

PM 2 2008-09-03 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom åsidosättande av bestämmelserna om offentlig upphandling (fel upphandlingsförfarande m.m.).

Två kommunala bolag har utlyst en upphandling av renhållningstjänster för totalt över 60 miljoner kronor enligt undantagsförfarandet annonserad förhandlad upphandling, utan att saklig grund för sådant undantag föreligger. Bolagen har också blandat samman kvalifikationskriterier med värderingskriterier samt infört transportavstånd och därmed sammanhängande omständigheter som kriterier för prövning och värdering, trots att själva transporttjänsten inte omfattas av upphandlingen. Slutligen ska vid utvärderingen av anbud beaktas bl.a. huruvida det råder ”personkemi mellan parternas resp representanter”.

De av Vetlanda kommun och Nässjö kommun indirekt helägda bolagen Vetlanda Energi och Teknik AB (VETAB)¹ respektive Nässjö Affärsverk AB (NAV)² har i gemensam upphandling infordrat anbud för ”Avfallssamarbete med Avfallsförbränning”.

Ett meddelande om upphandlingen skickades per den 11 juli 2008 till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE) för annonsering i bl.a. databasen TED.³ Av punkterna II.1.5 och II.1.6 i meddelandet framgår att föremålet för upphandling utgörs av ”Utbyte av tjänster, samarbete om avfallsfrågor samt förbränning av brännbart avfall” (CPV 90121330 och 90121000).⁴ Upphandlingen är uppdelad i två delentreprenader med vardera VETAB respektive NAV som beställare.

Delentreprenad 1 (VETAB) omfattar enligt det skriftliga förfrågningsunderlaget en period av sju år, från och med den 1 september 2009 till och med den 31 september 2016, och avser omhändertagande av c:a 8.500 ton brännbart säck- och kärlavfall samt c:a 2.500 ton brännbart grovavfall. Härutöver tillförsäkrar sig VETAB om en option på att avropa omhändertagande av ytterligare c:a 2.000 ton ospecificerat brännbart industriavfall. Totalt omfattar delentreprenaden således mellan c:a 11.000 och 13.000 ton brännbart avfall per år.⁵

Delentreprenad 2 (NAV) omfattar enligt samma underlag en period av sex år, från och med den 1 september 2010 till och med den 31 september 2016, och avser omhändertagande av c:a 5.500 ton brännbart säck- och kärlavfall samt c:a 1.000 ton, brännbart grovavfall samt c:a 1.000 ton ospecificerat brännbart industriavfall. Totalt omfattar delentreprenaden således c:a 7.500 ton avfall per år.

¹ Vetlanda Energi och Teknik AB, med organisationsnummer 556107-7248, bildades den 12 december 1966 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 29 december samma år. Nuvarande firma registrerades den 10 mars 2004. Tidigare firma har varit AB Vetlanda Elverk samt AB Vetlanda Energiverk. Nu gällande bolagsordning registrerades den 30 december 2003. Bolaget har till föremål för sin verksamhet att ”- bedriva energidistribution - ombesörja värmeproduktion och bedriva fjärrvärmedistribution - äga, förvalta och vara huvudman för kommunens va-verk med tillhörande ledningsnät - bedriva ackrediterad laboratorieverksamhet för vatten - bedriva och vara huvudman för marksanering - ombesörja renhållningsverksamhet och avfallsåtervinning samt äga och förvalta deponianläggning - bygga, driva, utveckla och underhålla infrastruktur för el- och data /telekommunikation”. Bolaget ingår som helägt dotterbolag i en koncern där det av Vetlanda kommun helägda holdingbolaget Vetlanda Stadshus AB (556634-0302) utgör moderbolag.

² Nässjö Affärsverk AB, med organisationsnummer 556038-7044, bildades den 11 december 1938 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 1 september 1939. Nuvarande firma registrerades den 17 november 1993. Tidigare firma har varit AB Nässjö Fanérfabrik, Fokus-Köket Inredningar AB samt Fastighets Aktiebolaget Gamlarp i Nässjö. Nu gällande bolagsordning registrerades den 30 december 2003. Bolaget har till föremål för sin verksamhet att ”Bolaget skall producera el, dels via optiskt fibernät tillhandahålla överföring av digital information, dels att producera, distribuera och tillhandahålla fjärrvärme, dels att producera, distribuera och tillhandahålla dricksvatten och att omhänderta avloppsvatten, dels att ombesörja renhållningsverksamhet, samt driva därmed förenlig verksamhet”. Bolaget ingår som helägt dotterbolag i en koncern där det av Nässjö kommun helägda holdingbolaget Örnen i Nässjö AB (556620-9010) utgör moderbolag.

³ Tenders Electronic Daily (TED) är Europeiska unionens databas för annonsering av bl.a. offentlig upphandling. Databasen utgör ett tillägg till Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och publicerar annonser som har skickats till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE).

⁴ I det skriftliga upphandlingsunderlaget, punkten 1.3, beskrivs föremålet för upphandlingen som tjänster för avfallsbehandling genom förbränning med energiutvinning av olika fraktioner brännbart avfall.

⁵ Av underlaget för upphandlingen framgår inte om angivna volymmuppgifter avser antal ton per år eller totalt sett under upphandlingens löptid. Enligt uppgift vid telefonsamtal den 15 augusti 2008 med ansvarig upphandlare hos VETAB avser aktuella uppgifter emellertid volym per år.

