

PM 2 2011-03-17 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bland annat bristande likabehandling och transparens vid offentlig upphandling.**

*Örnsköldsviks kommun har i samband med en upphandling av transporttjänster, där det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas, (I) bland annat inte klargjort på vilka kriterier tilldelning ska ske. (II) Förfrågningsunderlaget avviker vidare från annonsen om upphandling. (III) Upphandlingen avser slutligen en kontraktstid på maximalt sju år, vilket avviker från huvudregeln för ramavtal om en begränsning på maximalt fyra år.*

Örnsköldsviks kommun har infordrat anbud avseende löpande avrop av vissa transporttjänster. Ett meddelande om upphandlingen skickades den 10 december 2010 till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE) för annonsering i bl.a. databasen TED.<sup>1</sup> Kommunens diarienummer är 10-42. Enligt punkterna II.1.5 och II.1.6 i meddelandet om upphandling avser upphandlingen successiva avrop av ”*persontransport av i huvudsak särskoleelever, omsorgstagare och mattransporter samt vissa skoltransporter vid s.k. delat boende*” med CPV-nummer: 60130000.<sup>2</sup>

Upphandlingen handläggs som ett öppet förfarande<sup>3</sup> och avser perioden under tiden den 1 juli 2011 till och med den 30 juni 2016 med möjlighet till två års förlängning till och med den 30 juni 2018 (5+2=7 år).<sup>4</sup>

Kommunens aktuella förfrågningsunderlag är odaterat men medföljande missivskrivelse med inbjudan att avge anbud är daterad den 18 november 2010. Av detta underlag, punkten 1.3, *Beskrivning/omfattning*, framgår att upphandlingen avser Örnsköldsviks kommuns behov av transporter av elever till och från särskola och fritidsverksamhet, vårdtagare till och från daglig verksamhet, mattransporter och vissa posttransporter jämte vissa transporter mellan bostad och skola vid s.k. delat boende. I upphandlingen lämnas inga fasta eller garanterade volymer utan löpande avrop ska ske av kommunen, enligt vid varje tidpunkt aktuella behov under den stipulerade avtalstiden.

Av punkten 1.6, *Miljö*, framgår att offererade fordon som ska nyttjas dagligen inte får vara äldre än 6 år, medan eventuella reservfordon som endast nyttjas sporadiskt får vara 10 år.

Vidare, av punkterna 1.5, *Pris*, och 4.9, *Prisvillkor*, framgår att ”*[a]nbudspriser skall anges netto, exkl. mervärdesskatt och i Svensk valuta i bifogad svarsmall. Anbudsgivare som inte kan lämna fast pris för hela avtalsperioden skall ange för hur lång tid fast pris kan lämnas och vilka pris- och valutajusteringsklausuler som tillämpas. Samtliga kostnader skall vara inräknade i anbudspriset. Enligt 'Lagen om offentlig upphandling' får inga priskompletteringar göras efter det att anbud lämnats. Detta innebär att prisreservationer ej får förekomma*” samt att ”*[p]riserna skall vara fasta från avtalsstart till 1 januari 2013. Priserna kan då förändras i samma utsträckning som förändringen av Taxiindex från oktober 2011 till oktober 2012. Prisändringar efter fastprisperioden skall innan de träder i kraft skriftligen, senast 2 veckor före prisändringens ikraftträdande, tillställas upphandlingsenheten för godkännande. Om prisförändring inte kan accepteras äger part rätt att häva avtalet med 30 dagars uppsägning*”.

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> CPV eller *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 en ny förordning, som trädde i kraft per den 13 september 2008).

<sup>3</sup> Se punkten IV.1.1. i meddelandet om upphandling samt punkten 2.1 i förfrågningsunderlaget.

<sup>4</sup> Se punkten 2.2, Avtalstid i förfrågningsunderlaget.

Enligt punkterna 4.3, *Vinnande anbud*, och 4.4, *Bedömning*, ska det anbud antas som sammantaget bedöms vara det för kommunen ekonomiskt mest fördelaktiga, varvid "[b]edömningen kommer att ske utifrån anbudsgivarens skriftliga redogörelse". Några andra uppgifter eller kriterier till ledning av vilka omständigheter som kommer att läggas till grund för kommunen beslut om tilldelning eller på vilket sätt anbudsvärderingen kommer att genomföras redovisas inte, varken i det aktuella förfrågningsunderlaget eller i någon annat tillgängligt underlag för upphandlingen.

