

PM 2 2015-06-11 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande likabehandling vid prövningen av anbudsgivarnas kvalifikationer.

Norrbottnens läns landsting har i en upphandling av tryckeritjänster åberopat en brist i anbudet för att utesluta en leverantör med lägsta utvärderingspriset trots att en annan leverantör med samma brist fått sitt anbud prövat och antaget.

Norrbottnens läns landsting (nedan Landstinget) har genom meddelande om upphandling som skickades för annonsering till Europeiska kommissionen den 25 september 2014 påbörjat ett öppet upphandlingsförfarande avseende tryckeritjänster över tröskelvärdet.

I punkten 1.3 "Kvalitetsstyrning" i förfrågningsunderlagets del "T2 Krav på leverantör" föreskrivs ett obligatoriskt s.k. kvalificeringskrav om att "Leverantören ska beskriva sitt arbete med kvalitetsfrågor samt hur denne avser att uppfylla sitt kvalitetsåtagande enligt denna förfrågan". Vidare anges i punkten 1.5 "Leverantörs miljöarbete" av samma del av underlaget att "Leverantören ska beskriva sitt arbete med miljöfrågor samt hur han/hon avser uppfylla sitt miljöåtagande enligt denna förfrågan". Av punkten 3.2 "Utvärdering av anbud" framgår att "[u]nder förutsättning att inkomna anbud uppfyller kvalificeringskraven [...] kommer [dessa] att gå vidare för utvärdering på pris" där "[d]et anbud som innehåller det lägsta utvärderingspriset kommer att antas som vinnande anbud".

Vid anbudstidens utgång noterades fyra inkomna anbud. Det utifrån upphandlingsförutsättningarna¹ lägsta utvärderingspriset hade lämnats av GTC Print AB (nedan GTC). Härutöver hade det även inkommit ett anbud från Luleå Grafiska AB (nedan Luleå Grafiska) - vilket genom en serie tidigare direkttilldelningar tillgodosett Landstingets behov av tryckeritjänster och av Landstinget betecknats som dess "hustryckeri"² (se KKO 13-023 och 14-011).³

I samband med tilldelningsprövning den 21 november 2014 beslutade Landstinget utesluta samtliga anbudsgivare förutom Luleå Grafiska från att få sina anbud upptagna till slutlig anbudsutvärdering och tilldelning. Enda kvarvarande anbudsgivare var således Luleå Grafiska, vilket också tilldelades kontraktet i upphandlingen.

Som grund för att diskvalificera GTC åberopade Landstinget att bolaget lämnat en allmän redovisning av sina rutiner för miljö- och kvalitetsarbete men att bolaget inte redovisat hur det skulle komma att uppfylla sitt kvalitets- och miljöåtagande enligt aktuell förfrågan.

En liknande brist i fråga om redovisningen återfinns emellertid även i det av Landstinget antagagna anbudet från Luleå Grafiska. Inte heller av detta anbud går det att utläsa hur bolaget avser att uppfylla sitt åtagande enligt aktuell förfrågan.

De relevanta sakförhållandena har bedömts av Förvaltningsrätten i Luleå, som i ett icke lagakraftvunnet avgörande anger bl.a. följande "... *inte heller Luleå Grafiska kan anses ha uppfyllt det aktuella kravet om kvalitetsstyrning och skulle rätteligen ha uteslutits från utvärderingen redan på denna grund. Landstinget har således genom att inte utesluta Luleå Grafiskas anbud brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU*".⁴

¹ I punkten 3.2 "Utvärdering av anbud" anges att "Utvärderingspris är summa anbudspriser subtraherad med offererad rabattsats. Rabatt är det som leverantören ger för övrigt sortiment på ordinarie prislista. Rabattsats utnyttjas i utvärderingen. Det anbud som erhåller det lägsta utvärderingspriset kommer att antas som vinnande anbud".

² På Luleå Grafiskas internetsida, <http://lulegrafiska.se/wp-content/uploads/2012/06/g-magasinet1.pdf>, förekom tidigare 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 tryckerikund 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." - numera borttagen.

³ Av Konkurrenskommissionens tidigare utredningspromemorior i ärendena KKO 13-023 och 14-011 framgår att Landstinget sedan i vart fall 2008 köpt tryckeritjänster direkt från Luleå Grafiska för c:a 110.000 kronor per månad utan annonserad upphandling.

⁴ Förvaltningsrätten i Luleås dom av den 21 maj 2015 i mål nr. 2529-14. Målet prövas f.n. av Kammarrätten i Sundsvall (mål nr. 726-15).

