

PM 2 2013-06-14 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom upphandlingsförutsättningar som strider mot bestämmelserna om offentlig upphandling (för kort anbudsfrist).

Luleå kommun har påbörjat en upphandling avseende transporter med riksfärdtjänst på ett sådant sätt att tidsfristen för att komma in med anbud understiger minimifristen 40 dagar enligt gällande bestämmelser om offentlig upphandling. Samtidigt har vissa leverantörer haft fördel av att på annat sätt ha fått information om upphandlingen i förväg.

Luleå kommun (nedan Kommunen) har genom annons som skickades den 28 mars 2013 till Europeiska kommissionen (OPCE) för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED, infordrat anbud avseende transporter med riksfärdtjänst¹ (dnr 13/169).²

Av punkterna IV.1.1 och IV.3.4 i annonsen om upphandling framgår att denna handläggs i ett s.k. *öppet förfarande* och att sista datum för mottagande av anbud är den 19 april 2013, kl. 14.00. Den utsatta fristen för avgivande av anbud uppgår således till knappt 22 dagar. Någon förhandsannonsering³ i EUT och TED har inte förekommit.

En upphandling med samma innebörd och villkor för anbudsgivningen hade tidigare påbörjats i ett s.k. *förenklat förfarande* genom annons som skickades för publicering i nationell databas, Opic Visma TendSign, den 4 mars 2013. Även i denna upphandling angavs sista datum för mottagande av anbud till den 19 april 2013, kl. 14.00 och uppgick därmed till 47 dagar (dnr. 13/113). Denna upphandling har sedermera avbrutits.

Båda de aktuella upphandlingarna avser enligt vad som kunnat utredas identiskt samma tjänst, nämligen Kommunens behov av transporter för färdtjänstberättigade med riksfärdtjänst.

Även om detta inte klart framgår av tillgänglig dokumentation förefaller det antagligt att Kommunens öppna upphandlingsförfarande, med diarienummer 13/169 har kommit att ersätta det avbrutna förenklade förfarandet med diarienummer 13/113.

Avtalstiden har i båda de aktuella fallen angivits till att avse perioden den 1 januari 2014 till och med den 31 december 2015, med möjlighet till ett års förlängning, således totalt 36 månader inklusive förlängningsåret.

Det s.k. kontraktsvärdet av den aktuella upphandlingen kan uppskattas till minst c:a 700.000 kronor per år eller 2,1 miljoner kronor under den aktuella treåriga avtalstiden. Kommunen har samtidigt utlyst en upphandling avseende färdtjänst med ett kontraktsvärde på c:a 10 miljoner kronor per år (se Konkurrenskommissionens utredningspromemoria KKO 13-009). Det samlade kontraktsvärdet av dessa båda upphandlingar ska enligt gällande bestämmelser⁴ således uppskattas till c:a 10,7 miljoner kronor per år, eller totalt c:a 32,1 miljoner kronor under avtalens fulla löptid, inklusive förlängningsår.

Förvaltningsrätten i Luleå har i dom av den 30 april 2013 förordnat att den aktuella upphandlingen (dnr. 13/169) ska göras om.⁵

¹ Med riksfärdtjänst avses enligt lagen (1997:735) om riksfärdtjänst resor för personer vilka, till följd av ett stort och varaktigt funktionshinder, inte kan resa till normala reskostnader. Resa med riksfärdtjänst kan komma att utgöras av tåg 2:a klass, buss i linjetrafik eller taxi.

² EUT/TED dokumentnummer 2013/S 064-107671

³ Med förhandsannonsering avses enligt 7 kap. 2 § LOU en annons i EUT och TED med information om de kontrakt eller ramavtal som den upphandlande myndigheten avser att tilldela respektive ingå under de närmast följande tolv månaderna.

⁴ Jfr. 3 kap. 7 § LOU (se vidare nedan).

⁵ Förvaltningsrätten i Luleå, dom av den 30 april 2013 i mål 762-13.

Gällande rätt

Upphandling av bl.a. offentliga tjänstekontrakt som har påbörjats efter den 1 januari 2008 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Lagen har kommit till som en följd av bl.a. Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).⁶

Regelverket för hur en upphandling ska annonseras och i övrigt genomföras styrs av värdet av det kontrakt som ska upphandlas och av föremålet för upphandlingen.

Transporttjänster, inkluderat taxitjänster (CPV 60120000-5),⁷ inkluderat passagerartransport på väg för särskilda ändamål (CPV 60130000-8) eller annars icke-reguljär passagerartransport (CPV 60140000-1), järnvägstransporter (CPV 60200000-0), flygtransporter (CPV 60400000-2) samt resebyråtjänster och liknande tjänster (CPV 63510000-7) utgör sådana A-tjänster för landtransport, även säkerhets- och kurirtransporter med undantag av postbefordran (kategori 2 enligt bilaga 2 till LOU) som om det s.k. kontraktsvärdet av aktuella tjänster överstiger gällande tröskelvärde ska upphandlas enligt de direktivstyrda bestämmelserna i 1-14 kap. LOU.