Aktuella avfallsleveranser ska enligt upphandlingsförutsättningarna ske ”fritt avfallsmottagarens förbränningsanläggning”. Förekommande avfallstransporter, från respektive kommuns uppsamlingspunkt (hämtningsplats) till förbränningsanläggning, omfattas således inte av den nu aktuella upphandlingen utan ska i ett senare skede upphandlas separat.

Av punkten IV.1.1 i meddelandet om upphandling samt punkten 2.1 i det skriftliga underlaget framgår att upphandlingen ska handläggas enligt förfarandet *förhandlad upphandling med föregående annonsering*, d.v.s. en upphandlingsform där alla kan ansöka om att delta men enbart leverantörer som vid en särskild prövning bedömts tillräckligt kvalificerade bjuds in till att lämna anbud och att förhandla med den upphandlande myndigheten.⁶ Inga andra leverantörer än de som har bjudits in kan få sina anbud värderade.

Antalet leverantörer som i den aktuella upphandlingen ska komma att bjudas in anges i punkten 2.4 till tre, under förutsättning att ett tillräckligt antal anbudsansökningar har kommit in som uppfyller kraven för deltagande. Inkomna ansökningar ska enligt underlaget prövas på följande sätt.

- i) Prövning av om ansökan inkommit i rätt tid
- ii) Prövning gentemot uppställda krav på anbudsgivare
- iii) Prövning av prisindikation

I steg iii) väljs tre (3) ansökningar ut bland de som klarat i) och ii). De ansökningar som kan förutses leda till de förmånligaste villkoren för beställaren i beaktande av prisindikationer och transportavstånd kommer härvid att väljas ut och inbjudas att lämna anbud.

Av punkten 2.8 i underlaget, ”Krav på anbudsgivare”, framgår följande kvalifikationskrav för att komma i fråga för anbudsgivning.

Anbudsgivare ska

- vara registrerad i offentligt aktiebolags-, handels-, förenings- eller organisationsregister
- vara registrerad för redovisning och inbetalning av mervärdesskatt, innehållen preliminär A-skatt och arbetsgivaravgifter
- vara fri från skulder för svenska skatter och sociala avgifter
- ha en stabil ekonomisk bas
- inneha de gällande tillstånd som myndigheter kan kräva för verksamheten
- kunna ange på vilken anläggning avfallsbehandlingen ska utföras och där, ensamt eller tillsammans med andra organisationer, kunna utöva bestämmande inflytande över verksamheten

Anbudsgivare får inte⁷

- vara i konkurs eller likvidation, vara under tvångsförvaltning eller vara föremål för ackord- eller tills vidare ha inställt sina betalningar eller vara underkastad näringsförbud
- vara föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande
- vara dömd för brott avseende yrkesutövningen enligt lagakraftvunnen dom
- ha gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen
- underlåta att lämna begärda upplysningar eller lämna felaktiga upplysningar.

Vid den slutliga anbudsvärderingen och beslut om tilldelning ska Vetlanda Energi och Teknik AB (VETAB) respektive Nässjö Affärsverk AB⁸ enligt punkten 2.10, rubricerad ”Bedömningskriterier”, anta det anbud som uppfyller ställda krav och bedöms vara det ekonomiskt mest

⁶ Enligt punkten 2.6 i underlaget ska förhandlingar i den aktuella upphandlingen föras huvudsakligen avseende följande bedömningskriterier: • samarbetsområden, • utbytestjänster samt • kommersiella villkor. Inbjudna anbudsgivare som inom föreskriven frist har inkommit med ett skriftligt anbud ska kallas till minst en förhandling. Vid denna förhandling ska anbudsgivaren lämna prisuppgifter med format enligt kontraktets ”Kommersiella villkor” (bilaga 1, avsnitt 3) till det skriftliga underlaget. De upphandlande myndigheterna ska därefter avgöra om ytterligare förhandlingar behöver hållas och vilka anbudsgivare som i så fall ska omfattas.

⁷ Av punkten 2.9 i underlaget (”Kontroll av anbudsgivare”) framgår att upphandlande myndigheter kommer att kontrollera att förhållanden markerade i punkten i 2.8 andra stycket inte föreligger vid tidpunkten då anbudsansökan lämnas (i bestämmelsen hänvisas felaktigt till punkten 2.6, men torde rätteligen vara punkten 2.8).

⁸ De båda delentreprenaderna ska härvid utvärderas var för sig.

fördelaktiga med hänsyn till följande omständigheter.

- 2.10.1 Reell årskostnad enligt anbud
- 2.10.2 Föreslagna villkor
- 2.10.3 Miljölaster
- 2.10.4 Resursutnyttjande
- 2.10.5 Reella kostnader för egen hantering och administration
- 2.10.6 Samarbetspotential och samarbetsområden
- 2.10.7 Nytt av utbytestjänster

Punkterna 2.10.2 – 2.10.6 i bedömningskriterierna innebär ett system där som utgångspunkt för den prismässiga utvärderingen tillägg eller avdrag kan komma att ske på anbudens pris beroende på hur väl anbudet motsvarar uppställda kriterier. Exempelvis ska enligt punkten 2.10.2 anbud som erbjuder bättre villkor än anbudsförutsättningarnas normalvillkor premieras med en prismässig lättnad på upp till 30 kr/ton, medan sämre villkor ska belasta anbudet med upp till 60 kr/ton.

