

PM 2 1999-04-15

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

Landstinget Västra Götalandsregionen har genom annons i Göteborgs Posten (GP) den 15 februari 1999, införd i tidskriftens avdelning för kungörelser och meddelanden, infortrat ”intresseanmälningar” från tänkbara leverantörer avseende tjänster för uppsökande verksamhet och tandvård för särskilda grupper. Av handlingarna framgår att annonsen införts efter beslut av landstingets tandvårdschef som med ledning av inkomna intresseanmälningar avsåg att teckna avtal med en eller flera intressenter, utan föregående anbudsinfordran.

Som krav för att få lämna intresseanmälan anges i annonsen att intresserade skall ha varit heltidsarbetande tandläkare eller tandhygienister i minst 5 år, kan hjälpa patienter inom 24 timmar, ha visat intresse, helst med dokumentation avseende den berörda patientgruppen, samt kunna arbeta med mobil utrustning.

Av annonsen framgår vidare att ”intresseanmälningar” kan lämnas av ”folktandvården, tandläkarföretag, enskilda privattandläkare och tandhygienister” samt, att landstinget ”kommer att skriva kontrakt med vårdgivare avseende patientgrupper om c:a 150 personer. En tandläkare kan erhålla flera kontrakt”.

Något förfrågningsunderlag, utöver den aktuella annonsen, finns enligt uppgift inte upprättad i upphandlingen.

Under hand har tandvårdschefen uppgivit att han genom den aktuella annonsen avsett att ”...utsätta tandvårdsverksamheten [...] för konkurrens utan att en offentlig upphandling genomfördes”^[1]. Vidare att ”det primära skälet med den i målet aktuella annonsen var att efterhöra hur stort intresse som fanns hos presumtiva vårdgivare i regionen. Ett sekundärt skäl var också att träffa avtal med några vårdgivare”^[2].

Gällande rätt

I detta ärende aktualiseras frågan huruvida Landstinget Västra Götalandsregionen har åsidosatt upphandlingslagens bestämmelser genom att vid den aktuella upphandlingen av tandvårdsrelaterade tjänster infortra anbud genom intresseanmälningar, och därvid riskerat att snedvrida konkurrensen.

Sedan den 1 januari 1994 regleras all offentlig upphandling genom lagen om offentlig upphandling – LOU. Tjänster avseende hälso- och sjukvård samt socialtjänst utgör sådana s.k. B-tjänster (kategori 25) enligt bilagan till lagen som oavsett värdet av upphandlingen skall handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-5 §§, 6 kap. samt 7 kap. LOU.

Med *upphandling* avses enligt 1 kap. 5 § LOU köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggentreprenader eller tjänster.

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, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

^[1] Citat ur beslut av Länsrätten i Göteborg, den 25 februari 1999 (mål nr. 920-99), domstolens referat i beslutsskäl.

^[2] Citat ur beslut av Kammarrätten i Göteborg den 5 mars 1999 (mål nr. 1518-1999), även refererat i beslut av Länsrätten i Göteborg, den 10 mars 1999 (mål nr. 1147-99), domstolarnas referat i beslutsskäl.

Enligt 6 kap 2 § LOU skall upphandling av B-tjänster handläggas genom något av förfarandena för förenklad upphandling eller direktupphandling. Något annat förfarande får inte tillämpas.

Med *förenklad upphandling* avses enligt 1 kap. 5 § LOU en upphandling där alla leverantörer har rätt att delta. Med *leverantör* avses enligt samma lagrum: den som tillhandahåller varor eller utför arbeten eller tillhandahåller tjänster även om han inte varit den som i det särskilda fallet tillhandahållit eller utfört det som upphandlats.

Enligt 6 kap. 4 § LOU skall en upphandlande enhet som tillämpar förfarandet för förenklad upphandling infordra skriftliga *anbud* genom annons eller skrivelse.

Enheten skall i det skriftliga förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse vid värderingen av inkomna anbud (se 6 kap. 12 § andra stycket LOU *in fine*).

