

## KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 04-015

PM-2 2004-05-05 SLUTLIG BEDÖMNING

*Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (villkor om visst produktvarumärke).*

**Kungsbacka kommun har vid upphandling av datorranknuna varor och tjänster uppställt krav på specifik teknisk utrustning utan angivande av att likvärdiga produkter kan komma ifråga.**

Kungsbacka kommun har i mars 2004, genom annons i tidningen Anbudsjournalens databas, samt på Kommunens hemsida [www.kungsbacka.se](http://www.kungsbacka.se), (dnr. UH 04-14) inhämtat anbud avseende "IT stöd för verksamheterna; Individ o Familjeomsorg, Handikappomsorg och Äldreomsorg". Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen skall genomföras med tillämpning av upphandlingsformen "Förenklad upphandling enligt bestämmelserna i Lagen (1992:1528) om Offentlig Upphandling". Anbudstiden går ut den 23 april 2004.

Av punkten 1.10 i underlaget framgår att "Alternativa anbud accepteras ej. Anbud skall utformas helt enligt anbudsförfrågan". Som obligatoriska förutsättningar, s.k. skall-krav, framgår av en bilaga till underlaget, rubricerad: "Övergripande Systemkrav för samtliga förvaltningar" att förekommande databassystem skall vara av fabrikatet Oracle samt att operativsystemet för applikationsservrar skall vara av fabrikatet Microsoft Windows 2000 eller senare. Angiven programvara varken utgör eller ingår i någon europeisk, nationell eller annan allmänt fastställd standard, utan utgör enskilda kommersiella produktvarumärken. Till avgivna produkter finns det på marknaden likvärdiga konkurrerande program och system vilka antingen är eller genom komplettering kan göras tekniskt kompatibla med den angivna programvaran. Hänvisningen till uppgivna varumärken har gjorts utan att åtföljas av orden "eller likvärdig". I anledning av diskriminering som därvid uppkommit för konkurrerande programvaror uppmärksammade en leverantör av datatekniska tjänster kommunen i april 2004 på att även tekniskt likvärdiga produkter borde kunna komma ifråga i den aktuella upphandlingen. Av kommunens svar till leverantören framgår följande: "Kravet är inte till för att diskriminera anbudsgivare utan kommunen har tagit ett strategiskt beslut om att Oracle skall gälla för samtliga applikationer som införs i kommunen. (Förberedelse för 24h myndigheten). [nytt stycke] Vad gäller plattformskravet Windows 2000 så är detta en av marknadens vanligen förekommande plattformar, kravet är satt utifrån kommunens behov av standardisering och inte för att skapa utrymme för en viss leverantör. [nytt stycke] Kommunen har inte möjlighet att lämna denna typen av tekniska krav öppna då vi har skyldighet att kvalitetssäkra vår IT miljö icke minst vad gäller brandväggar, säkerhet, speglingar mm – det är orimligt att kommunen skall kunna hantera alla på marknaden förekommande databaser och plattformar. [nytt stycke] Skall kraven är således fasta..".

Upphandlingens värde kan sammantaget uppskattas överstiga i vart fall två miljoner kronor.

Länsrätten i Hallands län har genom dom den 27 april 2004 förordnat att Kungsbacka kommuns upphandling av datortjänster m.m. skall göras om<sup>11</sup>.

### Gällande rätt

Datatjänster och därmed anknutna tjänster, utgör sådana s.k. A-tjänster (kategori 7) enligt en bilaga till lagen, som om det samlade kontraktsvärdet av upphandlingen överstiger tröskelbeloppet  $\geq$  200.000 eller 1,845 miljoner kronor<sup>12</sup>, skall upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Lagens bestämmelser bygger i angivet avseende på EG/ministerrådets direktiv 92/50/EEG, det s.k.

tjänstedirektivet. Understiger upphandlingens värde angivet tröskelbelopp skall denna istället handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-6 §§, 6 kap. samt 7 kap. LOU. Av 5 kap. 3 § framgår att om en blandad upphandling över tröskelvärdet avser både varor och tjänster, skall upphandlingen genomföras som en tjänsteupphandling om värdet av tjänsterna överstiger värdet av varorna. I annat fall skall upphandlingen handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap. och 2 kap. LOU.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som en huvudregel att all upphandling (oavsett upphandlingsform) 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 EG-direktiv. Grundläggande gemenskapsrättsliga principer inom offentlig upphandling är bland annat principerna om *likabehandling* och *transparens*. I förarbetena till lagen om offentlig upphandling motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om icke diskriminering<sup>[4]</sup> (jfr. art. 6 i EG-Romfördraget). Reglerna är bl.a. utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensnedvridande sätt. Lagens bestämmelser medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader.

Det huvudsakliga syftet med lagen om offentlig upphandling är att säkra att upphandlingen sker genom en effektiv konkurrens och att leverantörerna och deras ansökningar och anbud behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn (se nedan om EG-Romfördraget).

