

PM 2 2012-10-23 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bland annat bristande likabehandling vid offentlig upphandling (kort implementeringstid).

Örnsköldsviks kommun har utformat en upphandling av transporttjänster med bl.a. krav på nio bemannade specialfordon så att den s.k. implementeringstiden, d.v.s. tiden mellan avtalstecknande och avtalsstart, uppgår till mellan 16 och 23 dagar.

Örnsköldsviks kommun (nedan Kommunen) har genom ett meddelande om upphandling, som skickades den 1 juli 2011 till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE), infordrat anbud för löpande avrop avseende tjänster för ”Transport till och från bl.a. särskola och daglig verksamhet”, (CPV 60130000); Kommunens dnr. A11-054.

Upphandlingen, som utlysts i ett öppet förfarande, avser ”Örnsköldsviks Kommuns behov av transporter av: Elever till och från särskola och eftermiddagstillsyn (fritidsverksamhet). Brukare till och från daglig verksamhet inom handikappomsorgen. Mattransporter och viss posttransport” under perioden från och med den 15 september 2011 till och med den 1 augusti 2014, med möjlighet till ett års förlängning till och med den 1 augusti 2015 (c:a 3+1 år).

Enligt punkten 1.4 i förfrågningsunderlaget omfattar upphandlingen ett behov av åtta bemannade specialfordon samt en minibuss med plats för 16 sittande passagerare (s.k. fastprisfordon) och innebär att Kommunen garanterar att leverantören ersätts för minst nio timmars drift per fordon och dag. Fordonen ska vara utrustade för att på ett komfortabelt sätt lasta och lossa samt transportera minst två rullstolsburna passagerare. Även matvagnar skall kunna transporteras i fordonen. Samtliga fordon skall vara utrustade med alkolås. Förutom ovan nämnda fordon finns ett behov av ytterligare s.k. kompletteringsfordon för transporter under de tider på dygnet då behovet är som störst.¹

Den nu aktuella upphandlingen genomfördes efter det att Förvaltningsrätten i Härnösand genom dom² förordnat att en liknande upphandling som påbörjades i december 2010, skulle göras om efter påtalade felaktigheter (se Konkurrenskommissionens tidigare utredning KKO 11-004).³ Beslut om tilldelning i denna tidigare upphandling meddelades den 24 februari 2011 och avtalstiden skulle börja löpa den 1 juli 2011. Implementeringstiden uppgick således i denna upphandling till omkring tre månader.

Enligt punkten 2.3 i förfrågningsunderlaget skulle anbud i den nu aktuella upphandlingen vara Kommunen tillhanda senast den 11 augusti 2011. Inom ramarna för upphandlingens s.k. fråge-och-svarsfunktion har Kommunen vidare uppgivit att ”[t]illdelning kommer att ske snarast efter avslutad prövning, högst en vecka efter anbudstidens utgång”.⁴

Avtal kan enligt bestämmelserna om avtalsspärr⁵ tecknas först efter det att åtminstone tio dagar har gått från det att beslut om tilldelning meddelades. En föreskrift med motsvarande betydelse fanns även införd under punkten 1.4 i förfrågningsunderlaget. Beroende på tidpunkten för tilldelningsbeslutet har avtal således kunnat ingås tidigast någon gång under intervallet den 23–30 augusti 2011. Mot bakgrund av att avtalsperioden skulle påbörjas den 15 september 2011 uppgår den s.k. implementeringstiden – d.v.s. den tid som har avsatts mellan upphandlingens avslutande och angiven avtalsstart, under vilken vinnande anbudsgivare har att inrätta sig i enlighet med det tilldelade kontraktet – till mellan 16 och 23 dagar.

¹ Därmed avses vardagar mellan 06.30 och 08.30 samt 14.30 och 16.30.

² Förvaltningsrätten i Härnösand, dom av den 26 maj 2011 i mål 758-11, vilken vunnit laga kraft.

³ Konkurrenskommissionen kritiserade den 17 mars 2011, i ärendepromemorian KKO 11-004, Örnsköldsviks kommun, i anledning av den först genomförda upphandlingen på totalt tre punkter innebar ett åsidosättande av LOU.

