad anbudssammanställning uppfyllde inte AB Sandvikens Tryckeri ställda kvalifikationskrav. Det framstår således som oklart varför detta företag ändå har tilldelats kontrakt.

³⁵ I beslutet om tilldelning anges i första hand Luleå Grafiska AB inom delområdena offsettryck och bokbinderitjänster medan inom delområdet digitaltryck anges i första hand till HS Copy och Media Service AB. Övriga angivna leverantörer är GTC Print AB, AB Sandvikens Tryckeri och

beredas möjlighet att inom respektive delområde lämna konkreta ”offerter” för utvärdering och tilldelning i fråga om varje enskild beställning.

Kontrakt i upphandlingen tecknades i augusti 2006 med giltighet till den 31 augusti 2008 samt möjlighet till förlängning i två omgångar, maximalt till den 31 augusti 2010.³⁶

Av tillgängliga kontrakt framgår som formkrav, att eventuella ändringar och tillägg endast får ske efter skriftlig framställan från endera parten.³⁷ Enligt vad LTU har uppgivit föreligger inte någon skriftlig framställning eller överenskommelse om förlängning av avtalen avseende tiden efter den 30 augusti 2008, utan förekommande förlängningar har överenskommits muntligen, direkt med Luleå Grafiska.³⁸ Övriga tilldelade ramavtalsparter har såvitt kunnat utredas inte tillfrågats av LTU om att på motsvarande sätt få sina avtal förlängda efter den 30 augusti 2008.

Under perioden den 1 januari 2007 till och med den 31 augusti 2011 har LTU beställt tryckeritjänster i anledning av den nu aktuella upphandlingen för sammanlagt c:a 3,4 miljoner kronor, exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).³⁹ Av de således köpta tryckeritjänsterna har c:a 550.000 kronor⁴⁰ fakturerats efter den 30 augusti 2010.⁴¹

Samtliga aktuella avrop och beställningar⁴² har skett direkt hos Luleå Grafiska AB. Någon andra konkurrensutsättning, varigenom övriga kontrakterade leverantörer givits möjlighet att lämna ”offerter”, har såvitt kunnat utredas inte genomförts. Vid genomgång av LTU:s leverantörsreskontra avseende Luleå Grafiska AB framgår att fakturerade tjänster och priser som regel ligger utanför ramarna för de pris- och leveransvillkor som följer av parternas ramavtal från augusti 2006.

Totalt sett, med beaktande även av beställningar från andra leverantörer, har LTU under perioden den 1 januari 2007 till och med den 31 augusti 2011 köpt tryckeritjänster för sammanlagt c:a 19,3 miljoner kronor exklusive moms.⁴³ Av detta belopp hänför sig huvuddelen till beställningar hos Elanders Gummessons/Elanders Sverige AB avseende tryckning av kurskataloger under åren 2007-2011 (se bl.a. KKO 11-018).

Gällande rätt

Offentlig upphandling som har påbörjats⁴⁴ före den 1 januari 2008 regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – ÄLOU, som numera ersatts av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.⁴⁵

Bokbinderi samt Länskopia i Luleå AB. Av meddelandet om tilldelning framgår att ”Tilldelningsbeslutet har fattats efter genomförd prövning och utvärdering av inkomna anbud. Anbudet uppfyller samtliga krav och är de ekonomiskt mest fördelaktiga utifrån de i förfrågningsunderlaget redovisade kriterierna. Någon inbördes rangordning framgår således inte av beslutet om tilldelning. Sannolikt beror detta på att löpande beställningar skulle genomföras först efter förnyad konkurrensutsättning.

³⁶ Av punkten 6 i kontraktet framgår att avtal träder ikraft vid undertecknandet och gäller *till* (inte till och med) den 31 augusti 2008 med möjlighet till förlängning i ett (1) plus ett (1) år. Avtalet löper således ut som senast den 30 augusti 2010.

³⁷ Se punkten 7 i kontraktet.

³⁸ LTU har i e-mail av den 2 september 2011 till Konkurrenskommissionen angivit att avtalsförlängning har endast har skett muntligt, skriftlig överenskommelse saknas.

³⁹ Av utbetalningarna till Luleå Grafiska AB på sammanlagt 3.978.408 kronor exklusive moms avser 565.446 kr ett annat kontrakt om kuverttryckning.

⁴⁰ Av de i fotnoten ovan angivna utbetalningarna från LTU till Luleå Grafiska AB hänför sig 548.450 kronor till betalningar som har fakturerats efter den 31 augusti 2010.

⁴¹ LTU har i e-mail av den 2 september 2011 till Konkurrenskommissionen angivit att inget nytt avtal finns (för avtalet med Luleå Grafiska) efter avtalstidens utgång, d v s augusti 2010.

⁴² Med *avrop* avses i framställningen köp som genomförs genom en direkt tillämpning av i ramavtal angivna pris- och leveransvillkor. Med *beställning* avses köp som genomförs utan motsvarande koppling till ramavtalets pris- eller leveransvillkor.

⁴³ Enligt utdrag ur LTU:s leverantörsreskontra den 1 januari 2007 till och med den 31 augusti 2011 har under perioden LTU utbetalat totalt 19.346.744 kronor exklusive moms för tryckeritjänster, varav 15.144.585 kr har betalats till Elanders Gummessons AB/Elanders Sverige AB för tryckning av kurskataloger m.m., 3.978.408 kr har betalats till Luleå Grafiska AB (inklusive kuverttryckning) samt 223.751 kr har betalats till Favör Reklambyrå AB för diverse tryckeritjänster.

⁴⁴ En upphandling anses påbörjad när den upphandlande myndigheten eller enheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten eller enheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud.

⁴⁵ 1992 års lag (ÄLOU) har numera ersatts genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU –, vilken reglerar upphandlingar som har påbörjats efter den 1 januari 2008.

Parallellt med ÄLOU gäller med s.k. direkt effekt sedan den 1 februari 2006 Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (klassiska upphandlingsdirektivet).⁴⁶

Med *offentlig upphandling* avses enligt ÄLOU förfarandet fram till och med tilldelning av bland annat ett *upphandlingskontrakt*⁴⁷ som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande enheter och som avser tillhandahållande av bl.a. tjänster.

Förlags- och tryckeritjänster mot arvode eller på kontrakt, däribland tryckeritjänster (CPV 79820000-8) tryckning och tillhörande tjänster (CPV 79800000-2) samt tryckning och distribution (CPV 79824000-6)⁴⁸ utgör s.k. A-tjänster, kategori 15 enligt bilaga 2 till ÄLOU. Om det samlade värdet av det kontrakt som ska anskaffas avseende sådana tjänster överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde ska upphandling genomföras i enlighet med de direktivgrundande⁴⁹ bestämmelser som följer av 1-5 kap. ÄLOU, normalt genom öppen upphandling eller selektiv upphandling. Endast om den aktuella upphandlingens samlade kontraktsvärde understiger gällande tröskelvärde kan förfarandet genomföras som en förenklad upphandling enligt de nationella bestämmelserna i 6 kap. ÄLOU.

