

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direkta köp av tjänster i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning).**

*Norrbottnens läns landsting har sedan lång tid köpt tryckeritjänster direkt från ett privat företag utan föregående offentligt upphandlingsförfarande. En annonserad upphandling som påbörjades under 2013 fick avbrytas p.g.a. felaktigt anbudsunderlag. Någon ny upphandling har därefter aldrig påbörjats, utan istället har landstinget fortsatt att direktköpa tryckeritjänster för hittills mer än 630.000 kronor under 2014.*

Norrbottnens läns landsting (nedan Landstinget) har sedan i vart fall 2008 beställt tryckeritjänster m.m. från det privata företaget Luleå Grafiska AB (nedan Luleå Grafiska), som av Landstinget tidigare betecknats som "hustryckeri".<sup>1</sup> Något offentligt upphandlingsförfarande har aldrig föregått dessa beställningar utan de aktuella uppdragen har direkttilldelats Luleå Grafiska.

I en tidigare utredning, KKO 13-023 kritiserade Konkurrenskommissionen Landstinget för bristande upphandling av tryckeritjänster. Av denna utredning framgår att Landstinget till Luleå Grafiska under perioden den 1 januari 2008 t.o.m. den 2 september 2013 utan offentlig upphandling har betalat totalt 7.526.537 kronor exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms) för utförda tryckeritjänster m.m. Detta motsvarar ett genomsnittligt värde på 110.684 kronor per månad.<sup>2</sup>

I september 2012 påbörjade Landstinget ett annonserat offentligt upphandlingsförfarande av tryckeritjänster,<sup>3</sup> Detta förfarande avbröts emellertid genom beslut av Landstinget den 20 september 2013,<sup>4</sup> under åberopande av att "[Förfrågningsunderlaget] inte är utformat i enlighet med gällande lagstiftning"<sup>5</sup>.

I samband med beslutet om avbrytande angavs vidare att "Landstinget vill göra leverantörerna uppmärksamma på att upphandlingen kommer att göras om inom en snar framtid". Landstingets avbrytandebeslut vann laga kraft genom dom av Förvaltningsrätten i Luleå den 30 december 2013.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> På Luleå Grafiskas internetsida, <http://lulegrafiska.se/wp-content/uploads/2012/06/g-magasinet1.pdf>, förekom tidigare bl.a. följande text. "Vi köper tryckeritjänster från många. Men Lule Grafiska har nästan varit som ett 'hustryckeri' för oss, säger [Informationschefen] vid Norrbottens läns landsting. Landstinget är en stor tryckeri kund som upphandlar informationsbroschyrer, visitkort, roll-ups, affischer och mycket annat. I samband med Noliämässan fick Lule Grafiska förtroendet att formge landstingets monter. [Informationschefen] känner till tryckeriet sedan många år tillbaka. – Lule Grafiska har gott renommé i landstingshuset. Det hade de även när jag jobbade på reklambyrå i Luleå och senare som produktchef på Plannja. Tryckarna är serviceinriktade och hjälpsamma med resurser att agera snabbt och effektivt. Dessutom har tryckeriet hög kompetens när det gäller formgivning och originalarbeten." Denna text är numera borttagen, efter det att Landstingets förhållande till Luleå Grafiska uppmärksammats och kritiserats i Konkurrenskommissionens tidigare utredning KKO 13-023.

<sup>2</sup> Aktuella utbetalningar fördelar sig enligt följande: 2008 = 1.048.068 kr.; 2009 = 1.374.890 kr.; 2010 = 1.208.772 kr.; 2011 = 1.467.924 kr.; 2012 = 1.417.352 kr och 2013 (jan-augusti) = 1.009.530 kr.; Totalbeloppet 7.526.537 kr. /. 68 månader = 110.684 kronor per månad.

