



**LÄNSRÄTTEN I
JÖNKÖPINGS LÄN**

Ulf Nordberg

DOM
2009-12-15
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
1233-09 E
Rotel 7

KONKURSDENK	
2009-12-18	
Ans	
Dnr	
Post	Arbil

SÖKANDE

Sanicare AB, 556410-1219
St:Ericsgatan 117C, plan 7
113 43 Stockholm

Ombud: Advokaterna Anna Ulfsdotter Forsell och Kristian Pedersen samt
Jur. kand. Erik Olsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Landstinget i Jönköpings län
Box 1024
551 11 Jönköping

Ombud: Advokat Thomas Svedberg
Gärde Wesslau Advokatbyrå
Box 684
551 19 Jönköping

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan.

Länsrättens interimistiska beslut den 5 juni 2009 gäller inte längre.

YRKANDEN M.M.

Jönköpings läns landsting inbjöd den 15 januari 2009 till anbudsgivning
(ramavtal) avseende inkontinenshjälpmedel till enskilda och särskilda bo-
enden samt till sjukhus i Jönköpings län. Beslut om tilldelning av kontrakt

Dok.Id 60749

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Ö Storgatan 33 A

Telefon
036-15 65 00
E-post: lansrattenijonkoping@dom.se
www.lansrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

meddelades den 27 maj 2009. Länsrätten förordnade den 5 juni 2009 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Sanicare AB (bolaget) yrkar att upphandlingen ska göras om.

Landstinget anser att länsrätten ska avslå ansökan.

Länsrätten har inhämtat yttrande från Konkurrensverket, se bilaga 1.

Bolaget anför bl.a. följande. Landstinget har brutit mot de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och proportionalitet och därmed mot 1 kap. 9 § LOU samt mot artikel 32.2 femte stycket Europaparlamentets och Rådets direktiv av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (Direktiv 2004/18/EG). Överträdelsen består i att landstinget i upphandlingen tillämpat en utvärderingsmodell som i strid med likabehandlingsprincipen missgynnar små och medelstora leverantörer och därför innebär en påtaglig konkurrensbegränsning. Därtill kommer att den diskriminerande effekt som utvärderingsmodellen ger är uppenbart oproportionerlig i förhållande till landstingets syfte med att använda den, inte minst eftersom det finns andra mindre ingripande alternativ; modellen strider därför mot proportionalitetsprincipen.

Likabehandlingsprincipen

Av kravspecifikationen i upphandlingen framgår bl.a. följande.

2.1 Avsiktsförklaring/sortimentsbegränsning.

Upphandlingsgruppen avser att i största möjliga mån begränsa antalet leverantörer. Det finns flera syften med begränsningen bland annat så har nya LOU försvårat möjligheten att upphandla från flera leverantörer. Förhoppningsvis så ger det också lägre priser då volymerna blir större för den som vinner upphandlingen.

Utvärdering.

Produktgrupperna kommer att värderas var för sig men en sammanvägning av resultaten görs och om möjligt utses en "huvudleverantör" (har samtliga efterfrågade artiklar plus ett brett sortiment för barn/vuxna). I första hand försöker vi hitta "huvudleverantören". Är detta inte möjligt så blir nästa steg i utvärderingen att finna en leverantör per grupp inkontinensartiklar barn/vuxen/bäddutrustning.

I de fall anbudsgivaren inte har efterfrågat artikel så räknar vi in upphandlad artikel med nuvarande pris + 4 % för att få en jämförande kostnad.

Sortiment.

Av erfarenhet så vet vi att utbudet av artiklar är stort och utvärderingen blir nästintill omöjlig om allt ska kostnadsberäknas och jämföras. Vi kommer därför att titta på aktuell förbrukning och kostnadsberäkna de storlekar och utformningar som har historiskt väsentligt värde.

Landstingets utvärderingsmodell innebär att utvärdering sker per produktgrupp och att anbudsgivare som inte kan offerera produkter på en viss position får ett prispåslag med fyra procent på priset för tidigare upphandlad produkt. Syftet med detta får, utöver att minska antalet leverantörer, antas vara att åstadkomma jämförbarhet mellan anbud genom vilka produkter för samtliga positioner offereras och anbud genom vilka produkter för samtliga positioner inte offereras. Landstinget har anfört att formuleringen i kravspecifikationen endast tar sikte på avtalsskrivning och inte på upphandlingsfasen. Detta får anses vara en efterhandskonstruktion eftersom denna begränsning inte framgår av kravspecifikationen. Tvärtom talar den omständigheten att ambitionen att begränsa antalet leverantörer beaktas inom ramen för utvärderingen respektive att produktgrupperna utvärderas var för sig med en sammanvägning av resultaten, för att ambitionen genomsyrar hela upphandlingen. Av Frågor & Svar i upphandlingen framgår också att ambitionen att begränsa antalet leverantörer ingår som en del av utvärderingen av utvärderingskriteriet Funktion. Även om det är fråga om ett börkrav gynnar detta stora leverantörer framför små och medelstora. Modellens utformning innebär att vissa leverantörer diskrimineras, typiskt

sett små och medelstora företag, som kan offerera högkvalitativa produkter på vissa av de efterfrågade positionerna, men inte har ett lika brett sortiment som de riktigt stora konkurrenterna. Eftersom utvärderingsmodellen ger ett så kraftigt prispåslag för varje position för vilken en anbudsgivare inte kan offerera en produkt, innebär modellen att de små och medelstora företagen i praktiken, i strid med likabehandlingsprincipen, inte har någon som helst möjlighet att vinna upphandlingen. Den upphandlande myndigheten har en skyldighet att aktivt verka för effektiv konkurrens och måste inför en ramavtalsupphandling noga undersöka hur upphandlingen kommer att påverka konkurrensförhållandena samt dokumentera denna undersökning. Den upphandlande myndigheten har också bevisbördan för att dess agerande inte får negativa effekter för konkurrensen. Prispåslaget med fyra procent kanske inte ter sig så stort, men påslaget är i praktiken större eftersom det ska göras på priset på tidigare upphandlad artikel och prisutvecklingen de senaste åren har varit sådan att priserna har sjunkit med 20 procent. Landstingets bedömning av prisläget på marknaden har således visat sig vara felaktig. Detta betyder att "straffet" som drabbar de små och medelstora leverantörerna inte alls "bara" är fyra procent utan betydligt högre. Detta är i sig kraftigt konkurrensbegränsande och verkar utestängande på ett sätt som strider mot likabehandlingsprincipen i LOU. Enkelt uttryckt kan anbudsgivare som inte offererar produkter på alla positioner, på grund av prispåslaget, aldrig "komma ikapp" de anbudsgivare som offererar produkter på samtliga positioner. Bolaget skulle inte ha kunnat kompensera sig för det kraftiga prispåslaget för de endast fyra produkter (i gruppen 34-44) som bolaget inte kunnat offerera ens om det skulle ha sänkt sina priser med mer än 60 procent. Att utvärderingsmodellen får denna effekt styrks också av det faktum att ramavtal för exempelvis positionerna 34-44 tilldelats SCA, som är den ojämförligt största aktören på den svenska marknaden för inkontinensartiklar. Bolaget har tilldelats ramavtal för två produkter (av totalt 108), men dessa utgör endast en försvinnande liten del av upphandlingen. Bolagets produkter är vidare unika, d.v.s. de finns inte i

någon annan leverantörs sortiment. Även övriga leverantörer, förutom SCA, har endast tilldelats ramavtal för en försvinnande liten del och endast för produkter som saknar motsvarighet i SCA:s sortiment. Landstingets agerande visar på ett tydligt mönster. SCA är huvudleverantör och där SCA inte kan erbjuda produkter köps produkter från de andra leverantörerna. Även om 40 av 108 positioner har tilldelats andra leverantörer än SCA har SCA tilldelats de positioner som står för de största volymerna i upphandlingen. De positioner SCA tilldelats utgör ca 80 procent av den totala volymen, baserad på värdet av upphandlingen. Övriga leverantörer har endast fått dela på en mindre del av upphandlingen.

