



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet Mariestad
P Lars Ch Nilsson

DOM
2010-09-23
Meddelad i
Mariestad

Mål nr
3593-10 E
Rotel 2:4

SÖKANDE

MJ Kaffe-service
Rosenhagavägen 6 A
541 38 Skövde

MOTPARTER

1. Avfallshantering Östra Skaraborg, 222000-1206
541 83 Skövde

2. Essunga kommun
465 82 Nossebro

3. Falköpings kommun
521 81 Falköping

4. Gullspångs kommun
Box 400
547 24 Gullspång

5. Götene kommun
533 80 Götene

6. Hjo kommun
544 81 Hjo

7. Karlsborgs kommun
546 82 Karlsborg

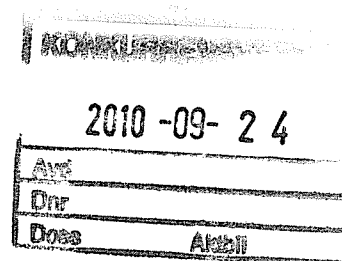
8. Mariestads kommun
542 86 Mariestad

9. Räddningstjänsten Östra Skaraborg, 222000-1115
Majorsgatan 1
541 40 Skövde

10. Skara kommun
532 88 Skara

11. Skövde kommun
541 83 Skövde

12. Skövde Värmeverk AB, 556647-1321
Energivägen 1
541 36 Skövde



Dok.Id 6477

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 800	Stockholmsvägen 6	036-15 65 00	0501-676 46	måndag – fredag
542 18 Mariestad		E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se		08:30-12:00 13:00-15:00

13. Tibro kommun
543 80 Tibro

14. Tidaholms kommun
522 83 Tidaholm

15. Töreboda kommun
Box 83
545 22 Töreboda

16. Vara kommun
534 81 Vara

Ombud för 1 - 16:
Biträdande stadsjuristen Karin Beale
Skövde kommun
541 83 Skövde

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår framställningen

Det interimistiska beslutet av den 1 juni 2010 upphör härmed att gälla.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Skövde kommun genomför enligt förfrågningsunderlag, daterat den 9 mars 2010, en samordnad upphandling av leveranser av pappers- och plastprodukter för engångsbruk på uppdrag av upphandlande myndigheter från kommuner, kommunalförbund och kommunalt bolag. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling enligt LOU med sista anbudsdag den 20 april 2010.

MJ Kaffeservice har i framställning, som kommit in till förvaltningsrätten den 15 april 2010, ansökt om överprövning av Essunga kommuns m.fl. upphandling av pappers- och plastprodukter för engångsbruk. Sökanden har i skrivelse till Förvaltningsrätten den 31 maj 2010 slutligt yrkat, såvitt nu är i fråga, att upphandlingen ska göras om, att prövning sker huruvida likabehandlings- och proportionalitetsprinciperna har tillämpats i upphandlingen samt att förfrågningsunderlaget utformas så att även mindre leverantörer ges möjlighet att lämna anbud.

Sökanden har som stöd för framställningen uppgett följande.

I rubricerade förfrågningsunderlag ställs bland annat nedanstående krav:

1. Krav avseende e-handel

Skallkrav i FFU

För att kunna antas som Leverantör till Köparen skall därför Leverantören senast fyra veckor efter avtalstecknande kunna tillämpa EDI enligt angiven standard i minst version 2.0 samt med minst följande affärstransaktioner:

- AT 6.1.1 Ny/ersättningsprislista (PRICAT),*
- AT 6.1.3 Avrop (ORDERS),*
- AT 6.1.4 Avropserkännande (ORDERSP)*
- AT 6.1.6 Faktura (INVOIC)*

Ovanstående krav ställs för samtliga i upphandlingen ingående 16 enheter, trots att e-handel (EDI) vid upphandlingstillfället endast bedrivs av 5 enheter (kommuner).

2. Krav avseende sortimentsbredd och distribution

Enligt förfrågningsunderlaget kommer avtal endast att tecknas med en leverantör. Denna skall således kunna tillgodose minst 90 procent av den sortimentsbredd som efterfrågas i bil. 1 samt kunna distribuera till mer än 500 leveransställen.

