

Svedala kommun
233 80 Svedala

Svedala kommuns övertagande av ramavtal för leverans av Mac-produkter

Beslut

Svedala kommun har brutit mot 5 kap. 2 § LOU (2007:1091) då kommunen har tagit över och tilldelat kontrakt enligt ett ramavtal ("Avtal 06-245-6006, Broängsskolans ramavtal för MacOS-kompatibla datorer") som kommunen inte ursprungligen varit part i. Kommunens tilldelning av kontrakt enligt ramavtalet utgör en otillåten direktupphandling.

Ärendet

Konkurrensverket har inlett en granskning av ett ramavtal om leverans av Mac-produkter till skolor i Sverige ("Avtal 06-245-6006, Broängsskolans ramavtal för MacOS-kompatibla datorer").

Ramavtalet har ursprungligen upphandlats av Broängsskolan i Botkyrka kommun genom en öppen upphandling med annonsering i supplementet till Europeiska unionens officiella tidning, TED (Tenders Electronic Daily). I tilldelningsbeslut den 31 augusti 2006 antogs vissa leverantörer att leverera de aktuella produkterna till Broängsskolan och alla övriga skolor som ansluter sig till ramavtalet.

Broängsskolan i Botkyrka kommun har under år 2008 överlätit ramavtalet till Svedala kommun. Enligt uppgift från Svedala kommun uppgår värdet på kommunens egna avrop från ramavtalet till cirka 3-4 miljoner kronor.

Konkurrensverket har inlett tillsynsärenden mot Svedala kommun samt de upphandlande myndigheter som enligt uppgift från Svedala kommun har anslutit sig till det aktuella ramavtalet i efterhand (Konkurrensverkets dnr 425/2009, 502 – 508/2009).

Den ursprungliga upphandlingen

I annonsen i TED som publicerades den 4 juli 2006 anges under rubriken *Upphandlande myndighet*: "Broängsskolan, Botkyrka kommun, Tumba". Under rubriken *Sammanfattning* anges bl.a. följande: "Syftet med upphandlingen är att ta fram ett ramavtal för Mac-produkter som Broängsskolan i Tumba kan avropa ifrån m.fl. i Tumba". Vidare anges i annonstextens *Avsnitt II: Upphandlingens föremål* under rubriken *Beskrivning* att den upphandlande myndighetens benämning på upphandlingen är "Ramavtal avseende MacOS kompatibla datorer för grund- och gymnasieskolor". Längre ner i samma avsnitt återkommer vid underrubriken *Kort beskrivning av upphandlingen/upphandlingarna* att "Syftet med upphandlingen är att ta fram ett ramavtal för Mac-produkter som Broängsskolan i Tumba kan avropa ifrån mfl i Tumba". Av *Avsnitt VI: Kompletterande information* framgår att offentliggörandet av meddelandet i TED är obligatoriskt.

I förfrågningsunderlaget till ramavtalsupphandlingen anges bl.a. följande. Syftet med upphandlingen är att ta fram ett ramavtal för Mac-produkter som alla grund- och gymnasieskolor i Sverige kan avropa ifrån. Det saknas idag ett avtal för avrop av nya Mac-datorer varför Broängsskolan beslutat att genomföra en egen upphandling av ett ramavtal, som andra skolor i Sverige har möjlighet att ansluta sig till. Avtalet är utformat så att det på sikt kan omfatta skolor från hela landet som får avropa. De skolor som vill köpa Mac-produkter kan alltså frivilligt ansluta sig till och avropa från detta avtal. Det står fritt för de skolor som ej vill ansluta sig till detta avtal att göra egna upphandlingar. Upphandlande enhet är Broängsskolan i Tumba, med verksamhet från förskola till årskurs 9. Skolan använder Mac-datorer i sin undervisning och för elevarbeten. Avropande enheter, dvs. de skolor som har rätt att nyttja detta avtal, blir samtliga skolor som skickar in ett godkännande av ramavtalet. Ramavtal kommer att tecknas med samtliga leverantörer/återförsäljare av MacOS-kompatibla datorer som skickat in godkända anbud. Ingen rangordning av leverantörerna kommer att göras i ramavtalet. Leverantörerna kommer istället att få lämna anbud/priser/rabatter vid respektive avrop. Produkterna utvecklas snabbt samtidigt som ramavtalet inte kan garantera några avrop. Det är då mer rimligt att leverantörerna får lämna aktuella priser på aktuell affär istället för att binda upp sig till villkor för hela avtalsperioden utan att veta volymer/omfattning m.m. Det går för närvarande inte att bedöma volymen för Broängsskolan eller övriga skolor i Sverige.

