

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

Hässleholms kommun har utan föregående konkurrensupphandling tecknat avtal med ett privat företag om successiva avrop av presentartiklar.

Hässleholms kommun ingick den 29 september 2003 ett som "Presentartiklar" rubricerat kontrakt med ett privat företag (nedan Presentbutiken) avseende "köp av presentartiklar" genom successiva avrop av kommunens förvaltningar.

Av avtalet framgår att kommunen efter avrop skall erlagga Presentbutikens gällande butikspriser efter ett rabattavdrag motsvarande tio procent (10 %). I övrigt reglerar avtalet parternas villkor avseende leveranstid och leveransvillkor, garantivillkor, betalningsvillkor samt hävningsvillkor m.m. Avtalet föreskriver även att Presentbutiken helårsvis och utan anmodan skall tillhandahålla kommunens inköpsavdelning vissa statistiska uppgifter avseende genomförda avrop¹¹.

Det aktuella presentavtalet har ingåtts mellan kommunen och Presentbutiken utan någon föregående infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden och avser perioden den 1 oktober 2003 till och med den 30 september 2004.

Enligt kommunens leverantörsreskontra köpte eller avropade kommunen varor hos Presentbutiken under 2003 till ett fakturerat värde av 1.060.000 kronor¹². Under 2004 har kommunen hittills (januari 2004) betalat fakturor på sammanlagt 621.000 kronor för avropade varor. Även tidigare år har kommunen köpt varor direkt från Presentbutiken. Exempelvis utbetalades under år 2001 till Presentbutiken för varor som köpts av kommunens förvaltningar sammanlagt c:a 200.000 kronor och år 2002 sammanlagt c:a 360.000 kronor. Någon upphandling av aktuella varor i enlighet med upphandlingslagens bestämmelser har aldrig genomförts.

Gällande rätt

Offentliga upphandlingar regleras sedan den 1 januari 1994 genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.

Avtal om köp av varor skall om det samlade upphandlingsvärdet¹³ överstiger ett i lagen angivet tröskelvärde motsvarande € 200.000 eller 1,741 miljoner kronor¹⁴, handläggas enligt lagens av EG-direktiv¹⁵ styrda bestämmelser i 1 kap. och 2 kap. LOU.¹⁶ Om det samlade värdet understiger fastställt tröskelvärde skall upphandlingen istället handläggas enligt de nationellt reglerade bestämmelserna i 1 kap. 1-6 §§ samt 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".

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som huvudregel att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som en huvudregel att all upphandling 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, däribland den s.k. *likabehandlingsprincipen*, som har sitt ursprung i EG-Romfördraget^[2]. 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*".^[3] 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.

Med upphandling avses enligt legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU alla köp av varor. Stadgandet är därvid undantagslöst. Förutom direkta köp omfattar lagen även överenskommelser om framtida varuleveranser genom avropsförfaranden. Avtal som reglerar dylika förfaranden betecknas allmänt som ramavtal och legaldefinieras enligt 1 kap. 5 § LOU på följande sätt: "*Ramavtal: 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*". Någon möjlighet för t.ex. kommuner att utanför upphandlingslagens bestämmelser ingå avtal om avrop av varor föreligger således som regel inte^[4].

Understiger upphandlingen värde det s.k. tröskelvärdet skall den upphandlande enheten normalt tillämpa något av upphandlingslagens förfaranden för *förenklad upphandling* eller *urvalsupphandling*. Enligt 6 kap. 2 § LOU skall enheten därvid upprätta ett skriftligt anbudsunderlag med en beskrivning av föremålet för upphandlingen och, i förekommande fall, en redovisning vilka omständigheter som enheten avser att tillmäta betydelse vid värdering av inkomna anbud, samt inhämta konkurrerande anbud genom annons i en allmänt tillgänglig databas eller genom annons på ett annat sätt.

Enligt 6 kap. 2b § LOU kan vid upphandling av varor under tröskelvärdet, undantag från skyldigheten att offentliggöra upphandlingen föreligga (i) om det vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud, (ii) varorna framställs enbart för forskning, utveckling, experiment eller studier, under förutsättning att framställningen inte sker i vinstsyfte eller för att täcka forsknings- och utvecklingskostnader (iii) varorna av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör, eller (iii) 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 lågt eller föreligger andra synnerliga skäl^[5], får upphandlingen enligt 6 kap. 2 §, andra stycket LOU, undantagsvis handläggas enligt bestämmelserna för *direktupphandling*. Skriftliga anbud behöver i sådant fall inte införas, utan det räcker med en formlös anbudshandläggning.

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^[6] övre gräns motsvarande ett (1) basbelopp^[7] (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 38.600 kronor^[13].

