

PM 2 2022-06-16 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom krav på tidigare erfarenhet inom visst geografiskt område (icke-diskrimineringsprincipen och konkurrensprincipen).

En kommun har som kvalifikationskrav vid en trafikupphandling angivit att anbudsgivare ska ha utfört motsvarande tjänster inom kommunen under närmast föregående treårsperiod.

Arvidsjaurs kommun (nedan Kommunen) påbörjade den 7 april 2022¹ en upphandling kallad ”Skolskjuts” (nedan Upphandlingen), varigenom Kommunen avsåg att ingå ett ramavtal² om köp av transporttjänster för skolskjuts av elever till och från skolor inom Arvidsjaurs kommun m.m.³ under perioden den 1 augusti 2022 till och med den 31 juli 2024, med möjlighet till förlängning till och med den 31 juli 2026 (2+2 år).⁴

Av upphandlingsdokumenten framgår att ”*Samtliga skall-krav måste vara uppfyllda för att ett anbud ska kunna ingå i den slutliga värderingen*” samt att ”*Anbudsgivare som inte uppfyller kraven kan komma att uteslutas från utvärdering i upphandlingen*”.⁵ Vidare anges att ”*För att anbud ska tas i beaktande ska anbudsgivaren ha erfarenhet av skolskjutsuppdrag i Arvidsjaurs kommun de senaste tre (3) åren*”.⁶ Samma krav, ”*att anbudsgivaren [ska] ha erfarenhet av skolskjutsuppdrag i Arvidsjaurs kommun de senaste tre (3) åren*”, upprepas även som ett obligatoriskt ska-krav på annan plats i upphandlingsdokumenten.⁷

Tjänsten att utföra aktuella skolskjutsuppdrag har i Arvidsjaurs kommun under de senaste tre åren utförts av en lokal leverantör, som även kan förväntas komma i fråga som anbudsgivare för dessa tjänster på nytt.

Upphandlingens s.k. kontraktsvärde kan med ledning av vad som anges i meddelandet om upphandling uppskattas till c:a 17 miljoner kronor.⁸ Någon särskilt angiven takvolym, varefter avtalet inte längre kommer att tillämpas, framgår dock inte av upphandlingsdokumenten.

Efter att en leverantör ansökt om överprövning mot förfarandet har Kommunen beslutat avbryta Upphandlingen.⁹ Till grund för avbrytande åberopades att upphandlingen hade annonserats med en felaktig avtalsform.¹⁰ Förvaltningsrätten har därefter avskrivit målet.¹¹

¹ Förfarandet påbörjades genom ”Meddelande om upphandling, 2022/S 072-192574, Tjänster”, avseende upphandlingen ”Skolskjuts” med referensnummer UH-2021-126, som skickades den 7 april för publicering den 12 april 2022 i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.

² Se punkten IV.1.3 i meddelandet om upphandling, enligt vilken ”Upphandlingen omfattar upprättandet av ett ramavtal med en enda aktör”.

³ I meddelandet om upphandling anges under punkten II.1.4 att upphandlingen även omfattar ”transporter av elever till och från skolor inom Dorotea kommun, samt även övriga elevtransporter vid behov”.

⁴ Se punkterna II.2.7 i meddelandet om upphandling samt punkten 2.1 ”Avtalstid” i upphandlingsdokumentet Kommersiella villkor/Avtal, enligt vilken ”Avtalet gäller från och med 2022-08-01 till och med 2024-07-31. Om Beställaren inte sagt upp avtalet inom 6 månader före avtalstidens slut, så förlängs avtalet automatiskt till 2026-07-31”.

⁵ Se punkten 7.1, ”Anbudets form och innehåll”, i upphandlingsdokumentet ”Upphandlingens föreskrifter Skolskjuts” (UH-2021-126).

⁶ Se punkten 8.2, ”Teknisk och yrkesmässig kapacitet”, i dokumentet ”Upphandlingens föreskrifter Skolskjuts”.

⁷ Se punkten 3.2, ”Krav” i upphandlingsdokumentet ”Skakrav”.

⁸ Se punkterna II.2.6 och II.1.5 i meddelandet om upphandling.

⁹ Se Kommunens ”BESLUT OM AVBRYTANDE AV UPPHANDLING” daterat den 27 april 2022 (dnr. UH-2021-126).

¹⁰ Se Kommunens avbrytandebeslut (dnr. UH-2021-126) den 27 april 2022 samt yttrande till Förvaltningsrätten i Luleås, aktbilaga 6 i mål nr. 768-22. Av beslutet framgår att ”Upphandlande myndighet har funnit brister i upphandlingsdokumenten, där man har annonserat upphandlingen med en felaktig avtalsform” samt att ”myndighet har för avsikt att korrigera upphandlingsdokumenten och därefter annonsera på nytt.

¹¹ Förvaltningsrätten i Luleås beslut av den 2 maj 2022 i mål nr. 768-22.

Rättslig reglering

Med skolskjuts avses en tjänst enligt vilken en elevs hemkommun svarar för att eleven erbjuds kostnadsfria transporter från en plats i anslutning till elevens hem till den plats där utbildningen bedrivs och tillbaka, om sådan transport behövs med hänsyn till färdvägens längd, trafikförhållanden, elevens funktionsnedsättning eller någon annan särskild omständighet. Rätten till skolskjuts omfattar elever i förskola, grundskola, grundsärskola och gymnasiesärskola, och avser i vissa fall även transporter till skola i annan kommun än hemkommunen.¹² Det kan endast finnas en uppdragsgivare för skolskjutsuppdrag i varje kommun.

