

PM-2 2001-09-12 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling.**

*Länstrafiken i Norrbotten AB har utlyst en offentlig upphandling av sjuktransporttjänster m.m. enligt undantagsbestämmelserna för den s.k. försörjningssektorn i lagen om offentlig upphandling. I upphandlingsunderlaget har värderingskriterierna delvis angivits enbart punktvis och utan närmare rangordning eller specifikation av vad som avses med kriterierna.*

Länstrafiken i Norrbotten AB (LTN) har i juni 2001 infortrat anbud avseende ramavtal för successiva avrop av transporttjänster med taxiregistrerade personbilar, sjuktransportbilar (bårbil) samt specialfordon under perioden 1 januari 2002 till och med den 31 december 2004 med möjlighet för beställaren att förlänga avtalet för en period av ytterligare totalt två år (3+1+1).

Enligt förfrågningsunderlaget för upphandlingen skall denna handläggas enligt förfarandet för s.k. *öppen upphandling* enligt lagen om offentlig upphandling och avser *tjänsteupphandling inom vatten- energi-, transport och telekommunikationsområdena*. Anbudstiden går ut den 23 augusti 2001.

Av förfrågningsunderlaget framgår vidare under rubriken ”*Transportuppdraget*” att upphandlingen avser *”resor med taxiregistrerad personbil, sjuktransportbil (bårbil) och specialfordon. Transportuppdragen kommer att samordnas, vilket innebär att en bil kan hämta resenärer eller gods på flera adresser. Vid samordning av resor kan LTN:s kundservice inte alltid ange exakt hämttid till resenären och när uppdragets hämttider måste justeras åvilas det transportören att meddela exakt hämttid till resenären”*.

Av underlaget framgår vidare att de anbud som för uppdragsgivarna är de ekonomiskt mest fördelaktiga kommer att antas. Bedömningskriterierna har därefter angivits utgöra följande sinsemellan icke rangordnade faktorer: ” – *Hur allmänhetens taxiservice tillgodoses inom primärområdet – Bedömning av anbudsgivarens förmåga att fullgöra uppdraget – Kvalitet och samarbetsförmåga – Anbudsgivarens tillgång till trafikresurser – Redovisade fordons lämplighet för uppdraget – Inställelsetider – Nuvarande eller planerad service- och transportorganisation inom primärområdet – Anbudsgivarens ekonomiska eller finansiella ställning – LTN och uppdragsgivarnas tidigare erfarenheter av anbudsgivaren – Anbudsgivarens beskrivning av hur man avser att minska trafikens skadliga miljöpåverkan”*.

I några fall, huvudsakligen avseende inställelsetid samt ifråga om fordonens beskaffenhet men även i viss mån avseende kvalitetsutveckling och miljökrav, finns det i den ”*BESKRIVNING AV TRANSPORTUPPDRAGET*” som ingår i förfrågningsunderlaget en kortfattad redovisning av vad Länstrafikbolaget kan tänkas förvänta sig av anbudsgivarna. I övriga fall saknas en sådan beskrivning för ledning av tolkningen av de angivna värderingskriterierna.

Talan om överprövning av den aktuella upphandlingen har väckts av en leverantör. Länsrätten i Norrbottens har i dom den 22 augusti 2001 (mål nr. 1619-01) ogillat talan. Länsrättens dom har överklagats till Kammarrätten i Sundsvall (mål nr. 2375-2001), som beslutat att tills vidare inhibera upphandlingen.

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>1</sup>, handläggas 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 (normalt genom s.k. *öppet upphandlingsförfarande*).

Under vissa förutsättningar (se nedan) kan upphandlingen istället för enligt 5 kap. LOU handläggas enligt särskilda i lagens 4 kap. införda bestämmelser för den s.k. *försörjningssektorn*. Dessa bestämmelser äger motsvarighet i och har tillkommit till följd av Europeiska rådets direktiv nr. 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi, transport- och telekommunikationssektorerna (det s.k. försörjningssektorsupphandlingsdirektivet).

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som en huvudregel att all upphandling (oavsett upphandlingsform) skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. I förarbetena till lagen om offentlig upphandling motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om icke diskriminering<sup>2</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.

Det huvudsakliga syftet med lagen om offentlig upphandling är att säkra att upphandlingen sker genom en effektiv konkurrens och att leverantörerna och deras ansökningar och anbud behandlas utan ovidkommande hänsyn. Därtill hör att anskaffning sker under öppna och förutsebara former och att alla anbudsgivare behandlas lika (se nedan om EG-Romfördraget).

(I) Vid upphandlingar av vissa specifika tjänster över tröskelvärdet (inom det som normalt kallas för försörjningssektorn - där EG-försörjningssektorsupphandlingsdirektivet således skall äga tillämpning) kan de upphandlande enheterna tillämpa i 4 kap. LOU införda specialbestämmelser.