Tröskelvärdet för centrala statliga myndigheters offentliga upphandling uppgick vid den aktuella tidpunkten, i mars 2006, till 1,253 miljoner kronor.⁵⁰ Vid tröskelvärdesberäkning enligt ÄLOU får enligt 5 kap. 7 och 8 §§ samma lag valet av beräkningsmetod inte göras i avsikt att kringgå lagens bestämmelser, på exempelvis så sätt att anskaffningen delas upp i syfte att tröskelvärdet ska underskridas.⁵¹ För det fall att det ändå kan anses föreligga sakligt grund för att dela upp tjänsteanskaffning i flera mindre delkontrakt ska varje delkontrakt som överskrider 80.000 euro (c:a 730.000 kronor)⁵² ändå upphandlas med iakttagande av lagens direktivstyrda bestämmelser.⁵³ Förekommande options- och förlängningsklausuler ska enligt 2 kap. 2 § tredje stycket ÄLOU beaktas som om de utnyttjats.

Med *upphandling* avses enligt ÄLOU alla köp av varor tjänster eller byggtreprenader som sker från ett fristående rättssubjekt. Stadgandet är undantagslöst.⁵⁴

Skyldigheten att följa bestämmelserna om offentlig upphandling åvilar bland annat statliga myndigheter, vilka enligt ÄLOU:s terminologi utgör *upphandlande enheter*.⁵⁵ Tillsynsmyndighet för

⁴⁶ Se art. 80.1 klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) enligt vilken medlemsstaterna senast den 31 januari 2006 skulle ha satt i kraft de bestämmelser i lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa direktivets bestämmelser. Dessa bestämmelser trädde således i kraft per den 1 februari 2011 med för Sverige bidande s.k. direkt effekt.

⁴⁷ Med upphandlingskontrakt avses enligt legaldefinitionen i 1 kap. 5 § ÄLOU första stycket punkten 3 skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt denna lag och som undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

⁴⁸ CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. – Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003 (numera ändrad genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV, vilken trädde i kraft den 13 september 2008).

⁴⁹ 1992 års lag om offentlig upphandling, ÄLOU, utgår i här aktuell avseende från bl.a. Europeiska rådets direktiv 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (*tjänsteupphandlingsdirektivet*). Vid tidpunkten för den aktuella upphandlingen hade emellertid detta direktiv kommit att ersättas av Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (*klassiska upphandlingsdirektivet*), vilket trädde i kraft med för medlemsstaterna s.k. direkt effekt den 1 februari 2006.

⁵⁰ Tröskelvärdet för statliga centrala myndigheter uppgick under perioden den 1 januari 2006 och den 31 december 2007 till 130.000 sdr (särskilda dragningsrätter) eller 1.253.000 kronor, se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling i lydelse enligt ändringsförfattning (2005:1119), den s.k. *tröskelvärdesförordningen*.

⁵¹ Motsvarande bestämmelse med avseende på varuupphandling återfinns i 2 kap. 4 § ÄLOU.

⁵² Beloppet är beräknat enligt en eurokurs på 9,13 kronor (80.000 x 9,13 = 730.000), motsvarande det värde till vilket vid tidpunkten gällande tröskelvärde har beräknats, se 1 § *tröskelvärdesförordningen* (2000:63), där 200.000 euro av regeringen har beräknats till 1,826 miljoner kronor (1.826.000 / 1.000 = 1,826).

⁵³ Se 5 kap. 5 § ÄLOU. För delkontrakt under 80 000 euro (kronor) behöver dock inte något direktivstyrt upphandlingsförfarande enligt 5 kap. ÄLOU tillämpas förutsatt att summan av de undantagna delkontrakten inte överstiger 20 procent av upphandlingens totala värde.

⁵⁴ Se legaldefinitionen i 1 kap. 5 § första stycket punkten 1 ÄLOU samt RÅ 2008 ref. 26 (*SYSAV-målet*).

offentlig upphandling var tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU). Numera utövas tillsynen av Konkurrensverket.⁵⁶

Enligt huvudregeln i 1 kap. 4 § ÄLOU ska alla upphandlande enheter iaktta affärsmässighet och opartiskhet i sin inköpsverksamhet och därvid på bästa sätt utnyttja förefintlig konkurrens. Den därmed följande principen om likabehandling och icke-diskriminering föreskriver att samtliga tänkbara leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta med anbud vid offentlig upphandling. Enskilda leverantörer eller grupper av leverantörer får inte ensidigt gynnas.

Bestämmelserna i ÄLOU är tvingande för alla upphandlande enheter. Bestämmelserna behöver enligt 5 kap. 2 § ÄLOU dock inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten.

Enligt legaldefinitionen i 1 kap. 5 § första stycket punkten 7 ÄLOU utgör *ramavtal* ett avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period.⁵⁷

Därför måste som huvudregel förekommande ramavtal ange samtliga kommersiella pris- och andra villkor för löpande avrop som ska tillämpas.⁵⁸ Det är sålunda inte möjligt att avropa exempelvis tjänster med avvikelse från vad som ursprungligen har upphandlats eller att beställa andra tjänster än sådana som särskilt regleras i ramavtalet. Det är som regel heller inte möjligt att i efterhand samråda om eller komplettera redan upphandlade ramavtalsvillkor⁵⁹ utan förekommande beställningar (avrop) måste ske i enlighet med sådana villkor som ursprungligen har upphandlats och angivits i parternas ramavtal.⁶⁰

Om ett ramavtal exempelvis saknar uppgifter för prissättning av en viss tjänst kan avrop av denna tjänst inte ske utan att ny upphandling i sådant fall genomförs. Förekommande beställningar som ändå genomförs utanför tidigare upphandlade villkor riskerar att betraktas som otillåtna direkttilldelningar.⁶¹

För att åstadkomma en möjlighet till smidigare lösning infördes därför, genom artikel 32.4 det klassiska upphandlingsdirektivet, särskilda bestämmelser om förnyad konkurrensutsättning av ramavtal. Enligt dessa bestämmelser kan en upphandlande enhet dela upp sina anskaffningar av exempelvis tjänster i två steg.⁶² I en *första konkurrensutsättning* genomförs ett urval av leverantörer på grundval av deras kvalifikationer och erbjudna prisramar, med vilka den upphandlande enheten tecknar generella ramavtal. Den upphandlande enheten kan därefter genom s.k. *förnyad konkurrensutsättning*, inom kretsen av redan ramavtalstilldelade leverantörer, inhämta konkreta anbud eller

⁵⁵ Se legaldefinitionen i 1 kap. 5 § första stycket punkten 2 ÄLOU. Genom införandet av 2007 års lagar om upphandling har inom den klassiska sektorn beteckningen *upphandlande enheter* numera mönstrats ut och ersatts med *upphandlande myndigheter*. Beteckningen *upphandlande enhet* förekommer numera enbart på organ verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna.

