

PM 2 2007-06-14 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (villkor om viss vara eller process - produktiskriminering).**

*Falkenbergs kommun har vid upphandling av klippverktyg för brandförsvaret uppställt krav på specifika egenskaper, som medför att endast en leverantör kan komma ifråga.*

Falkenbergs kommun, Brandförsvaret, har genom annons i Anbudsjournalens databas inhämtat skriftliga anbud avseende "Klippverktyg till Brandförsvaret Falkenberg". Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen avser "klippverktyg mm för räddningsverksamheten".

Enligt punkten 3.1. i anbudsinfordran skall upphandlingen genomföras som en förenklad upphandling enligt 6 kap. lagen (1992: 1528) om offentlig upphandling – LOU, vidare skall lagar och förordningar samt myndigheternas föreskrifter och anvisningar beaktas av anbudsgivare även om de inte återopas i handlingarna.

Under rubriken ("TEKNISK SPECIFIKATION") i punkterna 2.1-2.7 i anbudsinfordran redovisas som obligatoriska s.k. skall-krav en mängd detaljerade föreskrifter avseende bland annat verktygens utformning och funktion. Såvitt obesträtt framkommit<sup>1</sup> är 34 av totalt 55 förekommande krav utformade på ett sätt som i huvudsak överensstämmer med enbart en viss tillverkares produkter och i något fall innefattar patentskyddad konstruktion. Kraven fördelar sin enligt följande:

Produkt:	Tekniska specifikationen:
2.1 Pump bärbar	6 icke konkurrensneutrala krav av totalt 10 uppställda krav
2.2 Spridare	5 icke konkurrensneutrala krav av totalt 8 uppställda krav
2.3 Teleskopbändare	3 icke konkurrensneutrala krav av totalt 7 uppställda krav
2.4 Bändare	6 icke konkurrensneutrala krav av totalt 7 uppställda krav
2.5 Tillbehörssatser	1 icke konkurrensneutrala krav av totalt 3 uppställda krav
2.6 Sax	9 icke konkurrensneutrala krav av totalt 13 uppställda krav
2.7 Slangar	4 icke konkurrensneutrala krav av totalt 7 uppställda krav
<i>Sammanlagt</i>	<i>34 icke konkurrensneutrala krav av totalt 55 uppställda krav</i>

Sammantaget medför de för upphandlingen uppställda tekniska specifikationerna att endast ett visst på marknaden förekommande produktvarumärke uppfyller samtliga krav och således kan komma ifråga för anbudsgivning.

Några tekniska skäl med grund i en svensk eller europeisk standard eller motsvarande tekniskt godkännande av ett organ som har godtagits av EES-länderna, har inte anförts till stöd för de uppställda kraven. Dessa har heller inte utformats enligt något av EES-länderna godtagit förfarande som har publicerats i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT).

Det s.k. kontraktsvärdet av upphandlingen kan uppskattas till c:a 900.000 kronor. På marknaden för brandverktyg finns det förutom det aktuella produktvarumärket andra fabrikat som för närvarande används av kommunala räddningstjänster i Sverige.

Länsrätten i Hallands län har genom lagakraftvunnen dom den 12 mars 2007 förordnat att upphandlingen skall göras om.<sup>2</sup>

**Gällande rätt**

Upphandling av varor vars sammanlagda värde understiger tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,826 miljoner kronor<sup>3</sup> skall handläggas enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU, normalt genom ett s.k. förenklat förfarande eller som en urvalsupphandling.

<sup>1</sup> Påståendet om icke konkurrensneutrala krav har i mål om överprövning enligt LOU (se fotnot 2) inte bestritts i sak.

<sup>2</sup> Länsrätten i Hallands län, dom i mål 304-07 meddelad den 12 mars 2007. Länsrättens domslut har vunnit laga kraft genom att domen inte överklagats.

<sup>3</sup> Se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Gällande tröskelvärde från och med den 1 januari 2006..

