

PM 2 2010-10-14 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (bristande likabehandling och proportionalitet).

Sollefteå kommun och kommunens bostadsbolag har i samband med varuupphandling över tröskelvärdet föreskrivit krav som innebär att leverantörer söder om Sundsvall riskerar att diskrimineras från anbudsgivningen samt att anbud ska innehålla en redovisning av anbudsgivares inköpspriser.

Sollefteå kommun har tillsammans med det av kommunen helägda bostadsbolaget Solatum Hus&Hem AB¹ (nedan Upphandlarna), genom meddelande som skickades till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE) den 7 juli 2010, infortrat anbud avseende löpande avrop av varor, toners och datatillbehör, CPV 30230000-0, och 30125110-5 under perioden den 1 oktober 2010 till och med den 30 september 2012, med möjlighet till förlängning i ytterligare två (2) år, således som längst till och med den 30 september 2014 (2+2=4 år).

Upphandlingen är utlyst som ett s.k. *öppet förfarande* och anbudstiden löpte ut den 30 augusti 2010. Inkomna anbud ska i enlighet med punkten 3.4 i förfrågningsunderlaget prövas enligt principen *lägsta pris*.

Av punkten 4.6 i förfrågningsunderlaget framgår vidare bl.a. följande:

”Order som är lagd innan 12:00 dag 1 skall kunna levereras dag 2 under kontorstid dvs. senast 16:00. Ange om order kan vara inne senare för leverans på utsatt tid.”

Ordinarie leverans av företagspaket från avsändare i södra Sverige som sker med Posten AB eller motsvarande tjänster från andra distributionsföretag såsom Schenker, UPS, etc. förutsätter i fråga om adresser norr om Sundsvall en garanterad leveranstid på minst två arbetsdagar. Det är således normalt inte möjligt för leverantörer söder om Sundsvall eller i annat EU-land att med anlitanade av ordinarie distributionsnät delta med anbud i den aktuella upphandlingen.

Av punkten 3.5 i förfrågningsunderlaget framgår också följande:

”Artikelbilagan innehåller ett antal produkter av olika typer. Varje artikel skall redovisas med företagets inköpspriser för de artiklarna och ett procentuellt påslag som skall täcka företagets omkostnader och vinst. Detta ger tillsammans ett kundpris som kommer att utvärderas. För att vara så transparent som möjligt kommer produkterna specificeras noggrant och avvikelser från den specifikationen kommer att medföra att artikeln stryks. Leverantören skall bifoga kopia på fakturor som stödjer sina åberopade inköpspriser samt en teknisk beskrivning över den offererade artikeln. Det procentuella påslaget ska sedan gälla för hela produktgruppen inom de efterfrågade artiklarna. Samtliga positioner skall redovisas med pris”.

Det beräknade värdet för den aktuella upphandlingen uppgår enligt punkten 1.5 i förfrågningsunderlaget till c:a 3 miljoner kronor.

Förvaltningsrätten i Härnösand har i dom av den 8 september 2010 förordnat att den aktuella upphandlingen ska göras om.²

¹ Solatum Hus&Hem AB, med organisationsnummer 556194-2177, bildades den 23 november 1976 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 20 december samma år. Nuvarande firma registrerades den 13 oktober 2004. Bolaget har till föremål för sin verksamhet att ”... inom Sollefteå kommun förvärva fastigheter eller tomträtt för att uppföra och förvalta bostadshus med tillhörande lokaler och därtill hörande kollektiva anordningar. Bolaget får även äga och förvalta andra lokaler för kommunens behov. Verksamheten får dessutom omfatta uppförande av småhus för försäljning. Bolaget får även försälja eller riva fastigheter”. Bolaget ägs av Sollefteå kommun.

² Förvaltningsrätten i Härnösand, dom av den 8 september 2010 i mål 3326-10. Förvaltningsrätten fann inte att kravet på leverans påföljande vardag innebar någon överträdelse mot LOU medan kravet på redovisning av företagshemligheter däremot innefattade sådan överträdelse. Kammarrätten i Sundsvall har den 29 september 2020 (mål 2093-10) beslutat att inte bevilja kommunen prövningstillstånd mot förvaltningsrättens dom.