I tilldelningsbeslutet den 31 augusti 2006 anges bl.a. följande. De företag som antagits som leverantörer är angivna i regional ordning i det län där leverantören har sitt säte. En leverantör kan ha kontor i flera regioner, varför de kan stå på flera ställen. Listan är rangordnad så att InLife AB utgör Broängsskolans förstahandsval. I de fall skolan bedömer att en förnyad konkurrensutsättning är mer fördelaktigt kommer sådan att genomföras i enlighet med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget.

Kommunens yttranden

I yttrande från Svedala kommun som kom in till Konkurrensverket den 17 september 2009 anför kommunen bl.a. följande.

Upphandlingen strider enligt kommunens uppfattning inte mot ramavtalsreglerna. Genom att se till syftet med artikel 32.2 direktiv 2004/18, beaktandesats 11 och 5 kap. 2 § andra meningen LOU bör en ny metod för tillämpningen av ramavtalsreglerna kunna tillämpas som både skapar en avsevärt större transparens i avtalet och ett effektivare och förenklat förfarande för såväl upphandlande myndigheter som för företagen. Metoden är helt i linje med direktivets text och avsikt beträffande både inköpscentral, dynamiska inköpssystem och förnyad konkurrensutsättning. Metoden är framförallt lämplig för ramavtal för lätt jämförbara och utbytbara produkter och tjänster som datorer, kontorsutrustning respektive städning och bemanning, men däremot inte för ekonomisystem, konsulter eller byggentreprenader. Enligt kommunens uppfattning är den främsta orsaken till formuleringen i artikel 32.2 direktiv 2004/18 och 5 kap. 2 § andra meningen LOU att upphandlingens förutsättningar och avtalet ska vara transparent för leverantören. I praktiken har man hittills löst detta genom att köparen i förväg måste ange en uppskattad volym och antal upphandlande myndigheter så att leverantören ska kunna avge rätt pris. Med andra ord, om upphandlande myndighet anger volymen, så kan leverantören lämna ett pris. Då bör även det omvända läget gälla, dvs. upphandlande myndighet anger inte volymen och leverantören behöver i gengäld inte heller lämna ett pris (förrän avropet sker). Denna motsatsvisa tillämpning stöds av den allmänna rättsläran och klassisk logik.

I detta avtal sker avrop bara från dem som är parter i ramavtalet. Det är bara de företag som lämnat in antagna anbud som får leverera på avropen. Det är bara de skolor som anmält sig och blivit kontrollerade och antagna av Apple som får avropa på avtalet. Varje skola måste godkännas som behörig avtalspart av Apple. Det är viktigt att kommuner inte "åker snålskjuts" på detta avtal för att köpa Mac-datorer till andra verksamheter än skolor. Det kan konstateras att Mac-avtalet ingicks innan direktiv 2004/18 och nya LOU trätt i kraft i Sverige. Det fanns då inga klara lagregler för ramavtal i Sverige. Kommunen anser dock att inte heller nuvarande lagstiftning utgör något hinder för denna tillämpning.