3. Krav avseende referenser

Referenserna skall avse likvärdiga uppdrag som upphandlingen omfattar. Med detta krav har man ytterligare stärkt positionerna för de fåtal grossister som kan tillgodose kraven i denna upphandling och omöjliggör därmed för en bredare konkurrens med flera anbudsgivare

De upphandlande myndigheterna (genom Skövde kommun) har i svar på framställningen bestritt sökandens ansökan och till utveckling av talan anfört i huvudsak följande.

MJ Kaffeservice (nedan MJ) har inte lämnat anbud i upphandlingen. MJ har inte närmare redogjort för grunderna för ansökan om överprövning. Yrkandet får tolkas på så sätt att sökanden menar att krav på e-handel, sortimentsbredd och referenser inte är proportionerliga. I förevarande upphandling är de bakomliggande syftena att upphandlingen av en leverantör ger totalekonomiskt bättre priser, leveranssäkerhet och effektivitet. Kommunen har genomgående i förfrågningsunderlaget utgått från de förutsättningar som finns idag hos enheterna. Nedan följer en genomgång av de punkter som sökanden har angett.

E-handel

Idag tillämpar fem av enheterna e-handel enligt STFI. Dessa fem enheter svarar för ca 60 procent av hela omsättningen och utgör därför en majoritet. De enheter som redan bedriver e-handel har goda erfarenheter och vill fortsätta med detta samt har gjort stora investeringar i systemet. Därför är kravet lämpligt, effektivt och nödvändigt för att de som svarar för majoriteten av omsättningen ska kunna fortsätta med e-handel. Att kravet finns underlättar även för andra enheter att börja med e-handel under avtalstiden. Om leverantören kan e-handel underlättas införandet. Det finns inget krav på att leverantörer måste tillämpa e-handel innan avtalsstart. Kommunen har sett viktiga nyttoeffekter av e-handel, såsom bättre ramavtalstrohet, ökad prismedvetenhet, kortare faktureringsstid, bättre ekonomisk styrning och bättre uppföljning och statistik.

Kravet syftar därför till att även öka prismedvetenhet och avtalstrohet samt att det ger en ekonomisk effekt för enheterna. E-handel är vanligt förekommande. Det är kommunens uppfattning att kravet på e-handel är proportionerligt med hänsyn till redan nu föreliggande omständigheter och organisation samt även för att uppnå de eftersträlvade resultaten, som ovan angetts.

Sortimentsbredd och distribution

Sökanden har inte redogjort för om det är antalet artiklar som är oproportionerligt eller om det är att endast en leverantör som får kontraktet som man anser är oproportionerligt. Följande kan dock sägas om sortimentsbredd och leverantörskravet. Upphandlingen avser varor för dagligt bruk, såsom toalettpapper och plastartiklar.

En leverantör

Det ger ekonomiska vinster att samordna upphandling av papper och plast, speciellt för de mindre enheterna i upphandlingen. Att ha en leverantör är en organisatorisk och ekonomisk fråga. Det blir en bättre totalekonomi för enheterna. Effektivitet och säkerhet förbättras vid val av en leverantör.

Enheterna vill ha en leverantör som kan tillhandahålla flertalet av de produkter som enheterna behöver i sin dagliga verksamhet. Att ha många leverantörer inom ett varuområde (för dagligt bruk) kräver en mer centraliserad organisation och fler specialiserade inköpare än vad som finns idag. Kommunerna vill ha samma villkor och priser för samtliga enheter.

Att ha en leverantör har bedömts lämpligast med hänsyn till organisationernas förutsättningar. Syftet med en enhetlighet skulle gå förlorad om en enhet valde ytterligare en leverantör, eller att en viss vara beställdes av en annan än huvudleverantören. Det finns risker med att tillåta delat anbud, såsom att mindre enheter blir utan leverantör (vilket har förekommit bland enheterna) eller att prisbilder varierar på ett oförmånligt sätt då det förekommer att mindre enheter inte får konkurrenskraftiga erbjudanden.

Ett annat syfte med kravet är avtalstrohet. Inom enheterna finns det många beställare som måste veta var varan skall beställas och detta har tidigare varit problematiskt. Att ha en leverantör försäkrar avtalstrohet och förenklar beställningsprocessen på ett nödvändigt sätt.

