

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 05-007

PM-2 2005-06-15 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Norrbottnens läns landsting köper utan giltigt avtal presentartiklar direkt från vissa företag, med vilka landstinget tidigare har haft ramavtal. Sammantaget uppgår aktuella köp till icke obetydligt belopp.

Norrbottnens läns landsting genomförde i november 2000 en samordnad upphandling av presentartiklar för landstingets myndigheter och förvaltningar (Dnr. LS A 126-00).

Av upphandlingsunderlaget framgick att upphandlingen avsåg landstingets behov perioden den 1 mars 2001 till och med den 28 februari 2003 med möjlighet till förlängning i högst 12 månader, således senast till den 29 februari 2004 (2 +1 år).^[1] Upphandlingen handlades som en förenklad upphandling i enlighet med bestämmelserna i 6 kap. LOU.

Beslut om tilldelning i upphandlingen fattades den 12 februari 2001, varvid ursprungligen fyra leverantörer valdes: Studio Avec Audiovisual, Glasverket, Company Line AB samt Norrbottenshuset Design & Hantverk AB.^[2] Enligt ett kompletterande protokoll har tydligen även en femte leverantör, Lule-Bild AB, senare uppförts på listan över antagna leverantörer.^[3] Anbudet uppgavs enligt ursprungligt protokoll ha förkastats på grund av uppgivet ”Högre pris än antagen leverantör”.²

Kontrakt mellan landstinget och antagna leverantörer tecknades huvudsakligen under februari 2001 i enlighet med i förfrågningsunderlaget angivna förutsättningar. Landstinget har därjämte tecknat kontrakt med ytterligare en leverantör, Hans Andersson i Jokkmokk. Såvitt visats har detta kontrakt emellertid inte föregåtts av något protokollfört tilldelningsbeslut.

Sedermera har landstinget genom separata skrivelser förlängt ingångna avtal till att omfatta även förlängningsperioden^[4]. Samtliga kontrakt upphörde således att gälla senast den 29 februari 2004.

Efter kontraktstidens utgång har landstinget fortsatt att formlöst köpa presentartiklar direkt från vissa av de angivna leverantörerna. Enligt uppgifter ur landstingets leverantörsreskontra har aktuella köp skett huvudsakligen från Company Line AB. Under perioden mars 2004 till och med april 2005^[5] har landstinget köpt presentartiklar från Company Line AB för 521.759 kronor. Därtill kommer ett tidigare uppmärksammat köp från Company Line AB av presentväskor för 1.646.875 kronor vilket Konkurrenskommissionen tidigare har kritiserat (se KKO 05-003). Mindre köp har även gjorts från övriga kontrakterade leverantörer, dock till jämförelsevis obetydligt belopp.

Någon ny upphandling har emellertid inte genomförts. Landstinget har under hand, i en skrivelse till Konkurrenskommissionen i april 2005 uppgivit att ”För närvarande pågår analyser hos samtliga verksamheter inom landstinget om behovet av ramavtal avseende arbetskläder, profilkädder, presentartiklar m.m. Landstinget planerar därför att genomföra upphandling”.^[6]

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^[7] understiger ett i lagen angivet tröskelvärde på 200.000 euro eller 1,845 miljoner kronor^[8], handläggas enligt lagens

nationellt reglerade bestämmelser som finns införda i 6 kap. LOU.¹⁰¹ Annars skall upphandling genomföras enligt de av EU-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. samt 2 kap. LOU.

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, bland annat den s.k. *likabehandlingsprincipen*, som har sitt ursprung i EG-Romfördraget¹⁰¹.

Med ”*ramavtal*” avses enligt legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU ”*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*”.

När den period som anges i upphandlingsförutsättningarna har löpt ut upphör tecknade upphandlingskontrakt att gälla. Förlängning av upphandlingskontrakt kan ske endast i den mån detta följer av förfrågningsunderlaget eller av övriga villkor för upphandlingen. Förlängning får i sådant fall ske de på de villkor som gäller enligt upphandlingsförutsättningarna. Köp som sker utanför gällande kontraktstid utgör som regel otillåten direktupphandling. Enbart om vissa i lagen föreskrivna förutsättningar är uppfyllda tillåts dylika köp.

