

PM 2 2020-10-08 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom vilseledande information om överprövning av offentlig upphandling.

En kommun har lämnat viss information till en anbudsgivare om möjligheten att ansöka om överprövning av en tilldelning. Efter att anbudsgivaren följt dessa instruktioner har kommunen i domstol åberopat att detta varit felaktigt, leverantörens talan har därefter avvisats.

Piteå kommun (nedan Kommunen) beslutade den 20 maj 2019 om tilldelning av kontrakt i en upphandling om antagande av trafikoperatör för kollektivtrafik med buss.¹ Upphandlingen handlades med stöd av upphandlingsstödet Kommers.² Ett meddelande om tilldelningen skickades samma dag till samtliga anbudsgivare med bland annat uppgift om att den avtalsspärr, under vilken tid leverantörer har på sig att ansöka om överprövning, löpte fram till utgången av den 3 juni 2019.

Efter att en anbudsgivande leverantör (här angiven som Anbudsgivare X) begärt att få del av viss dokumentation om tilldelningen förlängde Kommunen avtalsspärren fram till och med den 5 juni 2019. Ett meddelande om detta skickades till Anbudsgivare X och publicerades samtidigt i upphandlingsstödet Kommers så att det på detta sätt kom även övriga anbudsgivare till del.

Den 5 juni 2019 ansökte Anbudsgivare X hos förvaltningsrätt om överprövning av upphandlingen med yrkande att förfarandet skulle rättas på visst sätt. Rätten beslutade emellertid att avvisa talan med åberopande av att ansökan kommit in för sent, efter utgången av den i meddelandet om tilldelning ursprungligt angivna frist som löpte ut den 3 juni 2019. Enligt förvaltningsrätten fanns det ingen laglig möjlighet för Kommunen att besluta om en längre avtalsspärr efter det att en underrättelse om tilldelningsbeslut hade skickats ut. Meddelandet ansågs heller inte som ett nytt tilldelningsbeslut med följderna att en ny avtalsspärr börjat gälla.³

Efter att Anbudsgivare X överklagat förvaltningsrättens beslut upptogs målet även för prövning i kammarrätt. I yttrande till kammarrätten åberopade Kommunen då särskilt att ansökan om överprövning hade kommit in för sent, och menade att talan därmed rätteligen skulle avvisas.⁴ Kammarrätten beslutade därefter att avslå Anbudsgivare X:s överklagande med samma motivering som förvaltningsrätten, att talan hade väckts för sent.⁵

Rättslig reglering

Med *offentlig upphandling* avses bland annat förfarandet till och med tilldelning av ett kontrakt med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och enheter och som avser bland annat tillhandahållande av tjänster mot ersättning.

Upphandling inom de s.k. försörjningssektorerna för bland annat kollektivtrafik med buss regleras sedan den 1 januari 2017 genom lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna - LUF. Bestämmelserna är en följd av bland annat kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster samt det s.k. LUF-direktivet (2014/25/EU).⁶

¹ Upphandlingen "Kollektivtrafik med Buss 2020" avser bl.a. tjänsten som trafikoperatör för Piteå kommuns kollektivtrafik med buss i tätorten under perioden 2020-07-01 – 2030-06-30. Upphandlingen har ursprungligen utlysts enligt ett meddelande om upphandling som den 7 december 2018 skickades för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED. "Sverige-Piteå: Bussar för kollektivtrafik (2018/S 238-544845) Meddelande om upphandling – försörjningssektorerna –Tjänster. Det CPV-nummer (34121100) varmed upphandlingen utlysts avser emellertid varukontrakt innefattande köp av bussar och sålunda överhuvudtaget inte busstrafik- eller andra kollektivtrafiktjänster.

² Kommers är ett webbaserat upphandlings- och inköpssystem som bland annat upphandlande myndigheter och enheter kan använda som administrativt verktyg för sina upphandlingar.

³ Se Förvaltningsrätten i Luleås beslut av den 7 juni 2019 i mål nr. 1249-19.

⁴ Se Kommunens yttrande av den 6 september 2019, aktbilaga 19 i Kammarrätten i Sundsvalls mål nr. 1786-19.

⁵ Se Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 7 oktober 2019 i mål nr. 1786-19, avgörandet har vunnit laga kraft.

⁶ Europaparlamentets och Rådets direktiv (2014/25/EU) av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

Syftet med regelverket är att främja konkurrensen och den fria rörligheten inom EU genom att säkerställa att upphandlande myndigheter och enheter agerar på ett öppet, marknadsmässigt och icke-diskriminerande sätt.⁷ Inom regelverkets ramar har en upphandlande enhet relativt stor frihet att genomföra upphandlingen på det sätt enheten finner affärsmässigt lämpligt.⁸

Lagen är generellt tillämplig på åtgärder som vidtas av en upphandlande enhet för att anskaffa tjänster genom tilldelning av ett kontrakt.⁹ Till direktivets förfarandebestämmelser är även knutet ett antal rättsmedelsbestämmelser vilka ytterst följer av det s.k. första rättsmedelsdirektivet (89/665/EG) och som för svenskt nationellt vidkommande finns genomförda i 20 och 21 kap. LUF.

