

Försvarets materielverk
115 88 Stockholm

Försvarets materielverk – avtal avseende kommunikationsutrustning

Konkurrensverkets beslut

Försvarets materielverk har brutit mot bestämmelserna i 1 kap. 9 §, 5 kap. 4 § och 7 kap. 1 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, genom att tilldela ett kontrakt i strid med villkoren i ett ramavtal. Köpet borde ha föregåtts av annonsering.

Ärendet

Bakgrund

Ni annonserade en upphandling av ramavtal rörande nätverksutrustning och därtill hörande tjänster i juli 2012. Avsikten med upphandlingen var att ingå ramavtal med alla villkor fastställda med en leverantör enligt 5 kap. 4 § LOU. Upphandlingen resulterade i att ramavtal ingicks med Atea Sverige AB i september 2012.

Vi har genom vår omvärldsbevakning fått information om att ni har genomfört ett avrop av ruggade datorer med tillbehör från ramavtalet för nätverksutrustning. Med ruggade datorer avses datorer som klarar svåra yttre påfrestningar från exempelvis damm, vatten och extrema temperaturer. Avropet resulterade i att ni i december 2012 tilldelade ett kontrakt till Atea. Värdet på kontraktet uppgick till 2 250 500 kronor.

Skäl för beslutet

Vi bedriver tillsyn över upphandlingslagstiftningen i syfte att öka regel- efterlevnaden och att bidra till en effektiv offentlig upphandling. Tillsynen bedrivs bland annat genom tillsynsbeslut eller ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU.

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

I det här ärendet är en ansökan om upphandlingsskadeavgift inte möjlig eftersom tidsfristen för en sådan ansökan har löpt ut.

Rättsläget

Syftet med upphandlingsreglerna är bland annat att upphandlande myndigheter ska använda offentliga medel för köp av varor och tjänster på bästa sätt, genom att uppsöka och dra nytta av konkurrensen på aktuell marknad. Samtidigt syftar regelverket till att ge leverantörerna möjlighet att tävla på lika villkor i varje upphandling.

När en upphandlande myndighet avropar från ett ramavtal som har slutits med en enda leverantör, ska villkoren i avropet överensstämma med villkoren i ramavtalet. Den upphandlande myndigheten får skriftligen samråda med leverantören och vid behov uppmana denne att komplettera sitt anbud. Detta stadgas i 5 kap. 4 § LOU. Av 5 kap 2 § andra stycket LOU följer att parterna inte väsentligt får avvika från villkoren i ramavtalet vid tilldelning av kontrakt. Av förarbetena framgår att möjligheten för leverantören att komplettera sitt anbud inte innebär att det är tillåtet att omförhandla *villkoren* i avtalet. Detta framgår i prop. 2006/07:128 s. 161-162. Det är heller inte tillåtet att införa nya villkor i avtalet eller att ändra avtalet så att det omfattar något som inte ursprungligen fanns med i avtalet.

Möjligheten att be ramavtalsleverantören att komplettera sitt anbud är till för att möjliggöra preciseringar av villkor som redan finns i ramavtalet. Möjligheten att begära kompletteringar av anbud från en ramavtalsleverantör motsvarar alltså den möjlighet som finns i 9 kap. 8 § LOU att be leverantörer att inkomma med förtydliganden och kompletteringar av anbudsansökningar och anbud.¹

EU-domstolen har i ett antal avgöranden redogjort för upphandlande myndigheters förutsättningar att ändra villkoren i ett offentligt kontrakt eller ramavtal. I mål C-337/98 *Kommissionen mot Frankrike* fastställde EU-domstolen att ett nytt annonserat upphandlingsförfarande ska genomföras "om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet".²

I mål C-454/06 *Pressetext* nämnde EU-domstolen ett antal situationer som medför att ändringar i ingångna kontrakt kan anses vara betydande, bl.a när en ändring medför att kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utsträckning utsträcks så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs.³ EU-domstolen har därefter

¹ Se särskilt Generaladvokat Lenz uttalande i förslag till avgörande i EU-domstolens mål C-87/94 *Kommissionen mot Belgien*.

² Mål C-337/98 *Kommissionen mot Frankrike*, punkterna 44 och 46.