⁵⁶ Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret över den offentliga upphandlingen till Konkurrensverket.

⁵⁷ Föreskriften följer ytterst av generalklausulen om affärsmässighet i 1 kap. 4 § ÄLOU och kravet på likabehandling och icke-diskriminering av leverantörer.

⁵⁸ Enligt det klassiska upphandlingsdirektivets (2004/18/EG) definition syftar ramavtal till att ”fastställa villkoren för tilldelning av kontrakt” medan syftet enligt LOU är att ”fastställa samtliga villkor för avrop”. Användningen i direktivet av den bestämda pluralformen ”villkoren” innebär med vanligt språkbruk detsamma som samtliga villkor. Någon skillnad i sak torde därför inte föreligga mellan direktivet och ÄLOU på denna punkt. se bl.a. SOU 2005:22 s.231.

⁵⁹ Av artikel 32.2 tredje stycket i det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) framgår att parterna inte får väsentligen ändra villkoren i ett ramavtal när tilldelning av kontrakt som bygger på ramavtalet sker.

⁶⁰ Enligt artikel 32.3 första stycket i det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) ska kontrakt som bygger på ett ramavtal som ingåtts med en enda leverantör tilldelas i enlighet med villkoren i ramavtalet.

⁶¹ Se EU-domstolens dom av den 19 juni 2008 i mål nr C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur*, REG 2008, s. I-4401.

⁶² Enligt beaktandesats 11 till det klassiska upphandlingsdirektivet behöver ett ramavtal inte innehålla alla villkor för tilldelning av kontrakt. Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal som ingåtts med mer än en leverantör kan, om leverantörerna har rangordnats och tilldelningen sker genom tillämpning av villkoren i ramavtalet, enligt artikel 32.4 andra stycket första strecksatsen ske utan förnyad inbjudan att lämna anbud. Finns emellertid inte alla villkor fastställda i ramavtalet ska enligt artikel 32.4 andra stycket andra strecksatsen en förnyad anbudsinfordran genomföras.

”offerter” för varje projekt eller tjänst som ska beställas. Någon ny kvalifikationsbedömning behöver i dessa fall inte genomföras och inga andra än redan kontrakterade ramavtalsparter behöver tillfrågas. Således ingivna anbud i en förnyad konkurrensutsättning får dock inte gå utanför ramarna för de villkor som ursprungligen har fastlagts i den första ramavtalsupphandlingen. I övrigt föreligger anbudsfrihet mellan parterna. Den upphandlande enheten ska härfter välja det anbud som i det specifika fallet erbjuder det sammantaget ekonomiskt mest fördelaktiga utfallet, eller lägsta pris.

För svenskt nationellt vidkommande har dåvarande Regeringsrätten⁶³ i RÅ 2010 ref. 97 angivit att upphandlingar som innefattar sammanblandning av metoder för avrop på så sätt att avrop kan komma att ske från såväl bästa anbud, utan någon förnyad konkurrensutsättning, som genom förnyad konkurrensutsättning (s.k. komboavtal) inte kan anses förenliga med EG/EU-rättens grundläggande krav på likabehandling och öppenhet (transparens). Om en upphandlande enhet har föreskrivit att tilldelning av kontrakt ska ske genom förnyad konkurrensutsättning är det således inte möjligt att även genomföra direkta avrop på ramavtalet.

Som regel föreligger det enligt 1 kap. 7 § och 5 kap. 12 § ÅLOU en skyldighet för upphandlande enheter att, såvitt dessa avser A-tjänster över tröskelvärdet, annonsera sina upphandlingar i bl.a. EG/EU:s databas TED. En annons om upphandling ska under sådant förhållande på snabbaste lämpliga sätt skickas till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE).⁶⁴

Bevisbördan för att visa att tillräckliga skäl för undantag, för att exempelvis underlåta att iaktta gällande bestämmelser om annonsering i EGT/EUT, faktiskt föreligger åvilar enligt rättspraxis den upphandlande enheten.⁶⁵

Offentlig upphandling avslutas genom lagakraftvunnet upphandlingskontrakt.⁶⁶ Innan upphandlingen avslutats kan en förfördelad leverantör med stöd av 7 kap. 2 § ÅLOU väcka talan om s.k. överprövning i allmän förvaltningsdomstol (förvaltningsrätt) i syfte att tvinga fram rättelse eller att upphandlingen ska göras om. Av 7 kap. 1 § ÅLOU framgår att överprövning kan ske fram till den tidpunkt då det (1) föreligger ett kontrakt grundat på en lagligen genomförd upphandling samt (2) tio dagar har förflutit från det att meddelande om tilldelningsbeslut enligt 1 kap. 28 § ÅLOU har lämnats.

I fall av otillåten direkttilldelning, där kontrakt har tilldelats utanför ett annonserat upphandlingsförfarande utan att förutsättningarna för direktupphandling eller förhandlad upphandling utan föregående annonsering varit uppfyllda, kan såvitt upphandlingen har påbörjats före den 15 juli 2010 talan om överprövning väckas utan begräsning i tiden.⁶⁷

⁶³ Regeringsrätten har sedan den 1 januari 2011 bytt namn till Högsta förvaltningsdomstolen.

⁶⁴ Se 1 kap. 8 § ÅLOU enligt vilken och den upphandlande enheten ska kunna visa vilken dag annonsen avsändes. Se även förordningen (2002:590) om standardformulär vid offentlig upphandling.

⁶⁵ EG-domstolen har i en rad avgöranden slagit fast att det åvilar den upphandlande enheten att visa att sådan omständighet föreligger som ger rätt att avvika från öppet eller selektivt förfarande - se EG-domstolens dom den 10 mars 1987 i mål C-199/85 (*kommissionen mot Italien I*), domarna den 3 maj 1994 i mål C-328/92 (*kommissionen mot Spanien*) respektive den 18 maj 1995 i mål C-57/94 (*kommissionen mot Italien II*) samt dom den 11 januari 2005 i mål C-26/03, (*Stadt Halle*) och den 13 oktober 2005 i mål C-458/03 (*Parking Brixen*).