Någon uppgift till ledning för bedömningen av upphandlingens s.k. kontraktsvärde redovisas inte. Med beaktande av de aktuella tjänsternas omfattning i belysning av den stipulerade avtalstidens längd kan detta värde dock uppskattas till mellan c:a 7 och 9 miljoner kronor per år. Med tillämpning av beräkningsregeln vid offentlig upphandling<sup>11</sup> kan mot denna bakgrund kontraktsvärdet antas i vart fall överstiga gällande tröskelvärde för offentlig upphandling av tjänster, vilket för närvarande uppgår till 1.919.771 kronor.<sup>12</sup>

### Gällande rätt

Upphandling av offentliga tjänstekontrakt som har påbörjats<sup>5</sup> efter den 1 januari 2008<sup>6</sup> regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.<sup>7</sup> 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 byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).<sup>8</sup>

Tjänster för landtransport, även säkerhets- och kurirtransporter med undantag av postbefordran, däribland passagerartransport på väg för särskilda ändamål (CPV 60130000-8)<sup>9</sup> utgör s.k.

A-tjänster, kategori 2, enligt bilaga 2 till LOU. Om det samlade värdet av det kontrakt som ska upphandlas överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde ska upphandlingen i sådant fall handläggas i enlighet med de på EU-direktiv grundade bestämmelserna i 1 -14 kap. LOU, normalt genom ett öppet eller selektivt förfarande.<sup>10</sup>

Enligt 3 kap. 3 § LOU ska värdet av det kontrakt som ska upphandlas uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Om ett offentligt tjänstekontrakt upphandlas för att löpa tills vidare och något totalpris inte anges, ska enligt 3 kap. 12 § LOU kontraktet uppskattas som ett 48-månaderskontrakt.<sup>11</sup> För närvarande uppgår tröskelvärdet för kommunala och landstingskommunala upphandlande myndigheter till 1.919.771 kronor.<sup>12</sup>

<sup>5</sup> Enligt vad EU-domstolen har fastslagit i dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle och RPL Lochau*, REG 2005, s. I-1 ska en upphandling anses *påbörjad*, och därmed kunna göras till föremål för överprövning i nationell domstol, från och med den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan.

<sup>6</sup> För upphandlingar som har påbörjats efter den 15 juli 2010 har i LOU införts vissa ändringar med avseende på bl.a. lagens rättsmedelsbestämmelser.

<sup>7</sup> 2007 års lag har sedan den 1 januari 2008 ersatt den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. – För övergångsbestämmelser, se lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

<sup>8</sup> 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).

<sup>9</sup> 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 kods-system. 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).

<sup>10</sup> Om upphandlingsvärdet understiger tröskelvärdet, får upphandlingen istället genomföras med ledning av de nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LOU, normalt genom en s.k. förenklad upphandling eller urvalsupphandling.

<sup>11</sup> Enligt 3 kap. 16 § LOU ska, om ett tjänstekontrakt upphandlas utan att något totalpris anges, värdet av kontraktet 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.

<sup>12</sup> 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 angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av varor inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten inte är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet), till 193.00 euro eller 1.919.771 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

Skyldighet att följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling omfattar förutom myndigheter även kommunala företag som är inrättade för allmännyttigt ändamål. Den som är skyldig att iakttas lagens bestämmelser kallas ”*upphandlande myndighet*”.<sup>13</sup> Tillsyn över den offentliga upphandlingen utövas av Konkurrensverket.<sup>14</sup>

Frågan om grunderna för vilka anbud som ska antas är central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Syftet med den upphandlingsrättsliga regleringen är bland annat att säkerställa den lagliga efterlevnaden av EU-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. Det har därför införts i 1 kap. 9 § LOU ett antal unionsrättsliga principer som ska iakttas vid all offentlig upphandling, oavsett valet av upphandlingsförfarande. Dessa är principerna om *likabehandling och ickediskriminering, öppenhet (transparent), proportionalitet samt ömsesidigt erkännande*.