Gällande rätt

Offentlig upphandling som har påbörjats efter den 1 januari 2008 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Lagen bygger på 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).

Upphandling av varor, exempelvis datorrelaterad utrustning (CPV 30230000-0) och toner för laserskrivare/faxmaskiner (CPV 30125110-5), ska om det samlade kontraktsvärdet överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde handläggas i enlighet med de på EU-direktiv grundade bestämmelserna i 1-14 kap. LOU, normalt genom *öppet* eller *selektivt* förfarande.

Enligt 3 kap. 3 § LOU ska värdet av det kontrakt som ska upphandlas uppskattas till det totala belopp som ska betalas under kontraktets löptid. Vid beräkningen ska även förekommande options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. För närvarande (2010) uppgår tröskelvärdet vid offentlig upphandling av varor inom den s.k. klassiska sektorn till 1.919.771 kronor.³

Den som är skyldig att iaktta lagens bestämmelser anges som *upphandlande myndighet*. Därmed avses enligt 2 kap. 19 § LOU inte bara statliga och kommunala myndigheter och kommunala beslutande församlingar utan även *offentligt styrda organ*, däribland kommunala bolag⁴.

Frågan om grunderna för vilka anbud som ska antas är central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller som huvudregel att offentlig upphandling ska genomföras på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt med iakttagande av bl.a. principen om proportionalitet. Nämda principer bär upp den centrala EU-rätten och kommer till uttryck genom bl.a. EU-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och den inre marknaden.

Principen om likabehandling innebär att samtliga leverantörer ska ges så lika förutsättningar för deltagande som möjligt. Föreskriften om *icke-diskriminering* innebär vidare att krav som ställs i en upphandling inte får ges diskriminerande verkan. Även om den upphandlande myndigheten inte förväntar sig några utländska anbud får den exempelvis vid utformandet av förfrågningsunderlaget inte införa krav som enbart nationella företag känner till eller kan tillhandahålla.

I EU-domstolens fasta praxis har föreskriften om *icke-diskriminering* tolkats så att krav som ställts vid offentlig upphandling inte får gynna någon som kommer från viss ort eller representerar ett visst område, eftersom detta skulle leda till diskriminering av företag från andra länder. Principen har betydelse även avseende rent nationella förhållanden. Icke-diskriminering förutsätter således att vid kommunal upphandling leverantörer från andra kommuner eller regioner måste ges lika villkor som exempelvis leverantörer från den egna kommunen eller regionen

Proportionalitetsprincipen syftar till att hindra företag från att i onödan utestängas från offentlig upphandling och innebär att en upphandlande myndighet inte får ställa högre krav på anbudsgivare eller anbudens innehåll än som framstår som ändamålsenligt för att med utnyttjande av befintlig konkurrens tillgodose myndighetens behov. Kraven måste således ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till vad som framstår som affärsmässigt i det enskilda fallet.⁵ Krav på

³ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* 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 varor inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten inte är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet) till 193.000 euro eller 1.919.771 svenska kronor se vidare regeringens Tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling samt 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.

⁴ Med offentligt styrda organ avses enligt 2 kap. 12 § LOU sådana bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och: 1. som till största delen är finansierade av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, 2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller 3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

⁵ Se prop. 2006/07:128, s. 155 f.

information avseende omständigheter som saknar relevans för den upphandlande myndighetens behov eller för myndighetens slutliga anbudsvärdering får exempelvis inte komma i fråga.⁶

Vid *öppet* eller *selektivt* förfarande får förhandlingar inte komma i fråga. En upphandlande myndighet tillåts dock, enligt 4 kap. 2 eller 5-7 §§ LOU, övergå till ett *förhandlat förfarande* med⁷ eller utan⁸ föregående annonsering om vissa i lagen särskilt angivna förutsättningar är uppfyllda.

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska den upphandlande myndigheten anta antingen det anbud som för myndigheten bedöms vara sammantaget mest ekonomiskt fördelaktigt (pris vägt mot kvalitet), eller det anbud som innehåller lägsta pris (enbart pris).