⁶⁶ Härmed avses skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt denna lag och som undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur, se fotnot 19 ovan. Civilrättsligt förpliktande bundenhet kan emellertid uppkomma redan innan upphandlingen har avslutats. Enligt lagförarbetena följer upphandlingsrätten i här aktuellt avseende allmänna civilrättsliga bestämmelser på förmögenhetsrättens område, vilket bland annat innefattar avtalslagens (1915:218) huvudregel att, om inte annat har överenskommit eller följer av branschpraxis, civilrättsligt förpliktande avtal uppkommer redan i och med att ett anbud besvaras med ett accepterande meddelande (en s.k. accept, exempelvis i form av ett till anbudsgivaren ställt meddelande om tilldelning). Om den upphandlande enheten vill skydda sig från civilrättslig bundenhet innan upphandlingen har avslutats (och förfarandet således fortfarande kan göras till föremål för överprövning i domstol) bör enheten därför se till att i förfrågningsunderlaget ange att bindande civilrättslig verkan uppkommer enbart genom ett upphandlingskontrakt. För tiden fram till upphandlingens avslutande kan enheten vidare välja att ingå ett villkorat avtal (se prop. 2001/02:142 s. 78 f.).

⁶⁷ Av aktuella lagförarbeten (prop. 2001/02:142 sid. 102) framgår därför att ”Vid otillåten direktupphandling kan en leverantör således begära överprövning av upphandlingen även om avtal slutits med en annan leverantör så länge kraven på upphandlingskontrakt och tidsfrist i tredje stycket inte är uppfyllda”. Se vidare NJA 2005 ref. 10 (Ryanair) där (dåvarande) Regeringsrätten fastslog att det i fråga om otillåten direkttilldelning inte finns någon tidsmässig begräsning för när talan kan väckas.

I fråga om otillåten direkttilldelning som har beslutats efter den 15 juli 2010 kan domstol på talan av en konkurrerande leverantör förklara avtalen ogiltiga.⁶⁸ Den upphandlande enheten kan vid otillåten direkttilldelning också förpliktas utge s.k. upphandlingsskadeavgift till ett belopp motsvarande maximalt 10 procent av den aktuella upphandlingens värde eller totalt 10 miljoner kronor.⁶⁹

Yttrande

LTU har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, men skriftligen meddelat att universitetet 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.

Som framgår av utredningen har LTU upphandlat A-tjänster, tryckeritjänster avseende delområdena offsettryck, bokbinderitjänster och digitaltryck, för en period av två år med möjlighet till förlängning i två omgångar om vardera ett år till den 31 augusti 2010. Den aktuella upphandlingen har påbörjats före den 1 januari 2008 varför de äldre bestämmelser som följer av ÅLOU är tillämpliga.

LTU är i sin kapacitet av central statlig myndighet en sådan s.k. upphandlande enhet som har haft att iakttä bestämmelserna i ÅLOU och vid varje tidpunkt gällande EG-/EU-direktiv om offentlig upphandling.

Hittills utbetalade ersättningar i anledning av upphandlingen uppgår till i vart fall 3,4 miljoner kronor, varför förfarandet ska bedömas med tillämpning av bestämmelserna för upphandling över tröskelvärdet enligt 5 kap. ÅLOU och det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG).

(I) Såsom anbudsförutsättningarna har utformats syftar den aktuella upphandlingen inte till att fastställa samtliga villkor för avrop som ska göras under en den aktuella perioden. LTU har i stället, med tillämpning av det vid den aktuella tidpunkten nyligen ikraftträdde klassiska upphandlingsdirektivet, utformat upphandlingen med en andra konkurrensutsättning, på så sätt att kontrakterade leverantörer inför varje enskild beställning ska erhålla ett löpande underlag med en konkretisering av LTU:s aktuella behov och ges möjlighet att lämna ”offert”. Offerterna ska därefter utvärderas av universitetet, som med ledning härav ska välja den leverantör för uppdraget som har erbjudit de för högskolan mest förmånliga villkoren. Det har således härigenom inte varit möjligt för LTU att genom avrop beställa tjänster direkt på ramavtalet.

⁶⁸ Enligt 16 kap. 15 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling i sin lydelse efter den 15 juli 2010 ska rätten, på talan av skadelidande leverantör, besluta att ett avtal som har slutits direkt mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga. Rätten får dock, enligt 16 kap. 16 § LOU, besluta att avtalet trots allt får bestå om det skulle föreligga någon tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bevisbördan för att sådant undantag ska komma ifråga åvilar den upphandlande myndigheten. Den effekt som uppkommer vid ett således meddelat beslut om ogiltigförklaring av domstol är s.k. *ursprungsnullitet*, d.v.s. ett retroaktivt, för båda parter ömsesidigt upphörande av alla avtalsförpliktelser. Detta innebär inte enbart att samtliga framtida förpliktelser i anledning av ett avtal upphör att äga giltighet; de berörda avtalsparterna ska även bära åter vad de hittills har erhållit som prestation enligt avtalet. Betalningar är alltid möjliga att återföra. När det gäller andra prestationer som exempelvis redan konsumerade varor och utförda tjänster är det emellertid svårare att verkställa en återgång. En godtroende leverantör är under alla förhållanden skyldig att återbetala den ersättning han erhållit enligt avtalet. Han kan därefter möjligen söka kompensation genom skadestånd för sådana direkta kostnader som avtalsförhållandet hittills har inneburit för honom.

⁶⁹ Enligt 17 kap. 1 § LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om bl.a. myndigheten, genom exempelvis otillåten direkttilldelning, har slutit avtal med en leverantör utan att iakttä lagens annonseringskrav. Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 17 kap. 4 § uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktsvärdet.

Trots detta har beställningar i anledning av upphandlingen skett direkt från Luleå Grafiska AB, utan möjlighet för de övriga kontrakterade ramavtalsleverantörerna att inkomma med specifika ”offerter” genom förnyad konkurrensutsättning. Såvitt framkommit har en stor del av de aktuella beställningarna även gått utanför de prismässiga villkor som framgår av ramavtalet mellan LTU och Luleå Grafiska AB.

LTU har härigenom brutit såväl mot generalklausulen om affärsmässighet i 1 kap. 4 § ÅLOU och principerna om likabehandling och öppenhet (transparens) som mot det klassiska upphandlingsdirektivet.

(II) Av utredningen framgår vidare att det är oklart om ramavtalet mellan LTU och Luleå Grafiska har förlängts till att avse tiden efter den 30 augusti 2008. I vart fall har förlängning inte skett med beaktande av det i ramavtalet intagna skriftlighetskravet. Såvitt kunnat utredas har övriga kontrakterade ramavtalsparter heller inte tillfrågats om att på motsvarande sätt få sina avtal förlängda efter den 30 augusti 2008. Beställningar i aktuellt avseende har även skett från LTU till Luleå Grafiska AB efter avtalets definitiva utgång, den 30 augusti 2010. Även detta strider mot det i ÅLOU intagna kravet på affärsmässighet och principen om likabehandling.