I fråga om köp av transporttjänster kan sådan specialreglering enligt 4 kap. 1 § tredje punkten LOU enbart komma ifråga vid upphandling som görs av en upphandlande enhet för sådan av enheten bedriven verksamhet som består av drift av nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om transporter med järnväg, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana. Med *drift av nät* förstås själva transporten som utförs på en linje vars förutsättningar fastställts av en behörig myndighet, i Sverige ofta benämnt linjetrafik. Nätet är här inte begränsat till ett fast tekniskt nät. Exempel på vad myndigheterna kan fastställa är vilka linjer som skall upprätthållas, kapacitet, frekvens, avgifter m.m. Näten kan vara nationella, regionala eller lokala. Med *allmänheten* förstås enskilda personer, hushåll, företag och offentliga brukare. Gällande EG-direktiv samt 4 kap. LOU täcker däremot inte sådana transporttjänster som endast är tillgängliga för en viss grupp användare, t.ex. skolbussar eller företagsbussar eller vid tex. sjuktransporter och färdtjänst. Om sådana transporttjänster anskaffas av upphandlande enheter skall bestämmelserna i 5 kap. LOU om tjänsteupphandling istället tillämpas.<sup>3</sup>

(II a) Enligt 1 kap. 22 § LOU skall den upphandlande enheten i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.

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

<sup>2</sup> Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.

<sup>3</sup> Se Hentze/Sylvén: Lagbokscommentar om Offentlig upphandling, upplaga 2:1, Norstedts 1998, sid. 211 ff.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i sina kommentarer till bestämmelsen angivit att denna skall tolkas restriktivt. I ett yttrande har nämnden bland annat uttalat att "... rangordningen får undvaras endast om sådan inte är möjlig att göra. Bestämmelsens syfte är att en leverantör så exakt som möjligt skall få veta vad den upphandlande enheten upphandlar och hur hans anbud kommer att utvärderas. Upphandlingens utfall skall i görligaste mån vara förutsebart och anbudsgivare och anbud skall behandlas lika och rättvist"<sup>4</sup>

Från svensk rättspraxis kan nämnas ett avgörande från Kammarrätten i Sundsvall, vilket återfinns refererat under punkten II b, nedan. Frågan har även varit föremål för flera avgöranden i underrätt. Från denna praxis förtjänar bland annat nämnas ett avgörande från Länsrätten i Gävleborgs län där rätten konstaterade att<sup>5</sup> "*De kriterier som angetts har dock inte rangordnats i förfrågningsunderlaget. [den upphandlande enheten] har därvid inte visat att en sådan viktning och betygsättning inte varit möjlig att genomföra för upphandlingen. Att [den upphandlande enheten] inte ansett sig kunna rangordna kriterierna har heller inte angetts i anbudsunderlaget. Detta förhållande är ägnat att försvåra en rättvis jämförelse av anbuden, och kan enligt länsrätten komma att medföra skada för bolaget vid prövning av det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet*", samt ett avgörande från Länsrätten i Skåne län<sup>6</sup> som avseende en mycket omfattande och tämligen svåravgränsad ramavtalsupphandling av AV-material till hela Lunds universitet beslutade att upphandlingen skulle göras om till följd av att värderingskriterierna inte hade rangordnats. Även i andra avgöranden från Länsrätten i Göteborg, och från Länsrätten i Norrbottens län, har upphandlingarna fått göras om p.g.a. bristande rangordning. Även Högsta domstolen har i ett avgörande som finns publicerat i NJA 1998 s. 873 påpekat att den upphandlande enheten "... i förfrågningsunderlaget eller annonsen om upphandling [skall] ange vilka omständigheter som enheten tillmäter betydelse och om möjligt rangordna dessa efter angelägenhetsgrad" samt erinrat om den skyldighet som i angivet avseende följer av EG-rätten (NJA 1998 s. 873, se även EG-domstolens dom den 20 september 1988 i mål C-31/87 - Gebroeders Beentjes ./ Konungariket Nederländerna).

(II b) I förarbetena till lagen om offentlig upphandling anges att en upphandlande enhet som skall anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet bör göra klart för sig redan från början hur olika omständigheter kan värderas i ekonomiska termer. Upphandlingslagen bygger på ett antal EG-direktiv<sup>7</sup>. Grundläggande gemenskapsrättsliga principer inom offentlig upphandling är principerna om *likabehandling*, *transparens* och *proportionalitet*.

Enligt den s.k. *transparensprincipen* skall upphandlingsprocessen kännetecknas av förutsebarhet. Frågan om grunderna för vilka anbud som skall antas är mycket central i lagen för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Om kraven i förfrågningsunderlaget, utan angivande av några närmare definitioner, begränsats till att enbart omfatta punktvis uppställda kriterier, kan dessa inte på ett affärsmässigt sätt läggas till grund för värderingen av anbud. Kammarrätten i Sundsvall har i två avgöranden, som får anses utgöra på området vägledande rättspraxis, bland annat angivit att ett förfarande, där det *överlämnats åt anbudsgivarna att själva ange vad de anser ligga i de olika begreppen och i vilken mån de uppfyller dem*, och därmed har *lämnat utrymme för en helt subjektiv bedömning*, strider mot

<sup>4</sup> Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU), yttrande angående upphandling av ventilationskontroll, dnr. 154/97-26. Se även NOU-info, juni 98 sid. 22 samt oktober 96 sid. 8 f.

<sup>5</sup> Länsrätten i Gävleborgs län, dom den 15 mars 1999 i mål nr 131-99, Dala depån AB ./ Kommunförbundet Inköp Hälsingland.

<sup>6</sup> Länsrätten i Skåne län, dom den 17 maj 2000 i mål 2241-00 E, AB Bäckaskog Media ./ Lunds universitet.

<sup>7</sup> Prop. 1992/93:88 s. 72

lagens krav på affärsmässighet.<sup>8</sup> I den senare av de angivna domarna (KamR i Sundvall, mål. nr. 1669-2000) uttalade sig domstolen även om rangordningen mellan värderingskriterierna:

I det i målet aktuella underlaget hade det angivits att anbudsutvärdering skulle komma att göras utifrån det mest fördelaktiga anbudet i förhållande till pris och övriga kommersiella villkor samt kvalitet, där kriteriet ”kvalitet” (liksom i den nu aktuella upphandlingen) skulle värderas högre än pris och övriga kommersiella villkor. Vad som avsågs med kriteriet angavs i nio olika punkter utan inbördes rangordning – dessa utgjordes av lokalisering, resurser, kvalitetssäkring, referenser, tillgänglighet, boknings- och avbokningsregler, övernattningsmöjligheter, leverantörsbedömning och ekonomi etc. samt redovisat miljöarbete. Vidare framkom av domen att den upphandlande enheten hade anfört att, några andra kriterier för utvärdering inte hade angivits utöver de två kriterierna pris och övriga kommersiella villkor samt kvalitet. De nio punkter som beskrev begreppet kvalitet i upphandlingen utgjorde enligt den upphandlande enheten endast information till samtliga anbudsgivare om innebörden av kvalitetsbegreppet. Kammarrätten ansåg att en sådan tolkning av utvärderingskriterierna inte låter sig göras utan att de angivna punkterna för kvalitet måste anses ingå i utvärderingskriterierna. Med anledning av detta fann kammarrätten att rangordning av kvalitetskriterierna i förfrågningsunderlaget borde ha skett och att en sådan rangordning inte var omöjlig att göra. Vidare menade kammarrätten att flera av utvärderingskriterierna – huvudsakligen lokalisering, resurser, referenser och tillgänglighet – gav stort utrymme för godtycke. De kunde därför inte anses så preciserade att det stod klart för anbudsgivaren vilka ekonomiska åtaganden som den upphandlande enheten krävde för att ettanbud skulle komma att antas, uttalade domstolen.

(II c) Frågan huruvida det är förenligt med kravet på affärsmässighet vid offentlig upphandling att ställa allmänna krav på allmän taxiservice har bedömts av Regeringsrätten i RÅ 1996 ref 100<sup>9</sup>. Saken avsåg affärsmässigheten av en upphandlingsförutsättning att anbudsgivare, för att antas för uppdrag i en färdtjänstupphandling, skulle hålla en normal taxiservice gentemot allmänheten. I målet yttrade sig Nämnden för offentlig upphandling (NOU) och anförde som sin mening att lagen om offentlig upphandling i och för sig inte hindrade kommun från att upphandla allmän taxiservice tillsammans med färdtjänstresor och andra av kommunen köpta persontransporter, under förutsättning att kravet på sådant åtagande tydligt preciserats och angivits i förfrågningsunderlaget (enl. 1 kap. 22 § LOU).

Regeringsrätten fann att kommunen i och för sig haft rätt att ställa krav på upprätthållande av allmän taxiservice men att den i sin anbudsinfordran inte redovisat tillräckligt underlag för anbudsgivningen rörande denna omständighet. Kommunen hade härigenom åsidosatt kravet på affärsmässighet vid upphandlingen och förfarandet stred därför i detta avseende mot LOU. Upphandlingen kunde således inte godtas och Regeringsrätten förordnade att vid en ny upphandling skulle kravet på allmän taxiservice antingen utgå eller preciseras till sin innebörd.