Förutsättningarna för vad som kan begäras av en anbudsgivare i samband med ett öppet eller selektivt förfarande regleras i 10 - 12 kap. LOU. Lagen anger där bland annat en förteckning över vilka bevis som får krävas att anbudsgivare inger till styrkande av sin kvalifikation.

En upphandlande myndighet tillåts vidare, enligt 12 kap. 3 § LOU, förkasta anbud som den finner onormalt lågt. Anbud får dock förkastas först sedan myndigheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte erhållit något tillfredsställande svar.⁹

Myndigheten får också, enligt 10 kap. 2 § LOU, utesluta anbudsgivare vid vissa i lagen särskilt angivna förutsättningar; bland annat om anbudsgivaren på obestånd, inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt, har gjort sig skyldig till brott eller allvarlig förseelse vid yrkesutövningen eller i något väsentligt hänseende har underlåtit att lämna begärda upplysningar eller har lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av bestämmelser i LOU.

Någon möjlighet att ställa krav på att anbudsgivare ska redovisa sina inköpspriser eller andra företagsspecifika affärshemligheter framgår inte av den aktuella regleringen. I vägledande rättspraxis, RÅ 1997 ref. 40, har Regeringsrätten underkänt krav på att anbudsgivare skulle redovisa specifikationer av sina bakomliggande kostnader såsom stridande mot LOU.¹⁰

⁶ Se EU-domstolens dom av den 4 december 2003 i mål C-448/01, *EVN och Wienstrom*, REG 2003, s. I-14527.

⁷ Förhandlat förfarande med föregående annonsering får enligt 4 kap. 2 § LOU, komma i fråga vid varuupphandling om: 1. de anbud som lämnats vid ett öppet eller ett selektivt förfarande eller vid en konkurrenspräglad dialog är ogiltiga eller inte kan godtas med hänsyn till vad som föreskrivs i a) 1 kap. 10 § andra stycket LOU om att juridiska personer i vissa fall ska uppge namn och yrkeskvalifikationer på personer som ska utföra en tjänst som omfattas av upphandlingen, b) 6 kap. 9 § andra och fjärde styckena LOU om att otillåtna alternativa anbud inte får beaktas respektive att endast alternativa anbud som uppfyller ställda minimikrav får beaktas, c) 6 kap. 11 § om att en anbudsgivare ska ange hur stor del som kan komma att läggas ut på tredje man, d) 6 kap. 12 § andra stycket LOU om att anbudsgivare och anbudssökande ska bekräfta att hänsyn tagits till bestämmelserna om arbetarskydd och arbetsvillkor vid utförande av anbudet, e) 9 kap. 8 § andra stycket LOU om att en leverantör ska förtydliga och komplettera handlingar som getts in, f) 10 kap. LOU om uteslutning av leverantörer, g) 11 kap. LOU om kontroll av leverantörers lämplighet och val av leverantörer m.m., eller h) 12 kap. LOU om tilldelning av kontrakt, eller 2. det som ska upphandlas är av sådant slag eller förenat med sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter inte går att ange något totalpris i förväg. Undantag för förhandlat förfarande gäller bara om villkoren för kontraktet i förhållande till den tidigare upphandlingen inte ändras väsentligt.

⁸ Förhandlat förfarande utan föregående annonsering tillåts enligt 4 kap. 5-7 §§ LOU, komma i fråga vid varuupphandling om: 1. det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt, 2. det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör, eller 3. det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Myndigheten får avstå från att på nytt annonsera en upphandling, om den i ett förhandlat förfarande bjuder in endast anbudsgivare som uppfyller kraven i 10 och 11 kap. LOU och som i ett föregående öppet eller selektivt förfarande eller i en föregående konkurrenspräglad dialog har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven vid upphandlingen. En upphandlande myndighet får vidare använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering för tilldelning av varukontrakt om 1. det gäller varor som framställs endast för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål, och kontraktet inte syftar till vinst eller till att täcka forsknings- och utvecklingskostnader och under förutsättning att det inte försämrar möjligheten till konkurrens vid en senare kontraktstilldelning som i första hand har ett sådant syfte, 2. det gäller kompletterande leveranser av varor från den ursprungliga leverantören om a) varorna är avsedda som antingen delvis utbyte av eller tillägg till tidigare leveranser, och b) ett byte av leverantör skulle medföra att den upphandlande myndigheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll, 3. det gäller varor som noteras och omsätts på en råvarumarknad, eller 4. det är möjligt att anskaffa varor på särskilt förmånliga villkor genom att köpa i samband med att en leverantör upphört med sin verksamhet eller trätt i likvidation eller försatts i konkurs eller är föremål för motsvarande förfarande. Ett varukontrakt får i sådant fall gälla under längre tid än tre år endast om det finns särskilda skäl.

