

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 05-040

PM 2 2006-03-08 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (för kort anbudstid).

Falköping har upphandlat tjänster för transport av avfall i strid mot gällande bestämmelser. Bland annat var anbudstiden angiven i annonsen om upphandlingen till en dryg vecka (totalt sju arbetsdagar).

Falköping kommun har genom annons i tidningen Anbuds Journalens databas infortrat anbud på avfallstransporter. Kommunen hade den 22 december 2003 förnyat ett äldre kontraktsförhållande med Lidköpings Värmeverk AB om köp av löpande tjänster för avfallsförbränning för en period av minst tre år fram i tiden.^[1]

Ett underlag för annonsering av upphandlingen av transporttjänster skickades av kommunen till Anbudsjournalen för publicering den 26 januari 2004. Av annonsunderlaget framgår att upphandlingen skulle handläggas enligt förfarandet för s.k. förenklad upphandling samt att sista datum för mottagande av anbud var den 4 februari 2004^[2]. Den av kommunen utsatta frist inom vilken anbud skulle kunna lämnas (anbudstiden) uppgick enligt annonsen således till tio dagar, varav sju arbetsdagar.

Förfrågningsunderlaget för upphandlingen är daterat den 26 januari 2004.^[3] Av detta underlag framgår att upphandlingen avser tjänster för löpande transporter av brännbart avfall, totalt c:a 5.000 ton hushållsavfall samt c:a 4.000 ton verksamhetsavfall per år, från Falköpings avfallsanläggning till Lidköpings värmeverk. Vidare framgår att avtalet gäller årsvis och att avtalsförhållandet skall kunna komma att förlängas i maximalt tre år, under förutsättning att det bakomliggande avtalsförhållandet mellan Falköpings kommun och Lidköpings Värmeverk AB fortfarande gäller.

I förfrågningsunderlaget anges vidare att aktuella transporter skall ”påbörjas så snart som möjligt, dock senast den 1 mars 2004” samt att anbuden skall vara bindande till detta datum. Sista datum för mottagande av anbud angavs till den 9 februari 2004. Förfrågningsunderlaget innebär således en avvikelse i detta senare avseende jämfört med annonsen för upphandlingen.

Vid anbudsöppning den 11 februari 2004 noterades fem inkomna anbud. Inget av anbuden hade inkommit inom den ursprungligen angivna frist, som löpte ut den 4 februari 2004. Beslut om tilldelning fattades den 16 februari 2004, vilket medför en s.k. implementeringstid på högst 17 dagar^[4].

Av inkomna anbud framgår priser som varierar från 693.000 till 1.055.000 kronor per år, totalkostnad, efter nollställning. Genomsnittligt pris i upphandlingen utgör c:a 879.000 kronor per år^[5].

Med ledning av dessa uppgifter kan kontraktsvärdet i upphandlingen uppskattas till minst 2.079.000 kronor för avtalet under hela dess löptid, inklusive eventuella förlängningsår (se fotnot 7).

Gällande rätt

All offentlig upphandling och vad som äger samband med den, regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Tjänster avseende landtransport, inkl. säkerhetstransporter, kurir- och taxitransport, utom postbefordran utgör sådana s.k. A-tjänster (kategori 2) enligt en bilaga A till lagen, vilka om det samlade kontraktsvärdet^[6] av upphandlingen överstiger tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,845 miljoner kronor^[7] skall upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU. Understiger kontraktsvärdet angivet

tröskelbelopp skall upphandlingen istället genomföras enligt den nationellt bestämda regleringen i 6 kap. LOU.

Lagens bestämmelser bygger i angivet avseende på EG/ministerrådets direktiv 92/50/EEG, det s.k. tjänsteupphandlingsdirektivet, och på de grundläggande riktlinjer, bl.a. principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn som bär upp den centrala gemenskapsrätten.

Likabehandlingsprincipen är tillämplig på all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena, och innebär i korthet att samtliga tänkbara leverantörer ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta med anbud vid offentlig upphandling. Vissa leverantörer eller grupper får inte ensidigt gynnas.