Med *direktupphandling* förstås enligt 1 kap. 5 § LOU en upphandling utan föregående infordran av skriftliga anbud i konkurrens på marknaden. Förfarandet får enligt 6 kap. 2 § LOU endast förekomma om det finns synnerliga skäl såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på en upphandlande enheten eller om det som skall upphandlas är av så lågt värde att kostnaden för ett mer formbundet förfarande inte står i rimlig proportion till detta låga värde.

För en normal upphandlande enhet har Nämnden för offentlig upphandling (NOU) vid upphandling av varor och normala tjänster angivit ett basbelopp enligt 1 kap 6 § lagen (1962:381) om allmän försäkring eller c:a 38.000 kronor som riktmärke för ett sådant *lågt värde* under vilket ett mer formaliserat upphandlingsförfarande inte behöver genomföras utan direktupphandling istället kan tillämpas (se NOU-info, årssammanställningen för 1993-95, sid 57).

Förfarandena för förenklad upphandling samt direktupphandling kan jämföras med *selektiv upphandling*, ett förfarande där en upphandlande enhet bland annat tillåts att som en första fas infordra intresseanmälningar. Selektiv upphandling får avseende tjänster tillämpas enbart vid upphandlingar av s.k. A-tjänster (enligt en bilagd förteckning i lagen) till ett värde överstigande 1,728 miljoner kronor, och kan inte användas vid upphandling av tjänster för hälso- och sjukvård m.m. Vidare skall vid selektiv upphandling iakttas en noga utformad procedur där den upphandlande enheten genom en andra fas i upphandlingen från utvalda leverantörer infordrar skriftliga anbud samt värderar anbuden på grundval av ett i förväg angivet förfrågningsunderlag.

Enligt EG-Romfördraget gäller vidare 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 (i 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 vidare slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen". Den allmänna likabehandlingsprincipen får förstås så, att en medlemsstats myndigheter över huvud taget inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

Yttrande

Landstinget i Västra Götalandsregionen har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inkomma med något svar.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en privat 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.

Den aktuella upphandlingen avseende tandvårdsrelaterade tjänster synes vara av sådan omfattning och karaktär att förfarandet för s.k. *förenklad upphandling* enligt lagen om offentlig upphandling skall tillämpas. Vid detta förfarande skall den upphandlande enheten upprätta ett skriftligt förfrågningsunderlag av vilket skall framgå samtliga för upphandlingen relevanta omständigheter, samt infordra konkurrerande anbud genom annons eller skrivelser. Ett förfarande där den upphandlande enheten infordrar intresseanmälningar från tänkbara leverantörer får däremot inte tillämpas.

Av den i ärendet aktuella annonsen i Göteborgs Posten (GP) samt uttalanden av den för upphandling ansvariga tandvårdschefen framgår, att Landstinget i Västra Götalandsregionen planerat att teckna kontrakt med en eller flera leverantörer om köp av tandvårdstjänster mot ersättning. Det är därmed fråga om en upphandling enligt lagens mening.

Något skriftligt förfrågningsunderlag har - utöver de allmänna punkter som angivits i annonsen om upphandlingen - emellertid inte upprättats och några anbud har heller inte inhämtats. Istället synes landstinget ha haft för avsikt att teckna avtal om köp av aktuella tjänster genom förhandlingar med de leverantörer som inkommit med ”intresseanmälningar”. Ett sådant förfarande överensstämmer inte med de formella krav som uppställs i lagen om offentlig upphandling. Genom avsaknaden av ett genomarbetat förfrågningsunderlag och genom att intresseanmälningar, till skillnad från anbud, saknar juridiskt bindande verkan har Landstingets upphandling av tandvårdsrelaterade tjänster i det aktuella fallet riskerat att komma att avgöras på godtyckliga och för leverantörerna oförutsägbara grunder. Konkurrensen på marknaden för tandvårdstjänster har därmed kunnat komma att snedvridas.

Landstinget Västra Götalandsregionen har enligt Konkurrenskommissionens mening därmed åsidosatt vad som krävs i fråga om affärsmässighet och opartiskhet enligt lagen om offentlig upphandling samtidigt som förtroendet för landstinget som upphandlare av tandvårdstjänster riskerat att ha undergrävts.