⁹ En begäran om förklaring kan gälla 1. om anbudsgivaren kan utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder att fullgöra kontraktet, 2. om anbudsgivaren kan utnyttja tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet, 3. egenarten hos de varor, tjänster eller byggtjänster som föreslås av anbudsgivaren, 4. om anbudsgivaren iakttar de bestämmelser om arbetarskydd och arbetsförhållanden som gäller på den ort där kontraktet ska fullgöras, och 5. om anbudsgivaren fått möjlighet att erhålla statligt stöd. Den upphandlande myndigheten ska vidare ge anbudsgivaren tillfälle att yttra sig över myndighetens skäl för att förkasta anbudet med beaktande av de lämnade förklaringarna.

¹⁰ I RÅ 1997 ref. 40 (*Länsarbetsnämnden i Västra Götaland*) fastställde Regeringsrätten att krav i en upphandling avseende arbetsmarknadsutbildning på att anbudsgivare skulle redovisa sina bakomliggande kostnader för lärare, lokaler, undervisningsmateriel, administration, ev. studieresor, m.m. var konkurrensnedvridande och därmed stred mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling.

Yttrande

Upphandlarna, Sollefteå kommun och Solatum Hus&Hem AB, har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

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.

Sollefteå kommun och Solatum Hus&Hem AB (Upphandlarna) utgör sådana upphandlande myndigheter som omfattas av bestämmelserna i LOU.

Den nu aktuella varuupphandlingen påbörjades i juli 2010 och avser ett uppskattat kontraktsvärde på c:a tre miljoner kronor. Förfarandet ska av dessa skäl bedömas i enlighet med de på EU-direktiv grundade bestämmelser som finns införda i 1-14 kap. LOU.

I det aktuella förfrågningsunderlaget anges som ett s.k. skall-krav att beställningar som sker före klockan 12 viss dag ska vara levererade senast klockan 16 påföljande vardag. Detta utesluter, som Konkurrenskommissionens utredning har visat, leverantörer från södra Sverige och andra länder från att anlita ordinarie distributionsnät för inrikes paketbefordran. Denna omständighet medför diskriminerande särbehandling eftersom dessa leverantörer jämfört med sina konkurrenter i norra Sverige tvingas till dyrare transportlösningar eller inte alls kan delta. Konkurrenskommissionen anser därför att anbudsförutsättningarna strider i angivet avseende mot kravet på likabehandling och icke-diskriminering i LOU. Med hänsyn till upphandlingens art och omfattning (successiva avrop av toners och datatillbehör) framstår den aktuella tidsramen enligt kommissionens mening inte heller som sakligt motiverad, och strider därmed också mot principen om proportionalitet.

Av upphandlingsförutsättningarna framgår vidare ett krav på att leverantörer ska redovisa sina inköpspriser, med styrkande av faktura från sina underleverantörer. Vad som utgör Upphandlarnas bevekelsegrund för det aktuella kravet redovisas inte. Upphandlingen ska enligt förutsättningarna avgöras utifrån lägsta pris och någon möjlighet att uppta förhandling med anbudsgivarna föreligger inte. Det aktuella kravet framstår därmed inte som sakligt motiverat och strider mot de grundläggande principerna om likabehandling och proportionalitet. Liknande krav har även underkänts i vägledande rättspraxis såsom stridande mot LOU.

Sammantaget har Upphandlarna brutit mot gemenskapsrättsliga principer för offentlig upphandling på ett sätt som medför snedvridning av konkurrensen. Förtroendet för Kommunen som upphandlare har därmed undergrävt.