Enligt 3 kap. 3 § LOU ska vid tröskelvärdesberäkning, värdet av förekommande tjänstekontrakt uppskattas till det totala belopp som skall betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Beräkningen får enligt 3 kap. 10 § andra stycket LOU inte göras så att den kringgår lagens bestämmelser.

Om en planerad anskaffning av tjänster kan innebära att flera kontrakt upphandlas samtidigt i form av delkontrakt ska, enligt 3 kap. 7 § LOU, det sammanlagda värdet av delkontrakten beaktas vid beräkningen av kontraktsvärdet. Om tröskelvärdet då överskrids ska varje enskild upphandling av delkontrakt överstigande 80.000 euro eller c:a 759.200 kronor⁸ göras enligt bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i LOU.

Tröskelvärdet för kommunal upphandling av A-tjänster inom den s.k. klassiska sektorn uppgår sedan den 1 januari 2012 till 1.897.540 kronor.⁹

Frågan om grunderna för vilka anbud som ska antas är central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Syftet med de upphandlingsrättsliga reglerna är bland annat att säkerställa den lagliga efterlevnaden av EU-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna.¹⁰ Det har därför i 1 kap. 9 § LOU införts ett antal unionsrättsligt grundade principer som oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid offentlig upphandling. Däribland principen om *likabehandling och ickediskriminering*.

⁶ Klassiska upphandlingsdirektivet ersätter sedan den 31 januari 2006 det tidigare gällande direktivet 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet).

⁷ CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. – Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003 (numera ändrad genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV, vilken trädde i kraft den 13 september 2008).

⁸ Beräkningen baseras på samma eurokurs, 9,49 kronor, som har fastställts av Europeiska kommissionen för beräkning av gällande tröskelvärden.

⁹ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Tillkännagivande ska ske till exakt belopp angivet i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av bl.a. A-tjänster inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten inte är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet) för närvarande till 200.000 euro eller 1.897.540 svenska kronor – se vidare Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2011:1575) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹⁰ De grundläggande principer som åsyftas finns inskrivna i 1 kap. 9 § LOU och följer av tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG (numera avdelning IV Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF).

Kravet på *likabehandling* har i lagförarbetena till LOU förklarats bl.a. så att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt. Alla måste t.ex. få den information som är av relevans för upphandlingen vid samma tillfälle.¹¹

Vidare följer av regleringen i LOU en skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons¹² inhämta konkurrerande anbud.¹³ Vid bl.a. upphandling av A-tjänster över tröskelvärde ska en annons om upphandling på snabbast lämpliga sätt sändas till Europeiska kommissionen för publicering i EUT och i databasen TED.¹⁴

Vid ett *öppet förfarande* uppgår tidsfristen för annonsering av en A-tjänstupphandling över tröskelvärde, enligt huvudregeln i 8 kap. 2 och 5-6 §§ LOU till åtminstone 40 dagar.¹⁵

Endast undantagsvis får den upphandlande myndigheten, enligt 4 kap. 5-9 §§ LOU tillämpa *förhandlad upphandling utan föregående annonsering* eller *direktupphandling*, vilket inte innefattar något krav på annonsering.

Dylik s.k. direkttilldelning får som huvudregel inom den klassiska sektorn ske endast om följande förutsättningar är uppfyllda:

- upphandlingens värde är lågt¹⁶ eller det föreligger synnerliga skäl såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande myndigheten,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör,
- upphandlingen gäller vissa nödvändiga och brådskande kompletterande tjänster, eller
- upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tjänster som tidigare varit föremål för öppen eller selektiv upphandling från samma leverantör och värdet av det nya kontraktet ingått i tröskelvärdesberäkningen av värdet av det ursprungliga projektet.

Undantaget vid synnerlig brådska gäller enbart oförutsedd brådska.¹⁷ Sådan egenförvällad brådska hos den upphandlande myndigheten som kan ha uppkommit till följd av exempelvis bristande planering grundar således inte någon rätt till direktupphandling. Vidare ska enligt EU-domstolens fasta rättspraxis¹⁸ möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EU-fördraget inom området för offentlig upphandling tolkas restriktivt¹⁹ och det ankommer på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.²⁰

¹¹ Se prop. 2006/07:128, s. 137.

¹² Avseende annonseringskravet, se 15 kap. 2 § sista stycket samt 4 § LOU. Avseende skriftlighetskravet, se 15 kap. 8 § LOU.

¹³ Vid upphandling av varor och A-tjänster under tröskelvärde eller av B-tjänster räcker det enligt 15 kap. 4 § LOU med att upphandlingen kungörs i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens.