Eftersom det rör dagligvaror är säkra leveranser en nödvändighet. Det bästa sättet att garantera leveranssäkerhet är en leverantör.

Att välja en leverantör är därför nödvändigt och lämpligt för att säkerställa ett totalekonomiskt fördelaktigt kontrakt med leverans till alla enheter samt för att få en bättre avtalstrohet och leveranssäkerhet. Effekterna av kravet är inte överdrivna med hänsyn till dessa syften.

Sortimentsbredd och upphandlingens storlek

Mindre företag kan lämna anbud eftersom de kan anlita t ex distributörer eller underleverantörer. Upphandlingen avser 173 produkter, vilket inte är ett särskilt stort antal när det gäller kommuners upphandlingar eller i jämförelse med andra upphandlingar i produktområdet. Att dela upp upphandlingen på det sätt som sökanden förespråkar är inte möjligt i förhållande till enheternas behov. Även om upphandlingen delades upp i olika områden, så måste leverantören ändå kunna leverera 173 produkter till ett bolag eller enhet. Om sökanden menar att kravet på sortimentsbredd är oproportionerligt så hjälps inte detta av att fler upphandlingar görs för samma sortiment. Att dela upp de 173 artiklarna på olika leverantörer försämrar prisbilden, leveransstryggheten och avtalstroheten och är därför inte en möjlighet med hänsyn till syftena med upphandlingen. Om sökandens invändning då inte är sortimentsbredden utan antal leveransställen, så kan

mindre leverantörer ta hjälp av distributörer och underleverantörer för att möta åtagandet. Till exempel har de enheter som tillämpar e-handel 295 leveransställen, vilket visar att en uppdelning på det sätt MJ påvisar inte har en sådan effekt på antal leveransställen och upphandlingen som MJ uppger - se sid. 2 i förfrågningsunderlaget. Därför bestrider kommunen att mindre leverantörer utesluts från att lämna anbud.

Krav på referenser

Enligt förfrågningsunderlaget 3.1.5 skall leverantör ange två stycken referenser som avser likvärdiga uppdrag. Enligt förfrågningsunderlaget 3.1.3 skall leverantör ha förmåga och kapacitet att klara av 90 procent av 173 produkter. Av proportionalitetsprincipen följer att upphandlande enhet inte får kräva mer än vad som är nödvändigt för att leverantörerna skall klara av att genomföra det aktuella kontraktet. Det krav på referenser som ställts är proportionerligt då det avser att bedöma att en leverantör klarar av att leverera nödvändiga dagligvaror enligt kontrakt. Det är viktigt att kunna kräva referens av leverantörer för att kunna bedöma att leveranssäkerheten är god och att kapacitet finns för uppdraget. Kravet på referenser syftar till att bedöma anbudsgivares lämplighet i kvalificeringsfasen och har gjorts på ett vedertaget sätt och har inte tidigare ansetts strida mot de grundläggande principerna.

Sammanfattning

Sammantaget kan konstateras att kommunen anser att det är av principiell betydelse att upphandlande enhet själv får göra övervägningar utifrån sina egna förutsättningar, så länge de grundläggande principerna för upphandling inte träds för när. Det kan röra sig om vilka ekonomiska förutsättningar som skall tas hänsyn till, vilka investeringar som har gjorts i system och verksamheter samt förutsättningar för fungerande leveranser och beställningar. I den här upphandlingen har överväganden gjorts att en leverantör försäkrar att alla enheter får en leverantör till ett totalekonomiskt försvarbart pris, att leveranser av dagligvaror sker på ett säkert sätt samt att avtalstroheten förstärks. Det är kommunens uppfattning att de grundläggande principerna enligt LOU inte har trätts för när.

Sökanden har i yttrande över kommunens svar tillagt bland annat följande.

Grund för yrkande

Upphandlingens storlek, såväl i sortimentsbredd som volymer och antal distributionsställen omöjliggör för mindre leverantörer/grossister att lämna anbud.