Med offentlig upphandling avses förfarandet fram till och med tilldelningen av bl.a. ett *offentligt kontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter som avser bl.a. tillhandahållande av tjänster.

Upphandling som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – LOU. Bestämmelserna är en följd av bl.a. kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet i artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU)¹³ och syftar bland annat till att motverka korruption i offentlig verksamhet.¹⁴

Lagen är generellt tillämplig på åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa varor och tjänster genom tilldelning av kontrakt.¹⁵ Kommuner (kommunala myndigheter) utgör enligt legaldefinitionen i 1 kap. 22 § LOU sådana s.k. *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iakttä lagens bestämmelser.

Kontrakt som innefattar köp av transporttjänster (CPV 60000000 och 60130000),¹⁶ utgör *tjänstekontrakt*. Om det s.k. kontraktets värde av upphandlingen överstiger tröskelvärdet 2.236.731 kronor¹⁷ ska förfarandet genomföras med iakttagande av de direktivstyrda bestämmelserna i 1-18 kap. LOU.

För att bland annat säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets föreskrifter om etableringsfrihet och fri rörlighet har det i 4 kap. 1 § LOU införts ett antal unionsrättsligt grundade principer vilka oavsett valet av förfarande¹⁸ ska iakttas vid offentlig upphandling,¹⁹ däribland krav på *likabehandling*. Av den till detta krav kopplade principen om *icke-diskriminering* följer bland annat att en upphandling inte får utformas så att den endast riktar sig till leverantörer i ett visst land eller annat avgränsat geografiskt område.²⁰

Enligt den s.k. *konkurrensprincipen* i 4 kap. 2 § LOU får en upphandling vidare inte utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

¹² Se 9 kap. 15 b § första stycket, 9 kap. 15 c § första stycket, 10 kap. 32 § första stycket, 10 kap. 33 § första stycket, 11 kap. 31 § första stycket, 11 kap. 32 § första stycket, 18 kap. 30 § första stycket eller 18 kap. 31 § första stycket skollagen (2010:800).

¹³ EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU, av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

¹⁴ Se bl.a. SOU 2018:44, avsnitt 7, *Ett regelverk som motverkar korruption*, s. 233 ff.

¹⁵ Se 1 kap. 2 § LOU.

¹⁶ CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska Unionen – se 4 kap. 19 § LOU 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.

¹⁷ Vad som vid varje tidpunkt utgör *tröskelvärdet* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 5 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Det särskilda tröskelvärdet för kommunal upphandling av varukontrakt inom den klassiska sektorn uppgår sedan den 1 januari 2022 till 2.236.731 kronor - se regeringens tillkännagivande om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹⁸ Bestämmelsen i 4 kap. 1 § LOU omfattar även förfaranden som annars ligger utanför det direktivstyrda regelverket - se bl.a. HFD 2018 ref. 60 med särskilt yttrande av justitierådet Nord.

¹⁹ De grundläggande principer som här åsyftas följer av avdelning IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - 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.) och specialmotiveringen till 4 kap 1 § LOU.

²⁰ Se prop. 2006/07/128, s. 132.

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.

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 som upphandlande myndighet skyldig att iaktta regelverket i LOU vid anskaffning av bland annat tjänster. Av utredningen framgår att Kommunen påbörjat en upphandling för det egna behovet av skolskjutstransporter. Som ett obligatoriskt s.k. ska-krav har det i Upphandlingen angivits att anbudsgivare, för att överhuvudtaget få sitt anbud beaktat, måste ha erfarenhet av skolskjutsuppdrag i Arvidsjaurs kommun under de senaste tre åren. Eftersom det rör sig om en kommunal monopolverksamhet att arrangera skolskjuts kan således enbart den eller de leverantörer som Kommunen tidigare anlitat för detta uppdrag komma i fråga för aktuell anbudsgivning.

En sådan geografiskt grundad inskränkning av möjligheten att delta vid en offentlig upphandling strider mot det mest grundläggande av de upphandlingsrättsliga principerna, nämligen kravet på likabehandling och förbudet mot diskriminerade särbehandling på grund av geografiskt ursprung. Även om kravet hade utformats som en hänvisning till att anbudsgivare ska ha erfarenhet av *motsvarande* uppdrag, måste det i så fall finnas en tydlig redovisning av vad (vilka särskilda kriterier) som i så fall kommer att beaktas vid anbudsprövningen. Det är nämligen enbart den befintliga leverantören som kan besitta erfarenhetsbaserad kunskap om de lokala förhållandena, och övriga leverantörer ska inte behöva gissa sig till vad som kan tillmätas betydelse för möjligheten att lämna anbud.

Såsom anbudsförutsättningarna nu har utformats strider de även mot den s.k. *konkurrensprincipen*, enligt vilken en upphandling inte får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Det finns därmed anledning att rikta allvarlig kritik mot Kommunen för att ha brutit mot LOU och snedvidit marknaden för samhällsbetalda transporter. Konkurrenskommissionen har även tidigare riktat allvarlig kritik mot Kommunen.²¹ Denna gång gällde det bristande upphandling av en upphandlingskonsult. Kommunen behöver uppenbarligen se över sina rutiner och förstärka sin kompetens på upphandlingsrättens område.

²¹ Se Konkurrenskommissionens ärende nr. KKO 20-020.