Av punkten 2.10.3, ”Miljölaster”, framgår att ”[u]tsläpp av ämnen som påverkar lokala eller globala ekosystem” ska värderas genom ett schablonmässigt påslag för transporten till den offererade behandlingsanläggningen på 5 kr/ton per avståndsmil, mätt från hämtningsplatsen. Påslaget uppges vara ”tänkt att svara mot miljölaster av utsläpp av emissioner till luft samt klimatpåverkande växthusgaser”.

Av punkten 2.10.5 ”Reella kostnader för egen hantering och administration” framgår att hänsyn ska komma att tas till beräknad transportkostnad från hämtningsplatsen till anläggning genom ett schablonmässigt påslag enligt följande formel: $(40 + 10 \times \text{avståndsmil})$ kr/transporterat ton avfall.⁹

Av punkterna 2.10.6 ”Samarbetspotential och samarbetsområden” samt 2.10.7 ”Nytt av utbytestjänster” framgår slutligen att anbudsgivare gentemot vilka ”organisatoriska förutsättningar för utbyte av erfarenheter och kunskaper om avfallsfrågor ur ett kommunalt beställarperspektiv bedömts som mycket goda”¹⁰ ska premieras med en lättnad på 50 kr/ton vid anbudsvärderingen. Anbud som bedöms erbjuda mindre goda förutsättningar ska premieras med en lägre summa, som lägst noll (0) kr/ton. Omständigheter som i detta avseende kommer att bedömas (och prissättas) är enligt punkten 1.3 bl.a. ”samarbetsklimat baserat på förståelse och likartad syn mellan de två organisationerna och personkemi mellan parternas resp representanter”.

Marknadspriset för förbränning av avfall kan uppskattas till ett värde inte understigande 500 kronor per ton. Med ledning av aktuella volymuppgifter¹¹ kan värdet av den aktuella upphandlingen vid en försiktig uppskattning antas uppgå till mellan 9 och 10 miljoner kronor per år. Det s.k. *upphandlingsvärdet*¹² för tröskelvärdesberäkning kan därmed uppskattas till minst 36 - 40 miljoner kronor.¹³ Upphandlingens verkliga värde uppgår till väsentligt högre belopp och kan utifrån samma förutsättningar uppskattas till minst 61 - 75 miljoner kronor.¹⁴

⁹ Därutöver kan enligt samma punkt i underlaget hänsyn tas till ”• Fördyringar eller besparingar i insamlingssystem • Informationsinsatser till allmänheten, samt • Administrativa kostnader”.

¹⁰ Av punkten 1.3, i underlaget ”Föremål för upphandlingen samt omfattning”, framgår följande förklaring: ”Upphandlingen syftar inte endast till att anskaffa förbränningskapacitet, den ska också lägga grunden för samarbete om avfallsfrågor med en jämbördig part med ömsesidigt intresse av samarbete. Samarbetet ska omfatta utbyte av erfarenheter och kunskaper ur ett kommunalt perspektiv. Det ligger således i själva konceptet att verksamheten som handlas upp kommer att utvecklas till nytta för båda parter. En sådan utveckling förutsätter bl a att det finns ett samarbetsklimat baserat på förståelse och likartad syn mellan de två organisationerna och personkemi mellan parternas resp representanter”.

¹¹ Aktuella avfallsvolymer uppgår enligt underlaget till mellan c:a 11.000 och 13.000 ton i delentreprenad 1 och c:a 7.500 ton i delentreprenad 2, sammanlagt således mellan 18.500 och 20.500 ton brännbart avfall per år.

¹² Med upphandlingsvärde avses här det värde som enligt gällande bestämmelser ska läggas till grund för tröskelvärdesbedömning, se nästa fotnot.

¹³ Enligt 3 kap. 12 § LOU ska upphandlingsvärdet av ett tjänstekontrakt, om något totalpris inte anges, vara det uppskattade totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader och av månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid. Vid beräkningen ska enligt 3 kap. 3 § samma lag options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

¹⁴ Beräkningen bygger på att delentreprenad 1 omfattar ett uppskattat värde på mellan 5,5 och 6,5 miljoner kronor per år i 7 år och att delentreprenad 2 omfattar ett uppskattat värde på 3,75 miljoner kronor i 6 år. $(5,5 \times 7 = 38,5; 6,5 \times 7 = 45; 3,75 \times 6 = 22,5)$. Kontraktsvärdet uppgår således till mellan $(38,5 + 22,5)$ 61 och $(45 + 22,5)$ 67,5 miljoner kronor under kontraktens fulla löptid, inräknat optionen på 2.000 ton per år.

Gällande rätt

Offentlig upphandling som har påbörjats efter den 31 december 2007¹⁵ regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Bestämmelserna innefattar bl.a. en implementering av Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (klassiska upphandlingsdirektivet), vilket i sina obligatoriska delar trädde ikraft med för Sverige bindande s.k. *direkt effekt*¹⁶ per den 1 februari 2006.

Lagens bestämmelser är, såvitt något undantag inte anger motsatsen, tillämplig på ”kontrakt med ekonomiska villkor” av byggtreprenader, varor eller tjänster som ingås mellan s.k. *upphandlande myndigheter*¹⁷ och från dessa fristående fysiska eller juridiska personer. Förutom statliga och kommunala myndigheter omfattar lagens bestämmelser även kommunala bolag som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär (s.k. *offentligt styrda organ*).¹⁸ Enligt 2 kap. 7 § kommunallagen (1991:900) är kommunerna med några undantag¹⁹ förbjudna att (direkt eller indirekt via företag) bedriva kommersiellt betingad näringsverksamhet. Mot denna bakgrund måste kommunala företag således anses utgöra sådana upphandlande myndigheter som är skyldiga att iaktta bestämmelserna i LOU och bakomliggande EG-direktiv.²⁰

Tillsynsmyndighet för offentlig upphandling var tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU). Numera utövas tillsynen av Konkurrensverket.²¹

Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller som huvudregel att upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra sina upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska bl.a. principen om proportionalitet i upphandlingen iakttagas.