*Likabehandlingsprincipen* innebär i korthet att samtliga tänkbara leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta med anbud vid offentlig upphandling. Vissa leverantörer eller grupper av leverantörer får exempelvis inte ensidigt gynnas. Förekommande upphandlingsförutsättningar får vidare inte utformas på ett sätt som vid anbudsprövningen förvärrar eller gör det omöjligt för den upphandlande myndigheten att, genom exempelvis nollställning, kunna genomföra jämförande anbudsvärdering på ett likvärdigt sätt.

Av principen om *öppenhet (transparent)* följer vidare att samtliga leverantörer ska ges tillgång till upphandlingsrelevant information vid ett och samma tillfälle och på liknande villkor. Informationen ska vara klar och tydlig och redovisa bl.a. vilka omständigheter som ska komma att beaktas vid värderingen av inkomna anbud samt på vilket sätt värderingen av dessa anbud ska genomföras. Den upphandlande myndigheten får exempelvis inte i efterhand lägga till eller ändra kriterier eller genom allmänt hållna värderingskriterier lämna utrymme för i praktiken rent godtycke vid anbudsvärdering och beslut om tilldelning. Någon ”fri prövningsrätt” får inte förekomma.<sup>15</sup>

Som huvudregel föreligger det en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag, samt genom annons tillkännagiva sina upphandlingar.<sup>16</sup> En annons om upphandling inom den direktivstyrda sektorn (bl.a. A-tjänster över tröskelvärdet) ska på snabbaste lämpliga sätt sändas till Europeiska kommissionen<sup>17</sup> för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.<sup>1</sup> Ett meddelande och en annons om offentlig upphandling ska följa visst standardformulär för offentliggörande av meddelanden avseende offentlig upphandling.<sup>18</sup> Av meddelandet ska framgå information som är väsentlig för upphandlingen. Av annonsen eller förfrågningsunderlaget ska vidare framgå vilken grund för kontraktstilldelning som kommer att tillämpas: ekonomiskt mest fördelaktiga anbud eller lägsta pris.<sup>19</sup> Om den upphandlande myndigheten väljer tilldelningsalternativet ”ekonomiskt mest fördelaktigt anbud”, ska myndigheten i sitt underlag för anbudsinfordran ange den inbördes vikt-

avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>13</sup> Genom införandet av 2007 års upphandlingslagar har inom den klassiska sektorn beteckningen *upphandlande enheter* mönstrats ut och ersatts med *upphandlande myndigheter*. Med upphandlande myndighet avses inte enbart myndigheter utan även offentligt styrda organ, såsom kommunala bolag, som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. (se 2 kap. 12 och 19 §§ LOU). Beteckningen *upphandlande enhet* förekommer numera enbart på organ verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna.

<sup>14</sup> Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret avseende offentlig upphandling från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) till Konkurrensverket.

<sup>15</sup> Se NJA 1998 s. 873 (*Arkitektjänst i Uppsala*).

<sup>16</sup> Avseende annonseringskravet, se 7 kap. 1 § samt 15 kap. 2 § sista stycket samt 4 § LOU. Avseende skriftlighetskravet, se 9 kap. 1 § samt 15 kap. 8 § LOU.

<sup>17</sup> Se 2 § förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

<sup>18</sup> Se 9 § i den ovannämnda förordningen (2007:1099) samt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 1564/2005 av den 7 september 2005 om standardformulär för offentliggörande av meddelanden.

<sup>19</sup> Se 12 kap. 1 § tredje stycket LOU:

ningen av förekommande värderingskriterier eller kriteriernas prioriteringsordning.<sup>20</sup> Det får härvid inte förekomma några avvikelser mellan sådan information som lämnas i ett meddelande eller en annons eller om offentlig upphandling och information som lämnas i något annat underlag för aktuell anbudsinfördran.