Utveckling av talan

MJ Kaffeservice kan inte lämna anbud av ovan nämnda skäl. Den rättelse som begärts, är att förfrågningsunderlaget delas upp enligt yrkande ovan. En ändring av förfrågningsunderlaget innebär inte att det skulle passa specifikt MJ Kaffeservice, utan det skulle ge fler leverantörer/grossister möjlighet att lämna anbud och därmed öka konkurrensen.

Proportionalitetsprincipen

Syftet med upphandlingen uppges vara att ge totalekonomiskt bättre priser, leveranssäkerhet och effektivitet. Då en upphandling av denna storlek starkt begränsar antalet leverantörer som kan lämna anbud, kan bilden av bättre priser ifrågasättas, då konkurrensen är liten. Om flera företag gavs möjlighet att lämna anbud ökar konkurrensen och kostnaden kan bli lägre. Ett mindre företag har oftast låga overheadkostnader och kan därför mycket väl hävda sig. Att hävda att en mindre leverantör skulle brista i leveranssäkerhet och effektivitet får anses som diskriminerande.

E-handel

De fem enheter som valt EDI-standard för sin e-handel ifrågasätts inte, men de övriga 11 enheterna har idag inte e-handel enligt denna standard. Fördelarna med e-handel ifrågasätts inte heller, men däremot valet av e-handelsstandard. Idag finns enklare och för båda parterna mindre kostsamma system. Introduktion av Sve-order och Sve-faktura har möjliggjort även för mindre leverantörer att arbeta med e-handelssystem. Självklart skall även mindre företag erbjuda såväl beställnings- som faktureringsmöjligheter elektroniskt.

Sortimentsbredd och distribution

En leverantör

Skövde kommun hävdar att samordning av beställningar ger ekonomiska vinster. Då priser från andra än ett fåtal stora grossister saknas, kan detta påstående inte anses verifierat.

MJ Kaffeservice har inte i sin begäran om prövning yrkat att en och samma beställare skall ha flera leverantörer, då detta sannolikt minskar avtalstroheten. Dock kan upphandlingen delas upp så att anbud kan lämnas på en eller flera enheter. Det kan inte anses nödvändigt att olika kommuner/bolag har samma leverantör. MJ Kaffeservice kan inte heller se syftet med enhetlighet i detta hänseende.

Sortimentsbredd och upphandlingens storlek

Skövde kommuns påstående att en mindre leverantör kan lämna anbud genom att anlita distributörer eller underleverantörer är orealistiskt. En upphandling av denna storlek kräver en väl utbyggd logistik och stora lagerutrymmen. Tillkommande kostnader för detta skulle inte ge konkurrenskraftiga priser. Då samtliga efterfrågade 173 artiklar inte efterfrågas av

samtliga i upphandlingen ingående enheter, skulle en uppdelad upphandling möjliggöra för mindre leverantörer att välja att lämna anbud till den eller de enheter som efterfrågar tillgängligt sortiment och där transporterna är möjliga att genomföra.

Krav på referenser

Krav på referenser är att anse som rimligt, men då kravet ställs på liknande uppdrag som det efterfrågade, omöjliggörs detta av ovan angivna skäl.

Sammanfattning

MJ Kaffeservice vill med denna begäran om prövning åberopa de synpunkter som tillsynsmyndigheten Konkurrensverket vid ett flertal tillfällen angett för underlättande av anbudsgivning för små och medelstora företag.

Skövde kommun har i genmäle tillagt i huvudsak följande.

E-handel

Fördelarna med e-handel och syftet med kravet på e-handel verkar otvistiga. Det bestrids att val av e-handelssystem är en fråga som skall lösas i en överprövningsprocess. Faktum är att de enheter som redan har e-handel, har investerat mycket pengar i ett system och det är inte rimligt att detta val skall vara föremål för överprövning eller innebära att ett befintligt system kan anses strida mot de grundläggande principerna vid en ny upphandling.

Sortimentsbredd och distribution

Övervägandet att välja en leverantör syftar till att säkerställa att varje enhet får avtal/leverans gällande nödvändiga, dagliga förbrukningsvaror samt för att stärka avtalstroheten. Enheternas organisation klarar idag inte av flera leverantörer.

Enligt MJ kan mindre leverantörer inte ge konkurrenskraftiga priser om man måste anlita distributörer eller underleverantörer. Även stora leverantörer har kostnader för distribution och leverans.