Enligt principen om *likabehandling och icke-diskriminering* får krav som ställs i en upphandling inte ges diskriminerande verkan eller medföra godtycklig behandling. Principen förutsätter att anbudssökande och anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av ett upphandlingsförfarande och oberoende av sådana faktorer som inte hänför sig till själva genomförandefasen. Sådana faktorer som inte får beaktas är i synnerhet nationalitet eller etablering i någon medlemsstat eller inom något annat specifikt geografiskt område, exempelvis en viss kommun. I EG-domstolens praxis²² har principen om icke-diskriminering tolkats så att krav som ställts i en offentlig upphandling inte får gynna någon som kommer från viss ort eller representerar ett visst område, eftersom detta skulle leda till diskriminering av företag från andra länder. Principen har betydelse även avseende rent nationella förhållanden.

¹⁵ Se övergångsbestämmelserna i lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

¹⁶ Doktrinen om *direkt effekt* går ut på att fördrag, direktiv och beslut tagna inom ramen för EU-samarbetet och som riktar sig till en medlemsstat är direkt tillämpbara för medborgarna, under förutsättning att bestämmelsen är ovillkorlig och tillräckligt precis för att kunna ligga till grund för medlemsstatens handläggning och beslut.

¹⁷ Enligt 2007 års LOU benämns myndigheter och andra upphandlingsskyldiga organ inom den klassiska sektorn som *upphandlande myndigheter*. Termen *upphandlande enheter* är från och med den 1 januari 2008 enbart förbehållet organ verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna.

¹⁸ Se 2 kap. 12 och 19 §§ LOU.

¹⁹ Undantagna är i visst avseende kommunala elhandelsföretag samt företag för kommunal tjänsteexport. För bolag som bedriver blandad verksamhet med även annan verksamhet, gäller nämnda befrielse enbart de delar som avser elhandel respektive tjänsteexport och inverkar inte på övriga verksamheter i bolaget.

²⁰ Undantag från lagens tillämpning gäller enligt 1 kap. 3 § LOU även för upphandlande myndigheter och enheter verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna för sådan av myndigheten/enheten bedriven verksamhet som består av bl.a. tillhandahållande eller drift i fasta publika nät i samband med produktion, transport eller distribution av gas, värme, el eller dricksvatten, eller i form av transporter med järnväg, automatiserade system, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana. Även posttjänster samt prospektering eller utvinning av olja, gas, kol eller andra fasta bränslen samt tillhandahållande av hamnar och flygplatser är undantaget från lagens tillämpning. I dessa fall ska bestämmelserna i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) tillämpas (se 1 kap. 4 – 10 §§ LUF).

²¹ Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret över den offentliga upphandlingen till Konkurrensverket.

²² EG-domstolens dom av den 20 september 1988 i mål C-31/87, *Gebroeders Beentjes*, REG 1988, s. 4635, samt den 22 juni 1993 i mål C-243/89, *Storebæltsforbindelsen AS*, REG 1993, s. I-3353.

Av principen om *öppenhet (transparens)* följer vidare att upphandlingsprocessen ska vara objektiv och förutsägbar och att leverantörerna ska informeras i förväg om innebörden av samtliga kriterier av betydelse för anbudsvärderingen. Lagens och direktivets bestämmelser är avsedda bl.a. för att motverka möjligheten till korruption i offentlig sektor. Någon fri anbudsprövning får inte förekomma (jfr NJA 1998 s 873). Rent subjektiva kvalifikations- eller värderingskriterier, som exempelvis en uppskattning av anbudsgivarnas "personkemi", ska därför inte komma i fråga.

Proportionalitetsprincipen innebär att upphandlande myndigheter inte får ställa högre krav på leverantören eller leveransen än som behövs och annars framstår som ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen och avser att motverka att företag på ett otillbörligt sätt stängs ute från offentlig upphandling. De uppställda kraven måste således ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det behov som ska täckas med varje upphandling. Upphandlingens art och omfattning måste därför beaktas när villkoren för att få delta i upphandlingen eller förutsättningarna för tilldelning fastställs.

Tjänster för avfallshantering (CPV 90121000-1) och avfallsförbränning (CPV 90121330-3) utgör båda s.k. A-tjänster (kategori 16) enligt bilaga II A till det klassiska upphandlingsdirektivet (bilaga 2 till LOU).²³ Om tjänsternas sammanlagda upphandlingsvärde överstiger tröskelvärdet 206.000 euro eller 1.911.155 kronor²⁴ ska upphandlingen av detta skäl handläggas med iakttagande av de direktivstyrda bestämmelserna i 1 kap. – 14 kap. LOU, normalt genom *öppen* eller *selektiv upphandling*.²⁵ *Förhandlad upphandling med föregående annonsering*²⁶ utgör däremot ett undantagsförfarande som enligt 4 kap. 2 § LOU får användas endast i följande fall:

1. om de anbud som lämnats vid ett öppet eller ett selektivt förfarande är ogiltiga eller inte kan godtas med hänsyn till någon bestämmelse i LOU²⁷,
2. om det som skall upphandlas är av sådant slag eller förenat med sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter inte går att ange något totalpris i förväg,
3. för finansiella och intellektuella tjänster som är av sådan art att det inte går att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden, eller
4. för byggtreprenad, som endast har forsknings-, provnings- eller utvecklingsändamål och som inte syftar till vinst eller till att täcka forsknings- och utvecklingskostnader.