<sup>3</sup> Landstingets aktuella upphandling påbörjades den 13 september 2012 med (ett justerat) sista anbudsdatum den 30 oktober 2012. Tilldelning beslutades den 14 juni 2013, d.v.s. drygt sju månader efter anbudstidens utgång. Beslutet om tilldelning grundade sig bl.a. på en kvalitetsbedömning som gjorts av en hemlig "referensgrupp". Mot Landstingets beslut om tilldelning ansökte en anbudsgivare om överprövning vid Förvaltningsrätten i Luleå. Inom ramarna för förvaltningsrättens pågående handläggning i mål nr. 2400-13 beslutade Landstinget den 20 september 2013 att avbryta upphandlingen (se fotnot 5 nedan). Avbrytandet vann laga kraft genom beslut av Förvaltningsrätten i Luleå den 30 december 2013 (se fotnot 6 nedan).

<sup>4</sup> Norrbottens läns landsting, upphandlingschefen, beslut av den 20 september 2013

<sup>5</sup> Den åberopade felaktigheten angavs enligt följande: "formuleringarna kring valda kriterier, både i kvalificerings och utvärderingsfasen, är så lika att de inte uppfyller de krav som LOU och EU-rätten uppställer. Den omständigheten att anbud har förkastats på grund av att buden inte innehåller efterfrågade uppgifter om referenser styrker den uppfattningen. Med hänsyn till att annonserat förfrågningsunderlag inte är utformat i enlighet med gällande lagstiftning anser landstinget att det mest korrekta är att avbryta upphandlingen" – jfr bl.a. domstolens avgöranden av den 20 september 1988 i målet C-31/87, *Beentjes*, REG 1988, s. 4635 (p. 19), av den 24 januari 2008 i målet C-532/06, *Lianakis*, REG 2008, s. I- 251 (pp.30-32) och av den 12 november 2009 i målet C-199/07, *ERGA*, REG 2009 s. I- 10669 (pp. 50-57).

<sup>6</sup> Se Förvaltningsrätten i Luleå, dom av den 30 december 2013 i mål 2400-13. I fråga om Landstingets bristande upphandling av tryckeritjänster har Konkurrensverket tidigare påbörjat en utredning som sedermera avskrevs genom beslut den 4 februari 2014. Av beslutet framgår att detta inte innebar något ställningstagande avseende tillåtligheten av Landstingets agerande, utan att avskrivningen motiverades av att hälften av det senaste årets köp av tryckeritjänster redan hade preskriberats samt att Landstinget uppgivit att myndigheten inlett ett annonserat upphandlingsförfarande – se Konkurrensverkets ärende nr 723/2013.

Efter det att upphandlingen avbrutits har något nytt annonserat upphandlingsförfarande aldrig påbörjats, utan Landstinget har fortsatt att beställa tryckeritjänster m.m. direkt från Luleå Grafiska, utan stöd av vare sig något upphandlat avtal eller någon annan konkurrensutsättning.<sup>7</sup>

Under perioden den 1 januari t.o.m. den 26 maj 2014 har Landstinget betalat 793.000 kronor till Luleå Grafiska AB, vilket exklusive moms ger ett totalt kontraktsvärde på c:a 634.400 kronor eller c:a 126.800 kronor per månad. Omräknat enligt gällande beräkningsregler som ett 48-månderskontrakt (se nedan) ger detta ett samlat kontraktsvärde på drygt 6 miljoner kronor.

### Gällande rätt

Offentlig upphandling som har påbörjats<sup>8</sup> efter den 1 januari 2008 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.

Med *offentlig upphandling* avses förfarandet fram till och med tilldelning av bland annat ett *tjänstekontrakt*<sup>9</sup> som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande enheter och som avser tillhandahållande av bl.a. tjänster.

Förlags- och tryckeritjänster mot arvode eller på kontrakt, däribland trycktjänster (CPV 79820000-8) tryckning och tillhörande tjänster (CPV 79800000-2) samt tryckning och distribution (CPV 79824000-6)<sup>10</sup> utgör sådana s.k. A-tjänster, kategori 15 enligt bilaga 2 till LOU som, om det samlade kontraktsvärdet överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde ska upphandlas i enlighet med de direktivstyrda bestämmelser som följer av 1-14 kap. LOU. Detta ska i så fall normalt ske genom öppen eller selektiv upphandling. Enbart om det aktuella kontraktsvärdet understiger tröskelvärdet får upphandling genomföras med ledning av de nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LOU, och kan då undantagsvis ske genom direktupphandling.

