

PM 2 - 2001-02-21 SLUTLIG BEDÖMNING

*Fråga om snedvridning av konkurrensen genom åsidosättande av reglerna om affärsmässighet och opartiskhet vid offentlig upphandling.*

Hallandstrafiken AB har i en upphandling avseende s.k. samhällsbetalda persontransporttjänster, färdtjänst m.m., antagit anbud som avvikit från förutsättningarna för upphandlingen.

Hallandstrafiken AB, som är huvudman för kollektivtrafiken i Hallands län, har enligt förfarandet för s.k. *öppen upphandling* enligt lagen om offentlig upphandling (Dnr. N -0012) i april 2000, bl.a. genom annons i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) infordrat anbud avseende s.k. samhällsbetalda persontransporttjänster, innefattande bland annat färdtjänst- och riksfärdtjänstresor samt anropsstyrda uppdrag under perioden den 1 december 2000 till och med den 30 november 2002 och med möjlighet för beställaren att förlänga avtalet i ett eller maximalt två års tid, således längst till och med den 30 november 2004 (2+1+1).

Till förfrågningsunderlaget fanns fogat ett antal blanketter, bland annat *"Bilaga 1 Anbud allmänna uppgifter"* på vilken anbudsgivarna skall ange förutsättningarna för sitt anbud samt *"Bilaga 2 pris anropsstyrd trafik"*, där anbudsgivarna skall ange sina anbudspriser.<sup>1</sup>

Av förfrågningsunderlaget framgår under rubriken "ANROPSSTYRDA UPPDRAG" bland annat följande s.k. s k a l l - k r a v (i den senare framställningen angiven som upphandlingens *huvudförutsättning*): *"För flertalet av de upphandlande transporterna i detta avtal gäller att resenärerna har möjlighet att utnyttja tjänsten dygnet runt. Antalet transporter nattetid är väldigt litet men för att anbudet skall vara giltigt skall varje entreprenör erbjuda utehållande av fordon som täcker hela dygnet"* (KKO:s markering genom understrykning). Längre fram i underlaget anges vidare att *"Anbud skall (för att vara giltigt) innehålla pris som täcker hela dygnet inkl helger"*. Med ordet "utehållande" torde avses tillgänglighet, standby-beredskap.

I slutet av maj 2000 skickade Hallandstrafiken AB en cirkulärskrivelse, rubricerad "TILLÄGG / KOMPLETTERINGAR 2 TILL ANBUD N-0012" till samtliga leverantörer som begärt ut förfrågningsunderlaget (i den senare framställningen angiven som upphandlingens *kompletteringsmöjlighet*). Såvitt det kan förstås framgår av cirkulärskrivelsen att anbudsgivare vid sidan om huvudförutsättningen även har möjligheten att komplettera med en notering om en särskilt önskad utehållandetid (t.ex. enbart dagtid)<sup>2</sup>.

Anbudstiden gick ut den 16 juni 2000. Av de anbud som av Hallandstrafiken AB upptagits till prövning och sedermera även antagits återfinns flera anbud vilka omfattat enbart kompletteringsmöjligheten, och således, i strid mot skall-kraven för upphandlingen, inte uppfyller huvudförutsättningen om utehållande dygnet runt. Av anbudsgivarna återfinns företag, i regel enmans- eller fåmansföretag, som saknar kapacitet för sådant utehållande. I något fall har anbudsgivare även direkt reserverat sig<sup>3</sup> från utehållandekravet enligt huvudförutsättningen.

<sup>1</sup> Se förfrågningsunderlaget punkten 6<sup>a</sup>

<sup>2</sup> Av cirkulärskrivelsen 000524 framgår följande: *"I anbudsunderlaget står att alla entreprenörer skall erbjuda utehållande som täcker hela dygnet. Vidare står det att Hallandstrafiken kommer att teckna avtal om utehållande nattetid så att det förväntade behovet täcks. Eftersom inte alla antagna entreprenörer skall köra hela dygnet kan anbudsgivare, som så vill, notera en alternativ utehållandetid på Bilaga 1. Hallandstrafiken kommer att ta hänsyn till denna alternativa utehållandetid i så stor utsträckning som möjligt vid avtalstecknandet"*.

<sup>3</sup> Exempelvis med följande text: *"Med Mån-Fred avses helgfria vardagar Ej helgdagar-helgdagsaftnar"*.

Kravet på utehållande är enligt uppgift av väsentlig betydelse för prissättningen av de aktuella tjänsterna. Upphandlingen innefattar inte några garanterade volymer, utan ersättning utgår enbart för levererade körningar. Nattetid är resursutnyttjandet betydligt lägre än dagtid (särskilt jämfört med dagtid / högtrafik); i vissa regioner lär det förekomma körningar nattetid enbart sporadiskt. Nattrafik utan garanterad volym kan därför inte normalt bära sina egna kostnader, utan fordrar som regel subvention av dagtrafiken. Utehållande dygnet runt kräver dessutom en mer kostnadskrävande organisation. Att kunna lämna anbud enbart på dagtrafik innebär således en konkurrensfördel jämfört med kravet på dygnetruntrafik och anbuden kan således inte jämföras på lika villkor. Det kan antas att kravet på utehållande dygnet runt tillkommit för att Hallandstrafiken AB inte utan ytterligare ersättning i annan ordning (t.ex. en fast beredskaps-ersättning) över huvud taget skulle få in några anbud som omfattade utehållandeservice nattetid.

### Gällande rätt

Offentliga upphandlingar regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Upphandlingar avseende 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 1,756 miljoner kronor<sup>4</sup>, handläggas enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap., 5 kap. samt 7 kap. LOU (normalt genom s.k. *öppet upphandlingsförfarande*). Blandade upphandlingar där olika upphandlingskategorier förekommer inom ramarna för en samlad upphandling skall handläggas enligt bestämmelserna för den kategori som värdemässigt dominerar upphandlingen (se 5 kap. 3 § LOU).

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som huvudregel att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare och anbud skall behandlas på ett likvärdigt sätt och utan ovidkommande hänsyn (*likhetsprincipen*).

I förarbetena till lagen om offentlig upphandling motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om icke diskriminering<sup>5</sup> (jfr. art. 6 i EG-Romfördraget). Reglerna är bl.a. utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Lagens bestämmelser medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader.

Den upphandlande enheten skall enligt 1 kap. 22 § LOU alltid kontrollera om inkomna anbud avgivits i enlighet med samtliga de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Den upphandlande enheten är därvid skyldig att pröva samtliga krav som angivits i underlaget för upphandlingen och får således inte efterge eller bortse från något krav.<sup>6</sup> Anbud som inte uppfyller för upphandlingen ställda s.k. skall-krav kan inte antas, utan skall avvisas såsom orena anbud. Principen att orena anbud alltid skall avvisas, även om bristerna enbart är av formell natur, framgår av EG-domstolens dom i Stora Bält-målet. I målet, som avsåg upp-

<sup>4</sup> Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från den 1 april 2000, vid upphandlingar av varor och tjänster

<sup>5</sup> Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.

<sup>6</sup> Angående bristande skattekontroll har Nämnden för offentlig upphandling (NOU) avseende en förenklad upphandling av tjänster för kontrollverksamhet inom kollektivtrafiken anfört bl.a. följande: "I den aktuella upphandlingen har ingen skattekontroll av leverantören genomförts, trots kravet härpå i ... LOU och trots att [den upphandlande enheten], enligt egen uppgift, vid samtliga stora trafikupphandlingar regelmässigt ställer krav på att blankett RSV 4820 skall vara ifylld samt klart uttalar att anbudsgivare som inte uppfyller kraven i 1 kap. 17 § LOU kan uteslutas från upphandlingen". NOU:s slutsats blev att bakgrunden till reglerna om kvalificering av leverantör

(1 kap. 17 och 18 § (eller 6 kap. 9 och 10 § LOU) är att leverantörerna skall visa sin finansiella, ekonomiska och tekniska förmåga inklusive sin hederlighet och solvens. (NOU-info mars 00 sid. 9 ff.)

handling för uppförande av Stora Bält-bron, hade den upphandlande enheten inlett förhandlingar med en anbudsgivare och godtagit dennes anbud trots att anbudsgivaren inte uppfyllt ställda krav och trots att förfrågningsunderlaget inte medgav någon rätt att frågå dessa krav. Förfarandet bedömdes av domstolen som en överträdelse av huvudändamålet med direktivet, nämligen effektiv konkurrens inom offentlig upphandling. Vidare, menade domstolen, innebar förfarandet brott mot principen om likabehandling av anbudsgivare.<sup>7</sup>

Nämnden för offentlig upphandling (NOU), som utövar tillsynen över lagen om offentlig upphandling, har med hänvisning till Stora Bält-målet flera gånger erinrat om skyldigheten som föreligger för upphandlande enheter att avvisa orena anbud.<sup>8</sup>

Enligt 7 kap. 6 § LOU skall en upphandlande enhet som inte följt lagens bestämmelser ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör. Med "*uppkommen skada*" avses enligt lagens förarbeten inte bara onödiga kostnader m.m. (*damnum emergens*) utan även utebliven vinst på grund av att leverantören går miste om den intäkt som uppdraget skulle ha medfört (*lucrum cessans*).<sup>9</sup> Talan om skadestånd kan enligt samma kapitel 8 § väckas av leverantör vid allmän domstol. Talan skall väckas inom ett år från den dag då avtal tecknats. I fråga om skadeståndets beräkning och funktioner erinras i förarbetena vidare om att syftet med det bakomliggande EG-direktivets<sup>10</sup> regler är att åstadkomma ett tryck på de upphandlande enheterna att iaktta korrekta förfaranden. En leverantör bör kunna utgå ifrån att ett anbud som han lägger ned möda och kostnader på kommer att beaktas på ett rättvist sätt.

### Yttrande

Hallandstrafiken AB har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande: Kravet på utehållande nattetid har varit ett "*underförstått*" skall-krav i upphandlingen, även efter kompletteringen av anbudsförutsättningarna. Hallandstrafiken AB har därför utgått ifrån att samtliga anbudsgivare erbjudit sig utehållande dygnet runt, även sådana som angivit utehållandetider enbart dagtid. Anbudet innehåller i samtliga fall prisuppgifter även för kvällar och nätter. Kompletteringskriften avsåg att infordra information om hur anbudsgivarna helst hade tänkt sig att utföra entreprenaden. Upphandlingen har enligt Hallandstrafiken därmed genomförts på ett affärsmässigt sätt.

### 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.

Hallandstrafikens aktuella upphandling av bland annat anropsstyrda taxitransporter har påbörjats enligt det av EG-direktiv styrda förfarandet för *öppen upphandling*. Med stöd av detta förfarande skall den upphandlande enheten värdera inkomna anbud i enlighet med de krav som angivits i förfrågningsunderlaget. Värderingen skall ske på ett likvärdigt sätt och omfatta samtliga krav som angivits i förfrågningsunderlaget. Den upphandlande enheten får således inte efterge uppställda krav eller medge att anbud utformas på annat sätt eller enligt andra principer än vad som angivits som obligatoriskt (skall-krav) i förfrågningsunderlaget. Av förfrågningsunderlaget för upphandlingen framgår som huvudförutsättning att anbud för att vara giltigt skall innehålla erbjudande om utehållandetid dygnet runt. I det

<sup>7</sup> EG-domstolens avgörande i mål nr C-243/89, Europeiska kommissionen /. Konungariket Danmark REG 1993 sid. 3353 (Stora Bält-målet).

<sup>8</sup> Nämnden för offentlig upphandling: NOU info mars -96, sid. 6 och NOU info okt. -96, sid. 10 och 17f.

<sup>9</sup> Prop. 1992/93:88, sid. 103.

<sup>10</sup> 89/665/EEG art. 1(c) samt 92/13/EEG art. 2(d).

kompletterande meddelande som skickades den 24 maj 2000 till tänkbara anbudsgivare lämnades en kompletteringsmöjlighet för anbudsgivare att parallellt med ett huvudanbud minnefattande utehållandetid dygnet runt även ange önskemål om *"alternativ utehållandetid"*, vilka i sådant fall, vid avtalstecknandet skulle komma att *"beaktas i så stor utsträckning det är möjligt"*.

Anbud har i upphandlingen emellertid kommit att antas som innefattar utehållande enbart dagtid (kompletteringsmöjligheten), utan något motsvarande erbjudande om utehållande dygnet runt (huvudförutsättningen). Anbudsvärderingen synes härigenom ha skett på ett sätt som inneburit en avvikelse från förutsättningarna för upphandlingen, vilket strider mot lagen om offentlig upphandling och de bakomliggande EG-direktiven. Till skillnad från vad Hallandstrafiken AB uppgivit i sitt yttrande kan enligt Konkurrenskommissionens mening enbart den omständighet att ett anbud har avlämnats inte medföra en presumtion om att anbudet även uppfyller samtliga ställda anbudskrav. Anbud som i den aktuella upphandlingen avlämnats med enbart begränsade utehållandetider kan t.ex. knappast anses uppfylla huvudförutsättningen om utehållande dygnet runt. För att upptas till prövning skulle varje anbud ha innefattat ett erbjudande om utehållande dygnet runt i enlighet med huvudförutsättningarna för upphandlingen. Därjämte kunde eventuella önskemål om särskilda utehållandetider i enlighet med kompletteringsmöjligheten ha förekommit. Anbud som inte befunnits uppfylla huvudförutsättningarna för upphandlingen borde av Hallandstrafiken AB förkastats såsom orena bud.

Genom sammanblandningen mellan huvudförutsättning och kompletteringsmöjlighet har anbuderna inte kommit att jämföras på ett affärsmässigt likartat sätt. Förfarandet är enligt Konkurrenskommissionens bedömning ägnat att snedvrیدا förutsättningarna för konkurrensen på marknaden för samhällsbetalda taxitransporter samtidigt som förtroendet för Hallandstrafiken AB som upphandlare riskerar att ha undergrävts. Bolaget riskerar även efter prövning i domstol att få betala skadestånd till eventuellt förfördelade leverantörer i anledning av upphandlingens handläggning.