Med utgångspunkt i den ovan redovisade *transparensprincipen* ska den upphandlande myndigheten i förväg, på ett tydligt sätt redovisa vilka omständigheter som ska beaktas vid anbudsprövningen samt på vilket sätt (enligt vilka kriterier) denna prövning ska komma att genomföras. För det fall att den upphandlande myndigheten i annonsen eller förfrågningsunderlaget har angivit att den ska anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, får myndigheten genomföra en sammanvägning av olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. Myndigheten måste i sådant fall ange hur dessa kriterier kommer att viktas inbördes. Kriterieviktningen ska anges antingen som intervall med en lämplig största tillåtna spridning eller i fallande prioriteringsordning.<sup>21</sup>

Enligt 5 kap. 4 § LOU får ramavtal avseende A-tjänster över tröskelvärden löpa under längre tid än fyra år endast om det finns ”särskilda skäl”. Begränsningsregeln torde även omfatta förekommande förlängningsperioder. Således strider en upphandling av ramavtal som avses tecknas exempelvis på tre år med möjlighet till förlängning i två år (3+2 år) mot fyraårsregeln. Bestämmelsen motiveras av en önskan från lagstiftarnas sida att införa en mekanism för att upprätthålla konkurrensen i ramavtalsituationer samt att upprätthålla iakttagandet av de grundläggande principerna.<sup>22</sup>

I aktuella lagförarbeten klarläggs inte närmare vad som avses med rekvisitet ”särskilda skäl”. Dock framgår att ”särskilda skäl” kan anses föreligga exempelvis i fråga om ett avgränsat projekt som beräknas pågå något längre tid än fyra år och som inte har någon naturlig fortsättning när projektet avslutas, eller om föremålet för upphandlingen är av sådant slag att det medför behov av stora investeringar för leverantören vilka bör kunna avskrivras under avtalstiden.<sup>23</sup>

Det åvilar den upphandlande myndigheten att visa ”särskilda skäl” för en längre avtalstid än fyra år.<sup>24</sup> Det följer vidare av EU-domstolens allmänna rättspraxis<sup>25</sup> att den som avser att åberopa ett undantag ska bevisa sådana särskilda omständigheter som kan motivera undantag.<sup>26</sup>

Vidare ska, enligt samma praxis, varje undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de unionsrättsliga rättigheterna inom området för offentlig upphandling tolkas restriktivt.<sup>27</sup>

<sup>20</sup> Se 12 kap. 2 § tredje stycket LOU, där det framgår att viktningen av förekommande värderingskriterier eller kriteriernas prioriteringsordning ska anges i (1) annonsen om upphandlingen, (2) förfrågningsunderlaget, (3) en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar, eller i (4) det beskrivande dokumentet.

<sup>21</sup> Se 12 kap. 2 § första och andra stycket LOU.

<sup>22</sup> Se beaktandesats 11 till Klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) jämte Konkurrensverket, yttrande till Kammarrätten i Stockholm, inom ramarna för pågående mål 5609--5629-10 (Sanofi Pasteur / Stockholm läns landsting m.fl.), p. 21.

<sup>23</sup> Se bl.a. prop. 2006/07:128 s. 334, där anges bl.a. följande. ”Paragrafen motsvarar artikel 32.2 fjärde stycket i direktivet. Enligt den bestämmelsen får ett ramavtal ”inte löpa längre än fyra år, utom i vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för ramavtalet”. Det är oklart vad som menas med ”vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för ramavtalet”. Beaktandesats 11 ger ingen ledning vid tolkning av bestämmelsen. Regeringen är, i likhet med utredningen, av uppfattningen att ett krav på särskilda skäl bör motsvara direktivets undantagsfall. Det ligger i sakens natur att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det finns tillräckliga skäl att tillämpa bestämmelsen och att dessa skäl skall vara hänförliga till föremålet för upphandlingen. Utredningen har ansett att det är svårt att ange något exempel när bestämmelsen kan tillämpas. Enligt regeringens mening kan det vara fråga om ett avgränsat projekt som beräknas pågå något längre tid än fyra år och som inte har någon naturlig fortsättning när projektet avslutas. Det kan även vara situationer där föremålet för upphandlingen är av sådant slag att det medför stora investeringar för leverantören vilka skall betala sig under avtalstiden.”

<sup>24</sup> Direktivbestämmelsens formulering ”vederbörligen styrkta” anger att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att i förekommande fall visa tillräckliga skäl för att frånga fyraårsregeln.