Sammanfattning

De övervägningar som gjorts beror på organisatoriska förutsättningar, att alla enheter skall få ett kontrakt och för att säkerställa avtalstrohet. Ingen av enheterna har ett centralagersystem, vilket behövs för att kunna ha flera små leverantörer av t ex torkpapper. Samtliga enheter, stora som små, har ett decentraliserat beställningssystem.

Konkurrensverket anger att inget hindrar att förfrågningsunderlaget utformas på så sätt som MJ menar, och om det är lämpligt kan en upphand-

ling delas upp i mindre delar. Den lämplighetsbedömningen måste göras utifrån de upphandlande enheternas förutsättningar. Kommunen har gjort bedömningen att det inte är lämpligt utifrån vad som redan anförts.

MJ påstår att detta är en stor upphandling. Kommunen delar inte denna uppfattning. Kommunen vidhåller att de grundläggande upphandlingsprinciperna inte har trätts för när.

Sökanden har härefter i ovannämnda skrivelse till Förvaltningsrätten den 31 maj 2010 vidhållit sin ansökan om överprövning och specificerat sina yrkanden på sätt angetts inledningsvis ovan. Sökanden har även upplyst om att tilldelningsbesked i upphandlingen sänts ut den 21 maj 2010.

Förvaltningsrätten har i beslut den 1 juni 2010 interimistiskt förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Den aktuella upphandlingen påbörjades före den 15 juli 2010. LOU skall därför tillämpas i den fram till nämnda dag gällande lydelsen.

Det är i målet fråga om upphandling av ramavtal. Med ramavtal avses enligt definitionen i 2 kap. 15 § LOU ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod.

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör, som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 §, i en framställning till allmän förvaltningsdomstol (förvaltningsrätten) ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. Enligt 2 § första stycket gäller, såvitt nu kan komma ifråga, att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit

eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I 1 kap. 9 § LOU stadgas att upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet beaktas.

Utredningen

Utredningen i målet utgörs i huvudsak av de av parterna ovan lämnade uppgifterna samt av det aktuella förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrättens bedömning

För att få bifall till en ansökan om åtgärd enligt 16 kap. LOU krävs dels att ett fel förekommit i upphandlingsförfarandet, dels att felet är till men för sökanden. Ett sådant fel anses i regel föreligga när någon leverantör obehörigen, d.v.s. i strid med reglerna i LOU, uteslutits från eller särbehandlats i anbuds-förfarandet.

Till grund för framställningen i detta mål har sökanden i huvudsak åberopat att den upphandlande enheten brutit mot principerna om likabehandling och proportionalitet i LOU. Yrkandet kan i och för sig tolkas på så sätt att sökanden menar att kvalificeringskraven beträffande e-handel, sortimentsbredd och referenser inte är proportionerliga. Sökanden har emellertid till utveckling av sin talan under skriftväxlingen i målet även anfört att upphandlingens storlek, såväl i sortimentsbredd som beträffande volymer och antal distributionsställen omöjliggör för mindre leverantörer/grossister att lämna anbud. Sökanden har även gjort gällande att den valda upphandlingsformen med endast en leverantör är konkurrensbegränsande på ett sätt som innebär skada för mindre leverantörer som inte kan lämna anbud på hela upphandlingen. Förvaltningsrätten finner därför skäl att först pröva sökandens framställning med avseende på upphandlingen i dess helhet.

LOU skall tolkas och tillämpas i enlighet med upphandlingsdirektivens syfte och lydelse samt EU-domstolens (tidigare EG-domstolens) praxis. I alla upphandlingar har därför den upphandlande myndigheten att beakta de grundläggande principer som kan härledas ur EG-fördraget och upphandlingsdirektiven, dvs. principerna om likabehandling (inklusive ickediskriminering), transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

Principen om likabehandling, som utgör grunden för direktiven om offentlig upphandling, medför en skyldighet att lämna insyn, så att det kan kontrolleras att principen iakttas. Av likabehandlingsprincipen följer att anbudsgivarna skall ges lika möjligheter att utarbeta sitt anbud och att de skall behandlas lika när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten. Detta innebär att kvalificerings- och tilldelningskriterierna ska vara formulerade klart och tydligt så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt. Skyldigheten att möjliggöra insyn innebär även att den upphandlande myndigheten skall tolka kriterierna på samma sätt under hela förfarandet. Vid prövningen av anbuden skall tilldelningskriterierna tillämpas objektivt och enhetligt gentemot samtliga anbudsgivare. Lika fall skall behandlas lika och olikheter skall beaktas.