Skyldighet att följa lagens bestämmelser åvilar samtliga statliga, kommunala och andra myndigheter samt beslutande församlingar i kommuner och landsting, vilka enligt lagens terminologi benämns som ”*upphandlande enheter*”. Tillsyn över lagen om offentlig upphandling utövas av Nämnden för offentlig upphandling (NOU).^[8]

Med *anbudstid* avses i denna framställning tiden från annonsering till dess att anbudena senast ska vara inkomna till den upphandlande enheten. Med *implementeringstid* avses den tid som beräknas löpa från det avtal om upphandlingen sluts till det att leverans av vara eller tjänst påbörjas. Implementeringstiden innefattar således den frist som en vinnande leverantör har för att kunna förbereda sig, från det att ett tilldelningsbeslutet i upphandlingen har meddelats, till dess att aktuell leverans skall påbörjas. För korta anbudstider eller implementeringstider riskerar innebära bristande likabehandling genom att medföra otillbörlig fördel för den leverantör som tidigare har levererat det som skall upphandlas.

Om en upphandling av transporttjänster överstiger gällande tröskelvärden skall enligt 5 kap. 12 § samt 1 kap. 7 – 10 §§ LOU den upphandlande enheten annonsera upphandlingen i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT). Annonseringen skall på snabbaste lämpliga sätt sändas till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer och innehålla uppgift om dagen för avsändandet. Den upphandlande enheten skall kunna visa vilken dag annonseringen sändes. Under förutsättning att obligatorisk annonsering har skett i EGT får den upphandlande enheten även annonsera upphandlingen även på annat sätt. En sådan kompletterande annons får emellertid inte publiceras före den obligatoriska annonseringen i EGT.

Vid öppen upphandling skall enligt 5 kap. 20 § LOU tiden för mottagande av anbud som regel vara minst 52 dagar från den dag då annonseringen om upphandling sändes.^[9] Vid selektiv och förhandlad upphandling skall enligt samma kapitel 21 § tiden för mottagande av anbudsansökningar vara minst 37 dagar från den dag då annonseringen om upphandling sändes.^[10]

Någon motsvarande reglering med fasta tidsfrister för mottagande av anbud eller anbudsansökningar finns inte införd i den nationellt bestämda regleringen som följer av 6 kap. LOU och som exempelvis skall tillämpas vid förenklad upphandling. Anbudstidens skälighet får i stället, i dessa fall beräknas med hänsyn till upphandlingens art, storlek och karaktär samt med beaktande av den allmänna huvudregeln om affärsmässighet enligt 1 kap. 4 § LOU.

I årssammanställningen för 1996 anger Nämnden för offentlig upphandling (NOU) att vad som anses vara skälig tid för tänkbara leverantörer att inkomma med anbud får bedömas från fall till fall. Avgörande är först och främst upphandlingens komplexitet, men även omständigheter som till exempel eventuellt behov av affärsförhandlingar med underleverantörer (köp och test av komponenter, hyra av lokaler, maskiner m.m.), huruvida tekniska beräkningar eller ritningsarbeten måste utföras, läget på arbetsmarknaden i aktuell bransch o.s.v. När slutdatum för anbudsgivning skall bestämmas bör hänsyn även tas till helger o.dyl. som påverkar den faktiska arbetstiden. Det är ofta lämpligt att redan från början

ta till en eller ett par dagar extra för att undvika nödvändiga förlängningar t.ex. efter klagomål från tänkbara leverantörer eller i samband med begäran om överprövning. ^[11]