⁴ Svar i upphandlingens s.k. fråge-och-svarsfunktion från Kommunen till ÖrnTaxi AB den 26 juli 2011.

⁵ Se 16 kap. 1 § LOU, numera i delvis ändrad lydelse efter den 1 november 2011.

Vid anbudstidens utgång den 11 augusti registrerades två inkomna anbud.⁶ Upphandlingens s.k. kontraktswärde kan under en fyraårsperiod uppskattas till ett belopp som med säkerhet överstiger tröskelvärdet 1.919.771 kronor.

Högsta förvaltningsdomstolen förordande i dom av den 14 september 2012 att den aktuella upphandlingen ska göras om. Av domskälen framgår bl.a. följande. ”Även med beaktande av att en anbudsgivare har att vidta förberedande åtgärder under anbudstiden – och att upphandlingen föregåtts av en tidigare upphandling – framstår tiden mellan avtalets tecknande och första avtalsdag som alltför kort och som oförenlig med de allmänna principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU”.⁷

Gällande rätt

Upphandling av offentliga tjänstekontrakt som har påbörjats⁸ efter den 1 januari 2008⁹ regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.¹⁰ 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 byggentreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).¹¹

Tjänster för landtransport, även säkerhets- och kurirtransporter med undantag av postbefordran, däribland passagerartransport på väg för särskilda ändamål (CPV 60130000-8)¹² 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.¹³

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. I juli 2011 uppgick tröskelvärdet för kommunala och landstingskommunala upphandlande myndigheter till 1.919.771 kronor.¹⁴

⁶ Örnsköldsviks kommun, anbudsoppningsprotokoll av den 5 september 2011.

⁷ Högsta förvaltningsdomstolen, dom av den 14 september 2012 i mål 6737-11.

⁸ 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.

⁹ För upphandlingar som har påbörjats efter den 15 juli 2010 har i LOU införts vissa ändringar med avseende på bl.a. lagens rättsmedelsbestämmelser.

¹⁰ 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.

¹¹ 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).

¹² 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 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 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).

¹³ 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.

¹⁴ 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 avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

Skyldighet att följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling omfattar kommunala myndigheter. Den som är skyldig att iakttä lagens bestämmelser kallas ”upphandlande myndighet”.¹⁵ Tillsyn över den offentliga upphandlingen utövas av Konkurrensverket.¹⁶

Frågan om förutsättningarna för anbudsgivning 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. Bland annat principerna om *likabehandling* och *ickediskriminering* samt *proportionalitet*.

Av 8 kap. LOU och art. 38 i det klassiska upphandlingsdirektivet följer en reglering med vissa minimitidsfrister för infordran av anbud eller anbudsansökningar vid offentlig upphandling av bl.a. A-tjänster över tröskelvärde. Några liknande bestämmelser för beräkning av tiden mellan avtalstecknande och avtalsstart, den s.k. implementeringstiden, återfinns emellertid varken i LOU eller direktivet. Motsvarande reglering får istället uttolkas ur den i 1 kap. 9 § LOU angivna *likabehandlingsprincipen*, vilken i korthet innebär 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. Den enligt samma bestämmelse anslutande s.k. *proportionalitetsprincipen* har i unionsrättslig praxis bland annat tolkats så att det inte kan krävas att leverantörer redan på anbudsstadiet ska ha vidtagit åtgärder för att förfoga över viss utrustning eller kapacitet för det aktuella uppdraget.¹⁷

Yttrande

Örnsköldsviks 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.

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

Av utredningen framgår att kommunen för andra gången upphandlat tjänster för vissa person- och mattransporter. Upphandlingen har utformats och annonserats som en öppen upphandling av s.k. A-tjänster till ett kontraktswärde som med säkerhet kan uppskattas överstiga gällande tröskelvärde. Upphandlingen har i vart fall annonserats i ett öppet förfarande, varför de direktivstyrda bestämmelserna i 1-14 kap. LOU ska äga tillämpning.