<sup>25</sup> Från senare rättspraxis, se EU-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i målet C-157/06, *Kommissionen mot Italien*, REG 2008 s. I-0000, p. 23.

<sup>26</sup> 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, p. 46.

<sup>27</sup> 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.

### Yttrande

Örnsköldsviks kommun har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande.

(I) Vad avser punkten 1 är det helt riktigt att utvärderingskriteriet var lägsta pris.

(II) När det gäller punkten 2 är det så att i förfrågningsunderlaget framkom dubbla budskap i punkterna 1.5. och i 4.9., vilket var ett slarvfel ifrån kommunens sida. Dock så har ingen anbudsgivare ställt några frågor i anslutning av detta fel, och de verkar även som att detta inte har påverkat någon av intressenterna.

(III) Slutligen vad avser punkten 3 vidgår kommunen att det rör sig om ett ramavtal på totalt 7 år (5+2 år). I 5:3 § LOU står det att ramavtal får löpa under en längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl för det. Det finns inget annat lagstöd som säger att kommunen inte får teckna ett avtal på längre tid än fyra år. Kommunen hänvisar i denna del till ett tidigare uttalande av dåvarande Nämnden för offentlig upphandling (NOU), som anger bl.a. att ” Varken LOU eller direktiven innehåller någon uttrycklig maximigräns för hur lång tid ett avtal få gälla. Eftersom LOU reglerar vitt skilda typer av kontrakt, måste den lämpliga avtalstiden variera stort med hänsyn till föremålet för upphandlingen och gällande villkor i den bransch som är aktuell”.<sup>28</sup>

Kommunen hävdar att det i detta specifika fall absolut finns särskilda skäl för en längre avtalstid än fyra år. I den aktuella upphandlingen rör det sig om transport av personer som går på särskolan. Dessa personer kan bland annat ha en problembakgrund eller problembild som kräver stor kontinuitet i exempelvis sina transporter för att överhuvudtaget må bra, dessutom så är det en hög investeringskostnad av fordonsflottan.

Avslutningsvis påpekar kommunen att det inte kan ligga den till last att vissa personer inte bevakat denna upphandling trots att dessa fått information om att den var på gång och att de därav inte fått tid att påtala sin syn på innehållet i förfrågan kan inte på något vis vara skäl att avbryta upphandlingen. Den har legat ute i 40 dagar med möjlighet till frågor och synpunkter som har kunnat tillvaratas innan anbudstidens utgång. Upphandlingen är korrekt utförd, den långa avtalstiden är genomtänkt och har sina orsaker vilket också framgår i förfrågningsunderlaget, dvs. kontinuitet, samt den höga investeringen för fordonsflottan.

### 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.

Örnsköldsviks kommun är en upphandlande myndighet som är skyldig att följa vid varje tidpunkt gällande upphandlingsbestämmelser.

Av utredningen i ärendet framgår att kommunen ska upphandla tjänster för vissa person- och mattransporter. Upphandlingen har utformats och annonserats som en öppen upphandling av s.k. A-tjänster till ett kontraktvärde som med säkerhet kan antas överstiga gällande tröskelvärde.

---

<sup>28</sup> Det av kommunen åberopade citatet är hämtat från NOU, Nyhetsbrev i juni 2003, s.10, och lyder i sin helhet som följer: ”Av principen om transparens följer att en upphandling skall kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. Det kan inte anses förenligt med transparensprincipen att en upphandlande enhet ingår avtal som har en förlängningsklausul som medför att avtalet kan löpa i oändlighet. Principen om likabehandling förutsätter också att upphandling sker i konkurrens efter förutbestämda perioder. Konkurrenterna till den kontrakterade leverantören skulle annars aldrig få möjlighet att konkurrera om det aktuella uppdraget.” Varken LOU eller direktiven innehåller någon uttrycklig maximigräns för hur lång tid ett avtal få gälla. Eftersom LOU reglerar vitt skilda typer av kontrakt, måste den lämpliga avtalstiden variera stort med hänsyn till föremålet för upphandlingen och gällande villkor i den bransch som är aktuell”.