NOU har i ett senare ärende avseende förenklad upphandling av arkitekttjänster haft att yttra sig om skäligheten av en anbudstid på sju dagar. En upphandlingsskyldig stiftelse hade genom skrivelser^[12]infordrat anbud från tre arkitektkontor angående arkitektuppdrag för ombyggnad av ett våningsplan m.m. vid en herrgård. Vid anbudsöppningen en vecka senare hade det inkommit två anbud medan en anbudsgivare hade avstått från att avge anbud. NOU yttrade att anbudstiden på sju dagar i detta fall inte uppfyllde lagens krav på skälighet. Till grund för denna bedömning åberopade nämnden bl.a. huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU om att upphandling skall genomföras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Huvudregeln gäller vid all upphandling och innebär att konkurrensen inte får begränsas med oskäligt kort anbudstid. Vid upphandling av rena katalogvaror, enkla kombinationer av standardvaror eller enkla rutintjänster menade nämnden att anbudstiderna kan tillåtas vara kortare än vid en sådan upphandling som exempelvis förutsätter att anbudsgivarna skall kunna kontakta underleverantörer, inhämta prisuppgifter och eventuellt göra ett eller flera besök på plats. En anbudstid på sju dagar kunde vid sådana omständigheter inte betraktas som skälig fastslog nämnden och noterade att i det aktuella fallet ett tillskrivet arkitektkontor, måhända till följd av den korta anbudstiden eller förfrågningsunderlagets utformning i övrigt, hade avstått från att lämna anbud. Den omständigheten att ingen av de inbjudna anbudsgivarna hade begärt förlängning av anbudstiden inverkade inte på nämndens bedömning att anbudstiden på en vecka var oskäligt kort. ^[13]

Nämnden har i ett annat yttrande, med avseende på Göteborgs stads upphandling av färjetrafik enligt reglerna för förenklad upphandling, uttalat att en anbudstid på en och en halv månad, med mellankommande jul- och nyårshelger, med hänsyn till upphandlingens komplexitet och omfattning inte kunde anses som skälig. Stadsrevisionen i Göteborg hade vid bedömningen av samma ärende kommit till samma slutsats. Den korta anbudstiden fick enligt nämnden vidare ses som en otillbörlig fördel för den leverantör som tidigare skött trafiken. NOU ansåg att samma resonemang gällde även för implementeringstiden, d.v.s. kravet i upphandlingen att påbörja färjetrafiken bara några månader efter upphandlingens avslutande. ^[14]

Från domstolarnas praxis kan nämnas RÅ 1999 not. 1 där Regeringsrätten i en fråga, som även hade föregåtts av en utredning i Konkurrenskommissionen (se KKO 97-024), fastslog att en anbudstid på knappt fem veckor vid upphandling av tandvårdstjänster för barn och ungdomar (folktandvård) med hänsyn till upphandlingens omfattning och omständigheterna i övrigt var för kort. Regeringsrätten förordnade att upphandlingen skulle göras om ^[15]

Länsrätten i Stockholm har i ett mål som gällde tre veckors anbudstid vid förenklad upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster konstaterat att ”För att kunna avge bindande anbud måste anbudsgivaren ges tillräcklig tid att ingående kunna planera för verksamheten och eventuellt själv genomföra affärsförhandlingar. En så kort anbudstid som tre veckor, vilken dessutom innefattar påskhelgen, innebär att tillgängliga konkurrensmöjligheter inte rimligen kan utnyttjas”. Länsrätten förordnade att upphandlingen skulle göras om. ^[16]

I ett annat mål som gällde drygt två veckors anbudstid (15 dagar) vid förenklad upphandling av arbetsmarknadsutbildning avskrev Länsrätten i Blekinge län ett yrkande om interimistiskt beslut. Målet avskrevs senare eftersom kontrakt tecknades ^[17]. Domstolen konstaterade i domskälen att den klagande leverantören hade lämnat anbud och inte kunnat ange något bärande skäl för uppfattningen att anbudstiden skulle ha varit oskäligt kort. Det kan vid detta förhållande inte uteslutas att den omständighet, att den klagande leverantören

trots allt hade lämnat anbud i upphandlingen och därigenom inte kunde påvisa någon skada för egen del^[18], väsentligen påverkat utgången i målet.^[19]

Länsrätten i Västerbottens län hade i ett mål om förenklad upphandling av helikoptertjänster att bedöma bl.a. en anbudstid på 25 dagar, varav 12 arbetsdagar på grund av mellankommande julhelger. Länsrätten fann att, även om det inte var fråga om någon särskilt omfattande upphandling, tidsfristen för att lämna anbud inte kunde anses som skälig.