En upphandling blir enligt kommunens uppfattning ytterst transparent om den upphandlande myndigheten uttryckligen anger att man inte vet hur stor volym affären kommer att få och att man har för avsikt att fler avropande myndigheter ansluter sig till ramavtalet. I gengäld behöver leverantörer inte ange ett fast pris för hela avtalsperioden. Istället anges ett pris i anbudet till ramavtalet, men vid avrop ska leverantören lämna bästa möjliga rabatt på de prislistor som uppdateras löpande. Vid en jämförelse med nuvarande tolkning blir denna metod enligt kommunens uppfattning till och mer ännu mer transparent. Dagens volymangivelser i ramavtal är i princip aldrig garanterade, snarare ytterst osäkra bedömningar. Leverantören får ofta binda sitt pris för långa perioder där prissättningen bygger på förhoppningar om betydligt större volymer än vad som i regel blir fallet. Detta har dessutom sannolikt avskräckande effekt på små och medelstora företag. Genom att öppna upp avtalet på detta sätt kan även mindre företag vara med utan att ta en så stor affärsrisk som de normalt måste göra idag.

Konkurrensverket har berett kommunen tillfälle att yttra sig över ett utkast till beslut. I yttrande som kom in till Konkurrensverket den 5 mars 2010 uppges att kommunen accepterar verkets synpunkter och att avtalet har avslutats.

Skäl

Rättsläget

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) bygger på EU-direktiv om offentlig upphandling. Det följer av artikel 4.3 EU och artikel 288 tredje stycket EUF att nationella bestämmelser som genomför EU-direktiv ska tillämpas och tolkas i enlighet med ordalydelsen i och syftet med direktivens bestämmelser.¹ Både genomförande av direktiv i nationell lagstiftning och tolkning av sådana bestämmelser ska vidare ske med iakttagande av unionsrätten som helhet och således enligt fördragen, EU-domstolens praxis och de grundläggande unionsrättsliga principerna.²

Huvudsyftet med de unionsrättsliga bestämmelserna om förfarandet vid offentlig upphandling är fri rörlighet för varor och tjänster och att området öppnas upp för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater.³ EU-domstolen har uttalat att principen om likabehandling av anbudsgivare utgör grunden för direktiven om offentlig upphandling.⁴ Principen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.⁵ Likabehandlingsprincipen medför vidare enligt EU-domstolen att det föreligger en skyldighet för den upphandlande myndighe-

¹ Se bl.a. mål 14/83 *von Colson*, punkt 26 och C-106/89 *Marleasing*, punkt 8.

² Jfr bl.a. mål 283/81 *CILFIT*, punkt 20 och C-62/00 *Marks & Spencer*, särskilt punkterna 33 och 44 samt den andra beaktandesatsen till direktiv 2004/18/EG.

³ Se bl.a. mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 44.

⁴ Se bl.a. mål C-470/99 *Universale-Bau*, punkt 91 och C-448/01 *EVN och Wienstrom*, punkt 47.

⁵ Se bl.a. mål C-21/03 och C-34/03 *Fabricom*, punkt 27.

ten att lämna insyn. Denna skyldighet syftar bland annat till att garantera att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att marknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera att upphandlingsförfarandena är opartiska och att likabehandlingsprincipen iakttas.⁶ Principen om transparens (öppenhet och förutsebarhet) utgör således ett utflöde av likabehandlingsprincipen.⁷ Principerna om likabehandling och transparens måste iakttas genom hela förfarandet vid offentlig upphandling.⁸

De grundläggande principerna för offentlig upphandling framgår även av 1 kap. 9 § LOU, vari följande anges. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt artikel 32.2 andra stycket Europaparlamentet och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (direktiv 2004/18) får kontraktstilldelning som bygger på ett ramavtal bara tillämpas mellan de upphandlande myndigheterna och de ekonomiska aktörer som från början är parter i ramavtalet.

