

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 05-003

PM-2 2005-05-04 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (otillåten direktupphandling).

Norrbottnens läns landsting har utan föregående konkurrensupphandling tecknat avtal med ett privat företag om successiva avrop av presentartiklar.

Norrbottnens läns landsting tillfrågade i augusti 2004 enligt uppgift två företag om leverans av presentartiklar som landstinget julen 2004 skulle ge bort som julklappar.

Förfrågan skedde formlöst utan föregående annonsering eller upprättande av något skriftligt förfrågningsunderlag. Landstinget motiverade förfarandet med att synnerlig brådska gjorde att förfarandet för direktupphandling tillämpades.

Den 2 september 2004 skickade landstinget en som "BESTÄLLNING" rubricerad skrivelse till det ena av de båda tillfrågande företagen, Company Line AB^[1], av vilken framgår att landstinget från bolaget beställer 8 500 exemplar av en resväska (trolleyvagn) à 155 kr/styck, således för totalt 1.317.500 kronor^[2]. Av beställningen framgår vidare att artiklarna skall vara förpackade styckevis i julklappskartong och levereras till respektive godsmottagare senast under vecka 42, d.v.s. den 11-17 oktober 2004.

Först Länsrätten i Norrbottens län^[3] och senare Kammarrätten i Sundsvall har i dom respektive beslut förklarat att Norrbottens läns landsting saknat synnerligt skäl för att direktupphandla de aktuella varorna: *"I likhet med länsrätten finner kammarrätten att upphandlingen av julklappar inte avsett ett akut eller oförutsett behov utan att brådskan i stället varit att hänföra till en otillräcklig tidplanering hos landstinget och att den otillräckliga tidsplaneringen inte utgör ett synnerligt skäl för direktupphandling"*. Kammarrätten ansåg emellertid att med hänsyn till att avtal redan hade ingåtts saken inte vidare gick att ytterligare pröva och beslutade därför att avvisa talan. Kammarrättens avvisningsbeslut har ännu inte vunnit laga kraft (jfr. vad som redovisas nedan om överprövning i upphandlingsmål).^[4]

Gällande rätt

Offentliga upphandlingar regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Med "upphandling" avses enligt en legaldefinition i 1 kap. 5 § LOU alla köp av bland annat varor.

Avtal om köp av varor skall om det samlade upphandlingsvärdet^[5] understiger ett i lagen angivet tröskelvärde på 200.000 euro eller 1,845 miljoner kronor^[6], handläggas enligt lagens nationellt reglerade bestämmelser som finns införda i 6 kap. LOU.^[7]

Skyldighet att följa lagens bestämmelser åvilar samtliga statliga, kommunala och andra myndigheter samt beslutande församlingar i kommuner och landsting, vilka enligt lagens terminologi benämns som "upphandlande enheter".

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som huvudregel att upphandlingarna 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 grundläggande gemenskapsrättsliga principer, däribland den s.k. *likabehandlingsprincipen*, som har sitt ursprung i EG-Romfördraget^[8]. Likabehandlingsprincipen uppställer en allmän grundsats om att samtliga tänkbara leverantörer vid offentligt finansierad handel inom Europeiska unionen skall

behandlas på ett likvärdigt sätt. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen 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*".^[9] Principen får förstås så, att en medlemsstats myndigheter över huvud taget inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa leverantörer framför andra vid handel inom den offentliga sektorn.

Vid upphandling enligt 6 kap. LOU skall den upphandlande enheten normalt tillämpa något av upphandlingslagens förfaranden för *förenklad upphandling* eller *urvalsupphandling*. Enligt 6 kap. 2 § LOU skall enheten därvid upprätta ett skriftligt anbudsunderlag med en beskrivning av föremålet för upphandlingen och, i förekommande fall, en redovisning vilka omständigheter som enheten avser att tillmäta betydelse vid värdering av inkomna anbud, samt inhämta konkurrerande anbud genom annons i en allmänt tillgänglig databas eller genom annons på ett annat sätt.

Enligt 6 kap. 2b § LOU kan den upphandlande enheten undantagsvis tillämpa förenklad upphandling utan föregående annonsering. Undantag föreligger i så fall från skyldigheten att offentliggöra upphandlingen om (i) det vid en annonserad upphandling inte har lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud, (ii) varorna framställs enbart för forskning, utveckling, experiment eller studier, under förutsättning att framställningen inte sker i vinstsyfte eller för att täcka forsknings- och utvecklingskostnader (iii) varorna av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör, eller (iii) om upphandlingen avser ytterligare leveranser från den ursprungliga leverantören, avsedda antingen som delersättning för eller tillägg till tidigare leveranser och ett byte av leverantör skulle medföra oskäliga tekniska eller ekonomiska olägenheter.