Proportionalitetsprincipen

Den valda utvärderingsmodellen är inte nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, eftersom det finns mindre ingripande alternativ. Till exempel skulle något smalare produktgrupper ha kunnat tillämpas. Detta skulle ha minskat behovet av prispåslag eftersom fler anbudsgivare då skulle ha kunnat offerera produkter på samtliga positioner i upphandlingen. Den valda indelningen av positioner i produktgrupper är i sig en onaturlig indelning, bl.a. såvitt avser positionerna 34-44, eftersom denna indelning innebär att inkontinensskydd särskilt utformade för herrar lagts samman med inkontinensskydd för fixering i byxa, trots att dessa båda typer av produkter är mycket olika och har såväl olika funktion som olika användargrupper. Vidare är det uppenbart att indelningen i produktgrupper gjorts på ett godtyckligt sätt, eftersom landstinget vid utvärderingen av anbuden för vissa positioner, nämligen positionerna 62-66 och 79-83 respektive 57-78 och 94-98 avvikit från vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Landstingets uppdelning är inte en i branschen accepterad uppdelning. I de senaste upphandlingarna bolaget har deltagit i avseende inkontinensprodukter har de upphandlande myndigheterna (Region Skåne samt Landstingen i Stockholm, Örebro, Kronoberg/Blekinge, Halland och Östergötland) exempelvis utvärderat produkterna "Blöjor för vuxna samt herr-

skydd, samtliga kapacitetsnivåer, engångs”, d.v.s. positionerna 34-44, som tre eller fyra produktgrupper och inte som i denna upphandling endast en grupp. Detsamma gäller produktgruppen 25-33, vilken brukar delas upp i tre undergrupper. Landstingets uppdelning framstår som högst ovanlig och exceptionell. Vad landstinget anför om syftet med NIKOLA-nätverket och resultatet av KRAV-gruppens arbete är felaktigt. Den indelning av produkter som arbetet resulterat i är endast avsedd att dela in produkterna i positioner för leverantörers anbudsgivning i syfte att få jämförbara produkter i samma position, d.v.s. den upphandlande myndigheten ska inte behöva riskera att få samma produkt offererad på flera olika positioner och leverantörer ska inte heller behöva offerera samma produkter på flera positioner. Syftet har dock inte varit att dela in dessa positioner, d.v.s. produkterna, i grupper avsedda att läggas till grund för utvärdering av anbud. Detta är något som landstinget gjort på eget bevåg och inte något som stöds av NIKOLA-nätverket eller de dokument KRAV-gruppen tagit fram. Som ytterligare exempel på mindre ingripande alternativ kan nämnas att landstinget skulle kunna ha tillämpat ett lägre prispåslag för att inte anbudsgivare med ett smalare sortiment skulle missgynnas så mycket i förhållande till anbudsgivare med ett bredare sortiment. Även med ett sådant mindre prispåslag skulle jämförbarhet mellan anbuden åstadkommas, men utan att det uppstod en diskriminerande effekt.

Skada

Bolaget har fått ett extremt kraftigt prispåslag vid anbudsvärderingen. Av det totalpris avseende positionerna 34-44 om 9,1 MSEK som bolaget åsatts i anbudsvärderingen utgörs hela 1,6 miljoner, d.v.s. 17 procent, av straffpåslag. Det är endast på grund av prispåslaget som bolaget placerats först på tredje plats. Bolaget har således på grund av anbudsmodellens utformning inte getts någon realistisk möjlighet att i fri konkurrens på lika villkor tilldelas ramavtal i upphandlingen. Bolaget har därmed lidit, eller i vart fall

riskerat att lida, skada i den mening som avses i 16 kap. 2 § första stycket LOU. Skäl föreligger därför att förordna att upphandlingen ska göras om.

Yttrandet från Konkurrensverket

Utifrån punkterna 29-31 i Konkurrensverkets yttrande är det tydligt att verket som ett helt avgörande led i sin bedömning tagit ställning till om det finns ett mindre ingripande alternativ till den i upphandlingen valda produktgrupperingen. Konkurrensverket påpekar i detta sammanhang att verket inte har underlag att bedöma vilket utfallet skulle ha blivit med smalare produktgrupper, men påpekar att det utifrån den dokumentation verket har tagit ställning till inte är uppenbart att ett bättre utfall skulle ha erhållits. Bolaget har med anledning av Konkurrensverkets uttalanden i detta avseende låtit forskningsledaren och teknologie doktorn i datalogi Fredrik Ygge utreda om det föreligger några mindre ingripande alternativ till den produktgruppering som använts i upphandlingen. Om Konkurrensverket hade haft tillgång till denna utredning hade slutsatserna sannolikt blivit annorlunda.

Indelning i produktgrupper är inte en lämplig och effektiv åtgärd för att reducera antalet leverantörer; åtgärden är ett mycket trubbigt instrument i detta avseende. För att fungera väl kräver den att grupperna exakt motsvarar leverantörernas konkurrenskraft. Om gruppindelningen inte är optimal kommer resultatet inte att uppfylla målet att reducera antalet leverantörer. En olämplig gruppindelning kan dessutom ge en upphandlingskostnad som är betydligt högre än vad som hade varit fallet om ingen gruppindelning använts. Indelning i produktgrupper har även en tendens att gynna befintliga leverantörer eftersom den upphandlande myndigheten normalt sett utgår ifrån erfarenhet av tidigare leverantörer då den bestämmer produktgruppsindelningen i en upphandling. Det som för en upphandlande myndighet förefaller vara en högst naturlig indelning kan vara högst onaturlig ur leverantörers perspektiv. Exempelvis kan ett ingående material i ett antal pro-

dukt göra att de naturligt hör samman för leverantören medan detta samband inte nödvändigtvis är uppenbart för myndigheten som väljer att göra indelningen utefter exempelvis produkternas användningsområde eller storlek. Bolaget har låtit granska produktindelningen i upphandlingen för att se om denna har medfört effekter motsvarande dem som beskrivits ovan. Utifrån bolagets beräkningar är det uppenbart att produktgrupperna inte motsvarar leverantörernas konkurrenskraft; ett flertal leverantörer har inte varit konkurrenskraftiga (eller överhuvudtaget kunnat offerera) i produktgrupperna som helhet. Ett specifikt exempel för bolaget är grupp 34-44. Hade t.ex. positionerna 34-38 utgjort en produktgrupp hade bolaget tilldelats denna. Det är således tydligt att produktgruppsindelningen har medfört att bolaget inte har tilldelats ramavtal i så stor utsträckning som det borde med hänsyn till att det lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Produktgruppsindelningen har därför medfört ökade kostnader för landstinget. Den valda gruppindelningen har inte heller medfört någon besparing avseende administrativa kostnader för landstinget. Utvärderingsmodellen har endast medfört kostnader för landstinget och har inte varit ett framgångsrikt sätt att minska antalet leverantörer.

Indelningen i produktgrupper är inte en nödvändig åtgärd för att reducera antalet leverantörer eftersom det finns mindre ingripande alternativ. Det finns betydligt mer effektiva och mindre ingripande åtgärder som hade kunnat vidtas för att minska de administrativa kostnaderna. Om det för en upphandlande myndighet medför en merkostnad att hantera många leverantörer, vilket kan vara fallet, är den bästa åtgärden att modellera denna kostnad explicit och transparent. Den upphandlande myndigheten kan exempelvis uppskatta den merkostnad som varje ytterligare leverantör innebär. Vid utvärderingen av anbud kan den upphandlande myndigheten tillåta anbudsgivarna att inkomma med anbud på samtliga produkter utan produktgruppsindelning. Den upphandlande myndigheten maximerar på så sätt det antal leverantörer som kan lämna anbud, vilket enligt landstinget

varit ett av syftena med den valda produktgruppsindelningen. Genom att explicit sätta en hanteringskostnad för en extra leverantör och göra utvärderingen utifrån denna tillvaratas leverantörernas konkurrenskraft samtidigt som antalet leverantörer begränsas på det ekonomiskt mest fördelaktiga sättet. Ett exempel på hur detta har genomförts är Försäkringskassans upphandling av städtjänster som finns beskriven i av bolaget ingivet dokument. Med beaktande härav kan det konstateras att metoden att dela in upphandlingen i produktgrupper inte har varit en nödvändig metod för att begränsa antalet leverantörer utan att det finns andra metoder vilka både är mindre ingripande och medför att upphandlingen ger ett resultat som totalt sett är ekonomiskt mer fördelaktigt för den upphandlande myndigheten. Den reservation Konkurrensverket gör i sitt yttrande för det fall bolaget kan visa att en mindre ingripande åtgärd finns att tillgå utfaller alltså till bolagets fördel. Den i upphandlingen valda produktgruppsindelningen strider därför mot proportionalitetsprincipen. Slutligen bör beaktas att indelningen i produktgrupper orsakar oproportionerligt stor skada i form av uteblivna affärsmöjligheter för bolaget och fördyring av upphandlingen för landstinget.