Enligt 5 kap. 2 § LOU får kontrakt som grundar sig på ramavtal endast slutas mellan en upphandlande myndighet och en leverantör som är part i ramavtalet. Enligt prop. 2006/07:128 s 161 får inga andra än de ursprungliga parterna i ett ramavtal utnyttja avtalet och det går inte i efterhand att ansluta sig till ett ramavtal.

Genomförande av bestämmelserna i direktiv 2004/18 i den nationella lagstiftningen skulle ske senast den 31 januari 2006. LOU trädde i kraft den 1 januari 2008 och enligt andra punkten ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna ska bestämmelserna i äldre LOU (1992:1528) tillämpas på upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. En upphandling får anses påbörjad när den upphandlande myndigheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud (prop. 2006/07:128 s 447).

⁶ Se bl.a. mål C-275/98 *Unitron Scandinavia*, punkt 31, C-324/98 *Telaustria*, punkt 60-62, C-470/99 *Universale-Bau*, punkt 91-92 och C-448/01 *EVN och Wienstrom*, punkt 49.

⁷ Jfr mål C-454/06 *Pressetext*, punkt 32.

⁸ Jfr mål C-421/01 *Traunfeller*, punkt 29 och C-213/07 *Michaniki*, punkt 44. Jfr även mål C-87/94 *Kommissionen mot Belgien*, punkt 54 och C-470/99 *Universale-Bau*, punkt 93.

Bedömning

Inledande anmärkningar

Konkurrensverket prövar i detta tillsynsärende endast frågan om det är tillåtet för en upphandlande myndighet att ta över eller ansluta sig till samt tilldela kontrakt enligt ett ramavtal som myndigheten inte ursprungligen varit part i. Det huvudsakliga ansvaret enligt LOU för eventuella brister i det aktuella ramavtalet tillkommer numera Svedala kommun, eftersom avtalet efter genomförd upphandling har överlåtits till denna upphandlande myndighet. Konkurrensverket har därför avstått från att inleda tillsynsärende mot den ursprungliga upphandlande myndigheten Broängsskolan i Botkyrka kommun.

Anslutning till ramavtal i efterhand enligt nu gällande LOU

Enligt idag gällande regler (5 kap. 2 § LOU och artikel 32.2 andra stycket direktiv 2004/18) är det förbjudet för en upphandlande myndighet att tilldela kontrakt enligt ett ramavtal som myndigheten inte ursprungligen varit part i. Den omständigheten att bestämmelsen i 5 kap. 2 § LOU inte uttryckligen har med formuleringen "från början" innebär inte att den kan tolkas på något annat sätt än artikel 32.2 direktiv 2004/18, vilket också framgår av prop. 2006/07:128 s 161. Eftersom all anslutning till ett ramavtal i efterhand enligt bestämmelserna är förbjudet, gör det ingen skillnad om det i förfrågningsunderlaget till ramavtalsupphandlingen uttryckligen anges att det lämnas öppet vilka upphandlande myndigheter som kan ansluta sig till och tilldela kontrakt enligt ramavtalet. Svedala kommuns övertagande av ramavtalet får i förevarande ärende anses innebära att kommunen även har anslutit sig till det, vilket också bekräftas av den omständigheten att kommunen själv har tilldelat kontrakt enligt ramavtalet.

Anslutning till ramavtal i efterhand enligt äldre LOU

Den aktuella ramavtalsupphandlingen har annonserats av Broängsskolan i Botkyrka kommun efter att direktiv 2004/18 skulle ha genomförts i svensk lagstiftning, men innan nu gällande LOU trädde i kraft. Även om det har framkommit att Svedala kommuns övertagande av det aktuella ramavtalet har skett efter att nu gällande LOU trätt ikraft – och således strider mot den nu gällande bestämmelsen i 5 kap. 2 § LOU – anser Konkurrensverket att det i detta ärende även bör prövas om det aktuella ramavtalet överensstämmer med vad som gällde enligt äldre LOU (1992:1528).