²³ Bilagorna bygger i allt väsentligt på en klassificering av tjänster (CPV) som numera finns sammanställd i den av Europeiska rådet och parlamentet antagna s.k. CPV-nomenklaturen (*Common Procurement Vocabulary*) - Se Europaparlamentets och rådets förordning (2002/2195/EG) av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003.

²⁴ Gällande tröskelvärden fr.o.m. den 1 januari 2008, se 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 (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

²⁵ Se 4 kap. 1 § LOU.

²⁶ Lagen medger under vissa förhållanden även *förhandlad upphandling utan föregående annonsering*. Detta undantagsförfarande kan enligt 4 kap. 5 § LOU användas vid upphandling av tjänster om 1. det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte har lämnats några anbudsansökningar, anbud eller lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt, 2. det som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör, eller 3. det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett annonserat förfarande. Om tillräckliga förutsättningar för att tillämpa annonserad förhandlad upphandling enligt 4 kap. 2 § LOU föreligger får den upphandlande myndigheten underlåta att annonsera upphandlingen om den till förhandling bjuder in endast anbudsgivare som uppfyller vad som krävs i kvalifikationshänseende samt i ett föregående öppet eller selektivt förfarande har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven för upphandlingen. I förfarandet får i sådant fall inte andra än sådana anbudsgivare delta.

²⁷ Undantag enligt 4 kap. 2 § första stycket 1 LOU kan komma i fråga om anbud som har lämnats vid ett öppet eller ett selektivt förfarande är ogiltiga eller inte kan godtas med hänsyn till vad som föreskrivs a) i 1 kap. 10 § andra stycket LOU om att juridiska personer i vissa fall ska uppge namn och yrkeskvalifikationer på personer som ska utföra en tjänst som omfattas av upphandlingen, b) i 6 kap. 9 § andra och fjärde styckena LOU om att otillåtna alternativa anbud inte får beaktas respektive att endast alternativa anbud som uppfyller ställda minimikrav får beaktas, c) i 6 kap. 11 § LOU om att en anbudsgivare ska ange hur stor del som kan komma att läggas ut på tredje man, d) i 6 kap. 12 § andra stycket LOU om att anbudsgivare och anbudssökande ska bekräfta att hänsyn tagits till bestämmelserna om arbetarskydd och arbetsvillkor vid utformning av anbudet, e) 9 kap. 8 § andra stycket LOU om att en leverantör ska förtydliga och komplettera handlingar som getts in, f) i 10 kap. LOU om uteslutning av leverantörer, g) i 11 kap. LOU om kontroll av leverantörers lämplighet och val av leverantörer m.m., eller h) i 12 kap. LOU om tilldelning av kontrakt, under förutsättning att villkoren för kontraktet i förhållande till den tidigare upphandlingen inte ändras väsentligt.

Är inget av dessa undantagsförutsättningar uppfyllt kan *annonserat förhandlat förfarande* inte komma i fråga.

Möjligheterna till undantag från att tillämpa öppen eller selektiv upphandling ska enligt EG-domstolens fasta praxis vidare tolkas restriktivt och det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan att visa att tillräcklig grund för undantag verkligen föreligger.²⁸

Kvalifikationsprövning enligt 11 kap. LOU och *anbudsvärdering* enligt 12 kap. LOU utgör skilda upphandlingsmoment som styrs av sinsemellan olika regelverk. Vid upphandling av bl.a. A-tjänster över tröskelvärdet ska enligt 11 kap. 1 § LOU den upphandlande myndigheten innan den börjar pröva anbudena pröva om anbudsgivarna eller anbudssökandena uppfyller de krav (s.k. kvalifikationskrav) som ställts upp på leverantören. Först därefter kan anbudsvärdering genomföras.

Vid bl.a. *förhandlad upphandling*²⁹ ska dessa båda upphandlingsmoment, *kvalifikationsprövning* och *anbudsvärdering*, dessutom utföras vid tidsmässigt åtskilda processer. I upphandlingens inledande kvalifikationsfas ska intresserade leverantörer erbjudas att ansöka om att delta med anbud varefter den upphandlande myndigheten ska pröva om anbudssökandena besitter tillräcklig finansiell och ekonomisk styrka samt teknisk förmåga och kapacitet för att bjudas in att delta med anbud. Först därefter, när det efter genomförd kvalifikationsprövning står klart vilka leverantörer som har bedömts tillräckligt kvalificerade, kan den upphandlande myndigheten inleda förhandlingar och inhämta anbud. Enbart kvalificerade leverantörer kan komma ifråga för förhandling och anbudsvärdering. Någon ytterligare prövning avseende anbudsgivarnas tekniska förmåga och kapacitet för att utföra det aktuella uppdraget får enligt vad som framgår av bl.a. fast praxis från EG-domstolen³⁰ inte ske i samband med värderingen av inkomna anbud. Av dessa skäl får underlaget för anbudsgivning inte innefatta krav eller kriterier som rätteligen hör hemma i den tidigare kvalifikationsfasen.³¹

Fråga om otillåten sammanblandning av kvalifikations- och värderingskriterier har upprepade gånger varit föremål för bedömning av EG-domstolen. Senast i målet C-532/06, *Lianakis m.fl.*, där det av domskälen framgår bl.a. följande.