Beställningar som har skett efter ramavtalets utgång, eller som inte har skett som rena avrop på villkor som klart framgår av ramavtalet mellan LTU och Luleå Grafiska AB, ska rättsligt betraktas som otillåtna direkttilldelningar.

I den mån dylika beställningar har skett efter den 15 juli 2010 omfattas de även av de numera gällande rättsmedelsbestämmelserna i 16 och 17 kap. LOU.⁷⁰ Detta skulle i sådant fall medföra att Luleå Grafiska AB kan tvingas betala tillbaka vad bolaget har erhållit i sådan ersättning från LTU samtidigt som LTU, i möjligaste mån, måste returnera redan levererade tryckalster till Luleå Grafiska AB. Universitetet riskerar även att ådömas att betala en straffavgift (s.k. upphandlingsskadeavgift) motsvarande c:a 55.000 kronor.

(III) Vid kontraktsvärdesberäkningen ska i det aktuella fallet beaktas samtliga köp av tryckeritjänster som LTU har genomfört under den aktuella perioden, 2007-2011. Såvitt detta värde överstiger gällande tröskelvärde, 1,253 miljoner kronor, ska upphandlingen genomföras som ett öppet förfarande enligt 5 kap. ÅLOU och annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT/EUT) och i databasen TED. Att så inte har skett, trots att upphandlingens kontraktsvärde väsentligen överstiger tröskelvärdet, medför att förfarandet också i detta avseende strider mot kravet på affärsmässighet och principerna om likabehandling och öppenhet (transparens).

Sammantaget har LTU på flera punkter brutit mot de vid varje tidpunkt gällande bestämmelserna om offentlig upphandling enligt lag och EG-/EU-direktiv på ett sätt, som har medfört att konkurrensen på området för tryckeritjänster har snedvridits.

⁷⁰ Härmed avses lagen (2007:1091) om offentlig upphandling i lydelse efter den 15 juli 2010 (se ändringförfattningen SFS 2010:571 jämte prop. 2009/10:180).

KONKURRENSKOMMISSIONEN

KKO 11-035

PM 1 2011-10-06 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direkttilldelning i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning).

Luleå tekniska universitet (LTU) har direktupphandlat tryckeritjänster till ett uppskattat värde av minst 360.000 kronor på tre år.

Luleå tekniska universitet (nedan LTU) infortrade i maj 2007 anbud för successiva avrop avseende tryckeritjänster (kuvert). En såsom ”FÖRFRÅGNINGSUNDERLAG VAROR” rubricerad anbudsfrågan har upprättats och enligt punkten 1.3 i detta underlag ska upphandlingen handläggas som en ”*direktupphandling, utan föregående annonsering*”. Den aktuella upphandlingen har såvitt kunnat utredas inte heller annonserats i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller i någon annan form som leder till en effektiv konkurrens.⁷¹

Upphandlingen avser enligt punkten 4.1 i underlaget en period av ett (1) år från avtalets ikraftträdande, med möjlighet till förlängning i två omgångar om vardera (1) år, således maximalt tre år (1+1+1). I punkterna 1.4 och 1.9 av samma underlag anges att anbudstiden går ut den 10 augusti 2007 samt att anbud ska vara bindande till den 1 oktober 2010.

Vid anbudstidenens utgång noterades två inkomna anbud. Beslut om tilldelning meddelades den 31 augusti 2007, varvid tilldelningen skedde till Luleå Grafiska AB. Kontrakt mellan LTU och Luleå Grafiska AB tecknades den 26 september 2007 med ikraftträdande den 30 september 2007. Av kontraktet framgår att bindande avtal gäller till och med den 30 september 2008 med möjlighet till förlängning i 1+1 år, såvida ingen av parterna sagt upp avtalet senast tre månader före avtalstidens utgång (s.k. tyst förlängningsklausul).

Av punkten 1.5 i förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingens volym beräknas ligga i nivån 120.000 kronor per år, således 360.000 kronor för den tid av maximalt tre (3) år som upphandlingen ursprungligen avsåg. Tilldelningens s.k. kontraktsvärde kunde således vid tidpunkten då upphandlingen påbörjades uppskattas till åtminstone detta belopp.

Härefter har, såvitt kunnat utredas, LTU under perioden den 1 januari 2007 till den 1 september 2011 köpt tryckeritjänster för c:a 4 miljoner kronor exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms) från Luleå Grafiska, varav c:a 560.000 kronor avser kuverttryckning. Av de således köpta tjänsterna för kuverttryckning har c:a 55.000 kronor fakturerats efter kontraktets utgång, den 1 september 2010.⁷² Totalt har LTU sedan 2007 hittills köpt tryckeritjänster för c:a 19,3 miljoner kronor⁷³.

LTU har i egenskap av statlig myndighet haft möjlighet att avropa tryckeritjänster även på något av de ramavtal som upphandlats centralt av staten.⁷⁴

⁷¹ Av ingressen till anbudsfrågan, som förefaller vara tagen från en förlaga/mall, anges visserligen ”Annons skickad till Anbudsjournalen/Allego”. Av samma underlag, framgår dock i den löpande texten (p. 1.3) att ”Upphandling sker utan föregående annonsering”. Någon annons har heller inte kunnat återfinnas i Anbudsjournalen/Allegos databas.

⁷² Av utbetalningarna till Luleå Grafiska på sammanlagt 3.978.408 kronor exklusive moms avser 565.446 kr kuverttryckning, varav 55.091 kr fakturerats efter den 31 augusti 2010.

⁷³ Enligt utdrag ur LTU:s leverantörsreskontra den 1 januari 2007 till och med den 31 augusti 2011 har under perioden LTU utbetalat totalt 19.346.744 kronor exklusive moms för tryckeritjänster, varav 15.144.585 kr har betalats till Elanders Gummerrsons AB/Elanders Sverige AB för tryckning av kurskataloger m.m., 3.978.408 kr har betalats till Luleå Grafiska (inklusive kuverttryckning) samt 223.751 kr har betalats till Favör Reklambyrå AB för diverse tryckeritjänster.

⁷⁴ Inom staten tillämpas ett system där s.k. funktionsupphandlande myndigheter (tidigare var det olika myndigheter för varje varu-/tjänsteslag, men numera har verksamheten samordnats hos Statskontoret) upphandlar centrala ramavtal från vilka övriga statliga myndigheter utan egen upphandling kan avropa varor eller tjänster. På området för tryckeritjänster gällde tidigare ett av Verket för högskoleservice upphandlat ramavtal,

Gällande rätt

Offentlig upphandling som har påbörjats⁷⁵ före den 1 januari 2008 regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – ÄLOU, som numera ersatts av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.⁷⁶

Med *offentlig upphandling* avses enligt ÄLOU förfarandet fram till och med tilldelning av bland annat ett *upphandlingskontrakt*⁷⁷ som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande enheter och som avser tillhandahållande av bl.a. tjänster.