*Likabehandlingsprincipen* eller *likhetsprincipen*<sup>[4]</sup> innebär att samtliga tänkbara leverantörer inom den offentliga handeln skall ha möjlighet att lämna anbud på lika villkor. Enligt 1 kap. 12 § LOU skall i förfrågningsunderlaget förekommande tekniska beskrivningar av föremålet för upphandlingen som regel<sup>[5]</sup> göras med hänvisning till antingen (1) svensk standard som överensstämmer med europeisk standard, (2) ett sådant europeiskt tekniskt godkännande av en produkts lämplighet som gjorts av ett organ som godtagits av EES-länderna, eller (3) en teknisk specifikation som utformats enligt ett förfarande som godtagits av EES-länderna och som publicerats i Europeiska gemenskapernas officiella tidning.

Den tekniska beskrivningen av föremålet för upphandlingen får enligt 1 kap. 16 § LOU varken i förfrågningsunderlaget eller i något annat underlag för upphandlingen hänvisa till en särskild vara eller process på ett sådant sätt att vissa företag gynnas eller missgynnas. En sådan hänvisning får dock göras, om det är motiverat med hänsyn till föremålet för upphandlingen. En upphandlande enhet får hänvisa till ett visst märke, fabrikat eller ursprung, om den inte på något annat sätt kan beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. Hänvisningen skall i sådant fall alltid följas av orden "*eller likvärdig*".<sup>[6]</sup>

Från EG-domstolens praxis kan nämnas det s.k. UNIX-målet (C-359/93)<sup>[7]</sup> där en nederländsk upphandlande enhet hade hänvisat till operativsystemet UNIX, vilket i likhet med Oracle och Microsoft Windows utgör ett enskilt produktvarumärke. Hänvisningen hade gjorts utan att åtföljas av orden "eller likvärdig". EG-domstolen ansåg att hänvisningen hindrade handeln och således utgjorde brott mot art. 30 (nuvarande art. 28) i Romfördraget och därmed stred mot likställighetsprincipen enligt gällande upphandlingsdirektiv. Även i ett senare avgörande (mål C-328/96)<sup>[8]</sup> har EG-domstolen kommit till liknande slutsats avseende krav på viss namngiven programvara (UNIX igen).

Förbudet mot villkor som anger att en produkt av ett visst märke skall användas, utan möjlighet att anvisa likvärdig produkt, har av EG-domstolen ansetts så grundläggande att det får anses följa av principen om fri rörlighet av varor och tjänster enligt EG-Romfördraget. Förbudet äger således generell tillämplighet för samtliga offentliga anskaffningar, även

upphandlingar som genomförs med stöd av de nationella bestämmelser som för svenskt vidkommande finns införda i 6 kap. LOU.<sup>[9]</sup>

Från gemenskapsrättslig tillämpning förtjänar vidare nämnas ett fall där Luleå kommun i ett antal datorupphandlingar hade utformat den tekniska beskrivningen med direkt hänvisning till varumärket "Intel Pentium IV", utan tillägg av orden "eller likvärdig". Mot detta reagerade EG-kommissionen och intervenerade mot kommunen, vilken beslutade att avbryta de aktuella upphandlingarna.<sup>[10]</sup>

Av EG-kommissionens skrivelse till Luleå kommun framgår att hänvisning till ett specifikt märke, även om det kombineras med orden "eller likvärdigt", kan komma i fråga endast i de fall då det som skall upphandlas inte låter sig beskrivas på ett mer neutralt sätt, genom hänvisning till europeiska eller nationella tekniska specifikationer. EG-kommissionen ifrågasatte om angivandet av varumärkesreferens över huvud taget varit sakligt motiverad, och menade att "*en hänvisning till en lämplig norm som har utvecklats för mätning av prestanda av datorer skulle kunna vara ett alternativ*".<sup>[11]</sup>

#### Yttrande

Kungsbacka kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom utsatt 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.

Kungsbacka kommun har i det aktuella ärendet påbörjat en blandad upphandling av varor och tjänster avseende IT-stöd för verksamheterna, individ o familjeomsorg, handikappomsorg samt äldreomsorg där tjänsteinslaget får anses dominerande och till ett sådant uppskattat värde att förfarandet i första hand bör bedömas i enlighet med de av EG-direktivstyrda bestämmelser för tjänsteupphandling som finns införda i lagen om offentlig upphandling.

Oavsett vilket upphandlingsförfarande som väljs gäller ett generellt förbud mot att i upphandlingsunderlaget hänvisa till vissa produktvarumärken vilka skall ingå i tjänsten eller utgöra hjälpmedel vid tjänsternas utförande. Dyliga referensangivelser får över huvud taget förekomma endast om det som skall upphandlas inte kan beskrivas mer neutralt genom att hänvisning till europeiska eller nationella tekniska specifikationer. Hänvisning skall då alltid följas av orden "eller likvärdig".

Av utredningen framgår att Kungsbacka kommun föreskrivit som ett obligatoriskt skalkrav i upphandlingen att enbart programvara av märket Oracle respektive Microsoft Windows (version 2000 eller senare) kan komma ifråga. Av anslutande skriftväxling framgår att skalkravet i upphandlingen skall uppfattas som ovillkorligt och att kommunen inte avser att beakta andra anbud än sådana som innefattar nämnda produktvarumärken.