Den upphandlande myndigheten skall vid kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet nämligen utgå från kriterierna avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet (kallade ”kriterier för kvalitativt urval”) som avses i artiklarna 31 och 32 i [tjänstepupphandlingsdirektivet (92/50/EG)]. Tilldelningen av kontraktet däremot genomförs mot bakgrund av de kriterier som anges i artikel 36.1 i samma direktiv nämligen lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. [...] Vad gäller sistnämnda fall är det visserligen riktigt att det i artikel 36.1 i direktiv 92/50 inte ges någon uttömmande uppräkningslista av de kriterier som den upphandlande myndigheten får välja mellan och att denna myndighet enligt denna bestämmelse således ges möjlighet att välja de kriterier som den avser att tillämpa vid tilldelningen av kontraktet. Inte desto mindre är det emellertid så att detta val endast kan avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga

²⁸ Enligt EG-domstolens fasta praxis ska möjligheterna till undantag från att tillämpa öppet eller selektivt förfarande tolkas restriktivt samt det är den eller de upphandlande myndigheter (eller enheter) som avser att åberopa de särskilda omständigheter som gör undantaget befogat som ska visa att dessa verkligen föreligger (se bl.a. EG-domstolens dom av den 10 mars 1987 i mål C-199/85, *kommissionen mot Italien*, REG 1987, s. 1039; dom av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *kommissionen mot Spanien*, REG 1994, s. I-1569; dom av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *kommissionen mot Italien*, REG 1995, s. I-1249; dom av den 28 mars 1996 i mål C-318/94, *kommissionen mot Tyskland*, REG 1996, s. I-1949, p. 13; 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; dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005, s. I-1, p. 46; samt dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-5397, p. 63).

²⁹ Förutom vid *förhandlad upphandling* ska liknande tvåstegsförfarande tillämpas vid *selektiv upphandling* och *urvalsupphandling*.

³⁰ Se EG-domstolens nedan refererade dom av den 24 januari 2008 i mål C-532/06, *Lianakis, m.fl.*, REG 2008, s. I-0000, pp. 27-30 och 32. För liknande resonemang avseende upphandling av tjänster, se domstolens dom av den 17 september 2002 i mål C-513/99, *Concordia Bus*, REG 2002, s. I-7213, pp. 54 och 59 och av den 19 juni 2003 i mål C-315/01, *GAT*, REG 2003, s. I-6351, pp. 63 och 64. Se även domstolens dom av den 20 september 1988 i mål C-31/87, *Beentjes*, REG 1988, s. 4635, pp. 15 och 16 och dom av den 18 oktober 2001 i mål C-19/00, *SIAC Construction*, REG 2001, s. I-7725, pp. 35 och 36, vilka avser offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten.

³¹ För svenskt vidkommande, se exempelvis Länsrätten i Östergötlands län, lagakraftvunnen dom av den 13 maj 2008 i mål 753-08, där länsrätten konstaterar att ”... en förnyad prövning avseende kraven för kvalificering får inte förekomma under utvärderingsfasen”.

anbudet. [...] De kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga kan följaktligen inte anses utgöra ”kriterier för tilldelning”. [...] Domstolen konstaterar följaktligen att [gällande upphandlingsdirektiv] utgör hinder för att den upphandlande myndigheten under ett anbudsförfarande beaktar anbudsgivarnas erfarenhet, personalstyrka och utrustning samt förmåga att utföra projektet inom den fastställda tidsfristen, inte med hänvisning till att dessa faktorer utgör ”kriterier för kvalitativt urval”, utan i stället till att de utgör ”kriterier för tilldelning”.³²

Sammanblandning av kvalifikationskriterier med värderingskriterier får således inte komma ifråga vid den avslutande förhandlings och värderingsfasen i en förhandlad upphandling. I denna fas ska anbudens pris jämföras enbart med sådana värderingskriterier som inte utgör kvalifikationskriterier.

Avseende tillåtligheten av att beakta transportkostnader har Nämnden för offentlig upphandling (NOU) bl.a. uttalat följande:

Enligt NOU:s analys är det inte tillåtet att ge företrädare åt den leverantör som producerar en vara så nära de upphandlande [myndigheterna] som möjligt, i syfte att minimera transporten. Det är enligt NOU:s uppfattning inte heller möjligt att ställa krav på att en vara som upphandlas skall transporteras på ett visst miljöanpassat sätt. Det är enligt analysen dock möjligt att köpa en vara fritt fabrik med separat uppköp av transporter.³³

Förekommande transportkostnader och därmed sammanhängande förhållanden, som exempelvis avståndet till förbränningsanläggning, kan beaktas enbart om transporttjänsten ingår som en del av den totala upphandlingen. Om transporttjänsterna ska upphandlas separat eller tillhandahållas på annat sätt kan transportrelaterade omständigheter över huvud taget inte beaktas vid värderingen av anbud.