Förlags- och tryckeritjänster mot arvode eller på kontrakt, däribland tryckeritjänster (CPV 79820000-8) tryckning och tillhörande tjänster (CPV 79800000-2) samt tryckning och distribution (CPV 79824000-6)⁷⁸ utgör s.k. A-tjänster, kategori 15 enligt bilaga 2 till ÄLOU. Om det samlade värdet av det kontrakt som ska upphandlas understiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde ska upphandlingen handläggas i enlighet med nationella bestämmelser som följer av 6 kap. ÄLOU, normalt genom förenklad upphandling eller urvalsupphandling.

Tröskelvärdet för centrala statliga myndigheters offentliga upphandling uppgick vid den aktuella tidpunkten, i maj 2007, till 1,253 miljoner kronor.⁷⁹ Vid tröskelvärdesberäkning enligt ÄLOU får enligt 5 kap. 7 och 8 §§ samma lag valet av beräkningsmetod inte göras i avsikt att kringgå lagens bestämmelser, på exempelvis så sätt att anskaffningen delas upp i syfte att tröskelvärdet ska underskridas.⁸⁰ För det fall att det ändå kan anses föreligga sakligt grund för att dela upp tjänsteanskaffning i flera mindre delkontrakt ska varje delkontrakt som överskrider 80.000 euro (c:a 730.000 kronor)⁸¹ ändå upphandlas med iakttagande av lagens direktivstyrda bestämmelser.⁸² Förekommande options- och förlängningsklausuler ska enligt 2 kap. 2 § tredje stycket ÄLOU beaktas som om de utnyttjats.

Med ”*upphandling*” avses alla köp av varor tjänster eller byggtreprenader som sker från ett fristående rättssubjekt (se legaldefinitionen i 1 kap. 5 § ÄLOU). Stadgandet är undantagslöst.⁸³

Skyldigheten att följa bestämmelserna om offentlig upphandling åvilar bland annat statliga myndigheter, vilka enligt ÄLOU:s terminologi utgör *upphandlande enheter*.⁸⁴ Tillsynsmyndighet för

⁷⁵ Ramavtal Tryckeritjänster (dnr.: 52-0096-2006), som LTU kunnat avropa från. I detta ramavtal ingick digitaltryck, grafiskt tryck, kopieringstjänster, utskriftstjänster, efterbehandling samt lagerhållning och distribution. Detta, det s.k. VHS_avtalet, kommer under hösten ersättas med ett nytt centralt ramavtal som för närvarande upphandlas av Kammarkollegiet.

⁷⁶ En upphandling anses påbörjad när den upphandlande myndigheten eller enheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten eller enheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud.

⁷⁷ 1992 års lag (ÄLOU) har numera ersatts genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU –, vilken reglerar upphandlingar som har påbörjats efter den 1 januari 2008.

⁷⁸ Med upphandlingskontrakt avses enligt legaldefinitionen i 1 kap. 5 § ÄLOU första stycket punkten 3 skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt denna lag och som undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

⁷⁹ CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. – Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003 (numera ändrad genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV, vilken trädde i kraft den 13 september 2008).

⁸⁰ Tröskelvärdet för statliga centrala myndigheter uppgick under perioden den 1 januari 2006 och den 31 december 2007 till 130.000 sdr (särskilda dragningsrätter) eller 1.253.000 kronor, se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling i lydelse enligt ändringsförfattning (2005:1119), den s.k. *tröskelvärdesförordningen*.

⁸¹ Motsvarande bestämmelse med avseende på varuupphandling återfinns i 2 kap. 4 § ÄLOU.

⁸² Beloppet är beräknat enligt en eurokurs på 9,13 kronor (80.000 x 9,13 = 730.000), motsvarande det värde till vilket vid tidpunkten gällande tröskelvärde har beräknats, se 1 § *tröskelvärdesförordningen* (2000:63), där 200.000 euro av regeringen har beräknats till 1,826 miljoner kronor (1.826.000 / 1.000 = 1,826).

⁸³ Se 5 kap. 5 § ÄLOU. För delkontrakt under 80 000 euro (kronor) behöver dock inte något direktivstyrt upphandlingsförfarande enligt 5 kap. ÄLOU tillämpas förutsatt att summan av de undantagna delkontrakten inte överstiger 20 procent av upphandlingens totala värde.

⁸⁴ Se legaldefinitionen i 1 kap. 5 § första stycket punkten 1 ÄLOU samt RÅ 2008 ref. 26 (*SYSAV-målet*).

⁸⁵ Se legaldefinitionen i 1 kap. 5 § första stycket punkten 2 ÄLOU. Genom införandet av 2007 års lagar om upphandling har inom den klassiska sektorn beteckningen *upphandlande enheter* numera mönstrats ut och ersatts med *upphandlande myndigheter*. Beteckningen *upphandlande enhet* förekommer numera enbart på organ verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna.

offentlig upphandling var tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU). Numera utövas tillsynen av Konkurrensverket.⁸⁵

Enligt huvudregeln i 1 kap. 4 § ÄLOU ska alla upphandlande enheter iaktta affärsmässighet och opartiskhet i sin inköpsverksamhet och därvid på bästa sätt utnyttja förefintlig konkurrens. Den därmed följande s.k. *likabehandlingsprincipen* föreskriver att samtliga tänkbara leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta med anbud vid offentlig upphandling. Enskilda leverantörer eller grupper av leverantörer får inte ensidigt gynnas.

Bestämmelserna i ÄLOU är tvingande för alla upphandlande enheter. Bestämmelserna behöver enligt 5 kap. 2 § ÄLOU dock inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten.

Som huvudregel föreligger det enligt 6 kap. 2 § första stycket samt 2a § ÄLOU en skyldighet för upphandlande enheter att annonsera sina upphandlingar, antingen genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller annons i annan form som leder till en effektiv konkurrens.⁸⁶

Undantag från denna skyldighet föreligger enligt 6 kap. 2 § andra stycket (direktupphandling) samt 2 b § ÄLOU (förenklad upphandling utan föregående annonsering), under följande förutsättningar:

- upphandlingens värde är *lågt* (se vidare nedan) eller det föreligger synnerliga skäl såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- de varor som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör,
- varorna framställs enbart för forskning, utveckling, experiment eller studier, under förutsättning att framställningen inte sker i vinstsyfte eller för att täcka forsknings- och utvecklingskostnader,

Enligt en föreskrift i 6 kap. 2 § ÄLOU ska den berörda upphandlande enheten vid behov fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling, innefattande bl.a. riktvärdesbelopp för vad som i den upphandlande enhetens verksamhet kan anses utgöra *lågt värde*.