Skulle upphandlingens värde vara lågt^[10] eller föreligger andra synnerliga skäl såsom synnerlig brådska får upphandlingen enligt 6 kap. 2 §, andra stycket LOU, undantagsvis handläggas enligt bestämmelserna för *direktupphandling*. Skriftliga anbud behöver i sådant fall inte införas, utan det räcker med en formlös anbudshandläggning. Åberopas synnerlig brådska till stöd för att tillämpa direktupphandling måste denna emellertid hänföras till omständigheter som inte beror på den upphandlande enheten. Dålig tidplanering hos den upphandlande enheten utgör således inte tillräckligt skäl för att tillämpa direktupphandling.

Vid otillåten direktupphandling, d.v.s. där en upphandling utan objektiva skäl har genomförts utan någon formaliserad infordran av konkurrerande anbud, kan den upphandlande enheten bli skadeståndsskyldig. Enligt 7 kap. 6 § LOU skall en upphandlande enhet som inte följt lagens bestämmelser ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör. Med "*uppkommen skada*" avses enligt lagens förarbeten inte bara onödiga kostnader m.m. (*damnum emergens*) utan även utebliven vinst på grund av att leverantören går miste om den intäkt som uppdraget skulle ha medfört (*lucrum cessans*)^[11]. Talan om skadestånd kan enligt samma kapitel 8 § väckas av leverantör vid allmän domstol. Talan skall väckas inom ett år från den dag då upphandlingen avslutades.

Otillåten direktupphandling kan även föranleda att en förfördelad leverantör med stöd av 7 kap. 2 § LOU väcker talan om s.k. överprövning i allmän förvaltningsdomstol (länsrätt) i syfte att tvinga fram ett korrekt upphandlingsförfarande. Av 7 kap. 2 § LOU framgår att andra upphandlingar än direktupphandlingar kan överprövas fram till den tidpunkt då ett "upphandlingskontrakt" föreligger. Med "upphandlingskontrakt" avses enligt legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU "...skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt denna lag". En upphandling kan således överprövas i domstol 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 ett meddelande om tilldelningsbeslut enligt 1 kap. 28 § LOU har lämnats^[12].

Av specialmotiveringen i propositionen till nuvarande 7 kap. 2 § LOU framgår att ”en ansökan om överprövning vid annan upphandling än direktupphandling får prövas fram till den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt föreligger” samt att ”Det gäller även i den situationen att det föreligger synnerlig brådska” samt att ”Om förutsättningar för direktupphandling inte föreligger gäller såväl bestämmelsen i 1 kap. 28 § som tredje stycket i den här aktuella bestämmelsen. 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”^[13]

Annan upphandling än direktupphandling skall således kunna angripas genom överprövning i domstol, oaktat om någon överenskommelse om avtal har träffats eller inte, så länge avtalet inte utgör något ”upphandlingskontrakt” i lagens mening samt tio dagar har förflutit efter det att tilldelningsinformation enligt 1 kap. 28 § LOU har lämnats. Detta synsätt överensstämmer med ett avgörande från Regeringsrätten, där det av domskälen framgår att – oavsett den omständigheten att ett avtal redan föreligger – ett ställningstagande från en upphandlande enhet att vid sidan av ett offentligt upphandlingsförfarande anlita viss leverantör, skall kunna överprövas i domstol.^[14]

Skulle talan om överprövning sedermera vinna framgång kan den upphandlande enheten befinna sig i en situation där två avtal har kommit att träffas avseende samma leverans. För detta fall av dubbel avtalsbundenhet har lagförarbetena angivit följande: ”Om civilrättslig avtalsbundenhet uppstått ... riskerar en upphandlande enhet att bli skadeståndsskyldig gentemot den leverantör som först tilldelats upphandlingskontraktet. Om allmän förvaltningsdomstol beslutar att upphandlingen skall göras om kan enheten inte rimligtvis fullfölja det första avtalet”^[15]. Således förväntas den upphandlande enheten honorera den senare, korrekt upphandlade, avtalet och möjligen skadeståndsvägen kompensera den tidigare leverantören för det avtal som felaktigt har direktupphandlats genom ett otillåtet förfarande.

Yttrande

Norrbottnens läns landsting 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.

Norrbottnens läns landsting har i september 2004 ingått avtal med Company Line AB om köp av ett antal resväskor (trolleyvagnar) för drygt 1,3 miljoner kronor, vilka skulle användas av landstinget som julklappar. Upphandlingen har genomförts genom ett formlöst förfarande utan annonsering eller upprättande av något skriftligt förfrågningsunderlag.