Proportionalitetsprincipen hör enligt EU-domstolens fasta rättspraxis till gemenskapsrättens allmänna principer. Principen innebär att alla åtgärder som vidtas skall vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. I valet mellan olika åtgärder skall en medlemsstat välja den som leder till minsta möjliga störning för den ekonomiska verksamheten. Det måste således finnas ett rimligt förhållande mellan det eftersträlvade målet och de vidsträlvade vidtagna åtgärderna. Åtgärderna måste vara ägnade att åstadkomma det eftersträlvade målet samtidigt som det som drabbar den som påverkas av åtgärderna inte får vara oproportionerligt i

förhållande till nyttan för det allmänna. Enligt EU-domstolens praxis ska en bedömning av om proportionalitetsprincipen åsidosatts genomföras som en ”strukturerad avvägning” av motstående intressen. En tolkning av EU-domstolens praxis är att bedömningen består av tre steg, varav det andra framträder tydligast i domstolens praxis. För det första ska en bedömning göras av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade målet. För det andra ska en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. EU-domstolen har i skilda sammanhang uttalat att reglerna ska tolkas i ”funktionella termer”, d.v.s. det är den praktiska tillämpningen och åtgärdens effekter vid den enskilda upphandlingen som skall bedömas.

Ramavtal regleras i 5 kap. LOU. I direktiv 2004/18/EG regleras ramavtal i bland annat artikel 32. Enligt artikel 32.2 femte stycket får en upphandlande myndighet inte använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.

I proposition 2006/07:128, sid. 172 uttalas följande.

Av artikel 32.2 framgår att en upphandlande myndighet inte får använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Härmed avses inte den upphandlande myndighetens syfte med att använda ramavtal utan den effekt som kan konstateras. Den upphandlande myndigheten måste således överväga hur ramavtalet skall utformas för att uppnå konkurrens. Det kan av det skälet exempelvis vara olämpligt att teckna centrala ramavtal med få leverantörer för samtliga myndigheters räkning, vilket kan medföra att monopolliknande situationer uppstår. Det kan även vid rikstäckande ramavtal vara svårt för lokala eller regionala företag att konkurrera med stora företag. Små företag kan även ha svårt att delta i ramavtal där kontrakten volymmässigt är mycket stora, utan möjlighet till uppdelning i mindre delar, eller där

kontrakten sträcker sig över lång tid, utan att leverantörerna vet i vilken omfattning de kommer att få leverera.

Konkurrensverket har i ett yttrande till länsrätten i Jönköpings län den 5 oktober 2009 (Dnr 458/2009) kommenterat ovanstående förarbetsuttalande med bland annat följande.

Bestämmelsen i artikel 32.2 femte stycket tar enligt proposition 2006/07: 128 sikte på såväl den upphandlande myndighetens syfte med att använda ramavtal som ramavtalens faktiska effekt. Upphandlande myndigheter bör därför, inför ett upphandlingsförfarande, ta ställning till om upphandlingen lämpligen ska genomföras genom att använda ramavtal och – om ramavtal väljs – hur upphandlingen med ramavtal ska utformas för att inte konkurrensen skall påverkas negativt. Centrala ramavtal med få leverantörer för samtliga myndigheters räkning som kan medföra att monopolliknande situationer uppstår är inte lämpliga. Ett ramavtals utformning och infattning bör anpassas efter produktens karaktär, marknadens struktur m.m.