¹⁴ Se 2 § förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

¹⁵ Om upphandlingen har förhandsannonserats i EUT och TED enligt 7 kap. 2 § LOU kan dock tidsfristen kortas ned till som minimum 22 dagar.

¹⁶ Med *långt värde* avses ett kontraktswärde uppgående till högst 15 procent av gällande tröskelvärde, vilket ifråga om tjänstupphandling inom den klassiska sektorn för närvarande medger direktupphandling inom aktuellt tjänsteslag upp till maximalt c:a 284.000 kronor per bokföringsår, se 15 kap. 3 § andra stycket LOU.

¹⁷ Den nu gällande undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU har förts över till från den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling - ÅLOU. Av lagförarbetsuttalanden (prop. 2001/02:142, s. 99) till bestämmelserna i 2 kap. 11 § (varor) och 5 kap. 17 § (tjänster) ÅLOU, vilka således fortfarande är aktuella (se prop. 2006/07:128, s. 429), framgår i fråga om vad som ska anses motivera synnerlig brådska bl.a. följande: "Regeln är som tidigare avsedd främst för oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling".

¹⁸ Från senare rättspraxis se EU-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i målet C- 157/06, *kommissionen mot Italien*, REG 2008 s. I-7313, p. 23.

¹⁹ Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden av den 17 november 1993 i mål C-71/92, *kommissionen mot Spanien*, REG 1993, s. I-5923, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249.

²⁰ Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens dom av den 10 mars 1987 i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, REG 1987, s. 1039, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249. Från senare års praxis, se också domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28-01, *Kommissionen mot Tyskland*, REG 2003 s. I- 3609, p. 58, samt av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005, s. I-1, p. 46.

Yttrande

Kommunen har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Kommunen är en sådan upphandlande myndighet som vid sina anskaffningar är skyldig att iaktta regelverket i LOU. Som framgår av utredningen i ärendet har Kommunen först infordrat anbud avseende transporter med riksfärdtjänst i ett förenklat förfarande som har annonserats i nationell databas med en anbudsfrist på 47 dagar. Denna upphandling har sedermera avbrutits.

Riksfärdtjänst innefattar transport- och resebyråttjänster (A-tjänster kategori 2). Den aktuella upphandlingens kontraktswärde uppgår uppskattningsvis till c:a 2,1 miljoner kronor. Eftersom Kommunen även samtidigt har påbörjat upphandling av även andra färdtjänsttransporter för c:a 30 miljoner kronor (se KKO 13-009) ska även dessa tas med vid beräkningen av kontraktswärdet. Upphandlingen ska vid dessa förhållanden handläggas enligt de direktivstyrda bestämmelserna som finns införda i 1-14 kap. LOU.

Den sedermera avbrutna upphandlingen med dnr. 13/113, som påbörjades den 4 mars 2013 har annonserats enbart i nationell databas och således utlysts på ett felaktigt sätt.

En annons om den nu aktuella upphandlingen, med dnr. 13/169, har därefter skickats av Kommunen för annonsering i EUT och TED med en anvisad anbudsfrist på 22 dagar. Denna anbudsfrist understiger dock den i LOU föreskrivna minsta godtagbara anbudfristen på 40 dagar. Härigenom strider förfarandet mot regleringen i 8 kap. 2 och 5-6 §§ LOU, som syftar till att bl.a. säkerställa öppenhet och likabehandling av leverantörer.

Den omständigheten att upphandlingen tidigare har annonserats i nationell databas och föremålet för upphandlingen eller anbudsförutsättningarna i väsentligt avseende därefter inte har ändrats medför att vissa leverantörer kan ha fått insyn i förfrågningsunderlagets relevanta delar redan innan upphandlingen annonserades i EUT och TED. Dessa leverantörer har på så sätt haft viss fördel framför de leverantörer som enbart informerats genom EUT och TED. Eftersom alla leverantörer därigenom inte har fått den information som är av relevans för upphandlingen vid ett och samma tillfälle brister upphandlingen även i fråga om likabehandling enligt 1 kap. 9 § LOU.

Någon sådan synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och som gjort det omöjligt att hålla de i LOU angivna tidsfristerna vid ett öppet förfarande med föregående annonsering, har inte ens påståtts föreligga på ett sätt som skulle medge Kommunen undantag från det annars enligt LOU gällande kravet på annonsering med en viss minsta anbudsfrist på 40 dagar vid öppen upphandling. Någon annan grund enligt LOU som gör att Kommunens aktuella upphandling skulle vara undantagen från kravet på likabehandling och bestämmelserna om anbudsfrist föreligger heller inte.

Kommunens aktuella förfarande innebär således en överträdelse av LOU och den unionsrättsliga principen om likabehandling och icke-diskriminering. Konkurrensen på marknaden för riksfärdtjänst och likande transport- och resebyråttjänster har därigenom snedvridits.