Vid kontraktsvärdeberäkningen får enligt 3 kap. 5 § LOU en upphandling av varor eller tjänster inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena. Om upphandlingen avser tjänster där kontraktet löper på obestämd tid ska enligt 3 kap. 12 § LOU det s.k. *kontraktsvärdet* beräknas som månadsvärdet multiplicerat med talet 48.

För närvarande uppgår sedan den 1 januari 2014 tröskelvärdet för bl.a. kommunal upphandling av A-tjänster inom den s.k. klassiska sektorn till 1.806.427 kronor.<sup>11</sup> Vid ett kontraktsvärde överstigande detta belopp ska upphandlingen således handläggas enligt lagens direktivstyrda bestämmelser.

Skyldighet att följa LOU omfattar bl.a. kommunala myndigheter och beslutande församlingar i kommuner och landsting. Den som är skyldig att iakttä lagens bestämmelser utgör enligt legal-

<sup>7</sup> Som svar på en begäran från Konkurrenskommissionen om att få del av avtal samt upphandlingsunderlag m.m. som ligger till grund för Landstingets aktuella utbetalningar till Luleå Grafiska har Landstinget i e-postmeddelande den 26 maj 2014, genom upphandlingsjuristen NN, svarat att ”*det saknas kontrakt och avtalshandlingar. Även efterfrågade upphandlingsunderlag saknas*”. I ett efterföljande beslut av den 2 juni 2014 har Landstinget avslagit begäran om utlämnade av allmänna handlingar med motiveringen att ”*Avtal samt upphandlingsunderlag med Luleå Grafiska för avrop gjorda under 2014 saknas*”. Av ett kompletterande e-postmeddelande av den 3 juni 2014 framgår också att ”*[d]et saknas ramavtal*”. Förekommande betalningar under 2014 har således inte grundats i några avrop på befintligt ramavtal.

<sup>8</sup> En upphandling anses påbörjad när den upphandlande myndigheten eller enheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten eller enheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud (se prop. 2006/07:128, s. 447, jfr. HFD 2013 ref. 31).

<sup>9</sup> Med upphandlingskontrakt avses enligt legaldefinitionen i 1 kap. 5 § ÅLOU första stycket punkten 3 skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt denna lag och som undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

<sup>10</sup> CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna – se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003 (numera ändrad genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV, vilken trädde i kraft den 13 september 2008).

<sup>11</sup> Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärdet* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Tillkännagivande ska ske angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av bl.a. A-tjänster inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten inte är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet) sedan den 1 januari 2014 till 207.000 euro eller 1.806.427 svenska kronor – se vidare Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärdet som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2014:5) av tröskelvärdet vid offentlig upphandling.

definitionen i 2 kap. 19 § LOU en s.k. ”*upphandlande myndighet*”. Tillsyn över offentlig upphandling utövas av Konkurrensverket.

Vilka bestämmelser som ska tillämpas beror ytterst på förutsättningarna för avtalet. Dock ska som huvudregel alltid EU-fördragets<sup>12</sup> grundläggande bestämmelser om etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster liksom principerna om bl.a. *likabehandling och icke-diskriminering* samt *öppenhet (transparens)* tillämpas på kontraktstilldelningen.

Av principen om *likabehandling och icke-diskriminering* följer att alla leverantörer skall ges så lika förutsättningar som möjligt. Alla måste t.ex. få relevant information vid samma tillfälle och på lika villkor. Vissa leverantörer får inte gynnas framför andra. Diskriminerande särbehandling får vidare inte komma ifråga, särskilt inte på grund av nationalitet.

Med principen om *öppenhet (transparens)* avses främst myndigheternas skyldighet att lämna information om sina upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa samt rätten för leverantörer att kunna få tillgång till sådan information, så att de i förväg kan sätta sig in i vad som gäller för upphandlingen. Myndigheterna är exempelvis skyldiga att tillkännage sina anskaffningar på ett sätt som, med hänsyn till anskaffningens omfattning och art, lämnar möjlighet till konkurrens och inte hindrar handeln mellan medlemsstaterna (samhandelsrekvisitet).<sup>13</sup> Det måste av anbudsförutsättningarna vidare framgå vilka krav och kriterier som ska tillmätas betydelse vid anbudsprövning och tilldelningsvärdering samt på vilket sätt detta ska gå till.