Gällande rätt

Offentlig upphandling regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.

Med *offentlig upphandling* avses förfarandet fram till och med tilldelning av bland annat ett *tjänstekontrakt* 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)⁵ 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 bestämmelserna i 1-14 kap. LOU. Detta ska i så fall normalt ske genom öppen eller selektiv upphandling. Vid den aktuella tidpunkten, i september 2014, uppgick tröskelvärdet för bl.a. kommunal upphandling av A-tjänster inom den s.k. klassiska sektorn till 1.806.427 kronor.⁶ 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 legaldefinitionen 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 som ska ingås genom upphandlingen. Dock ska som huvudregel alltid EU-fördragets⁷ grundläggande bestämmelser om etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster liksom principerna om bl.a. *likabehandling och icke-diskriminering* tillämpas på förfarandet för anbudsprovning och kontraktstilldelning.

Av det unionsrättsligt grundade kravet på *likabehandling* följer att alla leverantörer skall ges så lika förutsättningar som möjligt och att vissa leverantörer inte får gynnas framför andra. I EU-domstolens fasta praxis har detta tolkats så att bristande likabehandling och diskriminerande särbehandling kan anses uppkomma när exempelvis skilda regler tillämpas på jämförbara fall eller när samma regel tillämpas på skilda fall,⁸ således får enligt domstolen *lika situationer inte behandlas olika och olika situationer inte behandlas lika*.⁹ Således måste i enlighet med likabehandlingsprincipen de krav som ställs upp i en upphandling tillämpas på ett likformigt sätt gentemot samtliga deltagande leverantörer.¹⁰

⁵ 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, vilket började gälla den 15 september 2008).

⁶ 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 tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2014:5) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

⁷ 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.

⁸ Se bl.a. EU-domstolens dom av den 11 augusti 1995 i målet C-80/94, *Wielockx*, REG 1995, s. I-2493, p. 17; se även domstolens dom av den 5 april 1996 i mål C-87/94, *kommissionen mot Belgien*, REG 1996, s. I-2043, p. 88.

⁹ Se EU-domstolens dom av den 3 mars 2005 i de förenade målen C-21/03 och C-34/03, *Fabricom*, REG 2005, s. I-1559, p. 27 jämte där angiven rättspraxis.

¹⁰ Se Asplund m.fl., *Överprövning av upphandling*, Jure förlag 2012, s. 39.

Yttrande

Landstinget har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet anfört att eftersom ärendet är föremål för rättslig prövning finner Landstinget det ej lämpligt att svara på bedömningen. Dock noterar Landstinget att Konkurrenskommissionens chefjurist är ombud i målet. Det tyder på att kommissionen har en partsroll och inte utgör ett opartiskt organ.

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.

Landstinget utgör en sådan upphandlande myndighet som har att iakttä regelverket i LOU och i de bakomliggande direktiven. Eftersom den nu aktuella upphandlingen har utlysts i ett direktivstyrt s.k. öppet förfarande enligt LOU är det bestämmelserna i 1-14 kap. LOU som ska tillämpas.

Som tidigare framgått av Konkurrenskommissionens utredningar i ärendena KKO 13-023 och 14-011 har Landstinget sedan åtminstone 2008 köpt tryckeritjänster direkt från Luleå Grafiska, som betecknats som Landstingets "hustryckeri". Någon annonserad upphandling har inte föregått dessa beställningar, vilka således har kommit till vid sidan om regelverket i LOU och direktiven.

När Landstinget nu, efter det att missförhållandena påtalats, genomfört en annonserad upphandling har myndigheten valt att diskvalificera samtliga anbudsgivare förutom Luleå Grafiska från fortsatt deltagande i upphandlingen. Landstinget har därmed inte ansett sig kunna anta det anbud från konkurrenten GTC som innebar det lägsta utvärderingspriset.

Såsom förvaltningsrätten konstaterat borde emellertid Landstinget även ha diskvalificerat Luleå Grafiska av samma skäl som myndigheten uteslutit GTC. Vid detta förhållande skulle upphandlingen göras om på grund av att det inte längre finns något kvarvarande anbud att anta.

Att på detta sätt behandla lika situationer olika strider enligt EU-domstolens praxis mot den unionsrättsligt grundade likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU och medför eller riskerar medföra att konkurrensen på den aktuella marknaden återigen snedvrids till förmån för Luleå Grafiska. Mot denna bakgrund finns det anledning att på nytt rikta allvarlig kritik mot Landstinget.