Den som tillhandahåller eller driver nät i syfte att tillhandahålla transporttjänster för allmänheten med bland annat buss, utgör enligt legaldefinitionen i 1 kap. 22 § jämförd med 2 kap. 5 § LUF sådana *upphandlande enheter* som obligatoriskt har att följa lagens bestämmelser.¹⁰

Det har i lagen införts ett antal grundläggande principer i 4 kap. 1 § LUF, vilka oavsett förfarande ska iakttas vid upphandling inom försörjningssektorerna. Därbland principerna om *likabehandling* och *öppenhet (transparens)*.¹¹ Av dessa följer att alla leverantörer ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till insyn, så att de exempelvis ges samma relevanta information vid samma tillfälle.¹²

Kollektivtrafik på väg (CPV 60112000)¹³ ingår i tjänstekategori 2, *Landtransport*, och innefattar sådana tjänster som om det s.k. *kontraktsvärdet* överstiger tröskelvärdet 2.197.545 kronor¹⁴ ska upphandlas enligt de direktivstyrda förfarandebestämmelser som anges i 1-18 kap. LUF.

När en upphandlande enhet har fattat ett beslut om att tilldela en leverantör ett avtal i en upphandling inom försörjningssektorerna ska enligt 12 kap. 12 § LUF¹⁵ enheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudsgivarna om beslutet. Underrättelsen ska innehålla skälen för beslutet och uppgift om den period under vilken den upphandlande enheten inte får ingå avtal (avtalsspärr) med anledning av den beslutade tilldelningen.

Om underrättelsen skickas elektroniskt ska avtalsspärren gälla i minst tio dagar från det att underrättelsen skickades.¹⁶ En leverantör som vill ansöka om överprövning av en upphandling ska enligt 20 kap. 11 § LUF ge in ansökan till förvaltningsrätt innan avtalsspärren löper ut.

Någon i LUF föreskriven maximifrist för avtals-spärren finns dock inte. Det kan heller inte utläsas av förarbetena till den svenska lagstiftningen att en upphandlande enhet skulle sakna sådan möjlighet. Myndigheterna är därmed fria att tillämpa en längre spärrperiod än den i lagen angivna minimifristen, om de så finner lämpligt. En myndighet kan exempelvis ange en längre överprövningsfrist

⁷ För den fria rörligheten, se enligt artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget); se även skäl 2, 95 och 97 samt art. 36.1 LUF-direktivet, 4 kap. 1 och 2 §§ och 19 kap. 2 § LUF samt prop. 2015/16:195, s. 302 f., 356, 427 och 43.

⁸ Se bl.a. RÅ 2002 ref. 50.

⁹ Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 14 § LUF.

¹⁰ På motsvarande sätt utgör enligt 1 kap. 15 § LUF näringsidkare som på marknaden tillhandahåller aktuella varor eller tjänster leverantörer, som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud.

¹¹ De grundläggande principer som här åsyftas följer numera av avdelning IV FEUF – (tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG). Angående de grundläggande principernas innebörd, se bl.a. prop. 2006/07:128, s. 132 samt prop. 2015/16:195, avsnitt 9.1 (s. 426 ff.).

¹² Prop. 2006/07:128, s. 132, samt EU-domstolens domar i *Succhi di Frutta* (C-496/99), EU:C:2004:236, pp. 108–111, *SIAC Construction* (C-19/00) EU:C:2001:553, p. 42 och i *Cartiera dell'Adda* (C-42/13) EU:C:2014:2345, p. 44, se även domstolens avgörande i *Connexion Taxi* (C-171/15) EU:C:2016:948, pp. 39 och 40.

¹³ CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska Unionen – se 4 kap. 17 § LUF samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008. Upphandlingen har dock inte utlysts för detta eller andra liknande *tjänster* utan för ett CPV-nummer som hänför sig till ett *varukontrakt* för anskaffning av bussar.

¹⁴ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärdet* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 5 kap. 1 § LUF löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Gällande tröskelvärdet för varukontrakt inom försörjningssektorerna uppgick 2019 till 4.201.678 kronor - se regeringens tillkännagivande (2018:34) om tröskelvärdet vid offentlig upphandling. Från och med 2020 utgör numera motsvarande tröskelvärdet 4.395.089 kronor (se regeringens tillkännagivande SFS 2020:8).

¹⁵ Bestämmelsen i 12 kap. 12 § första stycket LUF genomför artikel 75.1 LUF-direktivet. Bestämmelsen genomför tillsammans med 20 kap. 1 och 11 §§ LUF även artiklarna 2a och 2c i första rättsmedelsdirektivet vilka infördes genom direktiv 2007/66/EG (ändringsdirektivet). Av artikel 2f.2 i det första rättsmedelsdirektivet framgår att tidsfristerna för ansökan om prövning ska fastställas i nationell lagstiftning, om inte annat föreskrivs i artikel 2c.