Landstinget anför bl.a. följande. Landstinget har inte brutit mot några gemenskapsrättsliga principer eller mot reglerna i LOU. Utvärderingsmodellen är väl avvägd och – tvärtemot vad bolaget påstår – gynnar små och medelstora leverantörer. Landstinget har genom det sätt på vilket upphandlingen genomförts gett utrymme för konkurrens och givit potentiella leverantörer och anbudsgivare goda möjligheter att delta i upphandlingen. Den utvärderingsmodell som landstinget valt är inte heller på något sätt oproportionerlig. Den uppdelning i produktgrupper som landstinget har valt följer en uppdelning som framtagits efter branschsamarbete. Landstinget instämmer i bolagets uppfattning att principen som kommit till uttryck i direktiv 2004/18/EG får anses följa av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och att en upphandlande myndighet således inte får använda

ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras eller snedvrids. Så har inte heller skett i detta fall.

När det i kravspecifikationen talas om att begränsa antalet leverantörer åsyftas inte själva upphandlingsfasen. Det uppgivna syftet avser istället att landstinget, efter en upphandling genomförd enligt gällande rätt – bl.a. med tillämpning av de gemenskapsrättsliga grundläggande principerna – med en god möjlighet även för små och medelstora leverantörer att delta i upphandlingen, önskar skriva avtal med ett fåtal leverantörer. Detta står inte på något sätt i strid med LOU. Tvärtom är det mycket vanligt att upphandlande myndigheter skriver avtal med endast en leverantör. Vad länsrätten har att ta ställning till är om den valda utvärderingsmodellen utgjort hinder för någon leverantör att delta i upphandlingen eller bli antagen som leverantör. Det är i detta sammanhang som principerna om likabehandling och proportionalitet får sin största betydelse.

Produktgruppsindelningen

I branschen finns nätverket NIKOLA (Nätverk Inkontinens Kommuner och Landsting). Nätverket är ett nationellt nätverk inom inkontinensområdet och består av representanter från kommuner och landsting. Inom ramen för nätverket redovisade den s.k. KRAV-gruppen sitt arbete år 2006 i rapporten, som landstinget ingivit utdrag ur, Klara krav?!. Under rubriken Syftet med arbetet anges att syftet med gruppens arbete var att

- förenkla och förtydliga upphandlingsarbetet
- öka förståelsen mellan köpare och säljare
- skapa samsyn mellan inblandade aktörer

- presentera förslag till klassificering
- lämna förslag på utvärderingsbara egenskaper

Under rubriken Klassificering anges att "Klassificering innebär att gruppera produkter i ett antal lagom hanterliga boxar. Kravgruppen har främst arbetat utifrån behovet av klassificering i samband med upphandling". I bilaga 2 till redovisningen anges också en klassificering. Det är denna klas-

sificering som ligger till grund för landstingets uppdelning i produktgrupper. Det är viktigt att betona, vilket också framgår av försättsbladet till rapporten, att i KRAV-gruppen ingick representanter för både kommuner och landsting, Hjälpmedelsinstitutet samt Swedish Medtech. Den sistnämnda organisationen är en branschorganisation för medicinteknik. Den uppdelning som landstinget gjort måste anses accepterad i branschen och under alla förhållanden betraktas som en rimlig och proportionellt motiverad uppdelning. Oavsett vilken uppdelning som valts hade anbudsgivare kunnat hamna i situationen att det i produktgruppen ingick produkt/-er som anbudsgivaren inte kunnat offerera. Landstinget har så långt det är möjligt försökt hantera detta. Bolagets tolkning av svaret på fråga 11 är missvisande. Av svaret framgår inte annat än att ett brett sortiment utgör en del av kriteriet Funktion. Det sägs däremot inget, vilket bolaget vill låta påskina, som ens tyder på att landstinget haft för avsikt att gynna stora leverantörer i utvärderingen. Det tilldelningsbeslut som fattats, med flera antagna leverantörer, visar också att uppdelningen lett till att flera anbudsgivare fått chansen att delta och dessutom bli antagna. Vad länsrätten har att ta ställning till är inte om den av landstinget valda modellen är den enda rimliga eller enda möjliga; länsrätten ska bedöma om den upphandling som landstinget genomfört har handlagts i enlighet med LOU och därmed de gemenskaprättsliga grundläggande principerna. Även om det skulle finnas andra möjliga tillvägagångssätt, vilket det förmodligen kan finnas, innebär inte det att den aktuella upphandlingen skulle ha genomförts på felaktiga grunder.

Prispåslaget

Prispåslaget bygger på landstingets erfarenhet och vetskap om hur priserna på markanden faktiskt ser ut. Det går naturligtvis alltid att diskutera om den valda prismodellen borde justeras upp eller ned med någon procent. Landstinget kan inte vitsorda att priserna generellt sjunkit med 20 procent. Landstingets modell måste betraktas som skälig och lämplig i förhållande

till hur marknaden ser ut. Modellen är nödvändig till sin struktur samt diskriminerar inte små och medelstora leverantörer jämfört med större leverantörer. Jämförbarhet måste skapas på något sätt och det av landstinget valda prispåslaget är högst rimligt. Prispåslaget gäller lika för samtliga leverantörer. Det blir således en avvägning mellan å ena sidan en lämplig – och faktiskt tillämplig – uppdelning och å andra sidan en rimlig, icke -diskriminerande och proportionell metod för att skapa jämförbarhet. Bolaget anför att ”enkelt uttryckt kan den anbudsgivare som inte offererar produkter på alla positioner, på grund av prispåslaget, aldrig ‘komma ikapp’ de anbudsgivare som offererar produkter på alla positioner”. Argumentet innebär, om det skulle vara korrekt, att landstinget alltid skulle vara tvunget att upphandla varje enskild produkt för sig. Detta är inte ett krav som följer av LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna och är dessutom i sig självt fullständigt orimligt. Vid bedömning av proportionalitet ska också göras en bedömning utifrån den upphandlande myndighetens perspektiv och inte uteslutande ur leverantörens.

Den valda utvärderingsmodellen missgynnar inte små och medelstora leverantörer. Bolagets påstående om att modellen skulle innebära att ”de små och medelstora leverantörerna i praktiken inte har någon möjlighet att vinna upphandlingen” är felaktigt. Bolaget – som beskriver sig självt som ett av dessa företag – har tilldelats avtal. Enligt tilldelningsbeslutet ska avtal tecknas med fem olika leverantörer. Bolagets påstående om att ”endast ett fåtal aktörer på den svenska marknaden för inkontinensartiklar, d.v.s. de större aktörerna, kan komma ifråga” överensstämmer inte med resultatet av upphandlingen. Av 108 positioner har ett drygt 40-tal tilldelats andra leverantörer än SCA. Den valda utvärderingsmodellen har inte fått de negativa effekter och praktiska konsekvenser som bolaget gör gällande.

Skada

I gruppen 34-44 har bolaget det tredje högsta vägda betyget. Detta innebär att även om SCA inte hade deltagit så hade bolaget ändå inte erhållit det högsta betyget. Det måste därför ifrågasättas om bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Konkurrensverkets yttrande

Landstinget instämmer inte i bolagets uppfattning att Konkurrensverket, i punkterna 29-31 i yttrandet, som ett helt avgörande led i sin bedömning ”tagit ställning till om det finns ett mindre ingripande alternativ till dem som valts i upphandlingen”. Konkurrensverket öppnar i och för sig för att det inte kan uteslutas att det finns mindre ingripande alternativ, men konstaterar samtidigt att det inte är uppenbart att ett bättre utfall skulle ha erhållits. Vid bedömningen av om ett bättre utfall skulle ha erhållits är det inte bolagets situation som enskild anbudsgivare som ska bedömas utan den totala bilden av upphandlingen. De slutsatser bolaget drar bygger i stor utsträckning på spekulationer och tar ingen som helst hänsyn till övriga anbudsgivares konkurrenssituation.