Bestämmelserna i LOU är tvingande för upphandlande myndigheter. Lagen gäller emellertid inte för upphandling av tjänster från en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten.<sup>14</sup> Enligt det s.k. *in-house-undantaget* i 2 kap. 10 a § LOU kan vidare en upphandlande myndighet som tilldelar ett uppdrag till en fristående juridisk person som den själv är delägare i under vissa förhållanden göra detta utan att det anses vara fråga om en kontraktstilldelning som ska föregås av annonserat upphandlingsförfarande.

Om upphandling enligt LOU ska genomföras, måste enligt huvudregeln i 1 kap. 9 § LOU den upphandlande myndigheten behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandling på ett öppet (transparent) sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Syftet med LOU jämte bakomliggande EU-direktiv och fördragsbestämmelser är att säkra att offentlig upphandling sker genom en effektiv konkurrens samt att leverantörer och deras ansökningar och anbud behandlas på ett likvärdigt och förutsebart sätt. Reglerna är utformade bl.a. i syfte att försvåra möjligheterna att vid offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Bestämmelserna medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader samt att korruption motverkas.

Som regel föreligger det en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar.

<sup>12</sup> EU fördragen består sedan den 1 december 2009 av Fördraget om Europeiska unionen (FEU), Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) samt Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (stadgan). De grundläggande principer som här avses följer av avdelningarna II och IV FEU om fri rörlighet av varor och tjänster.

<sup>13</sup> Det s.k. *samhandelsrekvisitet* har i EU-domstolens fasta praxis givits en tämligen vidsträckt tolkning. Rekvisitet ska anses uppfyllt om det ”*med tillräcklig grad av sannolikhet, på grundval av rättsliga eller faktiska omständigheter, kan förutses att avtalet i fråga direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt kan inverka på handelsflödet mellan medlemsstater, på ett sådant sätt att det kan komma att hindra förverkligandet av en gemensam marknad mellan medlemsstaterna*”, se EU-domstolens dom av den 11 juli 1985 i mål 42/84, *Remia m.fl. mot kommissionen*, REG 1985, s. 2545, p. 22. För liknande bedömningar, se även domstolens avgöranden den 18 juni 1998 i mål C-35/96, *kommissionen mot Italien*, REG 1998, s. I-3851, p. 48 samt den 17 oktober 1972 i mål 8/72, *Vereeniging van Cementhandelaren mot kommissionen*, REG 1972, s. 977, p. 29. Se även prop. 2003/04:80, s. 44.

<sup>14</sup> Se 1 kap. 7 § LOU.

En annons om upphandling ska på snabbast lämpliga sätt sändas till Europeiska kommissionen,<sup>15</sup> för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.<sup>16</sup>

Företag som tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”leverantörer”, som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).

Enligt 4 kap. 5 och 8 §§ och 15 kap. 3 § LOU föreligger i fråga om A-tjänsteupphandling undantag från denna skyldighet under följande förutsättningar.

- upphandlingens värde är lågt<sup>17</sup> eller det föreligger synnerliga skäl såsom *synnerlig brådska* orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande myndigheten,
- det har vid en *annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud*,
- det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör,
- upphandlingen gäller vissa nödvändiga och brådskande kompletterande tjänster, eller
- upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tjänster som tidigare varit föremål för öppen eller selektiv upphandling från samma leverantör och värdet av det nya kontraktet ingått i tröskelvärdetsberäkningen av värdet av det ursprungliga projektet.

Undantaget vid *synnerlig brådska* i 4 kap. 5 § första stycket punkten 3 LOU gäller enbart om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.<sup>18</sup> Sådan *egenförvållad brådska* hos den upphandlande myndigheten som kan ha uppkommit till följd av exempelvis bristande planering grundar således inte rätt till direkttilldelning enligt detta lagrum. Någon annan möjlighet att upphandla tjänster direkt från en viss leverantör föreligger som regel inte.