De aktuella produktvarumärkena utgör inte någon sådan allmänt antagen standard till vilken hänvisning får förekomma. Någon tekniskt beskrivning eller *hänvisning till en lämplig norm som har utvecklats för mätning av prestanda av aktuell programvara har inte lämnats i underlaget.*

Hänvisningarna till angivna produktvarumärken har vidare gjorts utan att åtföljas av orden "eller likvärdig". Förutsättningarna för upphandlingen synes därmed ha ytformats på ett sätt som är ägnat att snedvrider konkurrensen och strider mot principerna om affärsmässighet och likabehandling enligt lagen om offentlig upphandling samt mot EG-Romfördraget och gällande EG-direktiv för offentlig upphandling.

-

- <sup>[1]</sup> Länsrätten i Hallands län, dom i mål nummer 768-04E, meddelad den 27 april 2004.
- <sup>[2]</sup> Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling, ändrad genom förordningen 2004:4; anivet belopp utgör gällande tröskelvärde vid upphandlingar av varor och tjänster som påbörjats efter den 15 februari 2004.
- <sup>[3]</sup> Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.
- <sup>[4]</sup> Enligt EG/Romfördraget gäller 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 (prop. 1994/95:19, del 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 innebär att en medlemsstats myndigheter inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa leverantörer framför andra, vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.
- <sup>[5]</sup> Bestämmelsen gäller inte, om det i någon annan författning finns avvikande bestämmelser och dessa överensstämmer med gemenskapsrätten (se 1 kap. 12 § sista stycket LOU).
- <sup>[6]</sup> Den senare bestämmelsen om att hänvisning till visst fabrikat alltid skall följas av orden "eller likvärdig" har efter bl.a. påstötning från EG-kommissionen tillkommit genom förtydligande ändring av lagen (SFS 1997:1068) som trädde i kraft den 1 januari 1998. Kravet följer av EG:s upphandlingsdirektiv, däribland tjänsteupphandlingsdirektivet (92/15/EEG) art. 14.6. Se vidare reg.prop. 1996/97:153, specialmotiveringen, sid. 59: "*I andra stycket har en omformulering gjorts, så att det nu framgår vilka ord som skall användas i annonsen (förfrågningsunderlaget) om sådana hänvisningar inte är möjliga att undvika, d.v.s. 'eller likvärdig' vilket i den engelska versionen av direktiven uttrycks som 'or equivalent'.*" I ett tidigare svenskt hovrättsavgörande har förekommit att referens till visst fabrikat av programvara godkänts utan hänvisning till "eller likvärdig" (KamR i Jönköping, dom den 17 juli 1997 i mål nr. 2661-1997). Avgörandet får med hänvisning till senare lagändring i detta sammanhang anses obsolet.
- <sup>[7]</sup> EG domstolen, dom den 24 januari i mål nr C-359-93, EG-kommissionen /. Konungariket Nederländerna (UNIX I-målet).
- <sup>[8]</sup> EG domstolen, dom den 28 oktober 1999 i mål C-328/96 EG-kommissionen /. Republiken Österrike (i litteraturen ibland angivet som UNIX II-målet).
- <sup>[9]</sup> EG domstolen, dom den 3 december 2001 i mål nr C-59/00, Vestergaard /. Spøttrup Boligselskab. Domstolen upprepade därvid att det strider mot artikel 30 i EG-fördraget (nu artikel 28 EG i ändrad lydelse) att en upphandlande myndighet i kontraktshandlingarna till ett offentligt kontrakt ... för in en klausul enligt vilken produkter av ett visst märke skall användas vid fullgörandet av kontraktet, såvida inte detta krav åtföljs av tillägget "eller likvärdigt".
- <sup>[10]</sup> Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i ett för närvarande pågående tillsynsärende inhämtat yttrande från Umeå kommun, vilken i ett tillägg till ett förfrågningsunderlag i en upphandling av datorer hade angivit att även andra, med Intel Pentium likvärdiga produkter, kunde godtas. Tillägget hade dock skickats ut c:a två veckor före sista anbudsdag.
- <sup>[11]</sup> Europeiska kommissionen nämnde i skrivelsen angående Luleå kommuns upphandling att prestanda borde beskrivas på ett objektivt sätt som tog hänsyn till både mikroprocessorns klockfrekvens (MHz) och IPC (instruktioner per sekund). Kommunen var emellertid inte övertygad om att den av kommissionen föreslagna mätmetoden (IPC) var den bästa metoden att använda vid den tekniska beskrivningen. Företaget AMD, som är konkurrent till Intel, har vid kontakt med kommissionen och Nämnden för offentlig upphandling (NOU) framfört att den mest neutrala metoden att använda sig av är "benchmarks", antingen specifika, vilka mäter prestanda vid olika typer av användning (e-post, office-program) eller mera allmänna, vilka mäter datorns sammanlagda prestanda. (se vidare NOU-info mars 2004 sid. 10 f).