

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 05-006

PM-2 2005-05-04 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (villkor om viss tillverkare).

Norrbottnens läns landsting har vid upphandling av presentartiklar uppställt krav på specifika produkter, med angivande av bl.a. namn på tillverkare, men utan tillägg av att även likvärdiga produkter kan komma ifråga.

Norrbottnens läns landsting har i mars 2004 inhämtat skriftliga anbud ”Inbjudan till anbudsgivning Presentartiklar” – dnr. 617-04. Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen avser ”ramavtal på presentartiklar för avrop av Norrbottnens läns landsting...” till ett beräknat värde av c:a 300.000 kronor per år baserat på 2003 års inköpsvolym (underlaget, p. 1.1.).

Av förfrågningsunderlaget framgår vidare att upphandlingen avser perioden 1 juni 2004 till och med den 31 maj 2005, med möjlighet till förlängning upp till ett år (1+1), samt att upphandlingen skall genomföras med tillämpning av upphandlingsformen ”Förenklad upphandling enligt Lagen om offentlig upphandling, LOU”(p. 2.1). Anbudstiden gick ut den 14 april 2004 (p. 2.7).

Av punkten 2.2. i underlaget framgår att ”Förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal obligatoriska krav (skall-krav). Dessa är markerade med fetstil ”**skall**”. Förutsättningen för att ett anbud skall kunna prövas, utvärderas och antas är att dessa **skall-krav** är uppfyllda. Anbud som inte uppfyller **skall-kraven** kommer att förkastas. **Skall-kraven** avser såväl krav på anbudsgivaren som på efterfrågad vara. Av anbudet skall framgå att samtliga **skall-krav** är uppfyllda”.

Som bilaga 1 till förfrågningsunderlaget återfinns en ”Artikelspecifikation presentartiklar” med angivande av de presentartiklar som omfattas av upphandlingen. I artikelspecifikationen redovisas vilka individuella artiklar, med angivande av såväl konkret produktslag och utförare som namn på tillverkare, som skall komma i fråga. Enligt artikelspecifikationen får enbart produkter från följande tillverkare komma ifråga: Stol & Fiol (enskild firma), Muddus AB, Jokkmokks Tenn AB, Suups Konst & Design AB, Ljusboden i Boden AB, Kero AB, Bölebyns Garveri AB samt Arne Blom Marknads AB, enligt följande uppställning (utdrag):

Exklusiva sortimentet			
Artikel:	Tillverkare:	Minsta beställbara kvantitet	År pris
Skärbräda l=430, br=215, h=16 mm	Stol & Fiol		
Osthyvel, standard	Stol & Fiol		
...			
Marmelad, åkerbär 110gr, 200gr 310 gr	Muddus AB		
Marmelad, lingontranbär 300gr	Muddus AB		
Chokladkonfekt	Muddus AB		
....			
S-150 Örhänte Midnattssol, silver, diam 19 mm, med stift	Jokkmokks Tenn AB		
H-33 Saltripa i tenn, liten 15 mm. Design Lars Pirak	Jokkmokks Tenn AB		
...			
F-11 Domherre I björkvril	Suups Konst&Design AB		

Grötljus på smidesspark	Ljusboden i Boden AB		
...			
Kaffepåsen 36-361	Kero AB		
76-101 Kåsan rymd 1,5 dl	Kero AB		
...			
Läderskärp dam/herr	Bölebyns Garveri AB		
Svepask	Bölebyns Garveri AB		
...			
Badhandduk med motiv av Lars Pirak	Arne Blom Marknads AB		

Som villkor för upphandlingen anges i förfrågningsunderlaget att ”*ifylld artikelspecifikation skall bifogas anbudet*” (p. 2.3). Någon hänvisning till att andra, likvärdiga produkter (”eller likvärdig”) kan komma ifråga, lämnas varken i artikelspecifikationen eller på annan plats i underlaget.

Upphandlingskontrakt har sedermera tecknats med de utpekade leverantörerna. Upphandlingens värde kan med ledning av landstingets egna uppgifter sammantaget uppskattas till c:a 600.000 kronor för den fulla avtalstiden inklusive förlängningsår.

Gällande rätt

Upphandling av varor vars sammanlagda värde understiger tröskelbeloppet 200.000 euro eller 1,845 miljoner kronor^[4], skall handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-6 §§, samt 6 kap. LOU.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som en huvudregel att all upphandling (oavsett upphandlingsform) 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 i Romfördraget stadfästa principer som även kommer till uttryck genom EU:s direktiv om offentlig upphandling, de s.k. upphandlingsdirektiven.

Grundläggande principer inom offentlig upphandling är bland annat principerna om *lika-behandling* och *transparens*. I förarbetena till lagen om offentlig upphandling motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om icke diskriminering^[5] (jfr. art. 6 i Romfördraget). 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.

Det huvudsakliga syftet med lagen om offentlig upphandling är att säkra att upphandlingen sker genom effektiv konkurrens och att leverantörerna och deras ansökningar och anbud behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn (se vidare nedan om Romfördraget).

