

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO

02-064

PM 2 2002-12-11 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (otillbörligt gynnande).

Vindelns kommun har beslutat att vid upphandlingar av livsmedel föreskriva att särskild hänsyn kan tas till lokala företag.

Vindelns kommun, kommunstyrelsens arbets- och personalutskott, beslutade vid sammanträde den 14 oktober 2002 (Dnr. 2002.425) att kommunen ”...vid utvärdering av anbud på livsmedel till våra enheter utanför tätorten [ska] även ta med följande kriterier: Kommunala merkostnader som kan uppstå vid en nedläggning (t ex hemsändningsbidrag). Om affären erhåller statligt stöd”.

Till grund för beslutet anfördes bland annat följande: Vindelns kommun har under flera år upphandlat livsmedel till sina enheter på två sätt. För de större enheterna i Vindeln har upphandling skett tillsammans med grannkommunerna. Avtal har då oftast tecknats med de riktigt stora leverantörerna. När det gäller upphandling till mindre enheter ute i byarna har Vindels kommun gjort lokala upphandlingar. Avtal har då tecknats med den lokala affären, med något undantag då avtal tecknats med affär i Vindeln. Att det finns livsmedelsaffärer i byarna har betydelse inte enbart för de boende utan även för kommunen. Om ett område saknar livsmedelsaffär är kommunen skyldig att ordna hemsändning av dagligvaror. För att säkerställa detta betalar kommunen ett bidrag till den som kan ta på sig hemsändning. Kommunen erhåller 50 procents kostnadstäckning i statsbidrag för detta stöd. Den kommunala kostnaden uppgår till mellan åttio tusen och etthundra tusen kronor per år. Vissa byabutiker har dessutom möjlighet att erhålla statligt stöd för sin överlevnad, detta stöd administreras av länsstyrelsen.

-

Gällande rätt

Offentliga upphandlingar regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Upphandlingar avseende varor skall om det samlade upphandlingsvärdet överstiger ett i lagen angivet tröskelvärde motsvarande 1,741 miljoner kronor^{1[1]}, handläggas enligt

^{1[1]} Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från den 1 januari 2002, vid upphandlingar av varor och tjänster

lagens av EG-direktiv styrda bestämmelser som finns införda i lagens 1 kap. 2 kap. samt 7 kap.2[2] Om det samlade värdet understiger detta tröskelvärde skall upphandlingen istället handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-6 §§, 6 kap. samt 7 kap. LOU.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som en huvudregel att all upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Upphandlingslagen bygger därvid på ett antal EG-direktiv. Grundläggande gemenskapsrättsliga principer inom offentlig upphandling är bland annat principerna om *likabehandling* och *proportionalitet*.

Enligt EG-Romfördraget gäller en allmän princip om likabehandling vid offentligt finansierad handel inom Europeiska unionen. 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 (i 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 jordbrukspolitiken samt i artikel 119 i Romfördraget när det gäller lika lön för kvinnor och män. EG-domstolen har vidare slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen*". Den allmänna likabehandlingsprincipen får förstås så, att en medlemsstats myndigheter över huvud taget inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

I förarbetena till lagen om offentlig upphandling motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till EG-Romfördragets princip om icke diskriminering. 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.

Det huvudsakliga syftet med lagen om offentlig upphandling är således att säkra att upphandling sker genom en effektiv konkurrens och att leverantörerna och deras ansökningar och anbud behandlas utan ovidkommande hänsyn. Därtill hör att alla anbudsgivare skall behandlas lika. Enligt den ovan refererade *likabehandlingsprincipen* (eller likhetsprincipen)^{3[3]} skall leverantörer inom den offentliga handeln således ha möjlighet att lämna anbud

2[2] Sker upphandlingen för sådan av den upphandlande enheten bedriven verksamhet som består av drift eller tillhandahållande av fasta nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om (1) produktion, transporter, distribution eller försörjning med elektricitet, gas eller värme eller av leverans av sådana nyttigheter till fasta nät, samt (2) utnyttjande av mark- eller vattenområden för prospektering eller utvinning av t.ex. olja och gas (inom den s.k. *försörjningssektorn*) skall handläggningen emellertid ske enligt bestämmelserna i 1 kap., 4 kap. samt 7 kap. LOU.

3[3] 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*

på lika villkor. Enbart affärsmässigt betingade omständigheter får därvid komma ifråga för värdering av anbud.