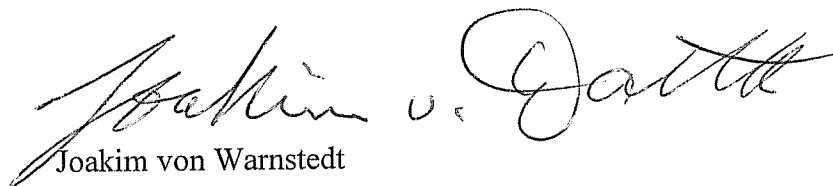
Till skillnad från artikel 81 i EG-fördraget och 2 kap 1 § konkurrenslagen innehåller artikel 32.2 femte stycket direktiv 2004/18/EG inte något uttryckligt krav på märkbar skada på konkurrensen. *Konkurrensverket* kan inte finna att detta medför att varje begränsning av konkurrensen som följer av ett ramavtal skulle vara otillåten enbart på denna grund. Utgångspunkt för bedömningen av de ramavtal som sluts bör vara de behov som avtalet skall uppfylla för den upphandlande myndighetens räkning. Den begränsning som avses i artikel 32.2 femte stycket rör konkurrensbegränsningar av sådan karaktär som de exempel beträffande typiskt sett olämpliga ramavtal som anges i förarbetena. I proposition 2006/07:128, sid. 172, nämns följande exempel:

- A. centrala ramavtal med få leverantörer för samtliga myndigheters räkning,
- B. ramavtal där kontrakten är volymmässigt mycket stora, utan möjlighet till uppdelning i mindre delar,
- C. där kontrakten sträcker sig över lång tid, utan att leverantörerna vet i vilken omfattning de kommer att få leverera,
- D. områden där ramavtal kan vara olämpliga, såsom komplexa tjänster, områden med snabb teknisk utveckling och/eller en marknad med strukturomvandling med prissänkningar och
- E. vid upphandling av tjänster där uppdragstagarna har olika kompetens.

Enligt Förvaltningsrättens uppfattning är det den under B ovan beskrivna situationen som ligger närmast vad sökanden avser med sin framställning om åtgärder enligt LOU. Det kan härvidlag konstateras, med utgångspunkt i vad parterna uppgett i målet och vad som kan inhämtas ur förfrågningsunderlaget, att syftet med upphandlingen varit att samordna inköp av förbrukningsartiklar av papper och plast till en enda leverantör. Upphandlingen vilar vidare på förutsättningen att det totalekonomiskt fördelaktigaste anbudet ska antas. Någon möjlighet att dela upphandlingen på så sätt att anbud kan lämnas på delar av sortimentet föreligger inte. Det är vidare fråga om en samordnad upphandling med sammanlagt 16 deltagande upphandlande myndigheter. Var och en av dessa ska sedan beslut om leverantör fattats teckna eget upphandlingskontrakt med den antagne leverantören. Möjligheten för de upphandlande myndigheterna att i ett eget upphandlingsförfarande teckna avtal med annan leverantör än den som vunnit den samordnade upphandlingen, framstår som begränsade. Det framstår å andra sidan som sannolikt att den i målet aktuella upphandlingen är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade målet, dvs. samordnade inköp till ekonomiskt mest fördelaktiga villkor. Den begränsning av konkurrensen, som med nödvändighet blir följderna av den valda upphandlingsmodellen, framstår som nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet. Det mindre ingripande alternativ som skulle kunna komma i fråga är att envar av de upphandlande myndigheterna företar en egen upphandling med den lokala marknaden som konkurrent. Syftet med den samordnade upphandlingen skulle då, enligt förvaltningsrättens mening, gå förlorat. Den begränsning av antalet presumtiva anbudsgivare, som den odelade upphandlingen naturligen medför, framstår inte heller på annat sätt som en, med beaktande av upphandlingens ändamål, oproportionerlig åtgärd. Skäl för ingripande mot upphandlingen med stöd av LOU eller någon annan grundläggande regel för upphandling föreligger då inte.

De av sökanden ifrågasatta skall-kraven avseende e-handel, sortimentsbredd och referenser, utgör mot bakgrund av det ovan anförda funktionella krav, vilka förvaltningsrätten inte kan finna utgöra något frångående av de grundläggande principerna eller någon rättsregel i LOU. Ej heller på denna grund förligger grund för åtgärd enligt LOU. Framställningen härom ska därför lämnas utan bifall och förvaltningsrättens beslut om interimistiskt ingripande ska förordnas att inte längre gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1 d LOU)


Joakim von Warnstedt

