

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 06-002

PM 2 2006-04-26 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (bristande transparens och likabehandling).

Västerbottens läns landsting har vid upphandling av tryckeritjänster gjort frågan om tilldelning i upphandlingen bland annat beroende av ett provtryck, där provtrycksförlagan tillhandahölls enbart elektroniskt. Anbuden har således kommit att jämföras med varandra och inte utifrån någon objektiv förlaga.

Västerbottens läns landsting inhämtade i november 2005 skriftliga anbud avseende tryckning av landstingets personaltidning "Vårt län Journalen" med 24 sidor i 13.000 exemplar vid åtta tillfällen per år, under perioden den 9 januari 2006 till och med den 31 december 2006, med möjlighet till ett års förlängning (1 + 1 år) – dnr. 1581-2005.

Av det aktuella förfrågningsunderlaget, daterat den 2 november 2005, framgår att upphandlingen skall handläggas som en s.k. förenklad upphandling samt att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall komma att antas med hänsyn tagen till i första hand pris och i andra hand referenser.

Som ett obligatoriskt s.k. skall-krav för att i upphandlingen över huvud taget få sitt anbud prövat anges (punkten 2.5.2 i underlaget) att "anbudsgivaren skall ha förmåga och kapacitet att utföra de uppdrag som efterfrågas. Detta bekräftas genom en provtryckning på efterfrågat papper efter sista anbudsdag" Vidare föreskrivs att anbudsgivare skall lämna e-postadress dit bilderna som skall provtryckas kan skickas, att provtrycket skall återsändas inom sju dagar samt att detta skall "uppvisa likvärdiga färger som originalet för att godkännas". Något tryckt original som underlag för provtryck skickades således inte ut utan landstinget tillhandahöll en elektronisk bild, vars återgivning blir beroende av vilken avläsningsutrustning (bildskärm eller motsvarande) som anbudsgivaren förfogar över.

Vid anbudstidens utgång den 23 november 2005 noterades 12 inkomna anbud, vilka samtliga upptogs till prövning. Beslut om tilldelning meddelades den 13 januari 2006. Av landstingets tilldelningsprotokoll framgår bland annat att tre anbudsgivare uteslutits från den fortsatta anbudsvärderingen på den grunden att de "uppvisade undermåliga provtryck och uppfyllde därmed inte skall-kravet att bevisa sin förmåga och kapacitet för att utföra det uppdrag som efterfrågades".

Mot detta beslut klagade en leverantör i länsrätt, här angiven som Klagandebolaget. Länsrätten meddelade dom i målet den 1 mars 2006. Av domskälen framgår bland annat följande "Under målets handläggning i länsrätten har framkommit att något pappersoriginal inte finns och att vid bedömningen av provtrycken dessa jämförts sinsemellan. [Klagandebolaget] har bl.a. vänt sig mot att landstinget genom subjektiva bedömningar utkvalificerat anbud. Länsrätten noterar att eftersom provtrycken vid bedömningen jämförts med varandra har det varit fråga om en relativ bedömning där risk förelegat för att utgången blir beroende av de övriga provtryckens kvalitet. Vad som krävs för att uppfylla skall-kravet kan således komma att bestämmas i efterhand. Det kan enligt länsrättens mening därför starkt ifrågasättas om inte landstingets förfarande strider mot den gemenskapsrättsliga principen om förutsebarhet och därmed även mot kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU". Länsrätten fann dock att Klagandebolaget bör kunna förutsättas ha sådan fackkunskap att de även utifrån elektroniskt tillhandahållna bilder självständigt kan avgöra vilka justeringar och åtgärder som behöver vidtas för att kunna

åstadkomma ett kvalitetsmässigt godtagbart provtryck. Klagandebolaget, som därvid inte ansågs kunna visa någon skada, fick talan om överprövning avslagen^[4]. Länsrättens dom har inte vunnit laga kraft.

Upphandlingens värde kan med ledning av inkomna anbud uppskattas till c:a 686.000 kronor.^[2]

Gällande rätt

All offentlig upphandling och vad som äger samband med den, regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Tjänster för tryckning, publicering och tillhörande tjänster (CPV 78000000) utgör sådana förlags- och tryckeritjänster – kategori 15, enligt en bilaga A till lagen – vilka om kontraktsvärdet av upphandlingen understiger tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,845 miljoner kronor^[3] skall upphandlas enligt bestämmelserna i 6 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*”. Tillsyn över lagen utövas av Nämnden för offentlig upphandling (NOU).^[4]

Av 1 kap. 4 § LOU framgår att all upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Lagens bestämmelser bygger på de gemenskapsrättsliga grundsatser, bl.a. principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn (*transparens*) som bär upp den centrala EG-rätten och kommer till uttryck genom EG-fördraget.^[5] Likabehandlingsprincipen är tillämplig på all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena, och innebär i korthet att samtliga tänkbara leverantörer ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta med anbud vid offentlig upphandling. Vissa leverantörer eller grupper får inte ensidigt gynnas.

Enligt principen om förutsägbarhet, eller den s.k. transparensprincipen, skall upphandlingsförfarandet präglas av klarhet och öppenhet och leverantörerna skall lämnas förutsättningar så att de på bästa sätt inför anbudsgivningen kan förutsäga på vilket sätt deras anbud kommer att beaktas vid den jämförande värderingen av inkomna anbud. Enligt Högsta domstolens domskäl i NJA 1998 sid. 873 är det till exempel uppenbart lagstridigt att förbehålla sig fri prövningsrätt vid offentliga upphandlingar. I doktrinen framhålls bl.a. följande avseende kravet på transparens och öppenhet.