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som en huvudregel att all upphandling (oavsett upphandlingsform) skall ske med utnyttjande av tillgängliga konkurrensmöjligheter och även i övrigt genomföras på ett affärsmässigt sätt. Anbudsgivare och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Lagen bygger därvid på ett antal i EG-fördraget stadfästa principer som även kommer till uttryck genom gemenskapernas direktiv om offentlig upphandling. För närvarande regleras offentlig upphandling av varor genom 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. klassiskaupphandlingsdirektivet) vilket, även om det ännu inte har implementerats genom införande av en ny svensk lag om offentlig upphandling, per den 1 februari 2006 har trätt i kraft med för Sverige bindande s.k. direkt effekt.<sup>4</sup>

Det huvudsakliga syftet med lagen om offentlig upphandling jämte bakomliggande direktiv och fördragsbestämmelser är att säkra att upphandlingen sker genom effektiv konkurrens och att leverantörerna och deras ansökningar och anbud behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn<sup>5</sup>. Reglerna är bl.a. utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Lagens bestämmelser medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader.

Bärande principer bakom regleringen är bland annat principerna om *likabehandling* och *transparens*<sup>6</sup>, vilka innebär att samtliga tänkbara leverantörer till den offentliga sektorn skall ha möjlighet att lämna anbud på lika villkor.

Om förfrågningsunderlaget innehåller en teknisk beskrivning av föremålet för upphandlingen skall enligt 1 kap. 12 § (gm. 6 kap. 16 §) LOU<sup>7</sup> beskrivningen göras med hänvisning till:

1. svensk standard som överensstämmer med europeisk standard,
2. ett sådant europeiskt tekniskt godkännande av en produkts lämplighet som gjorts av ett organ som godtagits av EES-länderna, eller
3. en teknisk specifikation som utformats enligt ett förfarande som godtagits av EES-länderna och som publicerats i Europeiska gemenskapernas officiella tidning.<sup>8</sup>

Enligt 1 kap. 16 § (g.m. 6 kap. 16 §) LOU får den tekniska beskrivningen varken i förfrågningsunderlaget eller i något annat underlag för upphandlingen hänvisa till en särskild vara eller process på ett sådant sätt att vissa företag gynnas eller missgynnas. En sådan hänvisning får dock göras, om det är motiverat med hänsyn till föremålet för upphandlingen. Förekommande hänvisningar skall i sådant fall alltid följas av orden ”*eller likvärdig*”.<sup>9</sup> Bestämmelsen bygger på art. 8 punkten 6 i (det äldre och numera upphävda) varuupphandlingsdirektivet, vilket anger bl.a. följande.

<sup>4</sup> Äldre gemenskapsrättslig reglering, vilken legat till grund för 1992 års lag om offentligt upphandling, återfinns bl.a. i Europeiska rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor (det s.k. varuupphandlingsdirektivet).

<sup>5</sup> Enligt EG/Romfördraget gäller en allmän princip om likabehandling. Fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen giltighet som svensk lag. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen (prop. 1994/95:19, del 1 sid. 478) att ”Den i Romfördraget centrala likabehandlingsprincipen återfinns bl.a. i artikel 6 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Andra uttryckliga likabehandlingsprinciper återfinns i artikel 40 tredje stycket i Romfördraget angående likabehandling mellan producenter och konsumenter inom den gemensamma jordbrukspolitikens samt i artikel 119 i Romfördraget när det gäller lika lön för kvinnor och män. EG-domstolen har dock slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen”. Den allmänna likabehandlingsprincipen innebär att en medlemsstats myndigheter inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa leverantörer framför andra, vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

<sup>6</sup> Se prop. 1992/93:88, sid. 59-60. Avseende affärsmässighetsrekvisitets innebörd, se även de senare utredningsbetänkandena ”Mera värde för pengarna” (SOU2001:31) s. 69-89 samt ”Nya upphandlingsregler” (SOU 2005:22) s. 216 ff.

<sup>7</sup> Bestämmelsen gäller inte, om det i någon annan författning finns avvikande bestämmelser och dessa överensstämmer med gemenskapsrätten.

<sup>8</sup> Med EES avses i lagtexten Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES), vilket förutom samtliga EU-länder omfattar även Island, Liechtenstein och Norge.

