

Lindesbergs kommun
711 80 Lindesberg

Lindesbergs kommun – köp av skrivare och kopiatorer

Konkurrensverkets beslut

Lindesbergs kommun har brutit mot 1 kap. 9 § och 5 kap. 7 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) genom att teckna leasingavtal för skrivare och kopiatorer som inte omfattas av den förnyade konkurrensutsättningen på ramavtal Dokumenthantering 2012.

Ärendet

Under hösten 2015 fick vi information om att ni har avropat skrivare och kopiatorer från Statens inköpscentrals ramavtal Dokumenthantering 2012 – skrivare, MFP, programvaror och tjänster. Anmälaren menar att ni har tecknat leasingavtal för skrivare och kopiatorer av andra modeller än vad som framgår av leverantörens avropssvar. Därutöver ska ni ha tecknat serviceavtal som inneburit ytterligare kostnader för er.

Ni har berättat att ni uppskattade ert behov i den avropsförfrågan som sändes ut till samtliga leverantörer på ramavtalet. I avropsförfrågan beskrev ni fem olika typer av skrivare och kopiatorer som skulle stämma överens med verksamhetens behov. Varje leverantör fick därefter offerera modeller som uppfyllde era ställda krav samt lämna prisuppgifter.

Ni tecknade ett längre leveransavtal med den leverantör som hade lägst pris. Av leveransavtalet framgår att ni har obegränsad rätt till leverantörens produkt- och tjänsteutbud, och att ni inte är begränsade till de behov som ni angav i avropsförfrågan.

Ni har tecknat leasingavtal för drygt 40 stycken skrivare och kopiatorer med hänvisning till ert leveransavtal. Det framgår av vår utredning att majoriteten av dessa skrivare och kopiatorer (28 av 40) är av *andra* modeller än vad som angavs i leverantörens avropssvar. Er sammanlagda kostnad för leasing av skrivare och kopiatorer är drygt 3 000 000 kr. Ungefär 90 % av den sammanlagda kostnaden

avser modeller av skrivare och kopiatorer som *inte* kan hänföras till den förnyade konkurrensutsättningen.

Ni har även tagit del av vårt utkast till beslut och fått tillfälle att yttra er. Ni berättar att ni i början av året upprättade nya rutiner för inköp av kopiatorer. De nya rutinerna omöjliggör i princip för kommunens verksamheter att göra inköp utanför de upphandlade maskintyperna. Vidare har ni förtydligat att en av de upphandlade maskinerna tidigt utgick ur sortimentet och ersattes av en annan modell med motsvarande kapacitet och funktionalitet.

Skäl för beslutet

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

Eftersom leveransavtalet ingicks den 20 november 2014 har preskriptionstiden löpt ut för att ansöka om upphandlingsskadeavgift.

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.

I alla faser av upphandlingen ska principerna i 1 kap. 9 § LOU iakttas. Principen om likabehandling innebär att alla leverantörer ska behandlas på ett likvärdigt sätt. Transparensprincipen medför att upphandlingen ska genomföras på ett öppet och tydligt sätt. Principen innebär att förfrågningsunderlag ska formuleras så pass tydligt att alla normalt insatta och aktsamma anbudsgivare ska ges möjlighet att bilda sig en uppfattning om de varor eller tjänster som faktiskt ska utföras, och utifrån detta kunna utforma sitt anbud.¹

I detta ärende rör det sig om ett avrop från ett ramavtal. Med ramavtal avses 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. Detta följer av 2 kap. 15 § LOU.

Kontrakt som grundar sig på ett ramavtal kan tilldelas på tre olika sätt. Den *första* typen är ramavtal som ingås med en leverantör och som innehåller samtliga villkor för senare tilldelning av kontrakt. Den *andra* typen av ramavtal är sådana som innehåller samtliga villkor för senare tilldelning av kontrakt men som ingås

¹ Se mål C 423/07, *Kommissionen mot Spanien*, punkt 58 och mål C-368/10, *Max Havelaar*, punkt 66.

med flera leverantörer. Den *tredje* typen av ramavtal är sådana som ingås med flera leverantörer och som inte innehåller samtliga villkor för senare tilldelning av kontrakt, så kallad förnyad konkurrensutsättning. Detta följer av 5 kap. 4, 6 och 7 §§ LOU.

Vid en förnyad konkurrensutsättning uppkommer ett fullständigt och ömsesidigt förpliktande upphandlingskontrakt först genom ett senare avrop.²

Om ett kontrakts tillämpningsområde väsentligen utvidgas så att det även omfattar varor eller tjänster som inte först avsågs innebär det enligt EU-domstolens praxis en väsentlig förändring.³ EU-domstolen har därefter upprepat övervägandena i Presstext i flera avgöranden.⁴ Frågan om vad som kan utgöra väsentliga ändringar har även prövats av svenska domstolar.⁵

Om en förändring är väsentlig ses det som ett nytt kontrakt. Förändringen blir alltså en ny upphandling som kan utgöra en otillåten direktupphandling. Hur stor förändring som kan göras utan att den ursprungliga upphandlingen ska anses ha ändrats väsentligt framgår för närvarande varken av den nationella lagstiftningen eller av EU-direktiven. Detta bedöms istället från fall till fall i praxis.

En upphandlande myndighet får ingå avtal utan att annonsera detta enligt LOU endast i vissa undantagsfall. Detta följer bland annat av 4 kap. 5-9 §§ LOU. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska enligt EU-domstolens och Högsta förvaltningsdomstolens praxis samt svenska förarbetsuttalanden tolkas restriktivt.⁶

Konkurrensverkets bedömning

Ni har tecknat leasingavtal avseende produkter som inte omfattas av er genomförda förnyade konkurrensutsättning på ramavtal Dokumenthantering 2012. De leasingavtal som inte omfattas av er avropsförfrågan är därför att betrakta som en ny upphandling och ett nytt kontrakt. Eftersom ni inte har konkurrensutsatt ert nya behov, och det inte fanns skäl att direkttilldela kontraktet, utgör dessa köp en otillåten direktupphandling.