Vidare ska enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta rättspraxis<sup>19</sup> möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EG/EU-fördragen inom området för offentlig upphandling tolkas restriktivt.<sup>20</sup> Det ankommer på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.<sup>21</sup>

Enligt 16 kap. 13 § LOU ska allmän förvaltningsdomstol på talan av skadelidande leverantör besluta att ett avtal är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga.<sup>22</sup> Sådan talan om ogiltighet måste dock,

<sup>15</sup> Se 2 § upphandlingsförordningen (2011:1040).

<sup>16</sup> Tenders Electronic Daily (TED) är Europeiska unionens databas för annonsering av bl.a. offentlig upphandling. Databasen utgör ett tillägg till Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och publicerar annonser som har skickats till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE).

<sup>17</sup> Med *långt värde* avses enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU ett kontraktvärde uppgående till högst 15 procent av gällande tröskelvärde, vilket ifråga om tjänsteupphandling inom den klassiska sektorn för närvarande medger direktupphandling inom aktuellt tjänsteslag upp till maximalt c:a 270.964 kronor per redovisningsår.

<sup>18</sup> Den nu gällande undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU har förts över från den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling - ÅLOU. Av lagförarbetsuttalanden (prop. 2001/02:142, s. 99) till bestämmelserna i 2 kap. 11 § (varor) och 5 kap. 17 § (tjänster) ÅLOU, vilka således fortfarande är aktuella (se prop. 2006/07:128, s. 429), framgår i fråga om vad som ska anses motivera *synnerlig brådska* bl.a. följande: ”Regeln är som tidigare avsedd främst för oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte själv kunnat råda över. Att den upphandlande myndigheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling.”

<sup>19</sup> Se EU-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i målet C-157/06, *kommissionen mot Italien*, REU 2008 s. I-7313, p. 23.

<sup>20</sup> Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden av den 17 november 1993 i mål C-71/92, *kommissionen mot Spanien*, REU 1993, s. I-5923, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REU 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REU 1995, s. I-1249.

<sup>21</sup> Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens dom av den 10 mars 1987 i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, REU 1987, s. 1039, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REU 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REU 1995, s. I-1249. Från senare års praxis, se också domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och 28/01, *Kommissionen mot Tyskland*, REU 2003 s. I-3609, p. 58, samt av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REU 2005, s. I-1, p. 46.

<sup>22</sup> Rätten får emellertid, enligt 16 kap. 14 § LOU, besluta att avtalet trots allt får bestå om det skulle föreligga någon tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bevisbördan för sådant undantag åvilar den upphandlande myndigheten.

enligt 16 kap. 17 § LOU, väckas inom sex månader från det att avtalet slöts. Rätten kan enligt 16 kap. 16 § LOU även förordna att ett avtal inte får fullgöras till dess att något annat har bestämts (interimistiskt förbud).<sup>23</sup>

Vid otillåten direkttilldelning kan även, på talan av Konkurrensverket, allmän förvaltningsdomstol besluta om att en särskild straffavgift ska betalas av den upphandlande myndighet som har slutit avtal direkt med en leverantör utan iakttagande av föreskrifterna om föregående annonsering.<sup>24</sup> Om upphandlingen inte tidigare prövats rättsligt ska enligt 17 kap. 7 § andra stycket LOU ansökan om upphandlingsskadeavgift ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga 10 procent av det aktuella kontraktsvärdet. I rättspraxis har avgiften som regel kommit att bestämmas till omkring 7 procent av kontraktsvärdet.<sup>25</sup>

### Yttrande

Landstinget 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.

Som framgår av denna och Konkurrenskommissionens tidigare utredning i ärendet KKO 13-023 täcker Landstinget sedan en lång rad år, sedan åtminstone 2008, sitt behov av A-tjänster i form av tryckeritjänster genom beställningar direkt från Luleå Grafiska. Bolaget har bland annat av myndighetens informationschef betecknats som ett ”hustryckeri” för Landstinget.