³ Mål C- 454/06 *Pressetext*, punkterna 35-37.

upprepat övervägandena i *Presstext* i ett flertal avgöranden.⁴ Frågan om förutsättningarna för att göra ändringar i ingångna kontrakt har även varit föremål för avgöranden i svenska domstolar.⁵

Ramavtalets omfattning

Under punkten 5.1 i ramavtalet, med rubriken "Omfattning", anges att leverantören ska leverera varor och tjänster inom följande områden:

1. Produktnära nätverkslösningar
2. Nätverksutrustning
3. Utökat underhåll
4. Programvarusupport
5. Underhåll MIX-UH 10 dagar
6. Underhåll MIX-UH 24 timmar
7. Utbildning

Någon beskrivning av vilka varor och tjänster som får avropas från ramavtalet, utöver ovanstående, finns inte i ramavtalet. I bilagor till ramavtalet finns tekniska specifikationer som ytterligare definierar och anger vilka egenskaper de olika produktkategorierna ska ha. Där anges krav för produkter benämnda core routrar, access routrar, core switchar, switchar och brandväggar.

Vid en granskning av ramavtalet och dess bilagor konstaterar vi att det saknas villkor som ger möjlighet att tilldela kontrakt avseende *bärbara datorer*.

Konkurrensverkets bedömning

Det följer av 5 kap. 4 § LOU att villkoren i ett kontrakt som grundar sig på ett ramavtal med en enda leverantör ska överensstämma med villkoren i ramavtalet. Ett avrop från ett sådant ramavtal är inte att betrakta som en ny kontraktstilldelning, utan som en tillämpning av ramavtalet. Om villkoren i ramavtalet frångås väsentligen vid ett avrop, kan det ses som en ny kontraktstilldelning. En sådan ska som huvudregel annonseras. Vi konstaterar att det förfrågningsunderlag som låg till grund för upphandlingen av ramavtalet inte ger er utrymme att avropa ruggade datorer. Ruggade datorer kan inte heller

⁴ Se bland annat mål C-91/08 *Wall*, punkterna 37-38, mål C-160/08 *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 99 och mål C-250/07 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 52. Se även generaladvokat Wathelets förslag till avgörande i mål C-576/10 *Kommissionen mot Nederländerna*, punkt 52, generaladvokat Bots förslag till avgörande i mål C-91/08 *Wall*, punkterna 50-54 samt generaladvokat Trstenjak förslag till avgörande i mål C-160/08 *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 132.

⁵ Se bland annat Kammarrätten i Jönköpings dom den 10 juli 2009 i mål nr 953-09, Kammarrätten i Stockholms dom den 14 juli 2010 i mål nr 6784-09 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 15 mars 2013 i mål nr 6952-12.

betraktas som nätverksprodukter utifrån ramavtalets villkor, eller från vad som framgår i bilagor till ramavtalet. Det är därför inte tillåtet för er att avropa ruggade datorer från ramavtalet.

Eftersom ni avropat ruggade datorer från ett ramavtal som inte omfattade sådana produkter har ni ingått ett nytt kontrakt. Ni borde därför ha genomfört en ny upphandling och annonserat denna enligt bestämmelserna i 7 kap. 1 § LOU. Det har under Konkurrensverkets utredning inte framkommit att det föreligger någon undantagssituation från annonseringsskyldigheten, såsom exempelvis de situationer som regleras i 4 kap. 5-7 §§ LOU. Sammantaget utgör därför tilldelningen av kontrakt avseende ruggade datorer en otillåten direktupphandling.

Vi vill även upplysningsvis informera er om att ni vid den tidpunkt då ni ingick avtal med Atea avseende ruggade datorer hade möjlighet att avropa ruggade datorer från Kammarkollegiets ramavtal Klienter 2012.

Slutsats

Vi bedömer att köpet av ruggade datorer skett i strid mot villkoren i ramavtalet enligt 5 kap. 4 § första stycket LOU. Köpet strider därmed mot principen om öppenhet i 1 kap. 9 § LOU samt annonseringsbestämmelserna i 7 kap. 1 § samma lag.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Björn Larsson.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, bilaga 1.

Dan Sjöblom

Björn Larsson

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats