

PM 2 2018-06-13 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom hänvisning till vissa varumärken och fabrikat m.m. som rekommenderas av en ekonomisk förening av återförsäljare.

En kommun har i kravspecifikationen vid upphandling av varor angivit vissa varumärken och fabrikat och även förkastat anbud som inte erbjudit just dessa fabrikat.

Piteå kommun (nedan Kommunen) har, genom ett meddelande om upphandling¹ som skickades den 21 september 2017 för publicering i Europeiska unionen officiella tidning (EUT) och i databasen TED,² infordrat anbud på ramavtal för fordonsdäck m.m. för löpande avrop under perioden den 1 december 2017 till och med den 30 november 2019 med möjlighet till ytterligare 24 månaders förlängning (2+2=4år).³

Upphandlingen avser Kommunens huvudsakliga⁴ behov av däck jämte tillhörande servicetjänster i form av reparationer av punkteringar, skiftning av däck och balanseringar m.m. till Kommunens fordonspark. Behovet omfattar såväl personbilar, som lätta lastbilar, tunga fordon, last- och entreprenadmaskiner samt större motorredskap.⁵

I upphandlingsdokumentet Anbudsformulär⁶ hänvisas under punkten 4.1 ("Kravspecifikation efterfrågade produkter/tjänster") till de särskilda ska-krav för upphandlingen som redovisas i Bilaga 1, "Anbudspecifikation". Där framgår bland annat följande.

"Med premiumdäck hänvisas till 'Premiumdäck listan' som Svenska Däckföreningen har tagit fram, där 12 fabrikat har nämnts med länken: <http://svenskadack.se/premiumdack/>. Vi anser att Svenska Däckföreningen är en fristående förening som inte påverkas av något däckfabrikat, därför anses föreningen kunna ge en mer objektiv bedömning just baserat på deras sammanlagda erfarenhet och kompetens av däck".⁷

Härutöver hänvisas även till en Bilaga 2, "Lista över premiumdäck" med en förteckning av sådana varumärken och fabrikat som kan komma ifråga för anbudsgivning såsom "Premiumdäck".⁸

Svenska Däckföreningen⁹ är inte något oberoende organ utan en ekonomisk förening av däckverkstäder. Med "Premiumdäck" avses ett urval av på marknaden förekommande varumärken och fabrikat som Svenska Däckföreningens styrelse har ansett är att betrakta på detta vis¹⁰ och som föreningens medlemmar återförsäljer i sin verksamhet.

Vid anbudstidens utgång den 24 oktober 2017 registrerades två inkomna anbud. Beslut om tilldelning meddelades den 13 november 2017.¹¹ Av detta beslut framgår att "ett av anbuden klarade inte kraven för premiumdäck och utvärderades därför inte". Tilldelning beslutades därför ske till den enda kvarvarande anbudsgivaren, som även offererat "Premiumdäck". Avtal slöts med vinnande leverantör den 22 mars 2018,¹² efter avslutad överprövning i domstol (se vidare nedan).

Upphandlingens samlade kontraktsvärde kan med ledning av vad Kommunen angivit i annonsen uppskattas till c:a 4,4 miljoner kronor.¹³

¹ TED-annonsen: "Sverige-Piteå: Slitbanor för däck, 2017/S 184-376607, Meddelande om upphandling, Varor", publicerad den 26 september 2017 i enlighet med EU-direktiv 2014/24/EU.

² Databasen Tenders Electronic Daily (TED) är Europiska unionens elektroniska plattform för upphandlingsannonsering.

³ Se TED-annonsen, punkten II.2.7, rubricerad "Kontraktets, ramavtalets eller det dynamiska inköpssystemets löptid" samt punkten 1.3 i upphandlingsdokumentet Anbudsformulär.

⁴ Upphandlingen omfattar dock inte däck och service vad gäller leasade person- och mindre servicebilar.

⁵ Se TED-annonsen, punkten II.2.4, rubricerad "Beskrivning av upphandlingen".

⁶ Upphandlingsdokumentet Anbudsformulär, Upphandling Fordonsdäck (dnr. 17INK/87).

⁷ Se Bilaga 1 till Anbudsformulär, Upphandling Fordonsdäck, rubricerad "Anbudspecifikation" (dnr. 17INK/87).

⁸ Se Bilaga 2 till Anbudsformulär, Upphandling Fordonsdäck, rubricerad "Lista över premiumdäck" (dnr. 17INK/87).

⁹ Svenska Däckföreningen ekonomisk förening, med org.nr. 716403-1895, är en organisation för återförsäljare av däck med anknytande varor och tjänster. Föreningen har till ändamål att "främja medlemmarnas ekonomiska intressen genom upphandling av leverans- och serviceavtal med däck- och däckreparationer samt att bland medlemmarna verka för sunda principer och rationella metoder inom gummiverkstads- branschen och i övrigt tillvarata medlemmarnas allmänna yrkesintressen".