Upphandlingen omfattar drift av åtminstone nio bemannade specialfordon och har utformats med en implementeringsfrist på mellan 16 och 23 dagar, under vilken tid vinnande anbudsgivare ska hinna vidta erforderliga åtgärder för att inrätta sig i enlighet med ett eventuellt tilldelat kontrakt.

¹⁵ 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.

¹⁶ Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret avseende offentlig upphandling från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) till Konkurrensverket.

¹⁷ Se bl.a. EU-domstolens dom av den 27 oktober 2005 i mål C-234/03, *Contse*, REG 2005, s. I-9315. Målet gällde en upphandling avseende hemrespiratorbehandlingar och andra tekniker för andningsstöd, där den upphandlande myndigheten hade uppställt dels obligatoriska villkor (skall-krav) enligt vilket anbudsgivarna redan vid tidpunkten för anbudets avgivande skulle förfoga över lokaler som var öppna för allmänheten, dels bedömningskriterier för anbudsvärderingen (bör-krav) som gav anbudsgivarna tilläggsbetydelse om de besatt erforderlig organisation redan vid tidpunkten för anbudsgivningen. EU-domstolen fastslog att det inte utan tvingande hänsyn till allmänintresset kan anses förenligt med den s.k. proportionalitetsprincipen att uppställa krav på befintlig leveranskapacitet redan på anbudsstadiet.

Denna frist ger med hänsyn till omständigheterna i princip inte tillräckligt rådrum för andra leverantörer än den som tidigare utfört aktuella tjänster. Det framstår som svårt för att inte säga omöjligt för konkurrerande leverantörer att hinna anskaffa fordon samt rekrytera och utbilda personal till dessa fordon med så kort varsel som mellan 16 och 23 dagar. Enbart processen med att rekrytera personal kan, med de uppsägningstider som gäller enligt lag¹⁸ bedömas överstiga minst en månad. Detta gäller alldeles oavsett vilka förberedelser leverantörerna i övrigt kan ha vidtagit. Även om alla nödvändiga underlag i form av beställningsunderlag, anställningskontrakt m.m. finns förberedda för undertecknande hos leverantören kan denne nämligen inte verkställa under-tecknandet förrän företaget är förvissat om att ha erhållit ett civilrättsligt bindande kontrakt med upphandlaren. Sådan visshet kan leverantören inte ha förrän tilldelningen har vunnit laga kraft, vilket som tidigast kan inträffa tio dagar efter det att meddelande om tilldelning skickades ut av den upphandlande myndigheten.¹⁹

Ett sådant förfarande med en allt för kort implementeringstid riskerar att få till effekt att den tidigare för uppdraget anlitade leverantören ensidigt gynnas på konkurrerande leverantörers bekostnad. Detta strider mot kravet på likabehandling enligt 1 kap. 9 § LOU. Av den s.k. proportionalitetsprincipen i samma bestämmelse följer vidare att för anbudsgivning intresserade leverantörer inte ska behöva genomföra erforderliga investeringar i personal och fordon på ren spekulat, innan de har försäkrat sig om en tilldelning och ett civilrättsligt bindande kontrakt i upphandlingen.

Det beskrivna förfarandet strider, såsom Högsta förvaltningsdomstolen kunnat konstatera, mot de på unionsrätten grundade allmänna principerna för offentlig upphandling. Örnsköldsviks kommun har således på nytt, för andra gången i samma upphandling, kommit att bryta mot LOU på ett sätt som medfört eller riskerat medföra att konkurrensen på den lokala marknaden för transporttjänster snedvrids samtidigt som förtroendet för Örnsköldsviks kommun som upphandlare ytterligare undergrävs.

¹⁸ Enligt 11 § lagen (1982:80) om ställningsskydd gäller mellan arbetsgivare och arbetstagare en minsta ömsesidig uppsägningstid av en månad.

¹⁹ Se Svenska taxiförbundet, yttrande till Högsta förvaltningsdomstolen i ovan angivna mål 6737-11.