De upphandlingsrättsliga bestämmelserna syftar således inte till att de upphandlande enheterna i varje läge skall göra sammantaget ekonomiskt fördelaktiga affärer (eng. ofta "value for money") utan reglerar endast att leverantörerna behandlas rättvist och lika. Tanken är att man härigenom uppnår en effektiv offentlig anskaffning och inom ramen för direktiven och gemenskapsrätten i övrigt söker genomföra så bra affärer som möjligt. Förutsättningar härför är naturligtvis även god planering, samverkan och professionalism i upphandlingsarbetet. Vid en eventuell konflikt mellan den upphandlande enhetens egna mål - hur affärsmässiga de än anses vara - och direktivens och gemenskapsrättens krav till skydd för företagets rätt att konkurrera på lika villkor måste den upphandlande enhetens mål vika. 4[4] Även äldre bestämmelser för den kommunala och statliga upphandlingen byggde på samma princip om förbud mot icke ovidkommande hänsyn (se nedan, RÅ 1976 ref. 133).

Fråga om s.k. lokal upphandling kan även aktualisera tillämpning av de s.k. statsstödsreglerna. Enligt EG-Romfördragets artikel 87 (f.d. artikel 92) är om inte annat föreskrivs i fördraget, stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den gemensamma marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Även stöd som ges av en kommun räknas som statsstöd enligt denna artikel.

Förekommande möjlighet att vid offentlig upphandling särskilt gynna lokal handel har varit föremål för utredning och bedömning av den statliga upphandlingskommittén. I slutbetänkandet SOU 2001:31 anför kommittén bl.a. att en upphandlande enhets möjligheter att ställa upp villkor för deltagande i en upphandling eller tillämpa utvärderingskriterier som innebär att den tar lokala hänsyn i den enskilda upphandlingen är mycket begränsade, eftersom detta torde strida mot såväl huvudregeln om affärsmässighet som diskrimineringsförbudet i EG-fördraget. Möjligheterna att indirekt gynna lokala leverantörer utan direkt samband med den enskilda upphandlingen är dock större. Kommuner kan inom ramen för sin näringslivskompetens se till att lokala företag kommer i åtnjutande av det allmänna stöd som kommunen bedömer erforderligt för att öka ortens konkurrenskraft. Upphandlingsreglerna är inte tillämpliga annat än under pågående upphandling. En konkurrens- och upphandlingsstrategi som går ut på att göra det möjligt för mindre och medelstora företag att delta i offentlig upphandling står i överensstämmelse med EG-

Romfördraget angående likabehandling mellan producenter och konsumenter inom den gemensamma jordbrukspolitikerna 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.

4[4] Se vidare Hentze och Sylvén, lagbokskommentaren Offentlig upphandling, Norstedts, 1998, den blå utgåvan, kommentaren till 1 kap. 4 §, sid. 41 f,

fördragets grundprinciper. Ett direkt gynnande av lokala leverantörer genom t.ex. stödköp kan ses som ett otillåtet statligt stöd enligt EG-fördragets art. 87.5[5]

I EG-rättslig praxis har EG-domstolen i ett antal domar behandlat frågan om särbehandling av geografiska skäl och funnit att förfarandet strider mot EG-fördraget.

I mål nr. C-21/88 (du Pont de Nemours) hade den upphandlande enheten i enlighet med italiensk nationell lagstiftning förbehållit företag belägna i södra Italien en andel om 30 procent av de beställningar som omfattades av upphandlingen. Lagstiftningen hade tillkommit som en åtgärd för att befrämja tillväxten och att skapa arbetstillfällen i regionen. EG-domstolen fann att reglerna i den italienska lagstiftningen stod i strid med dåvarande art. 30 i EG-fördraget (nu art. 28). I en annan dom där Italien var svarande 161 fann domstolen samma förfarande gällande upphandling av en byggtreprenad stå i strid med art. 59 i Romfördraget.6[6]

Från svensk rättspraxis kan dessutom nämnas följande avgöranden:

Kammarrätten i Jönköping (mål nr. 4471-97) hade att ta ställning till en upphandling av tjänster för skolskjuts m.m. där Gullspångs kommun hade tillmätt bl.a. följande tre omständigheter avgörande betydelse: "1. *det [vinnande] bussföretaget har 3,5 årstjänster. Samliga är boende inom Gullspångs kommun. Kommunen tillmäter detta stor betydelse, dels för skattemässiga effekterna dels ock för att stadigvarande arbetstillfällen skapas.* 2. *Tillgången till ett bussföretag på orten bidrar till att kunna erbjuda medborgarna en god lokal service inom denna sektor.* 3. *Genom inköp av betydande kvantiteter drivmedel samt service och reparationer lokalt tryggas flera arbetstillfällen. Lokalisering på orten av ett bussbolag medför vidare att underlaget för serviceföretag inom denna bransch på orten säkerställs".* Kammarrätten, förordnade att upphandlingen av detta skäl skulle göras om7[7].