Vad gäller frågan om mindre ingripande alternativ bortser bolaget från att Konkurrensverket instämmer i de överväganden landstinget gjort. Verket konstaterar bl.a. att ”den upphandlande myndigheten bör vid utformningen av produktgrupper sträva efter att nå en sådan sammansättning av produkter som möjliggör konkurrens. Proportionalitetsbedömningen kan i denna del inte utsträckas till en nivå som medför att varje produkt ska utgöra en egen utvärderingsklass”.

Bolaget utgår från att huvudsyftet med uppdelning i grupper skulle vara att reducera antalet leverantörer. En uppdelning i produktgrupper görs dock främst för att säkerställa att fler anbudsgivare, främst små och medelstora företag, ska ha möjlighet att delta i upphandlingen. Att landstinget därut-

över också har eftersträvat avtal med ett begränsat antal leverantörer är i vart fall delvis en annan fråga. Bolagets påstående att indelning i produktgrupper är ett mycket trubbigt instrument för att reducera antalet leverantörer är därför missvisande. Även den analys bolaget gjort är direkt missvisande. Den utgår nämligen från att förutsättningarna i övrigt hade varit oförändrade även om gruppindelningen varit annorlunda. Detta kan bolaget inte veta något om. Bolaget anför att ”hade t.ex. 34-38 utgjort en produktgrupp hade bolaget tilldelats denna”. Detta konstaterande bygger till att börja med på att övriga anbud, och även bolagets, hade haft samma innehåll även vid en sådan uppdelning. Det är långt ifrån alltid så att det enbart är den specifika produkten som är avgörande för vilket pris en anbudsgivare erbjuder. Andra faktorer kan också spela in och detta gäller inte minst de beräknade volymer en anbudsgivare, med den valda uppdelningen, utgår från att han ska kunna sälja.

Enligt bolaget är indelningen i produktgrupper inte en nödvändig åtgärd för att reducera antalet leverantörer eftersom det finns mindre ingripande alternativ. Dock gäller att även om det skulle finnas alternativa sätt att genomföra upphandlingen på så innebär detta inte nödvändigtvis att den modell landstinget valt skulle stå i strid med LOU. Vid proportionalitetsbedömningen får utgångspunkten inte vara en enskild anbudsgivares förutsättningar. Vid bedömningen måste också vägas in samtliga leverantörers förutsättningar respektive den upphandlande myndighetens mål med upphandlingen.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 15 kap. 16 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Bedömningen ska göras enligt 12 kap. 1 § andra stycket LOU. Av sistnämnda paragraf framkommer att vid bedömningen av vilket anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

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 ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. – Enligt 16 kap. 2 § LOU ska rätten, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Regeringsrätten har dom den 13 november 2009, mål nr 7287-08, uttalat bl.a. att mål om offentlig upphandling i princip gäller ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare samt att som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på.

Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50 (LOU i dess lydelse före den 1 januari 2008), såvitt nu är av intresse, uttalat bl.a. följande om förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller.

Lagen om offentlig upphandling, som bygger på EG-direktiv, ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 4 och 22 §§. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. – De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Principen om likabehandling, som utgör grunden för direktiven om offentlig upphandling, innebär en skyldighet att lämna insyn, så att det kan kontrolleras att principen iakttas. Av likabehandlingsprincipen följer att anbudsgivarna ska ges lika möjligheter att utarbeta sina anbud och att de ska behandlas lika när anbudena prövas av den upphandlande myndigheten. Detta innebär att 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 ska tolka tilldelningskriterierna på samma sätt under hela förfarandet. Vid prövningen ska tilldelningskriterierna tillämpas objektivt och enhetligt gentemot samtliga an-

budsgivare. Lika fall ska behandlas lika och olikheter ska beaktas. Det går således inte att ge samma utvärderingspoäng till anbud som förhåller sig olika till det som angetts i förfrågningsunderlaget. Det är inte heller förenligt med upphandlingsdirektiven att ett tilldelningskriterium i själva verket har den verkan att en upphandlande myndighet ges en obegränsad valfrihet när den tilldelar en anbudsgivare kontrakt (se Konkurrensverkets yttrande punkten nio och där återopade rättsfall).

Proportionalitetsprincipen hör enligt EG-domstolens fasta rättspraxis till gemenskapsrättens allmänna principer. Nationella myndigheter måste, när de tillämpar gemenskapsrätten, följa proportionalitetsprincipen, även i de fall då de har en vidsträckt bedömningsfrihet. Principen innebär att alla åtgärder som vidtas ska vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det mål som eftersträvas. I valet mellan olika åtgärder ska den åtgärd väljas som leder till minsta möjliga störning för den ekonomiska verksamheten. Det måste således finnas ett rimligt förhållande mellan det eftersträvade målet och de vidtagna åtgärderna. Åtgärderna måste vara ägnade att åstadkomma det eftersträvade målet samtidigt som det som drabbar den som påverkas av åtgärderna inte får vara oproportionerligt i förhållande till nyttan för det allmänna. Enligt EG-domstolens praxis ska en bedömning av om proportionalitetsprincipen åsidosatts genomföras som en ”strukturerad avvägning” av motstående intressen. En tolkning av EG-domstolens praxis är att bedömningen består av tre steg, varav det andra framträder tydligast i domstolens praxis. För det första ska bedömas om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade målet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida 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. EG-domstolen har i skilda sammanhang uttalat att reglerna ska tolkas i ”funktionella termer”,

d.v.s. att det är den praktiska tillämpningen och åtgärdens effekter vid den enskilda upphandlingen som ska bedömas (se Konkurrensverket yttrande punkterna tio och elva med hänvisningar).

Länsrätten gör följande bedömning.

Länsrätten instämmer inledningsvis i Konkurrensverkets bedömning att, även om det förbud mot att använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids som framgår av artikel 32.2 femte stycket i direktiv 2004/18/EG är gällande rätt i Sverige, bör ramavtal bedömas utifrån de grundläggande principer som tillämpas vid all offentlig upphandling. Även om nämnda artikel inte innehåller något uttryckligt krav på märkbar skada på konkurrensen kan inte heller länsrätten finna att detta medför att varje begränsning som följer av ett ramavtal skulle vara otillåten på denna grund. De begränsningar som avses i det aktuella stadgandet rör konkurrensbegränsningar som är av sådan karaktär som de exempel på typiskt sett olämpliga ramavtal som anges i förarbetena och som inte är aktuella i detta mål (prop. 2006/07:128, s. 172).

Länsrätten prövar därefter om den utvärderingsmodell landstinget valt är förenlig med de grundläggande principerna om proportionalitet och likabehandling som beskrivits ovan. Länsrätten prövar denna fråga utifrån de sakförhållanden som främst är aktuella i målet, nämligen dels frågan om den produktgruppsindelning som landstinget gjort är godtagbar, dels frågan om användningen av fiktivt pris på sätt som skett är godtagbar.

Produktgruppsindelningen

Ramavtalet omfattar totalt 108 produkter som grupperats i 13 produktgrupper. Varje produktgrupp har utvärderats individuellt. En av dessa är grupp 34-44 "Med spärrskikt vuxen, för fixering i byxa". Det kan inled-

ningsvis konstateras att det inte skulle var förenligt med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU att begära anbud avseende samtliga 108 produkter utan någon uppdelning. Det kan enligt länsrättens mening inte heller krävas att utvärdering ska göras av varje produkt för sig. Indelning i produktgrupper får anses vara ett lämpligt och effektivt sätt att möjliggöra för fler leverantörer att delta i upphandlingen, förutsatt att detta sker på ett sätt som är förenligt med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Åtgärden att använda gruppindelning får därför anses uppfylla det första steget i prövningen av om proportionalitetsprincipen åsidosatts, d.v.s. åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträfvade målet. Användning av indelning i produktgrupper kan inte heller i sig anses stänga små och medelstora leverantörer ute från upphandlingen på ett sådant sätt att likabehandlingsprincipen träds för när.