Några bestämmelser för den klassiska sektorn som särskilt reglerade förfarandet vid upphandling av ramavtal och tilldelning av kontrakt enligt sådana avtal fanns inte i vare sig äldre LOU eller i de upphandlingsdirektiv som föregick direktiv 2004/18.

Avsaknaden av uttryckliga regler i äldre LOU om förfarandet vid ramavtalsupphandlingar, innebär inte att upphandlande myndigheter fick eller får använda sig av ramavtal som upphandlats med tillämpning av denna lag utan hänsyn till de grundläggande unionsrättsliga principerna för offentlig upphandling. Enligt Konkurrensverkets bedömning får det uttryckliga förbudet i artikel 32.2 andra stycket direktiv 2004/18 och 5 kap. 2 § nu gällande LOU anses ge uttryck för hur förfarandet vid ramavtalsupphandlingar ska gå till för att det inte ska komma i konflikt med de grundläggande principerna för offentlig upphandling.

Konkurrensverket har således att pröva om den aktuella ramavtalsupphandlingen kan anses uppfylla de grundläggande principernas krav på bl.a. likabehandling, öppenhet och förutsebarhet.

Upphandlingsreglernas krav på annonsering har bl.a. till syfte att bereda leverantörer en möjlighet att genom att ta del av annonser bli varse om pågående upphandlingar som kan vara av intresse för dem att lämna anbud i. I och med annonseringen kan en effektiv konkurrens främjas vid inköp till den offentliga sektorn. Mot bakgrund av hur den aktuella annonsen i TED utformades bedömer Konkurrensverket att alla leverantörer som hade kunnat vara intresserade av att lämna anbud i en så pass, åtminstone hypotetiskt sett, stor och ekonomiskt värdefull ramavtalsupphandling som den aktuella, inte har beretts en sådan möjlighet genom annonsen i TED, eftersom det av denna annons inte direkt kunde utläsas att *en skolas* upphandling av Mac-produkter i själva verket avsåg att kunna omfatta samtliga kommunala skolor i hela Sverige. Genom annonsen kan således inte alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer på ett tillräckligt öppet sätt anses ha getts tillfälle att komma in med anbud. En ramavtalsupphandling för leverans av Mac-produkter som enligt dess förfrågningsunderlag uppges kunna omfatta allt mellan *en enda* och *samtliga* kommunala grund- och gymnasieskolor i Sverige, innebär vidare enligt Konkurrensverket uppenbarligen en oacceptabelt stor osäkerhet för potentiella anbudsgivare om upphandlingens ekonomiska värde och vilka möjligheter och åtaganden ramavtalet medför för de leverantörer som antas.

Vid angivna förhållanden finner Konkurrensverket att den aktuella ramavtalsupphandlingen inte genomförts i överensstämmelse med de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Det aktuella ramavtalet strider därför även mot äldre LOU.

Slutsatser

Konkurrensverket finner att Svedala kommun har brutit mot 5 kap. 2 § LOU (2007:1091) då kommunen har tagit över och tilldelat kontrakt enligt ett ramavtal som kommunen inte ursprungligen varit part i. Svedala kommuns tilldelning av kontrakt enligt ramavtalet utgör en otillåten direktupphandling.

Det aktuella ramavtalet strider även mot äldre LOU (1992:1528).

De angivna bristerna i ramavtalsupphandlingens konkurrensuppsökande är sådana att de typiskt sett har en negativ inverkan på den upphandlande myndighetens möjlighet att på bästa sätt ta tillvara på konkurrensen på den aktuella marknaden och därmed göra en så bra affär som möjligt.

Konkurrensverket noterar att Svedala kommun har uppgett att kommunen har vidtagit åtgärder för att avveckla ramavtalet. Det saknas skäl att utreda detta ärende ytterligare, varför det avslutas.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Daniel Johansson.

Dan Sjöblom

Daniel Johansson

Kopia till:

Botkyrka kommun

Opic AB

Apple AB

Sveriges Kommuner och Landsting

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats