

## KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 03-016

PM 2 2003-06-18 SLUTLIG BEDÖMNING

### Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (avbruten upphandling för övergång till förhandlat förfarande).

*Det kommunala trafikhuvudmannabolaget Västtrafik AB har avbrutit ett öppet upphandlingsförfarande av taxitransporter för att övergå till förhandlad upphandling med motiveringen att vissa anbud ansetts för dyra.*

Det av landstinget Västra Götalandsregionen gemensamt med länets kommuner helägda trafikhuvudmannabolaget Västtrafik AB (nedan Västtrafik) har i oktober 2002 genom annons i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) infortrat anbud avseende taxitransporter, anropsstyrd trafik, under perioden den 15 juni 2003 till och med den 16 juni 2007 med ensidig möjlighet för transportören att säga upp avtalet avseende det sista avtalsåret (4 -1).

Västtrafik ägs till hälften av landstinget Västra Götalandsregionen medan återstående hälft ägs av länets 49 kommuner proportionellt i förhållande till folkmängd.

Totalt omfattar upphandlingen trafik i följande fjorton kommuner: Munkedal, Sotenäs, Tanum, Herrljunga, Vårgårda, Ströstad, Orust, Vänersborg, Alingsås, Lidköping, Essunga, Karlsborg samt Trollhättan, med följande fyra fordonskategorier: ”Fasta fordon, personbilar”, ”Fasta fordon, specialfordon”, ”Avropsfordon, personbil” samt ”Avropsfordon, specialfordon”. Såvitt det kan förstås omfattar upphandlingen 49 upphandlingsdelar.

Av annonsen och förfrågningsunderlaget för upphandlingen framgår att denna skall handläggas som en öppen upphandling enligt 5 kap. LOU och att anbud kan lämnas på separata delar i upphandlingen.

Vid anbudstidens utgång den 9 december 2002 registrerades över 200 inom föreskriven tid inkomna anbud.

Den 17 februari 2002 beslutade Västtrafik om tilldelning i upphandlingen avseende 18 av de 49 upphandlingsdelar som omfattades av upphandlingen. Avseende återstående upphandlingsdelar meddelade bolaget att det beslutat att ”byta upphandlingsform” genom att från det öppna upphandlingsförfarandet övergå till förhandlad upphandling.

Av Västtrafiks protokoll framgår att ”Skälet till byte av upphandlingsförfarande är att det inte lämnats några lämpliga anbud”. I de delar där övergång till förhandlad upphandling inte beslutats ske, har tilldelning skett samt kontrakt tecknats med vinnande leverantörer.

Under hand har Västtrafik uppgivit att de anbud som hittills har antagits i upphandlingen skall anses utgöra ”Marknadsmässigt pris” medan anbuden i de delar där upphandlingen avbrutits och övergång har skett till förhandlat förfarande skall anses som ”inte marknadsmässiga”. Vidare har bolaget redovisat att de genomsnittliga priser som erbjudits i upphandlingen fördelar sig enligt följande<sup>11</sup>:

Upphandlingskategori	Snittpris i avslutade delar	Snittpris i delar som skall förhandlas	Skillnad i kr.	Procentuell skillnad
<i>Fasta fordon, personbilar</i>	299 kr.	363 kr.	56 kr.	19 %
<i>Fasta fordon, specialfordon</i>	363 kr.	403 kr.	40 kr.	11 %
<i>Avropsfordon, personbil</i>	348 kr.	410 kr.	62 kr.	18 %
<i>Avropsfordon, specialfordon</i>	432 kr.	547 kr.	116 kr.	27 %

En genomgång av de anbud som Västtrafik har gjort tillgängliga<sup>1</sup> i upphandlingen visar att inom kategorin *Fasta fordon, personbilar* ett anbud på 345 kronor per timme har bedömts som så pass marknadsmässigt av Västtrafik att kontrakt har tecknats med anbudsgivaren, medan övergång till förhandlad upphandling har skett avseende anbud inom samma kategori med timpriser på 325 kr, 320 kr, 320 kr, 296 kr, 325 kr, 325 kr, 328 kr samt 320 kr.

Inom kategorin *Fasta fordon, specialfordon* har ett anbud med ett timpris på 415 kronor per timme antagits medan övergång till förhandlad upphandling har skett avseende anbud med timpriser på 370 kr, 325 kr, 398 kr, 393 kr, 337 kr, 365 kr, 347 kr, 405 kr, 380 kr, 399 kr, 393 kr, 340 kr samt 405 kr.

Inom kategorin *Avropsfordon, personbil* har ett anbud med ett timpris på 410 kronor antagits som marknadsmässigt medan övergång till förhandlad upphandling har skett avseende anbud med timpriser på 339 kr, 358 kr, 410 kr, 405 kr, 404 kr, 390 kr samt 405 kr.

## Gällande rätt

Offentliga upphandlingar regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Lagens bestämmelser omfattar enligt 1 kap. 2 och 6 §§, förutom statliga och kommunala myndigheter, även bolag som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse – under

förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär – och vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av en kommun eller vars styrelse till mer än halva antalet ledamöter utses av en kommun. Enligt 2 kap. 7 § kommunallagen (1991:900) är kommunerna med några undantag<sup>[2]</sup> förbjudna att (direkt eller indirekt, via företag) bedriva näringsverksamhet, så får emellertid ske om den drivs utan kommersiellt vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen. Kommunala företag är som regel således skyldiga att följa upphandlingslagens bestämmelser. Myndigheter och företag som omfattas av upphandlingslagens bestämmelser benämns i lagen som *upphandlande enheter*.

Tjänster för landtransport, inkl. säkerhetstransporter, kurir- och taxitransport, utom postbefordran (A-tjänster, kategori 2) skall, om det samlade upphandlingsvärdet överstiger ett i lagen angivet tröskelvärde motsvarande □ 200.000 eller 1,741 miljoner kronor, upphandlas enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna för den s.k. klassiska sektorn som finns införda i 1 kap., 5 kap. samt 7 kap. LOU. Som huvudregel gäller därvid att förekommande upphandlingar skall genomföras enligt s.k. öppet eller selektivt förfarande.

Huvudregeln enligt gällande bestämmelser är att inkomna anbud skall bedömas utifrån sin lydelse vid tidpunkten för anbudstidens utgång. Hela det upphandlingsrättsliga systemet med krav på dokumentation, möjlighet för anbudsgivare till opartisk kontroll av öppningsförfarandet samt förbuden mot ändring av anbud, är anpassade för denna ordning.

Som undantag från denna huvudregel stadgas enligt 5 kap. 19 § första stycket 2 LOU att förhandlingar under vissa förutsättningar kan inledas med en eller flera anbudsgivare utan att upphandlingen behöver utlysas (annonseras) på nytt. Bestämmelsen införlivar artikel 11.3 (a) i EG/ministerrådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (nedan: tjänsteupphandlingsdirektivet i den svenska upphandlingslagen).

Den svenska lagen och det bakomliggande tjänstedirektivet medger emellertid inte att en upphandlande enhet fritt övergår till ett förhandlat förfarande. Istället begränsas förutsättningarna för en sådan övergång till ett antal situationer som anses innefatta tillräckliga skäl för en övergång till ett förhandlat förfarande. Bevisbördan för att det föreligger tillräckliga skäl åvilar enligt EG-domstolens praxis den upphandlande enhet som vill frångå ett öppet eller ett selektivt förfarande<sup>[3]</sup>.

Enligt 5 kap. 19 § LOU får övergång till förhandlad upphandling ske om det bl.a. ”*inte har lämnats några lämpliga anbud*”. Vad som skall anses utgöra ett *inte lämpligt bud* och om bedömningen därvid skall ske på subjektiv eller objektiv grund framgår emellertid inte av lagtexten. Någon närmare vägledning erbjuder inte heller bestämmelsens förarbeten. Föredragande departementschefen nöjer sig istället med att i specialkommentaren hänvisa till den bakomliggande bestämmelsen enligt tjänstedirektiven.<sup>[4]</sup>

I tjänstedirektivets engelska avfattning (art. 11.3 (a) ) anges att förhandling får tillgripas i fall av ”*absence of ... appropriate tenders*”, vilket i den svenska versionen översatts till att det ”*inte lämnats... några godtagbara anbud*”. Tjänstedirektivets lydelse antyder således ett objektivt, snarare än ett subjektivt, förhållningssätt, det vill säga att föreliggande anbud på objektiva grunder skall vara omöjliga att anta för att en övergång till förhandling skall kunna ske. Någon medveten nyansskillnad i betydelse mellan lagtextens och direktivets lydelse

framgår varken av aktuella lagförarbeten eller på området känd doktrin. Såvitt gäller gemenskapsrättens tvingande karaktär torde detta knappast heller vara möjligt<sup>[5]</sup>.

EG-domstolen har i flera avgöranden givit uttryck för att möjligheten till förhandlat förfarande skall tolkas restriktivt.<sup>[6]</sup> I gemenskapsrättslig doktrin, standardverket ”*The Law of Public and Utilities Procurement*”<sup>[7]</sup> anger professor Sue Arrowsmith närmare vilka förutsättningar som enligt tjänstedirektivet kan konstituera övergång till förhandlad upphandling. Hon anger följande fyra förutsättningar för övergång till förhandlad upphandling utan föregående annonsering: (a) inga anbud har inkommit alls eller (b) de anbud som kommit in är inte är möjliga att anta (*non-responsive*), (c) avser orimligt lågt pris eller (d) kommer från leverantörer som inte kan komma ifråga (*ineligible providers*)<sup>[8]</sup>.

Rekvisitet *inte godtagbara anbud (non appropriate tenders)* menar Arrowsmith skall tolkas restriktivt och närmast uppfattas som att inget av de anbud som ingivits i upphandlingen av formella skäl kan upptas till slutlig prövning eller antas i upphandlingen. Ett sådan förhållande kan exempelvis föreligga om inget av de inkomna anbuden fullt ut uppfyller de formella villkoren för anbudens form. Något utrymme för den upphandlande enheten att övergå till förhandlat förfarande på grund av att enheten av något skäl bedömer anbudet som onödigt dyrt föreligger således inte enligt Arrowsmith. Den upphandlande enheten är i en sådan situation däremot naturligtvis oförhindrad att avbryta upphandlingen och måhända utlysa ett nytt förfarande med ändrade (och förhoppningsvis förbilligande) anbudsförutsättningar.<sup>[9]</sup>

Allmänt anses förhandlad upphandling inte erbjuda leverantörerna samma garantier för objektivitet och transparens som t.ex. ett öppet förfarande.<sup>[10]</sup> Övergång till förhandlat förfarande medför därmed risk för skada för berörda anbudsgivare.

### Yttrande

Västtrafik AB har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom utsatt tid inkomma med något svar.

### Bedömning

Konkurrenskommissionen är en privat expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att sammanblanda myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

I det aktuella ärendet har det kommunala länstrafikhuvudmannabolaget Västtrafik övergått från ett öppet upphandlingsförfarande till ett förhandlat förfarande i vissa delar av en upphandling av tjänster för anropsstyrd taxitrafik. Som grund härför har Västtrafik åberopat att berörda anbud har varit så dyra att de inte har varit marknadsmässiga och lämpliga att anta.

Upphandlingen är av sådan art och uppgår till sådana värden att de direktivstyrda bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU skall tillämpas. Huvudregeln är därvid att förekommande anbud skall bedömas i enlighet med sitt innehåll vid anbudstidens utgång. Förhandlingar får förekomma endast undantagsvis, om vissa i lagen särskilt angivna förutsättningar är uppfyllda. Dessa förutsättningar skall enligt EG-domstolens praxis tolkas återhållsamt och det vilar på den upphandlande enheten att i varje särskilt fall visa att tillräckliga skäl för förhandling föreligger.

Något klagande i svensk praxis föreligger inte huruvida till synes omotiverat höga priser kan utgöra tillräckligt skäl för förhandling vid direktivstyrd upphandling. I analogi med lagens övriga bestämmelser om förbud mot ändring av anbud efter anbudstidens utgång torde detta inte vara fallet. Liknande slutsats följer även av på området gällande gemenskapsrättslig doktrin. De upphandlande enheterna bör i förekommande situationer

istället vara hänvisade till att avbryta pågående upphandlingar för att måhända utlysa dem på nytt, möjligen med justerade avtalsvillkor.

Av den utredning som redovisats för den nu aktuella upphandlingen framgår att några omotiverat höga priser knappast förelegat. Genomsnittspriset för de anbud som har förkastats från det öppna förfarandet har inte varit högre än mellan 11 och 27 procent än genomsnittspriset för de anbud som Västtrafik vitsordat som ”marknadsmässiga” samt antagit inom ramarna för den öppna upphandlingen.

Utredningen visar vidare att Västtrafik inom ramarna för det ursprungliga öppna förfarandet, som uppgivet ”marknadsmässiga”, i flera fall antagit anbud som har varit väsentligt dyrare än anbud som har förkastats som ”inte marknadsmässiga”. Detta tyder på godtycke vid anbudsvärderingen och att anbudsgivarna inte har givits en likvärdig behandling.

Sammantaget har enligt Konkurrenskommissionens mening upphandlingen inte handlagts på ett affärsmässighet och objektivt sätt enligt lagen om offentlig upphandling och på området gällande EG-direktiv, detta har riskerat medföra att förutsättningarna för konkurrensen på de lokala marknaderna för taxitransporter snedvrids.

---

<sup>[1]</sup> Yttrande i mål nr. 384-03 vid Länsrätten i Mariestad, aktbilaga 12.

<sup>[2]</sup> Undantagna är i visst avseende kommunala elhandelsföretag samt företag för kommunal tjänsteexport.

<sup>[3]</sup> Se EG-domstolens avgörande i mål nr. C-199/85, Europiska kommissionen /. Italien (REG 1985 s. 1039), C-328/92 Europiska kommissionen /. Spanien ( REG 1994 s.1569) samt C-57/94 Europiska kommissionen /. Italien (ej publicerat i REG).

<sup>[4]</sup> Se prop. 1992/93:88 sid. 99

<sup>[5]</sup> Se Regeringsrättens avgörande, publicerat i RÅ 1996 ref. 50 enligt vilket en avvikande direktivbestämmelse skall ges företräde framför däremot stridande nationella regler i det fall avvikelsen innebär att direktivbestämmelsen ger en enskild en rättighet och denna rättighet beskärs genom nationell lagstiftning. Jfr. även EG-domstolens avgörande i mål nr. C-26/62 (Van Gend en Loos) samt mål nr. C-106/77 (Simmenthal).

<sup>[6]</sup> Se EG-domstolens ovan under fotnot 3 angivna avgöranden i mål nr. C-199/85, C-328/92 samt C-57/94. Se även C-71/92 Europiska kommissionen /. Spanien (ej publicerat i REG).

<sup>[7]</sup> Sue Arrowsmith, ”The Law of Public and Utilities Procurement ” Sweet and Maxwell, London, 1996.

<sup>[8]</sup> Arrowsmith, sid. 265.

<sup>[9]</sup> Arrowsmith, sid. 251-252.

<sup>[10]</sup> Arrowsmith, sid. 256..