Till grund för förfarandet har åberopats att direktupphandling kunnat komma i fråga till följd av ”synnerlig brådska” med att kunna få de aktuella julklapparna levererade i god tid före julen 2004. I likhet med länsrätten och kammarrätten finner Konkurrenskommissionen emellertid att upphandlingen knappast avsett något akut eller oförutsett behov utan att brådskan i stället varit att hänföra till en otillräcklig tidplanering från landstingets sida, vilket inte utgör något synnerligt skäl för direktupphandling enligt gällande bestämmelser.

Något annat undantag från skyldigheten att offentliggöra upphandlingen, såsom att det vid en annonserad upphandling inte har lämnats några anbud eller några lämpliga anbud, att

presentresväskorna framställs enbart för forskning, utveckling, experiment eller studier, attväskorna av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras endast av Company Line AB, eller att upphandlingen avser en tilläggsbeställning, har inte åberopats och än mindre visats av landstinget.

Laglig förutsättning för att tillämpa undantagsförfarandet för s.k. direktupphandling har således inte förelegat utan Norrbottens läns landsting skulle istället ha infordrat skriftliga anbud genom ett offentligt förfarande där fler än minst ytterligare en leverantör, förutom Company Line AB, hade beretts möjlighet att konkurrera om uppdraget att leverera julklappar till landstinget.

Genom att vid sidan om ett offentligt upphandlingsförfarande köpa de aktuella presentresväskorna till ett sammanlagt värde som inte framstår som ringa har Norrbottens läns landsting åsidosatt kravet på affärsmässighet enligt lagen om offentlig upphandling samt EG-Romfördragets bestämmelse om likabehandling av företag. Konkurrensen på marknaden för presentartiklar/resväskor har därvid snedvridits samtidigt som förtroendet för landstinget som upphandlare har undergrävt. Den omständighet att Kammarrätten i Sundsvall kommit fram till att förfarandet inte längre går att rättsligt pröva i domstol medför inte att upphandlingen blir riktig i sig eller att landstinget kan undgå kritik för att ha åsidosatt gällande bestämmelser.

^[1] Company Line AB startades i Luleå 1988, och har enligt bolagets presentation på internet ”stadigt vuxit till att idag vara Norrlands ledande företag inom profilkläder och presentreklam” (www.companylinenu.com).

^[2] Company Line AB, artikelnummer 16173, str. 20” 49x22, 4x37 cm.

^[3] Länsrätten i Norrbottens län, dom den 6 oktober 2004 i mål nummer 2042-04E.

^[4] Kammarrätten i Sundsvall, beslut den 28 februari 2005 i mål nummer 2587-04.

^[5] Av 2 kap. 3 § LOU följer att för varuupphandlingskontrakt som är regelbundet återkommande (exempelvis avropsavtal) upphandlingens värde skall beräknas antingen som (1.) det sammanlagda värdet av liknande kontrakt som slutits under det föregående budgetåret eller den föregående tolv månadersperioden, om möjligt justerat med hänsyn till förutsebara ändringar i kvantitet eller värde under den tolv månadersperiod som följer på det ursprungliga kontraktet, eller (2.) det sammanlagda värdet av de upphandlingskontrakt som kommer att ingås under den tolv månadersperiod som följer på det första kontraktet eller, om kontraktstiden är längre än tolv månader, under hela kontraktstiden. Valet av beräkningsmetod får inte göras i avsikt att kringgå bestämmelserna i lagen och direktivet.

^[6] Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling, ändrad genom förordningen 2004:4, gällande tröskelvärdet och med den 15 februari 2004, vid upphandlingar av varor och tjänster.

^[7] Sker upphandlingen för sådan av den upphandlande enheten bedrivna 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.

^[8] EG-Romfördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, giltighet som svensk lag.

^[9] Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478.

^[10] Som riktvärde för ett sådant *lägt värde* under vilket ett mer formaliserat upphandlingsförfarande inte behöver genomföras, utan direktupphandling istället kan tillämpas, har Nämnden för offentlig upphandling (NOU) för en normal upphandlande enhets upphandling av varor angivit en generell övre gräns motsvarande ett (1) basbelopp (numera: ”prisbasbelopp”) enligt 1 kap. 6 § lagen (1962:381) om allmän försäkring. Vid tidpunkten för den nu aktuella upphandlingen uppgick gällande prisbasbelopp till c:a 39.300 kronor (Se vidare Nämnden för offentlig upphandling, NOU-info, årsammanställningen för år 1993-95, sid. 57. Nämnden har enligt 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling, att utöva tillsynen över lagens efterlevnad).

^[11] Se Prop. 1992/93:88, sid. 103.

^[12] 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”.

^[13] Se prop. 2001/02:142 sid. 101 -102.

^[14] Se Regeringsrättens dom den 21 mars 2005 i mål nr. 8466-03 (Ryanair).

^[15] Se prop. 2001/02:142 sid. 78.