<sup>9</sup> Den senare bestämmelsen om att hänvisning till visst fabrikat alltid skall följas av orden ”*eller likvärdig*” har efter bl.a. påstötning från EG-kommissionen tillkommit genom förtydligande ändring av lagen (SFS 1997:1068) som trädde i kraft den 1 januari 1998. Kravet följer av EG:s upphandlingsdirektiv, däribland tjänsteupphandlingsdirektivet (92/15/EEG) art. 14.6. Se vidare reg.prop. 1996/97:153, specialmotiveringen, sid. 59: ”I andra stycket har en omformulering gjorts, så att det nu framgår vilka ord som skall användas i annonsen (förfrågningsunderlaget) om sådana hänvisningar inte är möjliga att undvika, d.v.s. ’eller likvärdig’ vilket i den engelska versionen av direktiven uttrycks som ’or

” Såvida inte sådana specifikationer är motiverade av kontraktets föremål, skall medlemsstaterna förbjuda att det i kontrakten införs tekniska specifikationer, som anger produkter av ett visst märke, ursprung eller framställning och som därför gynnar eller utesluter vissa leverantörer eller produkter. I synnerhet förbjuds angivande av varumärken, patent, typbeteckningar eller specifika ursprung eller framställningar. Emellertid får en sådan specifikation förekomma om den följs av orden ’eller likvärdig’ där de upphandlande myndigheterna inte kan beskriva kontraktets föremål på annat sätt med tillräcklig precision och full begriplighet för alla berörda”.

Av motsvarande bestämmelse i det nu gällande klassiska upphandlingsdirektivet (art. 23 punkten 2) framgår att förekommande tekniska specifikationer bland annat:

”...skall tillåta anbudsgivare att delta på lika villkor och får inte innebära omotiverade hinder mot att offentlig upphandling öppnas för konkurrens”.<sup>10</sup>

---

*equivalent’ ”. I ett tidigare svenskt kammarrättsavgörande har förekommit att referens till visst fabrikat av programvara godkänts utan hänvisning till ”eller likvärdig” (KamR i Jönköping, dom den 17 juli 1997 i mål nr. 2661-1997). Avgörandet får emellertid, med hänvisning till senare genomförd lagändring, numera anses obsolet.*

<sup>10</sup> Av samma artikel, punkten 3, framgår vidare följande reglering: ”Utan att det påverkar rättsligt bindande nationella tekniska regler, i den utsträckning som de är förenliga med gemenskapsrätten, skall de tekniska specifikationerna vara utformade på något av följande sätt: a) Genom en hänvisning till de tekniska specifikationerna som definieras i [det klassiska upphandlingsdirektivets] bilaga VI och, i prioritetsordning, till sådana nationella standarder som genomför europeiska standarder, till europeiska tekniska godkännanden, till gemensamma tekniska specifikationer, till internationella standarder, till andra tekniska referenssystem som utarbetats av de europeiska standardiseringsorganen eller, om sådana inte finns, till nationella standarder eller nationella tekniska godkännanden, eller till nationella tekniska specifikationer om projektering, beräkning och utförande av byggentreprenader samt materialanvändning. Varje sådan hänvisning skall följas av orden ”eller likvärdigt”. b) I form av prestanda eller funktionskrav, varvid miljöegenskaper kan ingå. Sådana parametrar måste dock vara så specifika att anbudsgivarna kan bilda sig en bestämd uppfattning om föremålet för upphandlingen och den upphandlande myndigheten kan genomföra upphandlingen. c) I form av prestanda eller funktionskrav enligt led b och, för att påvisa att dessa prestanda eller funktionskrav antas vara uppfyllda, med en hänvisning till specifikationerna i led a. Ett lämpligt sätt kan vara tillhandahållande av en teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ. d) Med en hänvisning till specifikationerna i led a i fråga om vissa egenskaper och med en hänvisning till de prestanda eller funktionskrav som anges i led b i fråga om andra egenskaper.