Bolaget har gjort gällande att den indelning i produktgrupper som skett inneburit att proportionalitetsprincipen åsidosatts eftersom det funnits mindre ingripande alternativ. Dessa har enligt bolagets mening bestått i dels smalare produktgrupper, dels en på visst sätt beskriven alternativ metod för att reducera antalet leverantörer. Bolaget har även gjort gällande att indelningen i produktgrupper har haft en diskriminerande verkan som inneburit att små och medelstora leverantörer stängts ute. Vad gäller proportionalitetsbedömningen finner länsrätten inledningsvis att den upphandlande myndigheten har en viss frihet i valet av utvärderingsmodell. Landstinget har i upphandlingen valt en modell som utgår från indelning i produktgrupper vilket i sig är godtagbart. Huruvida det finns en alternativ modell som eventuellt skulle kunna ge ett bättre resultat i något avseende saknar enligt länsrättens mening betydelse. Det väsentliga för länsrättens prövning är istället om den modell landstinget faktiskt valt är ägnad att ge ett rättvisande resultat, d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Landstingets produktgruppsindelning bygger på dokumentet med titeln Klara krav?! framtaget av den s.k. KRAV-gruppen hos nätverket

NIKOLA. Av dokumentet framgår att det är avsett att användas vid upphandling och att gruppen bl.a. arbetat med klassificering av innebörd att produkter grupperats i lagom hanterliga boxar. Mot bakgrund härav, samt vad som upplysts om KRAV-gruppens sammansättning, får den indelning som gjorts anses i sig rimlig och godtagbar. Vad sedan gäller indelningens faktiska verkan får länsrätten utgå från vad som upplysts om produktgrupp 34-44. I denna grupp har fem leverantörer lämnat anbud, varav fyra lämnat anbud avseende minst tio av elva produkter inom gruppen. Bolaget har lämnat anbud avseende sju av elva produkter och haft lägst pris avseende tre av dessa. De flesta leverantörerna har således haft möjlighet att lämna anbud avseende de flesta produkterna och de som inte haft möjlighet att lämna anbud avseende samtliga produkter har ändå haft möjlighet att delta i upphandlingen med tillämpning av fiktivt pris. Bolaget har endast lämnat lägst pris för ett begränsat antal produkter och det är inte heller känt hur en prisjämförelse skulle ha utfallit vid en annan produktgruppsindelning. Därvid beaktas att priserna då skulle kunna vara annorlunda. Någon lämpligare indelningsgrund, som totalt sett skulle ha givit ett bättre utfall har inte presenterats. Vid en samlad bedömning får därför även det andra steget i proportionalitetsbedömningen anses uppfyllt. Något som tyder på att produktgruppsindelningen haft en diskriminerande verkan gentemot små och medelstora leverantörer har enligt länsrättens mening inte framkommit.

Vad slutligen gäller det tredje steget i proportionalitetsbedömningen, d.v.s. 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, finner länsrätten följande. Bolaget har fått vidkännas en negativ effekt eftersom det inte fått leverera samtliga produkter för vilka det erbjudit lägst pris och eventuellt någon ytterligare produkt som skulle kunna ha ingått i en på visst sätt bestämd smalare produktgrupp. Landstinget har eftersträvat att dels skriva avtal med ett begränsat antal leverantörer, dels få till stånd en praktiskt genomförbar utvärdering,

dels låta så många leverantörer som möjligt delta i upphandlingen. Jämfört med landstingets sålunda redovisade syften kan den negativa effekt bolaget fått vidkännas inte anses oproportionerlig eller överdriven. Sammantaget kan landstinget genom den valda produktgruppsindelningen varken anses ha åsidosatt proportionalitetsprincipen eller likabehandlingsprincipen.

Fiktivt pris

Inledningsvis instämmer länsrätten i Konkurrensverkets bedömning att användande av fiktivt pris i sig får anses vara en lämplig och effektiv metod för att uppnå syftet att skapa jämförbarhet mellan anbud.

Fråga är därefter närmast om ett lägre fiktivt pris ska anses utgöra en mindre ingripande åtgärd. Även i denna del får länsrätten vid sin bedömning utgå från produktgrupp 34-44. Därvid har framkommit (se Konkurrensverkets yttrande punkt 33) att den vinnande anbudsgivaren har lämnat ett särskilt konkurrenskraftigt anbud inom produktgrupp 34-44. De tre anbudsgivare, som utöver vinnande anbudsgivare och bolaget lämnat anbud, har inte sänkt sina priser i motsvarande utsträckning. Några av de prisuppgifter som lämnats av dessa tre leverantörer inom produktgrupp 34-44 är högre än det fiktiva priset. Ett lägre prispåslag skulle kunna medföra ett incitament för leverantörer att inte lämna anbud rörande produkter de har i sitt sortiment, vilket sannolikt inte vore önskvärt. Länsrätten finner lika med Konkurrensverket att vad som sålunda upplysts talar emot att ett lägre prispåslag skulle utgöra en mindre ingripande åtgärd. Bolaget har inte heller presterat någon utredning som utvisar att det skett ett sådant prisfall i marknaden som bolaget gjort gällande. Åtgärden att använda fiktivt pris på sätt som skett får därför anses nödvändig för att uppnå det eftersträlvade syftet.

Mot bakgrund av det ovan sagda kan åtgärden inte heller anses få en negativ effekt som är oproportionerlig eller överdriven i förhållande till det ef-

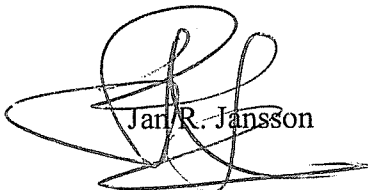
tersträvade syftet att skapa jämförbarhet mellan anbuden. Syftet får i sig anses legitimt eftersom det ger leverantörer som inte kan erbjuda samtliga produkter inom en viss produktgrupp möjlighet att delta i upphandlingen. Användningen av fiktivt pris på sätt som skett kan heller inte anses stå i strid mot likabehandlingsprincipen.

Transparensprincipen

Bolaget har gjort gällande att landstinget vid upphandlingens genomförande brutit mot LOU:s krav på transparens och förutsebarhet. Enligt bolaget präglas beskrivningen av utvärderingsmodellen i kravspecifikationen av en rad oklara avsiktsförklaringar. Därtill har mycket litet information lämnats om hur utvärderingen faktiskt skulle genomföras. Otydligheten i utvärderingsmodellen blir uppenbar inte minst om man betänker att inte ens Konkursverket med all sin juridiska och ekonomiska kompetens kunde ta ställning slutligt på basis av det material som förekommit i upphandlingen. Vidare har det, så sent som under Konkursverkets handläggning, tillkommit uppgifter vilka har ändrat bolagets bild av hur utvärderingen har gjorts.

Även om det inte varit helt klart hur beräkningarna gjorts i samband med prisjämförelserna vid utvärderingen har en leverantör ändå kunnat avgöra vad landstinget skulle komma att tillmäta betydelse vid upphandlingen. Enligt länsrättens mening har utvärderingsmodellen varit så utformad att den varit ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Sammantaget föreligger således inte grund för ingripande med stöd av LOU.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (DV 3109/1D).



Jan R. Jansson

Länsrätten i Jönköpings län
Box 2201
550 02 Jönköping

Mål nr 1233-09 Sanicare AB ./ Landstinget i Jönköpings län

Länsrätten i Jönköpings län har anmodat Konkurrensverket att avge skriftligt yttrande i målet i den del som gäller frågan om Landstinget i Jönköpings län använt/upphandlat ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindrats, begränsats eller snedvridits. Yttrandet ska besvara frågan om tillämpning av den utvärderingsmodell som är aktuell i målet kan anses stå i strid med reglerna i LOU och artikel 32.2 femte stycket i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

BAKGRUND

1. Landstinget i Jönköpings län (Landstinget) har genomfört en offentlig upphandling av ramavtal för inkontinenshjälpmedel. Upphandlingen har handlagts som en öppen upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU).
2. Ramavtalet avser perioden 2009-10-01 – 2011-09-30 med möjlighet till 24 månaders förlängning. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas med hänsyn till kriterierna Funktion 50 %, Pris 40 % och Miljö 10 %. Ramavtalet omfattar totalt 108 produkter, som utifrån vad som framgår i bilaga 1 till förfrågningsunderlaget, grupperats i 13 produktgrupper. En av dessa är produktgrupp 34 – 44 "Med spärrskikt vuxen, för fixering i byxa". I Kravspecifikation till förfrågningsunderlaget anges följande:

"Upphandlingsgruppen avser att i största möjliga mån begränsa antalet leverantörer. Det finns flera syften med begränsningen bland annat så har nya LOU försvårat möjligheten att upphandla från flera leverantörer. Förhoppningsvis så ger det också lägre priser då volymerna blir större för den som vinner upphandlingen.