I den statliga Upphandlingskommitténs delbetänkande ”Effektivare offentlig upphandling...” (SOU 1999:139, sid. 284 ff.) samt i slutbetänkandet ”Mera värde för pengarna” (SOU 2001:31, sid. 248 ff.) redovisas bland annat grunderna för generella riktvärden för direktupphandling. Av delbetänkandet framgår följande resonemang: *”De beloppsgränser [för direktupphandling] som fastställs bör utgå från den upphandlande enhetens kostnader för upphandlingsförfarandet. Vid fastställandet av beloppsgränserna bör även vägas in små och medelstora företags intresse av att delta i offentlig upphandling. För små företag kan ett upphandlingskontrakt på två eller tre basbelopp representera en ansevärd del av företagets omsättning. Att sådana företag mer eller mindre systematiskt utestängs från den offentliga upphandlingen måste undvikas. En stor upphandlande enhet bör inte nödvändigtvis ha högre beloppsgränser än en mindre enhet. Karaktären av det som upphandlas bör snarare vara avgörande för vad som skall anses vara ’lågt värde’”*^[14].

Vid otillåten direktupphandling, d.v.s. där en upphandling genomförts utan formaliserad infordran av konkurrerande anbud utan att det kan motiveras av objektiva skäl, 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*)^[15]. 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 domstol (länsrätt) mot upphandlingen i syfte att tvinga fram ett korrekt upphandlingsförfarande. Av 7 kap. 2 § LOU framgår att beslut vid andra upphandlingar än sådan direktupphandling som skett med stöd av lagens bestämmelser kan överprövas fram till den tidpunkt då ett ”upphandlingskontrakt” föreligger. 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^[16]. En otillåten direktupphandling kan till följd härav i princip angripas utan begränsning i tiden. Skulle den förfördelade leverantören vinna framgång med talan om överprövning kan den upphandlande enheten befinna sig i en situation med två avtal avseende samma leverans. För denna situation av dubbel avtalsbundenhet har lagförarbetena angivit följande: *”Om civilrättslig avtalsbundenhet uppstått innan upphandlingen avslutas riskerar en upphandlande enhet att bli skadeståndsskyldig gentemot den leverantör som först tilldelats upphandlingskontraktet. Om allmän förvaltningsdomstol beslutar att upphandlingen skall göras om kan enheten inte rimligtvis fullfölja det första avtalet”*^[17]. Såvitt framgår av lagstiftarens resonemang förväntas den upphandlande enheten således honorera den senare, korrekt upphandlade, avtalet och möjligen skadeståndsvägen kompensera den leverantör som tidigare direktupphandlats genom otillåtet förfarande.

Yttrande

Hässleholms kommun har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. angivit att gränsvärdet för direktupphandling i kommunen generellt fastställts till två (2) basbelopp och att endast två enskilda avrop under den

redovisade perioden överstiger detta värde. I övrigt har kommunen noterat de framförda synpunkterna och kommer att beakta dem i sitt fortsatta arbete.

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.

Hässleholms kommun har i oktober 2003 ingått ett s.k. ramavtal med Presentbutiken om successiva avrop av presentartiklar innefattande samtliga villkor för avrop som görs under avtalets ettåriga giltighetstid.

Till skillnad från vad Hässleholms kommun synes göra gällande i sitt yttrande skall vid upprepade köp eller avrop från samma leverantör enligt en i lagen om offentlig upphandling knäsat princip för värdeberäkning³, det samlade värdet av förekommande varuköp under ett år (12 månader) utgöra grund för bedömningen huruvida förekommande värdegränser har överskridits. Av utredningen framgår att utbetalningar från kommunen till presentbutiken har skett till ett värde av drygt en miljon kronor under en sammanlagd tolv månadersperiod före och efter avtalets ingående och med ett belopp på hittills i vart fall drygt 600.000 kronor efter avtalets ingående. Med ledning av den i lagen angivna beräkningsprincipen³ kan avtalets värde således knappast anses understiga den generella värdegräns på ett basbelopp (c:a 39.000 kronor) under vilken s.k. direktupphandling normalt kan tillämpas eller ens den utökade värdegräns på två basbelopp (c:a 78.000 kronor) som kommunen har fastställt för sina egna upphandlingar. Den omständighet att flera enskilda avrop eller köp under den redovisade ettårsperioden har hållit sig under de angivna värdegränserna för ”lågt värde” medför således inte annan bedömning.

Några synnerliga skäl i form av synnerlig brådska eller andra skäl som inte kunnat förutses och inte heller beror på Hässleholms kommun har inte påståtts föreligga för att teckna det aktuella avropsavtalet direkt från Presentbutiken. Någon formaliserad upphandling har aldrig genomförts. De aktuella presentartiklarna har knappast framställs enbart för forskning, utveckling, experiment och någon teknisk eller annan ensamrätt som medför att endast Presentbutiken kan komma i fråga för leverans av aktuella varor föreligger inte. Genomförda köp och avrop avser heller inte några tilläggsbeställningar.