Något upphandlat ramavtal eller annat kontrakt som kan ligga till underlag för avrop finns inte och har såvitt kunnat utredas heller aldrig funnits mellan Landstinget och Luleå Grafiska. Istället har de aktuella beställningarna genomförts som löpande direkttilldelningar, utan föregående annonserad upphandling eller någon annan infordran av konkurrerande anbud. Sedan 2008 har Landstinget betalat Luleå Grafiska med i genomsnitt mellan 110.000 och 126.000 kronor per månad för utförda tjänster.

I september 2012 påbörjade Landstinget ett annonserat upphandlingsförfarande, vilket sedermera kom att avbrytas ett år senare, den 20 september 2013, på grund av ett bristfälligt utformat förfrågningsunderlag. I samband med beslutet att avbryta upphandlingen angav Landstinget att upphandlingen skulle komma att göras om ”*inom en snar framtid*”.

Trots att Landstinget nu haft i vart fall c:a fem månader på sig från och med den 1 januari 2014 att genomföra ett nytt annonserat upphandlingsförfarande har någon sådan upphandling ens aldrig påbörjats. Istället har Landstinget fortsatt att köpa aktuella tryckeritjänster m.m. direkt från Luleå Grafiska till ett värde av c:a 126.000 kronor per månad, eller hittills drygt 630.000 kronor.

<sup>23</sup> Enligt 16 kap. 16 § andra stycket LOU får rätten avstå från ett sådant interimistiskt förbud om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

<sup>24</sup> Om domstol vid överprövning enligt LOU skulle finna att avtal visserligen har slutits i strid mot kravet på annonsering i 7 kap. 1 § LOU men att det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse som enligt 16 kap. 14 § LOU gör att kontraktet ändå ska få bestå, föreligger det enligt 17 kap. 2 § jämförd med 1 § punkterna 1 och 2 LOU en obligatorisk skyldighet för Konkurrensverket att hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att den upphandlande myndigheten ska betala upphandlingsskadeavgift.

<sup>25</sup> Se bl.a. Kammarrätten i Stockholm mål nr 5426-12, 5427-12 respektive 5452-12, Kammarrätten i Göteborg mål nr 7009-12, Kammarrätten i Stockholm mål nr 1305-12, Förvaltningsrätten i Linköping mål nr 1785-13, Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 1271-12, 1273-12 och 1281-12, Förvaltningsrätten i Växjö mål nr 286-12, Förvaltningsrätten i Luleå mål nr 2166-11, Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 13115-12, Förvaltningsrätten i Falun mål nr 2643-12, Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 2916-13, 22373-12, 2922-13 och 2987-13.

Det samlade värdet av dessa under 2014 förekommande beställningar överstiger väsentligt värdegränsen för direktupphandling enligt 15 kap. LOU. Vid en beräkning som ett 48-månaderskontrakt kan även konstateras att kontraktsvärdet överstiger gällande tröskelvärde, så att den unionsrättsligt grundade regleringen i 1-14 kap. LOU ska göras tillämplig på upphandlingen.

Vid dessa förhållanden föreligger det en absolut skyldighet för Landstinget att upphandla sitt behov av löpande tryckeritjänster i ett annonserat förfarande. Genom att under lång tid underlåta sådan upphandling har Landstinget brutit mot de grundläggande principerna om bl.a. likabehandling och icke-diskriminering samt öppenhet (transparens) som finns införda i 1 kap. 9 § LOU och som ytterst följer av unionsrätten. Konkurrensen på marknaden för tryckeritjänster har härigenom kommit att snedvridas.

Eftersom Landstinget har en egen upphandlingsavdelning som borde ha specialkompetens på området för offentlig upphandling framstår det som särskilt anmärkningsvärt att det aktuella förfarandet med löpande beställningar direkt från Luleå Grafiska har kunnat pågå under så lång tid och att Landstinget hittills inte har förmått genomföra ett korrekt upphandlingsförfarande. Det finns därför anledning att återigen rikta allvarlig kritik mot Landstinget, som även riskerar att dömas att betala en straffavgift (s.k. upphandlingsskadeavgift) för bristande upphandling.