

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 föreläggat.

Luleå tekniska universitet (nedan LTU) har genom annons i Allegos nationella databas, den 14 mars 2006¹ 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.²

En skriftlig ”Anbudsfrågan avseende: Tryckeritjänster” är upprättad och daterad den 2 mars 2006. Enligt punkten 1.3 i denna anbudsfrågan ska upphandlingen handläggas som en *förenklad upphandling*.³ 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).⁴

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 anbudena 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 2006,⁵ 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 Bokbinderi⁶ samt Länskopia i Luleå AB,⁷ vilka i enlighet med förfrågningsunderlaget skulle

¹ Allego referensnummer: 2006-10150-13776.

² Tenders Electronic Daily (TED) är EG/EU:s databas för annonsering av bl.a. offentlig upphandling. Databasen utgör ett tillägg till (dävarande) Europeiska gemenskapernas officiella tidning EGT (numera Europeiska unionens officiella tidning EUT) och publicerar annonser som med tillämpning av bl.a. 1 kap, 8 § ÅLOU har skickats till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE).

³ LTU, förfrågningsunderlag tjänster, daterat den 2 mars 2006.

⁴ Se bilaga 1 med kravspecifikation jämte punkten 4.1 i anbudsfrågan.

⁵ 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.

⁶ Enligt redovisad anbudssammanställning uppfyllde inte AB Sandvikens Tryckeri ställda kvalifikationskrav. Det framstår således som oklart varför detta företag ändå har tilldelats kontrakt.

⁷ 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 Bokbinderi samt Länskopia i Luleå AB. Av meddelandet om tilldelning framgår att ”Tilldelningsbeslutet har fattats efter genomförd prövning och utvärdering av inkomna anbud. Anbuderna 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.

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 2010.⁸

Av tillgängliga kontrakt framgår som formkrav, att eventuella ändringar och tillägg endast får ske efter skriftlig framställan från endera parten.⁹ 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.¹⁰ 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).¹¹ Av de således köpta tryckeritjänsterna har c:a 550.000 kronor¹² fakturerats efter den 30 augusti 2010.¹³

Samtliga aktuella avrop och beställningar¹⁴ 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.¹⁵ 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 påbörjats¹⁶ 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.¹⁷

⁸ 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.

⁹ Se punkten 7 i kontraktet.

¹⁰ LTU har i e-mail av den 2 september 2011 till Konkurrenskommissionen angivit att avtalsförlängning har endast har skett muntligt, skriftlig överenskommelse saknas.

¹¹ Av utbetalningarna till Luleå Grafiska AB på sammanlagt 3.978.408 kronor exklusive moms avser 565.446 kr ett annat kontrakt om kuverttryckning.

¹² 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.

¹³ 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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).¹⁸

Med *offentlig upphandling* avses enligt ÄLOU förfarandet fram till och med tilldelning av bland annat ett *upphandlingskontrakt*¹⁹ 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)²⁰ 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 direktivgrundande²¹ 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.²² 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.²³ 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)²⁴ ändå upphandlas med iakttagande av lagens direktivstyrda bestämmelser.²⁵ 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.²⁶

Skyldigheten att följa bestämmelserna om offentlig upphandling åvilar bland annat statliga myndigheter, vilka enligt ÄLOU:s terminologi utgör *upphandlande enheter*.²⁷ Tillsynsmyndighet för

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

²⁰ 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).

²¹ 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.

²² 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*.

²³ Motsvarande bestämmelse med avseende på varuupphandling återfinns i 2 kap. 4 § ÄLOU.

²⁴ 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 / . 200.000 = 9,13).

²⁵ 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.

²⁶ 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.²⁸

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.²⁹

Därför måste som huvudregel förekommande ramavtal ange samtliga kommersiella pris- och andra villkor för löpande avrop som ska tillämpas.³⁰ Det är sålunda inte möjligt att avropa exempelvis tjänster med avvikelser 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 ramavtalsvillkor³¹ utan förekommande beställningar (avrop) måste ske i enlighet med sådana villkor som ursprungligen har upphandlats och angivits i parternas ramavtal.³²

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.³³

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.³⁴ 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 konkurrens-*

²⁷ 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. försörjningssektorena.

²⁸ Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret över den offentliga upphandlingen till Konkurrensverket.

²⁹ Föreskriften följer ytterst av generalklausulen om affärsmässighet i 1 kap. 4 § ÄLOU och kravet på likabehandling och icke-diskriminering av leverantörer.

³⁰ 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.

³¹ 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.

³² 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.

³³ Se EU-domstolens dom av den 19 juni 2008 i mål nr C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur*, REG 2008, s. I-4401.

³⁴ 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.

utsättning, inom kretsen av redan ramavtalstilldelade leverantörer, inhämta konkreta anbud eller ”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 härefter välja det anbud som i det specifika fallet erbjuder det sammantaget ekonomiskt mest fördelaktiga utfallet, eller lägsta pris.

För svenskt nationellt vidkommande har dåvarande Regeringsrätten³⁵ 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 § ÄLOU 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).³⁶

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.³⁷

Offentlig upphandling avslutas genom lagakraftvunnet upphandlingskontrakt.³⁸ 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 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 begränsning i tiden.³⁹

³⁵ Regeringsrätten har sedan den 1 januari 2011 bytt namn till Högsta förvaltningsdomstolen.

³⁶ Se 1 kap. 8 § ÄLOU enligt vilken och den upphandlande enheten ska kunna visa vilken dag annonsen avsändes. Se även förordningen (2002:590) om standardformulär vid offentlig upphandling.

³⁷ 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*).

³⁸ 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 (se 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).

³⁹ 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.

I fråga om otillåten direkttilldelning som har beslutats efter den 15 juli 2010 kan domstol på talan av en konkurrerande leverantör förklara avtalen ogiltiga.⁴⁰ 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.⁴¹

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 ÄLOU är tillämpliga.

LTU är i sin kapacitet av central statlig myndighet en sådan s.k. *upphandlande enhet* som har haft att iakta bestämmelserna i ÄLOU 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. ÄLOU 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.

⁴⁰ 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.

⁴¹ 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 iakta 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.

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.⁴² 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.

⁴² 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).