”Med transparens förstås främst skyldigheten för den upphandlande enheten att lämna information om upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa samt rättigheter för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vilka rättigheter och skyldigheter som föreligger. Vilka åtgärder en upphandlande enhet kommer att vidta under upphandlingsprocessen, skall således vara förutsebara för leverantörerna. [...] Leverantören måste kunna förstå vad den upphandlande enheten efterfrågar så att han kan lämna rätt anbud och poängtera dess fördelar. Leverantören skall inte behöva gissa sig till vad som efterfrågas. Detta har naturligtvis också stor ekonomisk betydelse för att den upphandlande enheten skall få rätt leveranser som svarar mot det behov enheten har.”^[6]

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har vid flera tillfällen betonat vikten av tydliga förfrågningsunderlag inklusive utvärderingskriterier. Nämnden har bland annat angivit följande.

”Anbudsgivarna skall inte tvingas spekulera i vad den upphandlande enheten efterfrågar och hur anbudet kommer att utvärderas. Det är inte heller tillåtet att till grund för beslut om leverantör lägga ett för anbudsgivarna i förväg okänt kriterium, såsom att landstinget först efter anbudstidens utgång bestämmer sig för eller preciserar vad som avses med ’önskad materialkategori’. NOU anser inte heller att det för Järfälla kommun varit omöjligt att ange utvärderingskriterierna i inbördes rangordning. – Samma resonemang kan i allt väsentligt tillämpas även avseende de inte närmare preciserade kriterierna av ’färdigställandetid’ och

'miljöpåverkan'. Om tiden varit väsentlig borde det åtminstone ha angivits inom vilken tidsrymd arbetet borde påbörjas och avslutas samt hur den upphandlande enheten tänkte värdera ett tidigt färdigställande. Att ange ungefärlig tidpunkt för arbetets påbörjande hade varit särskilt angeläget mot bakgrund av kravet på att 'arbetet skall starta snarast efter beställning och enligt överenskommelse med beställaren'. Vad som avses med 'miljöpåverkan' hade inte heller närmare angivits i förfrågningsunderlaget."^[1]

Enligt EG-fördraget gäller, som redovisats ovan, vidare 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 (se prop. 1994/95:1 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 får förstås så att en medlemsstats myndigheter inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

Yttrande

Västerbottens 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.

Den aktuella upphandlingen avseende tryckeritjänster har utlysts på ett sådant sätt och till ett sådant värde att bestämmelserna i 6 kap. LOU skall äga tillämpning. Västerbottens läns landsting utgör en s.k. upphandlande enhet i enlighet med lagens reglering.

Landstinget har i upphandlingen krävt att anbudsgivarna genom provtryck skall bevisa sin förmåga och kapacitet att utföra det uppdrag som efterfrågas. Anbud som inte tillräckligt har bedömts uppfylla landstingets krav har förkastats ur upphandlingen. Något pappersoriginal eller annan tryckt förlaga för provtrycket har emellertid aldrig anvisats av landstinget, utan anbudsgivande leverantörer har varit hänvisade till en elektronisk bild som landstinget har tillhandahållit via internet. Provtrycken har således kommit att jämföras med varandra och inte utifrån någon objektivt fastställd måttstock.

Konkurrenskommissionen – som inte tar ställning till vilken leverantör som rätteligen skulle ha vunnit upphandlingen – finner liksom länsrätten att det som har krävs för att uppfylla det aktuella skall-kravet i upphandlingen således kan komma att bestämmas i efterhand. Detta riskerar att strida mot de gemenskapsrättsliga principerna om förutsebarhet (transparens) och likabehandling och därmed även mot kravet på affärsmässighet enligt 1 kap. 4 § LOU.

Upphandlingsunderlaget har därmed på en avgörande punkt brutit i affärsmässighet och därför kommit att strida mot lagen om offentlig upphandling på ett konkurrensnedvridande sätt.

^[1] Länsrätten i Västerbottens län, dom i mål 171-06, meddelad den 1 mars 2006. Målet handläggs för närvarande av Regeringsrätten med ansökan om prövningstillstånd till kammarrätt.

- ^[2] Upphandlingen värde har beräknats med utgångspunkt i vinnande anbud, vars pris uppgår till 42.900 kronor per upplaga, åtta gånger per år under två år (föreliggande förlängningsår skall vid kontraktvärdesberäkning räknas som om de utnyttjas, jfr 5 kap. 7 § LOU), således $49.200 \times 8 \times 2 = 686.400$ kronor.
- ^[3] Vid tidpunkten för den aktuella upphandlingen (november 2005) gällande tröskelvärde enligt förordningen(2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.
- ^[4] Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.
- ^[5] Se EG-domstolens dom den 3 december 2001 i mål C-59/00 (Vestergaard), se även domstolens dom den 13 oktober 2005 i mål C-458/03 (Parking Brixen), av vilka framgår giltigheten av den centrala EG-rättens principer, även utanför upphandlingsdirektiven.
- ^[6] Hentze och Sylvén, lagbokscommentaren, Norstedts, upplaga 1:2, sid 15f (den blå utgåvan).
- ^[7] Nämnden för offentlig upphandling (NOU), NOU-info, oktober-99, sid. 12. Se även NOU-info, december-01, sid. 5 och 20-21, samt NOU-info mars-2002, sid. 5 och 12-13.
-