Av EG-domstolens dom i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *Kommissionen mot Tyskland*, framgår vidare att krav på geografisk närhet riskerar att strida mot grundläggande gemenskapsrättsliga principer, särskilt icke-diskrimineringsprincipen såsom den framgår av EG-fördragets bestämmelser om etableringsrätt och frihet att tillhandahålla tjänster.³⁴ Föregivna miljökonsekvenser som kan uppkomma till följd av transporter får beaktas enbart om dessa kan konstateras utgöra en påvisbar fara för miljön och folkhälsan och det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att visa att sådan fara föreligger.³⁵

Yttrande

Vetlanda Energi och Teknik AB (VETAB) och Nässjö Affärsverk AB (NAV) har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet. Bolagen har i likalydande yttranden anfört att de med intresse har tagit del av Konkurrenskommissionens synpunkter och för närvarande inte har några kommentarer.

³² Se EG-domstolens beslut av den 16 oktober 2003 i mål C-244/02, *Kauppatalo Hansel*, REG 2003, s. I-12139, p. 36.

³³ Nämnden för offentlig upphandling (NOU), Offentlig upphandling och miljö 1998-12-08, dnr. Eufi1999/287). Avgörandet avser en upphandling av varor. Saamma synsätt måste emellertid, främst mot bakgrund av det ovan refererade avgörandet från EG-domstolen (C-20/01 och C-28/01, *kommissionen mot Tyskland*) anses omfatta även upphandling av tjänster.

³⁴ Se EG-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och den inre marknaden i artiklarna 43 och 49 EG.

³⁵ Se EG-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. Domstolen anförde (domskälen pp. 60-62 samt 64-66) bl.a. följande: ”Det är riktigt att en upphandlande myndighet kan beakta miljöskyddskriterier i olika skeden av ett upphandlingsförfarande (se, vad gäller användandet av sådana kriterier såsom bedömningskriterier vid upphandlingen av en busslinje i stadstrafik, dom av den 17 september 2002 i mål C-513/99, *Concordia Bus Finland*, REG 2002, s. I-7213, punkt 57). Det är således inte uteslutet att ett tekniskt skäl rörande miljöskydd får beaktas för att bedöma om upphandlingskontraktet i fråga kan tilldelas en viss tjänsteleverantör. Det förfarande som används på grund av att det föreligger ett sådant tekniskt skäl ska emellertid vara förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen såsom den framgår av fördragets bestämmelser om etableringsrätt och frihet att tillhandahålla tjänster (se, analogt, domen i det ovannämnda målet *Concordia Bus Finland*, punkt 63). [...] den omständigheten att det enligt den tyska regeringen är en nödvändig följd av staden Braunschweig beslut att värmebehandla restavfall att bortskaffandet måste ske på en närbelägen plats, [stöds] inte av något bevis och kan således inte anses utgöra ett tekniskt skäl. Den tyska regeringen har härvid inte visat att en längre transportsträcka för avfallet nödvändigtvis skulle utgöra en fara för miljön och folkhälsan. [Vidare] kan det förhållandet att en tjänsteleverantör är verksam i närheten av en kommun inte ensamt utgöra ett tekniskt skäl”.

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.

Vetlanda Energi och Teknik AB (VETAB) och Nässjö Affärsverk AB (NAV) är båda indirekt helägda kommunala bolag och utgör därmed bl.a. sådana upphandlande myndigheter som är skyldiga att följa vid varje tidpunkt gällande upphandlingsbestämmelser.

Den i ärendet aktuella upphandlingen avser avfallsförbränning m.m., vilket är en A-tjänst enligt bilaga II A till det klassiska upphandlingsdirektivet (bilaga 2 till LOU). Även om de upphandlande bolagen är verksamma inom försörjningssektorerna omfattar upphandlingen inte några sådana tjänster att lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) ska vara tillämplig.²⁰

Upphandlingen har påbörjats efter den 1 januari 2008 och det s.k. upphandlingsvärdet kan i enlighet med vad som har redovisats ovan uppskattas till minst c:a 36 - 40 miljoner kronor. De på EG-direktiv grundade bestämmelser som finns införda i 1 kap. – 14 kap. LOU (2007 års lag) ska därför tillämpas. Upphandlingens utformning föranleder mot denna bakgrund följande kritiska synpunkter.

(I) Huvudregeln enligt LOU är att A-tjänster över tröskelvärdet, däribland tjänster för avfallsförbränning, ska upphandlas i ett *öppet* eller ett *selektivt* förfarande. *Förhandlad upphandling* med eller utan föregående annonsering kan komma i fråga endast vid speciella undantagsförhållanden som det åligger den upphandlande myndigheten att visa.

I det aktuella fallet har någon tidigare öppen eller selektiv upphandling aldrig genomförts och föremålet för upphandling innefattar varken finansiella eller intellektuella tjänster eller bygg-entreprenadarbeten. Eftersom tjänster för avfallsförbränning inte heller är av sådant slag eller förenat med sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter inte går att ange något totalpris i förväg saknas det därför grund enligt 4 kap. LOU för att tillämpa undantagsbestämmelserna för förhandlad upphandling med eller utan föregående annonsering. Upphandlingen har således utlysts enligt ett felaktigt förfarande, varvid LOU och bakomliggande EG-direktiv har kommit att överträdas.

(II) Som framgår av uppdelningen mellan kvalifikationsprövning enligt 11 kap. och anbudsvärdering enligt 12 kap. LOU samt av EG-domstolens dom i målet *Lianakis m.fl.* (C-532/06) får bedömningen av anbudsgivarnas kvalifikationer och värderingen av deras anbud inte blandas samman, utan tillhör skilda upphandlingsmoment som styrs av sinsemellan olika regelverk. Vid förhandlad upphandling ska de olika momenten dessutom genomföras vid skilda tidpunkter.