Utvärdering

Produktgrupperna kommer att värderas var för sig men en sammanvägning av resultaten görs och om möjligt utses en "huvudleverantör" (har samtliga efterfrågade artiklar plus ett brett sortiment för barn/vuxna). I första hand försöker vi hitta "huvudleverantören" är detta inte möjligt så blir nästa steg i utvärdering att finna en leverantör per grupp inkontinensartiklar barn/vuxen/bäddutrustning.

I de fall anbudsgivaren inte har efterfrågad artikel så räknar vi in upphandlad artikel med nuvarande pris + 4 % för att få en jämförande kostnad.

Sortiment

Av erfarenhet så vet vi att utbudet av artiklar är stort och utvärdering blir nästintill omöjlig om allt ska kostnadsberäknas och jämföras. Vi kommer därför att titta på aktuell förbrukning och kostnadsberäkna de storlekar och utformningar som har historiskt väsentligt värde."

3. Sedan Landstinget skickat upplysningar om tilldelningsbeslutet till anbudsgivarna i upphandlingen, har Sanicare AB (Sanicare) ansökt om överprövning enligt LOU. Sanicare har gjort gällande att Landstinget har brutit mot de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och proportionalitet och därmed mot 1 kap. 9 § LOU samt mot artikel 32.2 femte stycket i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (direktiv 2004/18/EG).
4. Till stöd för sin talan har Sanicare anfört sammanfattningsvis följande. Den utvärderingsmodell som Landstinget tillämpat missgynnar, i strid med likabehandlingsprincipen, små och medelstora företag och innebär en påtaglig konkurrensbegränsning. Den diskriminerande effekt som utvärderingsmodellen ger är oproportionerlig i förhållande till Landstingets syfte med att använda den inte minst därför att mindre ingripande alternativ finns. Den indelning i produktgrupper som gjorts är olämplig, bland annat avseende positionerna 34 – 44, eftersom produkter som är mycket olika och har såväl olika funktion som användargrupper, har lagts samman. Det prispåslag om fyra procent som tillämpas är inte så stort i sig, men på grund av att prisnivåerna sjunkit med omkring 20 procent jämfört med föregående upphandling, är det prispåslag som används gentemot leverantörer som inte kan offerera produkter på vissa av de efterfrågade positionerna, betydligt högre än fyra procent. Prispåslaget har ingen förankring i det verkliga prisläget på marknaden, är oproportionerligt jämfört med det eftersträvade syftet och får en diskriminerande effekt. Utvärderingsmodellen strider mot likabehandlingsprincipen då den gynnar stora leverantörer med ett brett sortiment på bekostnad av små leverantörer med ett lika bra, men smalare sortiment. Utvärderingsmodellen snedvrider konkurrensen på marknaden för inkontinensartiklar eller begränsar i vart fall möjlighe-

terna till effektiv konkurrens i den aktuella upphandlingen. Mindre ingripande alternativ skulle kunna vara att antingen använda ett lägre prispåslag eller att tillämpa något smalare produktgrupper i upphandlingen. Artikel 32.2 femte stycket direktiv 2004/18/EG, som införts i svensk rätt genom 1 kap. 9 § LOU har en indirekt effekt.¹ Förbudet i artikeln mot att använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids innebär att det för att ett visst fall av ramavtalsanvändning ska vara förbjudet är tillräckligt att den faktiska effekten av ramavtalet är att konkurrensen begränsas. Vidare hävdar Sanicare att det i artikel 32.2 femte stycket, till skillnad från t.ex. artikel 81 i EG-fördraget och 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579) inget krav på märkbarhet, vilket innebär att även mycket ringa konkurrensbegränsningar omfattas av förbudet i artikel 32.2 femte stycket.

5. Landstinget bestrider Sanicares talan och anför i huvudsak följande. Landstinget har inte brutit mot de gemenskapsrättsliga principerna. Den utvärderingsmodell som använts i upphandlingen är väl avvägd och gynnar små och medelstora leverantörer. Landstinget önskar inom ramen för upphandlingen att skriva avtal med ett fåtal leverantörer. Syftet med att begränsa antalet leverantörer åsyftar inte själva upphandlingsfasen. Den uppdelning i produktgrupper som Landstinget valt är inte oproportionerlig. Uppdelningen följer en klassificering som framtagits efter ett branschsamarbete och syftar till att öppna möjligheten till fler antagna leverantörer. Gränsdragning kan inte innebära, vilket inte heller krävs enligt LOU, att varje enskild produkt ska utgöra en egen utvärderingsklass. Det i upphandlingen använda prispåslaget är bestämt utifrån vad Landstinget bedömt vara skäligt i förhållande till hur prisbilden ser ut på marknaden. Landstinget kan inte vitsorda att prisnivåerna generellt har sjunkit med 20 procent. Prispåslaget gäller lika för alla leverantörer och innebär en avvägning mellan å ena sidan en lämplig och tillämpbar uppdelning och å andra sidan en rimlig, icke-diskriminerande och proportionell metod för att skapa jämförbarhet. Landstinget menar att det utnyttjat möjligheterna till konkurrens på ett sätt som står i överensstämmelse med de grundläggande principerna. Landstinget har inte använt ramavtalet på ett otillbörligt sätt eller på ett sätt som medför att konkurrensen förhindras eller snedvrids.
6. I målet är i övrigt upplyst att fyra leverantörer utöver Sanicare har lämnat anbud inom produktgruppen 34 – 44. De fyra övriga leverantörerna har ingett uppgift för minst tio av de elva produkter som ingår i produktgruppen. Sanicare har lämnat anbud avseende sju av de elva produkterna och ligger lägst i pris avseende tre av dessa.

¹ Se EG-domstolens dom i mål C-14/83, von Colson och Kamann mot Land Nordrhein – Westfalen.

RÄTTSLÄGET

LOU och de grundläggande principerna

7. LOU ska tolkas och tillämpas i enlighet med upphandlingsdirektivens syfte och lydelse samt EG-domstolens praxis. Huvudsyftet med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna angående offentlig upphandling är fri rörlighet för varor och tjänster och att området ska öppnas för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater.² Domstolen har fastslagit att samordningen på gemenskapsnivå av förfarandena vid offentlig upphandling syftar till att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och att skydda de ekonomiska aktörernas intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och vilka önskar erbjuda varor eller tjänster åt de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat.³
8. I alla upphandlingar ska den upphandlande myndigheten beakta de grundläggande principer som kan härledas ur EG-fördraget och upphandlingsdirektiven. Principerna om likabehandling (inklusive icke-diskriminering), transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande får anses följa av EG-fördragets artiklar 43, 49 och 81⁴.
9. Principen om likabehandling, som utgör grunden för direktiven om offentlig upphandling, innebär en skyldighet att lämna insyn, så att det kan kontrolleras att principen iakttas. Av likabehandlingsprincipen följer att anbudsgivarna ska ges lika möjligheter att utarbeta sitt anbud och att de ska behandlas lika när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten.⁵ Detta innebär att 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 ska tolka tilldelningskriterierna på samma sätt under hela förfarandet. Vid prövningen av anbuden ska tilldelningskriterierna tillämpas objektivt och enhetligt gentemot samtliga anbudsgivare.⁶ Lika fall ska behandlas lika och olikheter ska beaktas.⁷ Det går således inte att ge samma utvärderingspoäng till anbud som förhåller sig olika till det som angetts i förfrågningsunderlaget. Det är inte heller förenligt med upphandlingsdirektiven att ett tilldel-

² Se bl.a. EG-domstolens dom i mål C-26/03, Stadt Halle, punkt 44.

³ Se bl.a. EG-domstolens domar i mål C-470/99 *Universale-Bau*, i mål C-380/98, *University of Cambridge*, punkt 16, och i mål C-237/99, *kommissionen mot Frankrike*, punkt 41.

⁴ Artikel 81 i EG-fördraget och 2 kap 1 § konkurrenslagen (2008:579) reglerar konkurrensbegränsande samarbete och omfattar samarbete mellan två eller flera företag.

⁵ Se bl.a. EG-domstolens domar i mål C-470/99 *Universale-Bau*, punkt 91-93, i mål nr C-19/00, *SIAC Construction*, punkt 34, i mål C-324/98, *Telaustria och Telefonadress*, punkt 61, och i mål C-92/00, *HI*, punkt 45.