I RÅ 1976 ref. 133 hade Härjedalens kommun vid upphandling av eldningsolja tillmätt sysselsättnings- och skattekonsekvenser för kommunen avgörande betydelse. Regeringsrätten konstaterade att (vid tidpunkten) gällande normalreglemente för kommunal upphandling (§ 15) inte tillät att ovidkommande hänsyn, som t.ex. skattesynpunkter fick vägas in vid prisjämförelse, samt upphävde kommunens beslut om upphandling.

5[5] Upphandlingskommitténs slutbetänkande, SOU 2001:31 sid. 204-205.

6[6] Se EG-domstolens dom i mål nr. C-21/88, Du Pont de Nemours Italiana SpA ./ Unità sanitaria locale No 2 di Carrara, meddelad den 20 mars 1990. Se även en liknande utgång i målet C-360/89, Europeiska kommissionen ./ Republiken Italien, i vilket EG-domstolen fann att nationella bestämmelser med innebörden att bestämda arbeten skulle utföras av bolag med säte i viss region stred mot Romfördragets art. 59.

7[7] Kammarrätten i Jönköping, dom i mål nr. 4471-1997, meddelad den 23 december 1997. Kammarrätten fastställde därmed den tidigare dom som meddelats av Länsrätten i Skaraborgs län (mål nr. 1789-97). Prövningstillstånd meddelades inte av Regeringsrätten.

Fråga om statligt s.k. hemsändningsbidrag regleras genom förordningen (2000:284) om stöd till kommersiell service - StödF.

Enligt 19 § StödF kan statligt stöd till kommersiell service lämnas som hemsändningsbidrag till kommuner som helt eller delvis bekostar hemsändning av dagligvaror till hushåll. Hemsändningsbidrag kan även lämnas för kommunens direkta kostnader för att anordna särskilda inköpsturer till en närliggande butik för de hushåll som har störst avstånd eller saknar möjligheter att på annat sätt ta sig till butiken. Statligt hemsändningsbidrag kan enligt 20 § StödF lämnas med ett belopp som motsvarar högst 50 procent av kommunens nettoutgift eller de direkta kostnaderna för hemsändningen. Bidraget får dock inte överstiga 45 kronor per hushåll och hemsändningstillfälle.

Enligt 2 kap. 8 § andra stycket kommunallagen (1991:900) får individuellt inriktat stöd till enskild näringsidkare lämnas om det finns synnerliga skäl för det. I rättspraxis (RÅ 1970 C 260) har bland annat stöd till livsmedelshandlare i avfolkningsbygd ansetts utgöra sådant synnerligt skäl enligt kommunallagen.

-

Yttrande

Vindelns kommun har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet anført att de lokala affärer på grund av jämförelsevis högre inköspriser har svårt att hävda sig i konkurrensen. Flera livsmedelsbutiker i kommunen har nyligen lagts ned med såväl ökade kostnader för kommunal service som andra olägenheter för innevånarna som följd. Kommunen har därför sett det som rimligt att beakta tillkommande kostnader för hemsändningsbidrag vid värderingen av anbud.

-

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en privat 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.

Vindelns kommun har i det aktuella fallet föreskrivit att den vid vissa upphandlingar av livsmedel till kommunala enheter som är belägna utanför tätorten förutom affärsmässigt betingade omständigheter skall beakta även sådana *kommunala merkostnader som kan uppstå vid en nedläggning (t ex hemsändningsbidrag) av på orten befintliga affärer som erhåller statligt stöd.*

Såvitt kommunstyrelsens aktuella beslut kan förstås avser kommunen att vid jämförelse mellan anbud på livsmedel ta sådana särskilda hänsyn till anbud från lokala affärer som uppbär kommunalt- och statligt finansierat hemsändningsbidrag, att dessa affärer inte ska riskera att läggas ned.

Som framgår av den utredning som redovisats är det inte möjligt att vid offentlig upphandling ta hänsyn till omständigheter som till exempel här beskrivna kommunalekonomiska överväganden vilka saknar direkt samband med det som upphandlas.

Varken positiv eller negativ särbehandling får således förekomma. Den av Vindelns kommun beslutade föreskriften för kommande anbudsvärdering strider således mot såväl de allmänna principer för likabehandling mellan företag som följer av EG-Romfördraget och gemenskapsrättsliga upphandlingsdirektiv som mot den svenska lagen om offentlig upphandling. Dessutom medför föreskriften att konkurrensen mellan företagen kommer att snedvridas.

Vad Vindelns kommun anfört i sitt yttrande om de lokala affärernas svårighet att hävda sig i konkurrensen föranleder inte någon annan bedömning. Om kommunen funnit synnerliga skäl för att upprätthålla befintlig infrastruktur med lokala affärer ute i byarna kan erforderligt stöd lämnas exempelvis genom tillämpning av kommunallagens bestämmelser om stöd till enskild näringsidkare. Något indirekt stöd med hjälp av positiv särbehandling vid offentlig upphandling får emellertid inte förekomma.