Länsstyrelsen ålades därför att göra om upphandlingen med en anbudstid på fyra veckor.^[20]

Någon särskild reglering om implementeringstider finns inte i svensk rätt. Den av regeringen tillsatta Upphandlingskommittén konstaterade i sitt delbetänkande, Effektivare offentlig upphandling (SOU 1999:139), att vissa problem som är förenade med korta implementeringstider och föreslog att det i lag införs ett krav på att implementeringstiden särskilt skall framgå av förfrågningsunderlaget^[21]. Förslaget har emellertid aldrig genomförts.^[22] Hur lång implementeringstiden bör vara, får avgöras från fall till fall med utgångspunkt i den enskilda upphandlingen samt med iakttagande av huvudregeln om affärsmässighet enligt 1 kap. 4§ LOU.

Yttrande

Falköpings kommun 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.

Av utredningen i ärendet framgår att Falköping kommun genomfört en upphandling för att transportera insamlat avfall för förbränning i Lidköping. Upphandlingen har kungjorts genom annons i en nationell databas med en annonserad anbudstid på endast 10 dagar, varav sju vardagar. Den s.k. implementeringstiden, d.v.s. tiden för tilldelad leverantör att inrätta sig i enlighet med tilldelningsbeslutet, har i upphandlingen kommit att bli mindre än två veckor.

Upphandlingen avser s.k. A-tjänster (transporttjänster) till ett sådant sammanlagt kontraktsvärde att de av EU-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU är tillämpliga. Enligt dessa bestämmelser skulle upphandlingen rätteligen ha annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) och anbudstiden skulle ha uppgått till minst 52 dagar (eller vid förhandsannonsering, minst 22 dagar). Syftet med de i lagen föreskrivna minimifristerna är att vid upphandlingar över ett visst värde underlätta för en effektiv konkurrens genom att intresserade leverantörer skall lämnas information god tid i förväg och därmed ges möjlighet att lämna anbud på lika villkor.

Hade upphandlingens värde underskridit gällande tröskelvärde finns det inte några i lag fastställda minimifrister. Även i detta fall kan en anbudstid på mellan en och två veckor emellertid anses för kort för att uppfylla lagens krav på affärsmässighet och likabehandling av anbudsgivare. Anbudstider på mellan två och tre veckor har tidigare underkänts i praxis. Även synnerligt korta implementeringstider har ansetts strida mot kravet på likabehandling och affärsmässighet. Den av kommunen ursprungligen åsatta anbudstiden på endast 10 dagar, varav sju vardagar, kan således inte anses affärsmässigt betingad.

Den omständigheten att kommunen i upphandlingsunderlaget har utsträckt anbudstiden till att omfatta ytterligare fem dagar (totalt 14 dagar inklusive mellankommande helger) medför inte annan bedömning. Den utökade anbudstiden har inte framgått annat än för de leverantörer som har tagit del av förfrågningsunderlaget samt underskriver fortfarande vad som kan anses affärsmässigt.

Den nu aktuella upphandlingen av transporttjänster avser inte sådana rena avropsuppdrag, enkla kombinationer av standardtjänster eller enkla rutintjänster som skulle kunna motivera särskilt korta tidsfrister. Bortsett från att upphandlingen har utlysts i strid mot gemenskapsrätligt grundade bestämmelser strider kommunens handläggning således även mot den allmänna huvudregel om affärsmässighet och kravet på likabehandling som gäller för alla upphandlingar. Konkurrensen på marknaden för avfallstransporter har därför snedvridits.