Förfrågningsunderlaget utformades och upphandlingen annonserades i november - december 2010. Förfarandet ska därför, såvitt annat inte visas, bedömas med utgångspunkt i regelverket för s.k. direktivstyrd upphandling enligt 1-14 kap. LOU, i dess lydelse efter den 15 juli 2010.

(I) Enligt förfrågningsunderlaget ska kommunen efter värdering anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kommunen redovisar dock inte enligt vilka kriterier, kopplade till föremålet för kontraktet, som denna värdering ska komma att ske. I förfrågningsunderlaget anges enbart att bedömningen kommer att ske utifrån anbudsgivarnas skriftliga redogörelser. Kommunen har härigenom tillmätt sig ett betydande utrymme för godtycke på ett sätt som strider såväl mot föreskrifterna i 12 kap. 1 och 2 §§ LOU om redovisning och viktning av värderingskriterier som mot den unionsrättsliga principen om öppenhet (transparens). Förfrågningsunderlaget avviker i detta avseende även från annonsen om upphandling, där det har angivits att anbud ska komma antas utifrån lägsta pris. Kommunen saknar till följd härav varje grund för tilldelning av anbud i den aktuella upphandlingen.

(II) Såsom anbudsförutsättningarna har utformats kan emellertid inte heller anbudens pris läggas till grund för beslut om tilldelning. Enligt anbudsförutsättningarna kan anbud lämnas såväl i fast pris för hela den aktuella avtalstiden som med indexerat pris för delar av avtalstiden. Det kommer med denna utgångspunkt knappast vara möjligt att uppskatta vilket anbud som innebär lägsta totalpris, eftersom villkoren för kommande index-beräkningar ännu inte är kända. Prisjämförande anbudsvärdering blir härigenom svår eller så gott som omöjlig att genomföra på ett rättvisande sätt, med iakttagande av principen om likabehandling.

(III) Slutligen avser det aktuella förfarandet upphandling av ett ramavtal, för successiva avrop under en kontraktstid av totalt sju år (5+1+1 år). Vad kommunen har yttrat i fråga om behov av kontinuitet vid transport av särskoleelever sammanhänger främst med vilka förare som anlitas. Såsom upphandlingen har utformats är leverantörerna under den stipulerade avtalstiden fria att byta ut eller placera om den personal som ska användas för aktuella transporter. Den stipulerade kontraktstidens längd lämnar således inte några garantier om kontinuitet vid aktuella transporter. Vad som härvid förekommit ger enligt Konkurrenskommissionen inte anledning att frångå huvudregeln om att ramavtal får tecknas högst för fyra år.

När det gäller kravet på investering i fordon får fordon tillåts dessa vara mellan sex och tio år, beroende på vad de ska användas till. Mot bakgrund av detta och med beaktande av att det för fordon som regel finns en fungerande andrahandsmarknad kan inte heller denna omständighet motivera undantag från begränsningsregeln på maximalt fyra års kontraktstid; särskilt som varje undantag från upphandlingslagstiftningens huvudregler ska tillämpas restriktivt och det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att tillräckliga skäl för undantag föreligger.

Vad dåvarande Nämnden för offentlig upphandling (NOU) tidigare har yttrat i sitt nyhetsbrev från 2003 kan i detta sammanhang knappast medföra annan bedömning. Såväl då gällande lag om offentlig upphandling (1992 års LOU), jämte bakomliggande direktiv (EG-tjänsteupphandlingsdirektivet) har nämligen därefter kommit att bytas ut i sin helhet. Numera gällande regelverk om offentlig upphandling återfinns i 2007 års LOU<sup>7</sup> jämte det klassiska upphandlingsdirektivet från 2004.<sup>8</sup> Den nu aktuella fyraårsregeln framgår tydligt av dessa bestämmelser.

Sammantaget finner Konkurrenskommissionen att Örnsköldsviks kommun har kommit att bryta mot ett antal grundläggande principer och bestämmelser i lagen om offentlig upphandling jämte bakomliggande EU-direktiv på ett för kommunen synnerligen graverande sätt. Konkurrensen på marknaden för aktuella transporttjänster har därmed kommit att snedvridas, samtidigt som förtroendet för Örnsköldsviks kommun som upphandlare undergrävs.