⁶ Se EG-domstolens dom i mål C-19/00, *SIAC Construction*, punkt 41-44.

⁷ Se EG-domstolens dom i förenade målen 21/03 och 34/03 *Fabricom SA*, punkt 27.

ningskriterium i själva verket har den verkan att en upphandlande myndighet ges en obegränsad valfrihet när den tilldelar en anbudsgivare ett kontrakt.⁸

10. Proportionalitetsprincipen hör enligt EG-domstolens fasta rättspraxis till gemenskapsrättens allmänna principer. Nationella myndigheter måste, när de tillämpar gemenskapsrätten, följa proportionalitetsprincipen, även i fall då de har en vidsträckt bedömningsfrihet. Principen innebär att alla åtgärder som vidtas ska vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. I valet mellan olika åtgärder ska en medlemsstat välja den som leder till minsta möjliga störning för den ekonomiska verksamheten.⁹ Det måste således finnas ett rimligt förhållande mellan det eftersträvade målet och de vidtagna åtgärderna. Åtgärderna måste vara ägnade att åstadkomma det eftersträvade målet samtidigt som det som drabbar den som påverkas av åtgärderna inte får vara oproportionerligt i förhållande till nyttan för det allmänna.¹⁰

11. Enligt EG-domstolens praxis ska en bedömning av om proportionalitetsprincipen åsidosatts genomföras som en "strukturerad avvägning" av motstående intressen. En tolkning av EG-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.¹¹ EG-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 ska bedömas.

⁸ Se EG-domstolens dom i mål 31/87 Beentjes, punkt 26, C-19/00 SIAC Construction, punkt 37 och C-513/99 Concordia Bus Finland, punkt 61.

⁹ Se t.ex. EG-domstolens dom i mål C-15/83 Denkavit Nederland eller förstainstansrättens dom i mål T-260/94, Air Inter mot Kommissionen.

¹⁰ Hartley, T.C., The Foundations of European Community Law, 5 uppl, Oxford University Press, 2003, sid 152.

¹¹ De Búrca, Gráinne, The Principle of Proportionality and its Application in EC Law, Yearbook of European Law vol. 13, 1993, sid 146.

Ramavtal – artikel 32.2 femte stycket i Direktiv 2004/18/EG

12. Ramavtal regleras i 5 kap. LOU. I direktiv 2004/18/EG regleras ramavtal i artikel 32 samt i beaktandesats 11. 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.¹²
13. Enligt EG-domstolens rättspraxis syftar de förfaranderegler och grundläggande principer som ska tillämpas inom ramen för offentlig upphandling mot att främja och utveckla en effektiv konkurrens.¹³ Detta framgår också av beaktandesats 2 i preambeln till direktiv 2004/18/EG.
14. 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 ska 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 omfattning bör anpassas efter produktens karaktär, marknadens struktur m.m.¹⁴
15. Europeiska kommissionen har i ett tolkningsmeddelande avseende ramavtal¹⁵ uppgett att artikel 32.2 femte stycket direktiv 2004/18/EG ger uttryck för målet att utveckla en effektiv konkurrens på upphandlingsområdet. Den begränsning om fyra år som gäller för ramavtal uppges vara ett uttryck för att ramavtal inte kan användas på ett sätt som medför konkurrensbegränsning. I tolkningsmeddelandet anges att upphandlingsdirektiven inte fungerar i ett juridiskt vakuum utan att både EG-rättsliga och nationella konkurrensregler gäller för dem.

¹² Liknande regler finns införda i Direktiv 2004/18/EG rörande reglerna om elektroniska auktioner (artikel 54.8 andra stycket) och dynamiska inköpssystem (artikel 33.7, andra stycket) som ännu inte införts i svensk rätt.

¹³ Jfr EG-domstolens dom i mål C-247/02 Sinesi, punkt 35, i mål C-27/98, Fracasso och Leitschutz, punkt 26, i de förenade målen C-285/99 och C-286/99, Lombardini och Mantovani, punkt 34 samt i mål C-470/99, Universale-Bau m.fl., punkt 89.

¹⁴ Se proposition 2006/07:128, Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, sid 168, 172-173 och 333.

¹⁵ "Explanatory note – Framework agreements – Classic Directive Document corresponding to document CC/2005/03_rev 1 of 14.7.2005, sid 5-6. Endast tillgänglig på engelska.

Små och medelstora företag

16. Enligt Kommissionens kodex för bästa praxis för att underlätta små och medelstora företags tillträde till offentlig upphandling¹⁶ anses små och medelstora företag utgöra ryggraden i EU:s ekonomi. För att i största möjliga mån ta tillvara deras potential när det gäller skapande av arbetstillfällen, tillväxt och innovation, bör deras tillträde till marknader för offentlig upphandling underlättas. Detta innebär dock inte att en offentlig upphandling får utformas på ett sätt som medför att ett enskilt företag eller en särskild typ av företag ges ett företräde i förhållande till andra företag. EG-domstolen har gjort bedömningen att skydd för små och medelstora företag inte omfattas av EG-fördragets möjlighet att medge sådana avsteg från principerna vilka grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa.¹⁷

Utvärderingsmodeller

17. En upphandlande myndighet som har beslutat att den kommer att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, ska på ett transparent och förutsebart sätt ange alla de tilldelningskriterier som den kommer att tillmäta betydelse och deras inbördes vikt. För att göra anbuden jämförbara används en utvärderingsmodell i vilken specificeras hur anbud kommer att värderas utifrån en sammanvägning av hur väl de uppfyller respektive kriterium.¹⁸ Med en i förfrågningsunderlaget specificerad utvärderingsmodell kan anbudsgivaren på ett optimalt sätt anpassa sitt anbud för att tillmötesgå de uppställda kriterierna.¹⁹

18. Regelverken om offentlig upphandling innehåller inte några närmare formregler för hur en anbudsutvärdering ska gå till eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad. En upphandlande myndighet kan i princip välja vilken metod som helst för att jämföra anbud så länge den kan anses uppfylla de grundläggande principerna som kan härledas ur EG-fördraget och upphandlingsdirektiven.

19. Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref 50 uttalat att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Regeringsrätten angav vidare att i det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphand-

¹⁶ Arbetsdokument från Kommissionens avdelningar, Europeisk kodex för bästa praxis för att underlätta små och medelstora företags tillträde till offentlig upphandling, SEC (2008) 2193, sid. 3-4.

¹⁷ Se EG-domstolens dom i mål C-360/98 Kommissionen mot Italien, punkt 13-14.

¹⁸ Se Anders Lunander och Arne Andersson, "Metoder vid utvärdering av pris och kvalitet i offentlig upphandling", Konkurrensverkets uppdragsforskningsserie: 2004:1.

¹⁹ Se vidare Che Y-K "Design competition through multidimensional auctions", RAND Journal of Economics, Vol 24, No 4, Winter 1993.

lande enheten tillmäter betydelse och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

BEDÖMNING

20. Konkurrensverket konstaterar inledningsvis att regeln i artikel 32.2 femte stycket direktiv 2004/18/EG, enligt proposition 2006/07:128 torde ingå i 1 kap. 9 § LOU.²⁰ Regeln får därmed anses ha en indirekt effekt.²¹ Det förbud emot att använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids som framgår av artikel 32.2 femte stycket är således gällande rätt i Sverige.
21. I enlighet med den bedömning som görs i proposition 2006/07:128, anser Konkurrensverket att regeln i artikel 32.2 femte stycket får antas syfta mot att undvika att tillämpningen av ramavtal ger upphov till exempelvis monopolliknande situationer.
22. 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 ska uppfylla för den upphandlande myndighetens räkning. Den begränsning som avses i artikel 32.2 femte stycket rör konkurrensbegränsningar av sådan karaktär som de exempelvis beträffande typiskt sett olämpliga ramavtal som anges i förarbetena.²² Regeln i artikel 32.2 femte stycket ger uttryck för en princip om fri konkurrens inom EU.
23. Ramavtal bör således, enligt Konkurrensverket, bedömas utifrån de grundläggande principer som tillämpas vid all offentlig upphandling.

²⁰ Proposition 2006/078:128, sid 333.

²¹ Se EG-domstolens dom i mål C-14/83, von Colson och Kamann mot Italien, punkt 13-14.

²² 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 uppdragstagnarna har olika kompetens.