Av det i ärendet aktuella upphandlingsunderlaget framgår att värdering av inkomna anbud ska ske med avseende på bl.a. "Miljölaster" (punkten 2.10.3), "Resursutnyttjande" (punkten 2.10.4), samt, "Samarbetspotential och samarbetsområden" och "Nytta av utbytestjänster" (punkterna 2.10.6 och 7). Dessa omständigheter innefattar helt eller delvis prövning av anbudsgivarnas kvalifikationer och utgör sådana kvalifikationskriterier (eller "kriterier för kvalitativt urval") som vid förhandlad upphandling ska prövas redan innan anbudsgivningen påbörjas. Någon laglig möjlighet att bedöma dylika omständigheter även i samband med värderingen av inkomna anbud föreligger inte. Förutsättningarna för anbudsvärderingen strider även i detta avseende mot LOU och bakomliggande EG-direktiv.

(III) Av principen om icke-diskriminering följer att geografiska begränsningar av olika slag riskerar att strida mot EG-fördragets bestämmelser om etableringsrätt och frihet att tillhandahålla tjänster. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att visa tillräckliga skäl för en sådan begränsning. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har exempelvis uttalat att

det inte är tillåtet att ge företräde åt närbelägna leverantörer i syfte att minimera förekommande transporter. Transportkostnader och eventuella miljöeffekter av dessa kan tillmätas betydelse vid prövning av leverantörernas kvalifikationer eller läggas till grund för värdering av anbud enbart om behovet av transporter upphandlas samtidigt med varan eller tjänsten i fråga.

Vad som har föreskrivits i punkterna 2.4 och 2.10.5 i upphandlingsunderlaget om att en uppskattning av transportavstånd och schablonmässig transportkostnad ska tillmätas betydelse vid kvalificeringen av anbudsgivare samt vid värderingen av inkomna anbud strider således mot grundläggande principer för offentlig upphandling, eftersom tjänsten att transportera avfall inte ingår i den aktuella upphandlingen. Om Vetlanda Energi och Teknik AB och Nässjö Affärsverk AB vill beakta den totala kostnaden av avfallshanteringen inklusive behovet av transporter till förbränningsanläggning inom ramarna för ett och samma förfarande måste transporttjänsten upphandlas samtidigt med tjänsten att förbränna avfall. Som upphandlingen nu har utformats kan enbart priser och övriga omständigheter som hänför sig till tjänsten att omhänderta avfall i förbränningsanläggning beaktas.

Miljöskyddskriterier kan visserligen beaktas i olika skeden av ett upphandlingsförfarande. Den omständigheten att en tjänsteleverantör är verksam i närheten av en kommun kan enligt gemenskapsrättslig praxis (se bl.a. målet *kommissionen mot Tyskland*, C-20/01 och C-28/01) dock inte ensamt anses utgöra något tekniskt miljöskäl, utan det måste även visas föreligga en fara för miljön och folkhälsan av aktuella transporter. Föreskriften punkten 2.10.3, "Miljölast" om att anbudsgivarna ska vidkännas ett schablonmässigt prispåslag på 5 kr/mil för miljöbelastningen av förekommande avfallstransporter stöds inte av någon utredning eller bevis. Även om behovet av transporter hade upphandlats samtidigt med förbränningstjänsten i fråga, och sålunda kunnat läggas till grund för prövning i upphandlingen, har Vetlanda Energi och Teknik AB och Nässjö Affärsverk AB inte visat att en längre transportsträcka för avfallet nödvändigtvis skulle utgöra en sådan fara för miljön och folkhälsan som kan motivera diskriminerande särbehandling av leverantörer. Också av detta skäl strider förutsättningarna för den aktuella upphandlingen mot LOU och bakomliggande EG-direktiv samt mot EG-fördragets grundläggande bestämmelser om etableringsrätt och frihet att tillhandahålla tjänster.

(IV) Av kraven på likabehandling och icke-diskriminering samt öppenhet (transparens) följer att förfarandet vid offentlig upphandling ska vara objektivt och öppet. Godtyckliga och subjektiva värderingsgrunder eller "fri prövningsrätt" får inte komma i fråga. Regleringen motiveras bl.a. av att motverka möjligheter till korruption vid offentlig handel.

Anbudsförutsättningarna enligt punkten 1.3 samt 2.10.6 och 2.10.7 i underlaget som föreskriver att ett "samarbetsklimat baserat på förståelse och likartad syn mellan de två organisationerna och personkemi mellan parternas resp representanter" ska tillmätas betydelse vid värdering av anbud strider således mot kraven på likabehandling och transparens enligt LOU och det bakomliggande EG-direktivet.

Det sätt som den aktuella upphandlingen har utformats på strider följaktligen på flera avgörande punkter mot de krav av både formell och materiell natur som ställs på hur en offentlig upphandling ska genomföras. Genom det påtalade förfarandet har de kommunala bolagen Vetlanda Energi och Teknik AB (VETAB) och Nässjö Affärsverk AB (NAV) väsentligt åsidosatt vad som gäller enligt lagen om offentlig upphandling jämte bakomliggande EG-direktiv och gemenskapsrättslig praxis. De påtalade felaktigheterna medför att konkurrensen på marknaden för avfallsförbränning riskerar att snedvridas samtidigt som förtroendet för de båda bolagens kompetens som upphandlare undergrävs. Förfarandet medför även risk för att Sverige kan fällas för fördragsbrott i EG-domstolen.