Såsom generell riktvärde för ett sådant *lågt värde*, under vilket direktupphandling får tillämpas, hade vid den aktuella tidpunkten Nämnden för offentlig upphandling (NOU)⁸⁷ angivit en övre beloppsgräns motsvarande två (2) basbelopp (numera ”prisbasbelopp”) eller c:a 80.000 kronor.⁸⁸ Numera har det i lagtexten (se 15 kap. 3 § 2007 års LOU)⁸⁹ införts en fast värdegräns för direktupphandling på c:a 288.000 kronor.⁹⁰

⁸⁵ Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret över den offentliga upphandlingen till Konkurrensverket.

⁸⁶ Annonsering på den upphandlande myndighetens egen hemsida eller i en lokal tidning har inte ansetts uppfylla kravet på att vara allmänt tillgänglig, se prop. 1999/2000:128, s. 26, där regeringen bl.a. angav följande: ”I [ÄLOU] föreslås därför inte någon annan reglering än att databasen ska vara allmänt tillgänglig. Med detta menas att annonseringssättet och databasen ska vara så kända att en upphandlande enhet genom att annonsera uppnår effektiv konkurrens. Att en enhet annonserar på sin egen hemsida bör i allmänhet inte anses vara tillräckligt, och inte heller att en kommun annonserar i en lokal tidning eller på kommunens anslagstavla.”

⁸⁷ Se Nämnden för offentlig upphandling, NOU-info, Årssammanställningen för 1993-95, s. 57.

⁸⁸ Vid tidpunkten för den nu aktuella upphandlingen i maj 2007 uppgick gällande prisbasbelopp enligt 1 kap. 6 § lagen (1962:381) om allmän försäkring till c:a 39.300 kronor.

⁸⁹ Härmed avses lagen (2007:1091) om offentlig upphandling i lydelse efter den 15 juli 2010 (se ändringförfattningen SFS 2010:571 jämte prop. 2009/10:180).

⁹⁰ Enligt föreskriften i 15 kap. 3 § LOU får direktupphandling användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av gällande tröskelvärdet för varu- och tjänsteupphandling. Eftersom detta tröskelvärdet för närvarande uppgår till 193.000 euro eller 1.919.771 kronor utgör nu gällande gränsvärde för direktupphandling således c:a 288.000 kronor; se vidare regeringens tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling jämte Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

Enligt en 2007 upprättad instruktion med ”Riktlinjer för upphandling vid Luleå tekniska universitet” får enligt punkten 4, ”Direktupphandling”, tillämpas under förutsättning att varan eller tjänsten inte omfattas av ett centralt eller lokalt ramavtal, det samlade behovet av varan eller tjänsten inom universitetet bedöms understiga 200.000 kronor under ett år eller för ett definierat projekt om kraven på affärsmässighet och konkurrens kan tillgodoses.⁹¹

Bevisbördan för att visa att tillräckliga skäl för undantag för exempelvis direktupphandling faktiskt föreligger åvilar enligt rättspraxis den upphandlande enheten.⁹²

Offentlig upphandling avslutas genom lagkraftvunnet upphandlingskontrakt.⁹³ Innan upphandlingen avslutats kan en förfördelad leverantör med stöd av 7 kap. 2 § ÄLOU väcka talan om s.k. överprövning i allmän förvaltningsdomstol (förvaltningsrätt) i syfte att tvinga fram rättelse eller att upphandlingen ska göras om. Av 7 kap. 1 § ÄLOU framgår att överprövning kan ske fram till den tidpunkt då det (1) föreligger ett kontrakt grundat på en lagligen genomförd upphandling samt (2) tio dagar har förflutit från det att meddelande om tilldelningsbeslut enligt 1 kap. 28 § ÄLOU har lämnats.

I fall av otillåten direkttilldelning, där kontrakt har tilldelats utanför ett annonserat upphandlingsförfarande och utan att förutsättningarna för direktupphandling eller förhandlad upphandling utan föregående annonsering har varit uppfyllda kan såvitt upphandlingen har påbörjats före den 15 juli 2010, talan om överprövning väckas utan begränsning tiden.⁹⁴

I fråga om otillåten direkttilldelning som har påbörjats efter den 15 juli 2010 kan domstol på talan av en konkurrerande leverantör förklara avtalen ogiltiga.⁹⁵ Den upphandlande enheten kan vid otillåten direkttilldelning också förpliktas att utge s.k. upphandlingsskadeavgift.⁹⁶

⁹¹ Enligt nämnda riktlinjer ska samtliga angivna krav vara uppfyllda för att direktupphandling ska kunna komma ifråga, vidare bör prisuppgifter tas in från flera leverantörer. Dessa uppgifter ska vara skriftliga och beställningsbeloppet överstiger ett halvt basbelopp (c:a 20.00 kronor). Beställningar och beställningserkännanden ska alltid vara skriftliga.

⁹² EG-domstolen har i en rad avgöranden slagit fast att det åvilar den upphandlande enheten att visa att sådan omständighet föreligger som ger rätt att avvika från öppet eller selektivt förfarande - se EG-domstolens dom den 10 mars 1987 i mål C-199/85 (*kommissionen mot Italien I*), domarna den 3 maj 1994 i mål C-328/92 (*kommissionen mot Spanien*) respektive den 18 maj 1995 i mål C-57/94 (*kommissionen mot Italien II*) samt dom den 11 januari 2005 i mål C-26/03, (*Stadt Halle*) och den 13 oktober 2005 i mål C-458/03 (*Parking Brixen*).

⁹³ Härmed avses skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt denna lag och som undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur, se fotnot 7 ovan. Civilrättsligt förpliktande bundenhet kan emellertid uppkomma redan innan upphandlingen har avslutats. Enligt lagförarbetena följer upphandlingsrätten i här aktuellt avseende allmänna civilrättsliga bestämmelser på förmögenhetsrättens område, vilket bland annat innefattar avtalslagens (1915:218) huvudregel att, om inte annat har överenskommit eller följer av branschpraxis, civilrättsligt förpliktande avtal uppkommer redan i och med att ett anbud besvaras med ett accepterande meddelande (en s.k. accept, exempelvis i form av ett till anbudsgivaren ställt meddelande om tilldelning). Om den upphandlande enheten vill skydda sig från civilrättslig bundenhet innan upphandlingen har avslutats (och förfarandet således fortfarande kan göras till föremål för överprövning i domstol) bör enheten därför se till att i förfrågningsunderlaget ange att bindande civilrättslig verkan uppkommer enbart genom ett upphandlingskontrakt. För tiden fram till upphandlingens avslutande kan enheten vidare välja att ingå ett villkorat avtal (se prop. 2001/02:142 s. 78 f).