Enligt EG/Romfördraget gäller en allmän princip om likabehandling. Fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen giltighet som svensk lag. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen (prop. 1994/95:19, del 1 sid. 478) att "Den i Romfördraget centrala likabehandlingsprincipen återfinns bl.a. i artikel 6 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Andra uttryckliga likabehandlingsprinciper återfinns i artikel 40 tredje stycket i Romfördraget angående likabehandling mellan producenter och konsumenter inom den gemensamma jordbrukspolitikerna samt i artikel 119 i Romfördraget när det gäller lika lön för kvinnor och män. EG-domstolen har dock slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen". Den

<sup>8</sup> Se Kammarrätten i Sundvall, dom i mål nummer 943-1997. Kammarrättens avgörande har överklagats till Regeringsrätten, som beslutat att inte meddela prövningstillstånd. Se även kammarrättens den 30 juni 2000 avkunnade dom i mål nr. 1669-2000 där domstolen bland annat upprepat kravet på att utvärderingskriterier skall vara tydliga och rangordnade för att kunna läggas till underlag för värdering av anbud.

<sup>9</sup> Regeringsrätten dom den 30 december 1996 i mål nr 4860- 4864-1995.

allmänna likabehandlingsprincipen innebär att en medlemsstats myndigheter inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa leverantörer framför andra, vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

#### Yttrande

Länstrafiken i Norrbotten 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 blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet, snedvrider konkurrensen.

I den aktuella upphandlingen av städtjänster m.m. har Länstrafiken i Norrbotten AB valt att tillämpa förfarandet för *öppen upphandling* enligt bestämmelserna om upphandling inom de s.k. *försörjningssektorerna*. Bolaget har vidare i allt väsentligt angivit värderingskriterierna enbart punktvis, och utan någon närmare rangordning.. Upphandlingsförfarandet förtjänar därför följande kritiska påpekanden:

- (I) Försörjningssektorsbestämmelserna i 4 kap. LOU utgör specialbestämmelser som inte får tillämpas utan att särskilda i lagen angivna förutsättningar föreligger. I fråga om upphandling av transporttjänster krävs för att specialbestämmelserna skall komma ifråga att upphandlingen avser drift av transporter i nät som är allmänt tillgängliga. Den aktuella upphandlingen av taxiregistrerade personbilar, sjuktransportbilar (bårbil) samt specialfordon avser emellertid avropsstyrd beställningstrafik, enbart för sådana som efter behovsprövning befunnits berättigade till sjuktransport eller färdtjänst m.m.. Upphandlingen omfattar således inte transporter i fasta nät och syftar inte att betjäna allmänheten med transporter med järnväg, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana. Valet av upphandlingsform riskerar således att strida mot lagen om offentlig upphandling och gällande EG-direktiv. Istället borde upphandlingen handläggas enligt huvudbestämmelsen för tjänsteupphandling i den s.k. klassiska sektorn enligt 5 kap. LOU.
- (II) I upphandlingsunderlaget har angivits att Länstrafikbolaget skall anta de anbud som är ”*de ekonomiskt mest fördelaktiga*” i förhållande till ett antal i förväg icke rangordnade kriterier. Den omständighet att kriterierna inte har rangordnats medför svårigheter för anbudsgivarna att i förväg bedöma vilken vikt som kommer att läggas på dessa vid anbudsvärderingen.

Kriterierna har vidare inte angivits på ett sådant sätt att det för anbudsgivarna gått att förutsäga hur anbudsvärderingen kommer att ske. Bland annat lämnar kvalitetsutvärderingskriterierna ”*Kvalitet och samarbetsförmåga*”, ”*Nuvarande eller planerad service- och transportorganisation inom primärområdet*” samt ”*Anbudsgivarens ekonomiska eller finansiella ställning*” ett otillfredsställande stort utrymme för godtycke vid anbudsvärderingen. I fråga om bedömningskriteriet ”*Hur allmänhetens taxiservice tillgodoses inom primärområdet*” torde detta kriterium inte vara tillräckligt preciserat till sin innebörd för att i enlighet med redovisad praxis kunna förekomma.

Upphandlingsförutsättningarna strider därmed mot den inom EG-rätten gällande transparensprincipen samt mot lagen om offentlig upphandling.

Vid en samlad bedömning har Länstrafiken i Norrbotten AB enligt Konkurrenskommissionens bedömning utformat förutsättningarna för den aktuella upphandlingen av transporttjänster m.m. på ett sätt som är ägnat att snedvrider konkurrensen, och som på flera punkter strider mot lagen om offentlig upphandling samt gällande EG-direktiv för upphandling av tjänster inom den klassiska sektorn.