¹⁶ Se 20 kap. 1 § första stycket LUF. Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel får enligt andra stycket avtal dock inte ingås förrän 15 dagar har gått från utskickandet.

om den bedömer att de berörda leverantörerna med hänsyn till upphandlingens omfattning och komplexitet kan behöva längre tid på sig för att överväga behovet av att överpröva tilldelningen. Mot bakgrund av att syftet med avtalsspärren är att leverantörerna ska ges möjlighet att ansöka om överprövning har i lagförarbetena inte anförts att en längre avtalsspärr skulle medföra någon nackdel för leverantörerna.¹⁷

Enligt en vägledande dom från Högsta förvaltningsdomstolen (HFD 2019 ref. 58) som meddelades i december 2019¹⁸ är det i princip tillåtet att förlänga spärrperioder som tidigare angetts i meddelande om tilldelning. En sådan förlängning får enligt domstolen dock bara ske genom att en ny underrättelse om förlängning skickas till samtliga anbudssökande och anbudsgivare innan den ursprungliga spärrperioden har löpt ut. När det gäller informationen i den nya underrättelsen är det tillräckligt att den kompletterar den tidigare underrättelsen med uppgift om den förlängda spärrperioden. Sedan avtalsspärr på detta sätt förlängts ska en ansökan om överprövning i upphandlingen ske före utgången av den förlängda spärrperioden.

Den ordning som härigenom föreskrivs är enligt domstolen förenlig med syftet med de bakomliggande direktivreglerna, nämligen att garantera berörda anbudsgivare och anbudssökande en rätt till en effektiv överprövning av beslut i upphandlingen.¹⁹

Av allmänna förvaltningsrättsliga grundsatser följer vidare vad som kan beskrivas som en *tillitsprincip*, att enskilda ska kunna lita på de anvisningar om bl.a. överklagande m.m. som myndigheterna lämnar. Enligt 6 b § andra stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291) ska ett överklagande som har kommit in för sent inte avvisas om förseningen beror på att myndigheten inte lämnat klaganden en korrekt underrättelse om hur man överklagar. Detta eftersom lagstiftaren inte ansett att enskilda ska behöva bära den rättsförlust som orsakas av felaktiga anvisningar från myndigheternas sida.

Yttrande

Kommunen har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anført att den fattade beslutet om förlängd avtalsspärr under uppfattningen att detta skulle innebära att tidsfristen för överprövning förlängdes. Efter att förvaltningsdomstolarna funnit att tidsfristen därigenom inte förlängdes har Kommunen behövt förhålla sig till detta och anser sig inte ha agerat på något konkurrensbegränsande sätt.

Slutlig 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 i det aktuella fallet verksam inom försörjningssektorerna och därmed som upphandlande enhet skyldig iaktta de förfarandebestämmelser och särskilda föreskrifter för överprövning som följer av LUF. Av utredningen framgår att Kommunen ursprungligen skickat en underrättelse om tilldelning till samtliga anbudsgivare med uppgift om att avtalsspärren löpte fram till utgången av den 3 juni 2019. Innan avtalsspärren löpte ut, skickade kommunen emellertid ett nytt meddelande som med ändring av tidigare avtalsspärr angav en ny tidsfrist att ansöka om överprövning fram till och med den 5 juni 2019. Detta meddelande, med ny underrättelse om förlängning, skickades samtidigt till Anbudsgivare X och till övriga anbudsgivare genom upphandlingsstödet Kommers. Vid detta förhållande har det enligt praxis varit tillåtet att förlänga spärrperioder som tidigare angetts i meddelande om tilldelning. Det som Kommunen yttrat i kammarrätten, och rätten även lagt till grund för dom, är således felaktigt.

¹⁷ Se prop. 2009/10:180 s prop. s. 110 samt HFD 2019 ref. 58, p. 14.

¹⁸ Högsta förvaltningsdomstolens dom i mål nr. 6326-18 meddelades den 6 december 2019 och således efter Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i nu aktuellt mål. Det var vid kammarrättens handläggning dock känt att en prövning pågick i Högsta förvaltningsdomstolen varför rätten kunde ha avvaktat vägledande praxis i den aktuella rättsfrågan.

¹⁹ Se HFD 2919 ref. 58, p. 17 samt pp. 13 och 14.

Vid tidpunkten för kammarrättens dom var denna praxis ännu inte känd. Anmärkningsvärt är dock att Kommunen först lämnat anvisningar som har lett till att Anbudsgivare X ansökt om överprövning efter att den ursprungliga avtalsspärren löpt ut, för att sedan åberopa just denna omständighet för att bolaget inte ska få sin talan prövad. Detta strider mot den *tillitsprincip* enligt vilken enskilda ska kunna förlita sig på de anvisningar som lämnas av myndigheter och gör att det finns anledning att rikta allvarlig kritik mot Kommunen.