Från gemenskapsrättslig praxis förtjänar uppmärksammas det s.k. *UNIX 1-målet* (C-359/93) där en nederländsk upphandlande enhet hade uppställt krav med innebörd att enbart produkter innehållande operativsystemet UNIX kunde komma ifråga. Kravet motiverades av tekniska skäl med hänvisning till utrustningens planerade användning och behovet av kompatibilitet i förhållande till den upphandlande enhetens övriga utrustning. EG-domstolen ansåg trots detta att hänvisningen hindrade handeln och således utgjorde brott mot principen om fri rörlighet enligt art. 30 (nuvarande art. 28) i EG-fördraget och därmed även mot likabehandlingsprincipen enligt gällande upphandlingsdirektiv.<sup>11</sup> Även i ett senare avgörande, det s.k. *UNIX 2-målet*, har EG-domstolen kommit till en liknande slutsats.<sup>12</sup>

Från gemenskapsrättslig tillämpning förtjänar även nämnas ett fall där en svensk kommun med hänvisning till bl.a. tekniska skäl hade utformat kravspecifikationen i ett antal datorupphandlingar med krav på ett visst varumärke, utan tillägg av orden ”eller likvärdig”. Mot detta reagerade EG-kommissionen som inledde ett granskningsförfarande.

Av EG-kommissionens skrivelse till kommunen framgår att hänvisning till ett specifikt märke, även om det kombineras med orden ”eller likvärdig”, kan komma i fråga endast i de fall då det som skall upphandlas inte låter sig beskrivas på ett mer neutralt sätt, genom hänvisning till europeiska eller nationella tekniska specifikationer. EG-kommissionen ifrågasatte om angivandet av varumärkesreferens över huvud taget varit sakligt motiverad, och menade att ”en hänvisning till en lämplig norm som har utvecklats för mätning av prestanda av datorer skulle kunna vara ett alternativ”.<sup>13</sup>

EG-direktivens förbud mot villkor att en produkt av ett visst märke eller från någon viss tillverkare skall användas, utan möjlighet för konkurrerande leverantörer att erbjuda likvärdiga produkter (s.k. produktdiskriminering) har av EG-domstolen ansetts så grundläggande att förbudet får anses följa redan av EG-fördragets princip om fri rörlighet av varor och tjänster.

EG domstolen hade i målet *Vestergaard* (C-59/00) att bedöma ett förfarande där ett danskt kommunalt bostadsföretag (Spøttrup Boligselskab) i en upphandling av byggtreprenad hade förskrivit som ett obligatoriskt skall-krav att enbart fönster av visst fabrikat kunde komma ifråga. Kontraktshandlingarna innehöll följande klausul: ”Dörrar och fönster i PVC. Utvändiga dörrar och fönster skall levereras av: Hvidbjerg Vinduet, Østergade 24, 7790 Hvidbjerg (Danmark)”. Mot detta för upphandlingen obligatoriska s.k. skall-krav invände en leverantör (Vestergaard) som ansåg sig kunna utföra byggtreprenaden med användande av likvärdiga fönster av annat fabrikat.

Det upphandlande bostadsföretaget invände att upphandlingen avsåg ett kontraktsvärde som understeg gällande tröskelvärde för byggtreprenader (5 miljoner euro) samt angav att det danska nationella regelverket inte innefattar någon bestämmelse motsvarande det gemenskapsrätteliga förbudet att vid offentlig upphandling, utan tillägg av orden ”eller likvärdig”, hänvisa till visst märke, fabrikat eller ursprung.

EG-domstolen konstaterade i dom den 3 december 2001 att även om vissa avtal inte omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsdirektiven på området för offentlig upphandling är de upphandlande enheter som ingår sådana avtal ändå skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler (pp. 20 och 21) samt att kravet på hänvisning genom orden ”eller likvärdig” ingår i dessa grundläggande regler (p. 22).

EG-domstolen angav därför att det strider mot artikel 30 i EG-Romfördraget (nu artikel 28 EG i ändrad lydelse) att en upphandlande enhet i kontraktshandlingarna till ett kontrakt som inte överskrider gällande tröskelvärde för in en klausul enligt vilken produkter av ett visst märke skall användas vid fullgörandet av kontraktet, såvida inte detta krav åtföljs av tillägg eller likvärdigt.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Se EG domstolens dom den 24 januari 1995 i målet *Kommissionen mot Nederländerna - UNIX 1* (C-359/93).

<sup>12</sup> Se EG domstolens dom den 28 oktober 1999 i målet *Kommissionen mot Österrike - UNIX 2* (C-328/96).