24. Fråga uppkommer därmed huruvida den utvärderingsmodell som tillämpats i upphandlingen är förenlig med de grundläggande principerna. Sanicare gör i begäran om överprövning gällande att utvärderingsmodellen strider mot principerna om likabehandling och proportionalitet.
25. Den utvärderingsmodell som tillämpats i upphandlingen utgår från att ett antal produktgrupper utvärderas individuellt. En utvärderingsmodell som innebär en indelning i produktgrupper kan, enligt Konkurrensverkets uppfattning, medföra att fler leverantörer har möjlighet att lämna anbud än vad som skulle varit möjligt om ett ramavtal upphandlats avseende samtliga produkter. Produktgrupperingar får inte utformas på ett sätt som medför att de grundläggande principerna träds för när.
26. Inom ramen för den tillämpade utvärderingsmodellen påförs ett fiktivt pris avseende produkter som anbudsgivare inte offererat. Ett sådant system används typiskt sett i syfte att åstadkomma en jämförbarhet mellan anbud vid upphandling av ramavtal med ett stort antal produkter. Vid utformandet av en sådan modell bör beaktas att det fiktiva pris som tillämpas ska vara relevant i nivå i förhållande till den effekt som eftersträvas med tillämpningen. Ett oomtyckerat högt fiktivt pris kan medföra att leverantörer som har konkurrenskraftiga priser avseende enbart ett antal av de produkter som efterfrågas, får försämrade förutsättningar att lämna anbud. Eftersom den upphandlande myndigheten därigenom riskerar att gå miste om särskilt konkurrenskraftiga anbud, föreligger en risk att det avtal som slutligen tecknas inte är så bra som det kunde varit. Ett alltför lågt fiktivt pris kan å andra sidan få effekten att leverantörer ges incitament att inte lämna in anbud avseende alla produkter de har i sitt sortiment, eftersom de istället kan tillgodogöra sig det lägre fiktiva priset vid utvärderingen. Det kan medföra att den upphandlande myndigheten behöver sluta avtal med fler leverantörer än vad som hade varit optimalt.
27. Med hänsyn till att en upphandlande myndighet, enligt proposition 2006/07:128, måste överväga hur ett ramavtal ska utformas för att uppnå konkurrens²³, kan det vara lämpligt att göra en proportionalitetsbedömning i tre steg.²⁴
28. I det *första* steget görs bedömning av om åtgärderna är lämpliga och effektiva för att uppnå de av den upphandlande myndigheten eftersträvalda syftena. Om så bedöms vara fallet görs i det *andra* steget görs en bedömning av om åtgärderna varit nödvändiga för att uppnå de av den upphandlande myndigheten eftersträvalda syftena, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Därefter kan, i ett *tredje* steg göras en bedömning av om den negativa

²³ Se proposition 2006/07:128, sid 172.

²⁴ Se Craig och de Búrca, EU Law, Text, Cases and Materials, sid 545. Se även Kammarrättens i Stockholm dom den 30 december 2008 i mål 4283-08.

effekten som åtgärden får på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Produktgrupperingen

29. Landstinget har i Kravspecifikation till förfrågningsunderlaget angett att det i största möjliga mån eftersträvat att begränsa antalet leverantörer i avtalet. Landstinget har sedermera uppgett att uppdelningen i produktgrupper syftar mot att säkerställa att så många leverantörer som möjligt kan delta i upphandlingen. Landstingets mål att få in så många anbud som möjligt i upphandlingen torde inte vara motstridigt mot dess intresse att sluta avtal med ett fåtal leverantörer. Konkurrensverket anser att den i målet aktuella indelningen i produktgrupper varit en lämplig och effektiv åtgärd att uppnå detta syfte.
30. Sanicare har i målet gjort gällande, att en tillämpning av något smalare produktgrupper skulle ha varit en mindre ingripande åtgärd. Den upphandlande myndigheten bör vid utformningen av produktgrupper sträva efter att nå en sådan sammansättning av produkter som möjliggör konkurrens. Proportionalitetsbedömningen i denna del kan inte utsträckas till en nivå som medför att varje produkt ska utgöra en egen utvärderingsklass. Konkurrensverket noterar att fem leverantörer lämnat anbud inom produktgruppen 34 – 44 i dess nuvarande utformning. Fyra av dessa har lämnat anbud avseende minst 10 av 11 produkter inom gruppen. Konkurrensverket har inte underlag att bedöma vilket utfallet skulle ha blivit med något smalare produktgrupper, som förespråkas av Sanicare, men vill framhålla att det, utifrån den dokumentation som Konkurrensverket har tillgång till, inte är uppenbart att ett bättre utfall skulle ha erhållits. Konkurrensverket vill vid denna bedömning också framhålla att anbudsgivare som inte har möjlighet att leverera samtliga produkter inom en produktgrupp, genom tillämpning av ett fiktivt prispåslag, medges att lämna anbud. Konkurrensverket noterar att Sanicare har förbehållit sig möjlighet att slutföra sin talan avseende det branschsammanstatta nätverket efter det att Konkurrensverkets yttrande inhämtats i målet. Det kan därför inte uteslutas att en bedömning av huruvida det finns ett mindre ingripande alternativ avseende indelningen i produktgrupper, kan påverkas av tillkommande uppgifter.
31. En bedömning av 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 blir aktuell för det fall att rätten bedömer att den indelning som gjorts är godtagbar såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Den skada som Sanicare menar att det lidit består, enligt bolaget, i att det inte haft någon realistisk möjlighet att tilldelas ramavtal. För det fall att denna skada kan anses föreligga bör den vägas mot Landstingets behov av att sluta ramavtal med ett fåtal leverantören samt att

Landstinget vidtagit åtgärder för att öppna upp för att så många anbudsgivare som möjligt ska kunna lämna anbud.


Fiktivt pris

32. Av handlingarna i målet framgår att Landstinget använt ett fiktivt pris i syfte att skapa jämförbarhet mellan anbuden. Den valda metoden är enligt Konkurrensverket en lämplig och effektiv metod att uppnå detta syfte.
33. Vid prövningen av om det fiktiva priset kunde ha utformats på ett mindre ingripande sätt utgår Konkurrensverket från den av Sanicare föreslagna åtgärden att en mindre ingripande åtgärd skulle vara ett lägre fiktivt prispåslag. Konkurrensverket noterar inom ramen för bedömningen att det av handlingarna i målet framgår att den vinnande anbudsgivaren har lämnat in ett särskilt konkurrenskraftigt anbud inom produktgrupp 34 - 44. De tre anbudsgivare, som utöver den vinnande anbudsgivaren och Sanicare har lämnat anbud, har inte sänkt sina priser i motsvarande utsträckning. Några av de prisuppgifter som ingetts av dessa tre leverantörer inom produktgruppen 34 - 44 är högre än det fiktiva priset. Ett lägre prispåslag avseende denna produktgrupp skulle kunna medföra ett incitament för leverantörer att inte lämna anbud rörande produkter som de har i sitt sortiment, vilket sannolikt inte vore önskvärt. Detta talar emot att ett lägre prispåslag inom produktgruppen 34 - 44 skulle utgöra en mindre ingripande åtgärd.
34. Konkurrensverket kan mot denna bakgrund inte finna att tillämpningen av ett fiktivt pris eller den nivå som tillämpats för detta får en negativ effekt som är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Användningen av ett fiktivt pris medför den positiva effekten att jämförbarhet skapas inom produktgrupperna. Därmed ges leverantörer som inte har möjlighet att leverera samtliga produkter ändå möjlighet att delta i upphandlingen.
35. Sammanfattningsvis finner Konkurrensverket att det som hittills anförts av Sanicare ger vid handen att principerna om likabehandling och proportionalitet inte trätts för när i denna upphandling. Konkurrensverket konstaterar att samtliga leverantörer som deltagit i upphandlingen, såvitt kunnat bedömas, har behandlats lika utifrån kontraktshandlingarna och vid utvärderingen.

SLUTSATS

36. Utifrån den utredning som Konkurrensverket tagit del av, kan verket inte finna att tillämpning av den utvärderingsmodell som är aktuell i målet står i strid med reglerna i LOU och artikel 32.2 femte stycket direktiv 2004/18/EG.

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit upphandlingssakkunnig Charlotte Brunlid.


Dan Sjöblom



Charlotte Brunlid