-
- ^[1] Avseende kommunens upphandling av tjänster för avfallsbehandling från Lidköpings Värmeverk AB, se Konkurrenskommissionens utredning i ärende KKO 05-038
- ^[2] Annonsen om upphandlingen kom i själva verket att publiceras något tidigare, den 24 januari 2004, som var en lördag. Anbudstidens faktiska längd av sju arbetsdagar kom därigenom inte att påverkas. Något skriftligt upphandlingsunderlag fanns heller inte upprättat förrän den 26 januari 2004.
- ^[3] Falköpings kommun, upphandlingsunderlag rubricerat ”Transport till Lidköpings värmeverk”, daterat den 26 januari 2004, fyra sidor.
- ^[4] Året 2004 var ett skottår, med 29 dagar i februari.
- ^[5] Se kommunens redovisning av inkomna anbud, dnr. 2004/0020 – 055. Anbuden fördelade sig enligt denna förteckning på följande sätt: 693.000 kr, 771.000 kr, 923.952 kr, 951.800 kr samt 1.055.000 kr.
- ^[6] Om ett upphandlingskontrakt avseende tjänster inte anger något totalpris skall kontraktsvärdet enligt 5 kap. 7 § LOU beräknas till det fulla värdet av tjänsterna under kontraktets löptid om denna är högst 48 månader och till månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid. Options- och förlängningsklausuler skall beaktas som om de utnyttjats.
- ^[7] Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från och med den 15 februari 2004, vid upphandlingar av varor och tjänster. Motsvarande tröskelvärde, under perioden den 1 januari 2002 till och med den 14 februari 2004, var fastställt till 1,741 miljoner kronor.
- ^[8] Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.
- ^[9] Om den upphandlande enheten har förhandsannonserat upphandlingen enligt de bestämmelser som gäller för sådan annonsering, får anbudstiden förkortas till en annan tid som är tillräckligt lång för att de som är intresserade skall kunna lämna anbud. Den förkortade tiden bör vara minst 36 dagar från den dag då annonsen avsändes och får aldrig vara kortare än 22 dagar. Tiden får dock förkortas endast om 1. förhandsannonseringen innehöll alla de uppgifter som vid tidpunkten för förhandsannonseringen var tillgängliga och som föreskrivs i de särskilda bestämmelser som gäller om annonser vid öppen upphandling, och 2. minst 52 dagar, men högst 12 månader, gått från den dag då förhandsannonseringen avsändes.
- ^[10] Om den upphandlande enheten har förhandsannonserat enligt de bestämmelser som gäller för sådan annonsering, får ansöknings vid selektiv och förhandlad upphandling förkortas till 26 dagar från den dag då inbjudan skickades ut. Tiden får dock förkortas endast om 1. förhandsannonseringen innehöll alla de uppgifter som vid tidpunkten för förhandsannonseringen var tillgängliga och som föreskrivs i de särskilda bestämmelser som gäller om annonser vid selektiv upphandling, och 2. minst 52 dagar, men högst 12 månader, gått från den dag då förhandsannonseringen avsändes.
- ^[11] Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU) årssammanställningen för 1996, avsnitt 14.2 sid. 39.
- ^[12] Vid den aktuella tidpunkten (1999) kunde anbudsinfördran vid förenklad upphandling ske genom inbjudan till minst tre leverantörer.
- ^[13] Nämnden för offentlig upphandling (NOU), Stiftelsen Baldernäs, - dnr 1998/0166-26.
- ^[14] Nämnden för offentlig upphandling (NOU), Göteborgs stad, - dnr 1998/0160-26.
- ^[15] Se Regeringsrättens dom den 12 januari 1999 i mål 6017-1997 (Anders Englund Tandläkarpraktik AB /. Kronobergs läns landsting), publicerad som ett notisfall i RÅ 1999 not 1.
- ^[16] Se Länsrätten i Stockholms län, i mål Ö-4546-94.
- ^[17] Domstolens behörighet att döma i målet upphör sedan upphandlingskontrakt tecknats, se 7 kap. 2 § LOU.
- ^[18] Jfr skaderekvisitet i 7 kap. 1 § LOU: ”*en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt [samma kap. 2 §] får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder [för överprövning]*”.
- ^[19] Se Länsrätten i Blekinge län, beslut i mål 326-96 E.
- ^[20] Länsrätten i Västerbottens län, dom den 9 februari 2004 i mål nr. 99-04 E.
- ^[21] Se Upphandlingskommittén, delbetänkandet Effektivare offentlig upphandling (SOU 1999:139) avsnitt 12.5.4 sid. 298.
- ^[22] Något förslag om implementeringstider har inte intagits i några av de riksdagsförslag som följde på Upphandlingskommitténs betänkanden, således varken i prop. 1999/2000:128 eller i prop. 2001/02:142.
-