<sup>13</sup> Europeiska kommissionen nämnde i skrivelsen angående Luleå kommuns upphandling att prestanda borde beskrivas på ett objektivt sätt som tog hänsyn till både mikroprocessorns klockfrekvens (MHz) och IPC (instruktioner per sekund). Kommunen var emellertid inte övertygad om att den av kommissionen föreslagna mätmetoden (IPC) var den bästa metoden att använda vid den tekniska beskrivningen. Företaget AMD, som är konkurrent till Intel, har vid kontakt med kommissionen och Nämnden för offentlig upphandling (NOU) framfört att den mest neutrala metoden att använda sig av är ”benchmarks”, antingen specifika, vilka mäter prestanda vid olika typer av användning (e-post, office-program) eller mera allmänna, vilka mäter datorns sammanlagda prestanda. (se vidare NOU-info mars 2004 sid. 10 f).

<sup>14</sup> Se EG domstolens dom den 3 december 2001 i målet *Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab* (C-59/00).

Förbudet mot produktdiskriminering har därigenom generell tillämplighet för samtliga offentliga anskaffningar, såväl inom som utanför den direktivstyrda sektorn. Även upphandlingar under det s.k. tröskelvärdet, som genomförs enligt de nationella bestämmelserna i 6 kap. LOU, omfattas därigenom av förbudet.

#### Yttrande

Falkenbergs kommun har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande. Ärendet är slutligt handlagt av Länsrätten i Hallands län genom att dom meddelats den 12 mars 2007. I domen har länsrätten förordnat att upphandlingen skall göras om och kommunen har därefter valt att inte begära överprövning. Då saken redan har avgjorts av rättslig myndighet, föranleder Konkurrenskommissionens utredning inga ytterligare synpunkter.

#### 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.

Falkenbergs kommun har infordrat anbud på klippverktyg till brandförsvaret. Det s.k. kontraktsvärdet av upphandlingen kan uppskattas vara så lågt att förfarandet skall bedömas i enlighet med de nationellt bestämda regler för offentlig upphandling som finns införda i 6 kap. LOU.

Av en till anbudsinfordran fogad artikelspecifikation framgår att kommunen har föreskrivit ett antal obligatoriska s.k. skall-krav avseende bland annat verktygens utformning och funktion som i praktiken utesluter samtliga på marknaden förekommande produktmärken utom ett.

Det kan synas rimligt att kommunen uppställer höga tekniska krav på den räddningsutrustning som skall anskaffas. Förekommande obligatoriska krav måste emellertid motiveras utifrån objektiva specifikationer och får inte utan starka skäl utformas på ett diskriminerande eller eljest konkurrensnedvridande sätt. Oavsett vilket upphandlingsförfarande som tillämpas är det som huvudregel förbjudet att föreskriva tekniska specifikationer som begränsar upphandlingen till produkter av ett visst märke, ursprung eller framställning och som därför gynnar eller utesluter vissa leverantörer eller produkter. I synnerhet förbjuds föreskrifter om vissa patent eller specifika ursprung eller framställningar. Endast sådana specifikationer som ovillkorligen kan motiveras med hänsyn till målsättningen för upphandlingen får komma i fråga, och i dessa fall måste det alltid framgå att även likvärdiga varor eller processer kan komma ifråga. Det är exempelvis inte tillåtet att ange den tekniska kravspecifikationen som en avskrift av en viss leverantörs produktbeskrivning.

Lagens bestämmelser har utformats för att hindra diskriminerande särbehandling, men även med syfte att värna om skattebetalarnas pengar samt för att motverka korrupcion inom offentlig handel.

Genom att utan särskilt stöd av bestämmelser i svensk eller europeisk standard eller av något motsvarande objektivet godkännande eller förfarande inom det europeiska ekonomiska samarbetet (EES) utforma anbudsförutsättningarna på ett sätt som i praktiken utesluter alla på marknaden förekommande fabrikat utom ett har, som framgår av bl.a. länsrättens lagakraftvunna avgörande, Falkenbergs kommun agerat på ett sätt som strider mot kravet på affärsmässighet och objektivitet enligt lagen om offentlig upphandling samt mot de grundläggande principer enligt bl.a. EG-fördraget som ligger till grund för lagens reglering. Förutsättningarna för konkurrensen på marknaden för verktyg inom räddningstjänsten har härigenom riskerat att snedvridas.