Likabehandlingsprincipen eller *likhetsprincipen*^[6] innebär att samtliga tänkbara leverantörer till den offentliga sektorn skall ha möjlighet att lämna anbud på lika villkor.

Den tekniska beskrivningen av ett föremål för upphandling får enligt 1 kap. 16 § LOU 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. En upphandlande enhet får hänvisa till ett visst märke, fabrikat eller ursprung, enbart om den inte på något annat sätt kan beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. Hänvisningen skall i sådant fall alltid följas av orden ”*eller likvärdig*”.^[7]

Förbudet 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, har

av EG-domstolen anses så grundläggande att det får anses följa av principen om fri rörlighet av varor och tjänster enligt Romfördraget. Förbudet äger således generell tillämplighet för samtliga offentliga anskaffningar, även upphandlingar som genomförs enligt de nationella bestämmelserna i 6 kap. LOU.

EG domstolen hade i mål nr. C-59/00, (Vestergaard / Spøttrup Boligselskab) 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 skall-krav invände en leverantör (Vestergaard) som ansåg sig kunna tillhandahålla 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 tillägget eller likvärdigt.

Från gemenskapsrättslig tillämpning förtjänar vidare nämnas ett fall där Luleå kommun i ett antal datorupphandlingar hade utformat den tekniska beskrivningen med direkt hänvisning till varukännetecknet Intel Pentium IV, utan tillägg av orden ”eller likvärdig”. Mot detta reagerade EU-kommissionen och intervenerade mot kommunen, vilken beslutade att avbryta de aktuella upphandlingarna.^[5]

Av EU-kommissionens skrivelse till Luleå kommun framgår även att hänvisning till ett specifikt märke, till och med 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.^[6]

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 genomfört en upphandling av presentartiklar till ett sådant uppskattat värde att förfarandet skall bedömas i enlighet med de nationellt bestämda regler för offentlig upphandling som finns införda i 6 kap. LOU.

Av en till förfrågningsunderlaget fogad artikelspecifikation framgår att landstinget föreskrivit som ett obligatoriskt s.k. skall-krav att enbart vissa specificerade produkter från ett antal namngivna tillverkare kan komma ifråga. Varken av artikelspecifikationen eller på annan plats i underlaget framgår att andra, likvärdiga produkter kan komma i fråga. Istället anges att anbud som inte överensstämmer med bl.a. artikelspecifikationen skall komma att förkastas.

Oavsett vilket förfarande som väljs vid offentlig upphandling är det förbjudet att i förutsättningarna hänvisa till att enbart produkter av vissa fabrikat kan komma ifråga.

Referensangivelser får över huvud taget förekomma endast om det som skall upphandlas inte kan beskrivas på ett mer neutralt sätt och måste i sådant fall alltid följas av orden ”*eller likvärdig*”.

Det kan synas rimligt att landstinget vid upphandling av presentartiklar som bl.a. skall användas vid representation kan ha ett önskemål om att förekommande produkter skall ha regional anknytning. Ett sådant önskemål torde – om det framförs i allmänna termer – heller knappast strida mot de inom upphandlingsrätten gällande likabehandlings- och proportionalitetsprinciperna, eftersom det i det aktuella fallet kan motiveras utifrån strikt sakliga skäl.

Landstinget hade således kunna uppställt ett allmänt krav på regional anknytning men borde inskränkt sig till att beskriva förmålen för upphandlingen i allmänna termer, såsom exempelvis hjortronsylt, läderarbeten, samiskt silversmide etc. Närmare detaljutformning och produkternas fabrikat m.m. borde landstinget däremot ha överlåtit på intresserade leverantörer att offerera i sina anbud. Som upphandlingen nu har kommit att handläggas är den således inte förenlig med kravet på affärsmässighet och objektivitet enligt lagen om offentlig upphandling eller de grundläggande principer enligt bl.a. Romfördraget som legat till grund för lagens reglering.

^[1] Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling, ändrad genom förordningen 2004:4; angivet belopp utgör gällande tröskelvärde vid upphandlingar av varor och tjänster som påbörjats efter den 15 februari 2004.

^[2] Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.

^[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 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 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] 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 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.

^[5] Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i ett tillsynsärende inhämtat yttrande från Umeå kommun, vilken i ett tillägg till ett förfrågningsunderlag i en upphandling av datorer hade angivit att även andra, med Intel Pentium likvärdiga produkter, kunde godtas. Tillägget hade dock skickats ut c:a två veckor före sista anbudsdag.

^[6] Europeiska kommissionens skrivelse framgår att hänvisning till visst produktmärke eller fabrikat bör undvikas till och med om det kombineras med orden ”*eller likvärdigt*”, och bör kunna komma i fråga endast i de fall då det som skall upphandlas inte låter sig beskrivas på ett mer neutralt sätt, exempelvis genom hänvisning till europeiska eller nationella tekniska specifikationer. EG-kommissionen ifrågasatte i det aktuella fallet 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*”. (se vidare NOU-info mars 2004 sid. 10 f).