Av ramavtalets vägledning framgår bland annat att ett avrop kan avse en enstaka beställning (enskilt avrop) eller avse leveranser för en längre period. När ett

² Se prop. 2006/07:128, del 1, s. 168 f.

³ Se mål C-454/06, *Presstext* (punkt 35).

⁴ Se bland annat mål C-250/07 *Kommissionen mot Grekland* (punkt 52), mål C-91/08 *Wall* (punkterna 37-38) och mål C-160/08 *Kommissionen mot Tyskland* (punkt 99).

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

⁶ Se bland annat mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland* (punkt 33) och mål C-26/03 *Stadt Halle* (punkt 46), prop. 2001/02:142 s.99, prop. 2006/07:128 del 1 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

kontrakt tecknas för leveranser för en längre tidsperiod kan kunden (upphandlande myndigheten) beställa från det under hela kontraktets giltighetstid.⁷ Oavsett om leveransavtalet är giltigt under en kort eller en lång period, ställs samma krav på att avropsförfrågan ska överensstämja med de verkliga leveranserna. Ni har tecknat ett leveransavtal som avser ert behov av kopiatorer och skrivare för en längre tid.

När en avropsförfrågan avser leveranser för en längre period behöver förfrågan innehålla det *totala uppskattade behovet* under hela kontraktstiden. Det innebär att en avropande myndighet behöver känna till sitt kommande inköpsmönster. Det poängteras också i ramavtalets vägledning.⁸

Det kan vara en utmaning att som upphandlande myndighet uppskatta ett framtida behov. En viss flexibilitet att göra förändringar av det avtalsinnehåll som först utannonserades måste därför rimligen finnas för en upphandlande myndighet när ett kontrakt har ingåtts.⁹ Denna flexibilitet får dock inte innebära att kontraktet väsentligen förändras. Som utgångspunkt gäller därför att samtliga handlingar som annonseras ska vara upprättade på ett uttömmande sätt och att de inte väsentligen får ändras efter annonseringen.¹⁰

I ert fall är det avgörande hur omfattande era *tillkommande behov* är i förhållande till de behov som konkurrensutsattes i den förnyade konkurrensutsättningen.

Ni har under avtalstiden valt att i mycket stor omfattning leasa *andra* modeller än vad som framgår av er avropsförfrågan och leverantörens avropssvar. Ni har också tecknat separata serviceavtal för dessa produkter. Det står klart att de behov som annonserades i samband med den förnyade konkurrensutsättning inte har speglat era verkliga behov. Leverantören som tilldelades avtalet har kunnat sälja andra produkter och tjänster till er som inte omfattades av den förnyade konkurrensutsättningen. Det har inneburit att er leverantör har fått en ekonomisk förmån i förhållande till övriga ramavtalsleverantörer.

En förnyad konkurrensutsättning fyller en central konkurrensuppsökande funktion och det kan vara innehållet i den som avgör hur en leverantör utformar sitt avropssvar. Det är därför en förutsättning att behoven som anges i avropsförfrågan speglar det kommande inköpsmönstret i så stor utsträckning som möjligt. Det är alltså inte möjligt att endast specificera en liten del av behovet i avropsförfrågan för att i ett senare leveransavtal med den vinnande leverantören ha *obegränsade* möjligheter till dennes tjänste- och produktutbud. Detta kan jämföras med en situation där en upphandlande myndighet i en annonserad

⁷ Se ramavtalets vägledning, s. 4.

⁸ Se ramavtalets vägledning, s. 8.

⁹ I vissa undantagssituationer får till exempel komplettering av det ursprungliga kontraktet ske, se 4 kap. 7 § första stycket 2 eller 4 kap. 8 § första stycket. Jämför även med artikel 72 i 2014 års direktiv.

¹⁰ Se mål C-278/01 *Kommissionen mot Spanien*.

upphandling väljer att endast utvärdera de poster som bäst avspeglar myndighetens köpbeteende. I det fallet krävs att det ändå klart och tydligt framgår vilka *samtliga* produkter och/eller tjänster som upphandlingen omfattar.¹¹

Ni har utvidgat ert kontrakts tillämpningsområde till att omfatta produkter och tjänster som först inte avsågs. Det betyder att ert *tillkommande behov* är att betrakta som en ny upphandling och ett nytt kontrakt.

Under vissa förutsättningar kan det finnas möjlighet att direkttilldela ett kontrakt till en leverantör. Det har under vår utredning inte framkommit att det föreligger någon sådan undantagssituation i det här fallet. Eftersom ni inte har konkurrensutsatt ert tillkommande behov, utgör dessa köp en otillåten direktupphandling.

Slutsats

Ni har tecknat leasingavtal för kopiatorer och skrivare som inte omfattas av den förnyade konkurrensutsättningen som ni genomförde på ramavtal Dokumenthantering 2012. Det har medfört att kontraktet väsentligen har förändrats. Eftersom något undantag från annonseringsskyldigheten inte är tillämplig borde ni ha konkurrensutsatt era behov på nytt i enlighet med ramavtalet. När så inte har skett har ni genomfört en otillåten direktupphandling.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Sofia Klingensjö.

Dan Sjöblom

Sofia Klingensjö

HUR MAN ÖVERKLAGAR, bilaga 1

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats

¹¹ Se Konkurrensverkets beslut dnr 254/2015 samt 295/2016.