¹⁰ Se <http://svenskadack.se/premiumdack/>.

¹¹ Beslut av Kommunstyrelsens arbets- och personalutskott den 13 november 2017 (KsAu § 235/17), "Fordonsdäck" (dnr. 17KS714).

¹² TED efterannons "Sverige-Piteå: Slitbanor för däck, 2018/S 073-161696, Meddelande om tilldelning av kontrakt, Resultat av upphandlingsförfarandet, Varor", publicerad den 14 april 2018.

¹³ Se TED-annonsen, punkten II.1.5, rubricerad "Uppskattat totalt värde".

Lagligheten av Kommunens nu aktuella handläggning har prövats av förvaltningsrätten i Luleå, som i dom av den 31 januari 2018 konstaterat att Kommunen brutit mot LOU genom att olagligen hänvisa till vissa fabrikat och inte tillåta likvärdiga produkter. Eftersom det förkastade anbudet innebar ett högre anbudspris bedömdes leverantören dock inte ha visat skada eller risk för skada. Rätten fann därmed inte att det förelåg tillräckliga skäl för ett ingripande enligt LOU.¹⁴

Rättslig reglering

Med offentlig upphandling avses förfarandet till och med tilldelning av ett *offentligt kontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser bl.a. tillhandahållande av varor och tjänster mot ersättning.

Upphandling av *offentliga varu- och tjänstekontrakt*¹⁵ som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU. Lagstiftningen är följd av bl.a. kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU).¹⁶ Lagstiftningen är generell tillämplig på alla åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa varor eller tjänster genom tilldelning av kontrakt.¹⁷

Kommunala myndigheter och beslutande församlingar samt kommunala sammanslutningar utgör enligt legaldefinitionen i 1 kap. 22 § LOU sådana *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iaktta lagens bestämmelser.¹⁸

En upphandling som huvudsakligen hänför sig till varor, i form av däck till lätta och tunga fordon (CPV 34350000--34352100) och slitbanor för däck (CPV 19511300) samt regumnerade däck (CPV 34913200), jämte därtill kommande tjänster för reparation av däck, inklusive montering och balansering (CPV 50116500) och regumnering av däck (50116500),¹⁹ ska om det samlade kontraktsvärdet²⁰ överstiger det vid varje tidpunkt gällande *tröskelvärdet* handläggas enligt de direktivstyrda bestämmelserna i 1-18 kap. LOU. Det för upphandlingen aktuella tröskelvärdet uppgick i september 2017 till 1.910.323 kronor.²¹

Syftet med bestämmelserna om upphandling är bland annat att säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. Lagen grundar sig därför på ett antal unionsrättsligt grundade principer som, oavsett upphandlingsförfarande, ska iakttas. Däribland principerna om *likabehandling och icke-diskriminering* samt *öppenhet (transparens)*.²² Innebörden av dessa är att alla leverantörer ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet att utifrån samma villkor lämna anbud i konkurrens med varandra. Vissa leverantörer eller grupper av leverantörer får således inte ensidigt gynnas.²³

¹⁴ Se Förvaltningsrätten i Luleås dom av den 31 januari 2018 i mål nr. 2695-17. Avgörandet har vunnit laga kraft.

¹⁵ I fråga om *blandade kontrakt* som avser både varor och tjänster ska dessa utföras enligt bestämmelserna för det slag som utgör huvudföremålet för kontraktet – se 2 kap. 2 § LOU.

¹⁶ Se EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU, av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

¹⁷ Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

¹⁸ På motsvarande sätt utgör enligt 1 kap. 16 § LOU företag som på marknaden tillhandahåller aktuella tjänster *leverantörer* som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).

¹⁹ CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska Unionen (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster. – se 4 kap. 19 § LOU (2 kap. 5 § ÄLOU) samt Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), numera i delvis ändrad lydelse sedan 2008.

²⁰ Om ett kontrakt upphandlas utan att något totalpris anges ska det s.k. kontraktsvärdet vara det uppskattade totala värdet av varor och tjänster under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader – se 5 kap. 10 och 13 §§ LOU (3 kap. 9 och 12 §§ ÄLOU).

²¹ Gällande tröskelvärden för kommunal upphandling av varor och tjänster inom den s.k. klassiska sektorn - se regeringens tillkännagivande (2017:223) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

²² Se 4 kap. 1 § LOU samt 1 kap. 9 § ÄLOU. De grundläggande principer som här åsyftas följer numera av avdelning IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF - tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG. Angående de grundläggande principernas innebörd, se bl.a. prop. 2006/07:128, s. 132 samt prop. 2015/16:195, avsnitt 9.1 (s. 426 ff.) och specialmotiveringen till 4 kap 1 § LOU (s. 972 f.).