Laglig förutsättning för att tillämpa undantagsförfarandet för s.k. direktupphandling har således inte förelegat utan Hässleholms kommun skulle istället ha infordrat skriftliga anbud genom ett offentligt förfarande där även andra leverantörer än Presentbutiken beretts möjlighet att konkurrera om uppdraget att leverera presenter till kommunens förvaltningar.

Genom att tidigare år köpa varor till icke ringa värden från Presentbutiken samt att underlåta upphandling av ramavtalet som tecknades i september 2003 har Hässleholms kommun enligt Konkurrenskommissionens mening åsidosatt kravet på affärsmässighet enligt lagen om offentlig upphandling samt EG-Romfördragets bestämmelse om likabehandling av företag. Konkurrensen på den lokala marknaden för presentartiklar har därvid snedvridits samtidigt som förtroendet för kommunen som upphandlare har undergrävt.

^[1] Under rubriken ”Statistik” i avropsavtalet framgår att ”(netto/antal kostnad/distribution) per leveransadress och totalt för försäljningsområdet emot ses helårsvis utan anmodan till Inköpsavdelningen.

^[2] Fakturerad försäljning av presentartiklar under perioden den 1 oktober 2003 till och med 16 januari 2004 uppgår enligt leverantörsreskontra till 634.201 kronor.

^[3] 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.

^[4] Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärdet från den 1 januari 2002, vid upphandlingar av varor och tjänster

- [5] De aktuella lagreglerna bygger på ett antal EG-direktiv angående offentlig upphandling (se prop. 1992/93:88, sid. 72) däribland Europeiska rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor (det s.k. varuupphandlingsdirektivet).
- [6] 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.
- [7] EG-Romfördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, giltighet som svensk lag.
- [8] Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478.
- [9] I lagen finns i 1 kap. 3 § jämfört med 6 kap. 17 § stadgat ett förbehåll avseende upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 296 i Romfördraget, under förutsättning av att regeringen med hänsyn till försvars- och säkerhetspolitiska intressen föreskrivit eller i enskilda fall beslutat om särskilt undantag från lagens tillämpning.
- [10] Exempel på ”synnerliga skäl” kan vara synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten, men även andra synnerliga skäl kan komma ifråga (se prop. 2001/02:142).
- [11] Enligt 6 kap. 2 § andra stycket LOU kan upphandlande enheter vid behov fastställa *individuella riktvärden* för användningen av direktupphandling. Därmed avses att varje enhet kan avskilja särskilda avtalstyper inom sitt ansvarsområde som på objektiva grunder utmärker sig genom att viss särskild kostnad eller annan svårighet t.ex. vid anbudsvärderingen motiverar ett formlöst upphandlingsförfarande. För vart och ett av dessa individualiserade avtalstyper kan enheten fastställa ett högre riktvärde än vad som annars motiverar undantag från lagens huvudregel om formell infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden - se vidare bl.a. Finansutskottets betänkande 2001/02:FiU12, sid. 26 f, där utskottet konstaterar att bestämmelsen i 6 kap. 2 § andra stycket skall tolkas så att ”...*de upphandlande enheterna [...] har möjlighet att fastställa olika gränser för direktupphandling på olika områden och för olika typer av upphandlingar...*”. I de fall dylika individuella riktvärden saknas torde de generella värdegränser som fastställts av Nämnden för offentlig upphandling äga tillämpning för vad som kan anses affärsmässigt motiverat.
- [12] Se 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.
- [13] Prisbasbelopp för 2003. För 2004 uppgår gällande prisbasbelopp till 39.000 kronor.
- [14] Upphandlingskommittén har i slutbetänkandet (SOU 2001:31, sid. 336-337) föreslagit att användningen för direktupphandling utsträcks till att omfatta ”*andra situationer än när upphandlingens värde är lågt och det föreligger synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten eller om det finns synnerliga skäl. Sådana andra situationer då direktupphandling bör få användas är om kostnaderna för en upphandling överstiger värdet av upphandlingen eller upphandling av tjänster som innefattar hälso- och sjukvårdstjänster eller socialtjänster inte är ändamålsenlig eller riskerar att försämra kvaliteten i vården eller omsorgen för en enskild individ*”. Kommittén har i detta sammanhang föreslagit att maximalt riktvärde i lagtexten fixeras till sju basbelopp. En proposition med innebörden att fem basbelopp skulle utgöra övre gräns för lågt värde har lämnats av regeringen (prop. 2001/02:142). Förslaget kom emellertid att återvisas av riksdagen (se 2001/02:FiU12).
- [15] Se Prop. 1992/93:88, sid. 103.
- [16] 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*”.
- [17] Se prop. 2001/02:142 sid. 78.