⁹⁴ Av aktuella lagförarbeten (prop. 2001/02:142 sid. 102) framgår därför att ”Vid otillåten direktupphandling kan en leverantör således begära överprövning av upphandlingen även om avtal slutits med en annan leverantör så länge kraven på upphandlingskontrakt och tidsfrist i tredje stycket inte är uppfyllda”. Se vidare NJA 2005 ref. 10 (Ryanair) där (dåvarande) Regeringsrätten fastslog att det i fråga om otillåten direkttilldelning inte finns någon tidsmässig begränsning för när talan kan väckas.

⁹⁵ Enligt 16 kap. 15 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling i sin lydelse efter den 15 juli 2010 ska rätten, på talan av skadelidande leverantör, besluta att ett avtal som har slutits direkt mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga. Rätten får dock, enligt 16 kap. 16 § LOU, besluta att avtalet trots allt får bestå om det skulle föreligga någon tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bevisbördan för att sådant undantag ska komma ifråga åvilar den upphandlande myndigheten. Den effekt som uppkommer vid ett således meddelat beslut om ogiltigförklaring av domstol är s.k. *ursprungsnulitet*, d.v.s. ett retroaktivt, för båda parter ömsesidigt upphörande av alla avtalsförpliktelser. Detta innebär inte enbart att samtliga framtida förpliktelser i anledning av ett avtal upphör att äga giltighet; de berörda avtalsparterna ska även bära åter vad de hittills har erhållit som prestation enligt avtalet. Betalningar är alltid möjliga att återföra. När det gäller andra prestationer som exempelvis redan konsumerade varor och utförda tjänster är det emellertid svårare att verkställa en återgång. En godtroende leverantör är under alla förhållanden skyldig att återbetala den ersättning han erhållit enligt avtalet. Han kan därefter möjligen söka kompensation genom skadestånd för sådana direkta kostnader som avtalsförhållandet hittills har inneburit för honom.

⁹⁶ Enligt 17 kap. 1 § LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om bl.a. myndigheten, genom exempelvis otillåten direkttilldelning, har slutit avtal med en leverantör utan att iakttä lagens annonseringskrav. Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 17 kap. 4 § uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktets värde.

Yttrande

LTU har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, men skriftligen meddelat att universitetet 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.

Såvitt framgår av utredningen har LTU upphandlat tjänster för kuverttryckning. Upphandlingen har genomförts som en direktupphandling utan föregående annonserad upphandling och kontrakt har tecknats med Luleå Grafiska AB. Det aktuella förfarandet har påbörjats före den 1 januari 2008, varför de äldre bestämmelser som följer av ÅLOU är tillämpliga.

LTU är i sin kapacitet av central statlig myndighet en sådan s.k. upphandlande enhet som har haft att iaktta bl.a. ÅLOU i samband med anskaffning av bland annat tryckeritjänster.

Vid en bedömning enligt ÅLOU ska vid kontraktsvärdesberäkningen beaktas samtliga köp av tryckeritjänster som LTU har genomfört under den aktuella perioden, eftersom anskaffningen inte får delas upp i syfte att underskrida tröskelvärdet. Förekommande optioner ska beaktas som om de utnyttjats.

I den redovisning som har lämnats av LTU till beräkning av den aktuella upphandlingsvolymen anges ett beräknat avropsvärde på 360.000 kronor för hela avtalsperioden, inklusive förlängning. Av utdrag från universitetets leverantörsreskontra framgår vidare att LTU hittills sedan 2007 har köpt tryckeritjänster från Luleå Grafiska AB för totalt c:a 4 miljoner kronor, varav c:a 560.000 kronor har avropats på det nu aktuella avtalet avseende kuverttryckning.

Något sådant lågt värde som i det aktuella fallet skulle kunna motivera tillämpning av direktupphandling föreligger därmed inte.

Inte heller har det med tillämpning av LTU:s egna riktlinjer varit möjligt att tillämpa direktupphandling av de aktuella tjänsterna, dels på grund av att tryckeritjänster omfattas av ett centralt ramavtal, det s.k. VHS-avtalet, som universitetet har kunnat avropa från, dels på grund av att LTU:s samlade avrop av tryckeritjänster väsentligen överstiger 200.000 kronor per år.

Någon synnerlig brådskan, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses och inte heller beror på LTU, har inte ens påståtts föreligga vid tidpunkten för den aktuella direktupphandlingen. Det är heller inte fråga om någon kompletteringsbeställning eller så att den aktuella kuverttryckningen av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras till LTU endast av vissa leverantörer, däribland Luleå Grafiska AB.

Inget av de i ÅLOU eller LTU:s egna riktlinjer förekommande undantagen från kraven på annonserad upphandling är således tillämpliga i det aktuella fallet. Genom att direktupphandla kuverttryckningen, utan att iaktta kravet på annonsering, har LTU således brutit mot kravet på affärsmässighet samt de grundläggande principer om bl.a. likabehandling och icke-diskriminering samt öppenhet (transparens) som ytterst följer av EG/EU-fördragen.

Av utredningen framgår att avrop har genomförts, och allttjämt synes genomföras, mer än ett år efter det att det ursprungligen direktupphandlade kontraktet med Luleå Grafiska AB har löpt ut. Även om dessa beställningar inte avser så stort värde strider också dessa fall, av vad som närmast kan beskrivas som en direktupphandling på direktupphandling, mot lag och vittnar om bristande respekt för det upphandlingsrättsliga regelverket.

Enligt rättsmedelsbestämmelserna i ÅLOU föreligger det inte någon tidsmässigt yttre gräns för när en överprövning av otillåten direktupphandling senast ska vara påbörjad. En leverantör som vill

påtala LTU:s aktuella lagöverträdelse bör således fortfarande kunna ansöka om överprövning med yrkande om att upphandlingen ska göras om.

I fråga om sådana avrop som har genomförts efter den 31 augusti 2010, då det ursprungligen direktupphandlade kontraktet mellan LTU och Luleå Grafiska AB löpte ut, gäller emellertid den nya lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU – samt de rättsmedelsbestämmelser som med giltighet efter den 15 juli 2010 införts i lagen.

Skulle allmän förvaltningsdomstol vid en sådan prövning finna att beställningar som har skett efter den 31 augusti 2010 tillkommit i strid mot LOU, medför detta att dessa affärstransaktioner riskerar att med retroaktiv verkan förklaras ogiltiga. Detta skulle i sådant fall medföra att Luleå Grafiska AB kan tvingas betala tillbaka vad bolaget har erhållit i sådan ersättning från LTU samtidigt som LTU i möjligaste mån måste returnera kvarvarande kuvert och andra avropade tryckalster till Luleå Grafiska AB. Universitetet riskerar även att ådömas att betala en straffavgift (s.k. upphandlingsskadeavgift).