²³ Se prop. 2006/07:128, s. 132, samt EU-domstolens domar i *Succhi di Frutta* (C-496/99), EU:C:2004:236, pp. 108–111, *SIAC Construction* (C-19/00) EU:C:2001:553, p. 42 och i *Cartiera dell'Adda* (C-42/13) EU:C:2014:2345, p. 44, se även domstolens avgörande i *Connexion Taxi* (C-171/15) EU:C:2016:948, pp. 39 och 40.

Enligt 9 kap. 3 och 4 §§ LOU får en upphandlande myndighet ange de tekniska specifikationerna för de varor som ska upphandlas som prestanda- eller funktionskrav. Kraven ska i så fall vara utformade så att det klart framgår vad som ska anskaffas. Om de tekniska specifikationerna inte anges som prestanda- eller funktionskrav ska de istället hänvisa till etablerade europeiska/internationella eller nationella standarder och bedömningar.²⁴

Hänvisning får enligt 9 kap. 6 § LOU inte ske till visst fabrikat, ursprung eller framställningssätt som karakteriserar varor eller tjänster som tillhandahålls av en viss leverantör, varumärke, patent eller typ, kommersiellt ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas. Sådana hänvisningar får dock förekomma om det kan motiveras av det som ska anskaffas eller annars inte är möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt. Det ska i så fall dock vara i princip objektivt omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat eller begripligt sätt.²⁵ För att inte komma i konflikt med kravet på likabehandling ska förekommande prestanda- och/eller funktionskrav eller varumärkeshänvisningar m.m. vidare alltid följas av orden ”eller likvärdigt”.²⁶ Det är således inte tillåtet att diskvalificera anbud som erbjuder objektivt likvärdiga produkter eller lösningar.

Yttrande

Kommunen 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.

Slutlig 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.

Kommunen är en upphandlande myndighet som omfattas av regelverket i LOU. Av utredningen framgår att Kommunen, i samband med upphandling av fordonsdäck, har uppställt ett obligatoriskt krav på att enbart vissa specifika varumärken och däckfabrikat, som en förening av återförsäljare har bedömt utgöra ”Premiumdäck”, kan komma ifråga för anbudsgivning. Kommunen har vid anbudsprövningen även förkastat anbud som inte erbjudit just dessa fabrikat.

Det således uppställda kravet på ”Premiumdäck” hänför sig inte till någon svensk, europeisk eller internationell standard, gemensam teknisk specifikation eller något annat tekniskt referenssystem, utan innefattar endast ett subjektivt urval av vissa på marknaden förekommande varumärken och fabrikat som däckverkstäder anslutna till Svenska Däckföreningen återförsäljer i sin verksamhet. Kommunen har även tillämpat kravet så att anbud med andra produkter än ”Premiumdäck” har uteslutits från utvärdering i upphandlingen.

Såsom även förvaltningsrätten konstaterat har Kommunen härigenom brutit mot kravet på likabehandling och det i LOU uttryckliga förbudet mot varumärkeshänvisning. Leverantörer som inte tillhandahåller just de av Svenska Däckföreningen utvalda varumärkena för ”Premiumdäck” har härigenom uteslutits från deltagande i upphandlingen på ett sätt som är ägnat att snedvrider förutsättningarna för konkurrensen. Sedan i vart fall olagligheten av detta förfarande har stått klar borde Kommunen ha avbrutit upphandlingen, och istället genomfört ett korrekt förfarande i enlighet med LOU. Det finns därmed anledning att rikta allvarlig kritik mot Kommunen, som uppenbarligen behöver se över sina upphandlingsrutiner.

²⁴ De standarder och bedömningar som får förekomma i de tekniska specifikationerna utgörs enligt 9 kap. 4 § LOU (i fallande prioritetsordning) av svensk standard som stämmer överens med europeisk standard, en europeisk teknisk bedömning eller gemensam teknisk specifikation, internationell standard, eller annat tekniskt referenssystem som utarbetats av europeiska standardiseringsorgan, eller annan svensk standard, svenskt tekniskt godkännande eller, i fråga om en byggentreprenad eller användning av en vara, svensk teknisk specifikation för projektering, beräkning och utförande. Enligt 9 kap. 5 § LOU anges blandat, som prestanda- eller funktionskrav i fråga om vissa egenskaper samt med hänvisning till standarder och bedömningar i fråga om andra egenskaper.

²⁵ Se bland annat prop. 2006/07:128, s. 193.

²⁶ Se 9 kap. 4 § sista stycket och 6 § sista stycket LOU.