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 (1) det vid en annonserad upphandling inte har lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud, (2) varorna framställs enbart för forskning, utveckling, experiment eller studier, under förutsättning att framställningen inte sker i vinstsyfte eller för att täcka forsknings- och utvecklingskostnader, (3) varorna av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör eller (4) 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 lågt¹⁰² 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 infordras, 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 exempelvis inte tillräckligt skäl för att tillämpa direktupphandling. Den omständigheten att den upphandlande enheten genomför köp som vart och ett omfattar ringa värde medför emellertid inte laga skäl för direktupphandling om det samlade värdet av dessa köp sammantaget uppgår till mer betydande belopp.

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*)¹⁰². 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.^[1] 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^[2].

Yttrande

Norrbottnens läns landsting har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria av den 18 maj 2005 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 upphandling och tecknat kontrakt med sex leverantörer avseende successiva avrop av presentartiklar under en ursprunglig avtalstid omfattande perioden den 1 mars 2001 till och med den 28 februari 2003. Dessa avtalsförhållanden har senare, med stöd av en s.k. förlängningsklausul, förlängts till att gälla till den 29 februari 2004.

Trots att angivna avtal, inklusive förlängningsåret, numera har löpt ut fortsätter landstinget att köpa tjänster direkt från de sex leverantörerna. Av redovisad sammanställning framgår att köp under perioden den 1 mars 2004 till och med den 1 maj 2005 har skett till icke ringa värden och några omständigheter som skulle motivera direktupphandling eller förenklad upphandling utan föregående annonsering har inte visats föreligga. Landstingets löpande behov av presentartiklar skulle således ha underkastats ett nytt offentligt upphandlingsförfarande, vilket rätteligen skulle ha slutförts i god tid före den 1 mars 2004 då tidigare gällande upphandlingskontrakt löpte ut.

Landstingets köp av presentartiklar strider således mot gällande bestämmelser om affärsmässighet vid offentlig upphandling samt mot EG-Romfördragets princip om lika-behandling av företag. Konkurrensen på marknaden för presentartiklar har därmed snedvridits samtidigt som förtroendet för landstinget som upphandlare undergrävs.

Konkurrenskommissionen, som i två tidigare avgöranden har riktat kritik mot landstingets köp av presentartiklar (se KKO 05-003 och 05-006) menar att det nu kritiserade förfarandet i belysning av tidigare uppmärksammade felaktigheter måste ge anledning för landstinget att se över sina rutiner för upphandling i allmänhet och av presentartiklar i synnerhet. Den omständighet att det för närvarande "pågår analyser" inom landstinget om behovet av ramavtal avseende bl.a. presentartiklar medför inte annan bedömning.

^[1] Norrbottens läns landsting, anbudsinfordran rubricerad "Samordnad upphandling av presentartiklar" daterad den 30 november 2000 (Dnr. LS A 126-00).

^[2] Norrbottens läns landsting, protokoll "Motivering" daterat den 12 februari 2001, innefattande "Motivering till val av leverantör: Presentartiklar för perioden 2001-03-01 – 2003-02-28".

- [3] Norrbottens läns landsting, protokoll ”Motivering” daterat den 12 februari samt reviderat den 27 februari 2001, innefattande ”Motivering till val av leverantör: Presentartiklar för perioden 2001-03-01 – 2003-02-28”. Därjämte finns även ett protokoll med likalydande innehåll, daterat den 18 mars 1988 samt reviderat den 27 februari 2001.
- [4] Någon notering av att avtalet med Hans Andersson i Jokkmokk har förlängts återfinns emellertid inte i det material som Norrbottens läns landsting har utgivit till Konkurrenskommissionen.
- [5] I beloppet ingår fakturor från Company Line AB med fakturadatum från och med den 15 mars 2004 till och med den 13 maj 2005.
- [6] Norrbottens läns landsting, skrivelse till Konkurrenskommissionen den 12 april 2005.
- [7] 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 kontraktperioden. Valet av beräkningsmetod får inte göras i avsikt att kringgå bestämmelserna i lagen och direktivet.
- [8] Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling, ändrad genom förordningen 2004:4, gällande tröskelvärde från och med den 15 februari 2004, vid upphandlingar av varor och tjänster.
- [9] 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.
- [10] EG-Romfördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, giltighet som svensk lag. Den genom fördraget uppställda 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 jordbrukspolitikerna 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”.^[10] 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.
- [11] Som riktvärde för ett sådant lågt 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, årssammanställningen 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).
- [12] Se Prop. 1992/93:88, sid. 103.
- [13] Se prop. 2001/02:142 sid. 101 –102, 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”
- [14] 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”.