

PM 2 2015-06-11 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande förutsägbarhet och lika-behandling vid prövningen av anbud.

Övertorneå kommun har vid upphandling av renhållningstjänster utvärderat anbuden på ett sätt som avviker från anbudsföresättningsarna och även i förhållande till hur kommunen tidigare utvärderat liknande upphandling.

Övertorneå kommun (nedan Kommunen) har genom meddelande om upphandling som skickades för annonsering till Europeiska kommissionen den 20 februari 2015 påbörjat ett öppet upphandlingsförfarande avseende vissa kommunala renhållningstjänster.

Upphandlingen omfattar tjänster för slamtömning av slamavskiljare och slutna avloppstankar inom Övertorneå kommuns område samt transport till angivna mottagningsstationer i ett maximalt sjuårigt avtal under perioden den 26 april 2015 t.o.m. den 30 april 2018 med möjlighet till förlängning två gånger i perioder om vardera två år (3+2+2 år).

Förfrågningsunderlaget för upphandlingen är upprättat den 17 februari 2015.¹ I bilaga 9 till detta underlag anges att anbudsgivarna ska fylla i sina a-priser för de olika tjänster som avses i upphandlingen och enligt punkten 6.2 i underlaget ska tilldelning beslutas utifrån en prövning av lägsta pris, varmed avses lämnat totalpris. Det föreligger således inga till upphandlingen kopplade utvärderingskriterier som ska vägas gentemot priset varför någon viktning utifrån exempelvis faktiska volymer således inte ska förekomma vid anbudsvärderingen. När Kommunen tidigare under 2013 med samma utvärderingsmodell upphandlade aktuella tjänster värderades anbuden efter hur många kategorier som leverantörerna hade redovisat lägsta pris, flest kategorier vann.

Vid anbudstidens utgång den 30 mars 2015 noterades totalt fyra i rätt tid inkomna anbud, varav tre bedömdes kvalificera sig för slutlig anbudsutvärdering. Tilldelning beslutades den 14 april 2015 ske till en anbudsgivare som här anges som Leverantör X. Av Kommunens utvärderingsprotokoll m.m.² framgår att anbudspriserna hade viktats i förhållande till faktiska avropsmängder (mängden brunnar) varvid anbudet från Leverantören X bedömdes ha det lägsta priset. Vid en utvärdering utan viktning skulle med beaktande av lägsta totalpris - på sätt som liknade upphandling tidigare genomförts av Kommunen - kontraktet rätteligen ha tilldelats en annan anbudsgivare än Leverantör X.

Upphandlingens kontraktsvärde kan med ledning av inkomna anbud uppskattas till c:a 1 miljon kronor per år eller totalt 7 miljoner kronor under kontraktets fulla löptid, inklusive eventuella förlängningar.

Efter det att en leverantör ansökt om överprövning av upphandlingen vid allmän förvaltningsdomstol³ har Kommunen den 29 april 2015 beslutat avbryta förfarandet. Som grund för avbrytande anges i beslutet att "[d]en utvärderingsmodell som använts har lett till att det vinnande anbudet ger inte det affärsmässigt bästa resultatet för upphandlingen [...] ny upphandling kommer att genomföras inom kort".

¹ Se Övertorneå kommun, Anbudsinbjudan daterad 2015-02-17.

² Se Upphandlingsprotokoll för upphandling av slamtömning i Övertorneå, daterat den 14 april 2015.

³ Se Förvaltningsrätten i Luleås mål nr. 770-15.

Gällande rätt

Upphandling av bl.a. offentliga tjänstekontrakt regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. 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).

Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande tjänster, innefattande behandling och disponering av förorenade vätskor (CPV 90513500)⁴ eller avlägsnande, transport, behandling eller hantering av slam (CPV 90513600--90513900), jämte avfallstransporter (CPV 90512000) och återvinning av avfall (CPV 90514000), utgör s.k. A-tjänster, kategori 16 enligt bilaga 2 till LOU som om det s.k. kontraktsvärdet överstiger tröskelvärdet, 1.806.427 kronor,⁵ ska upphandlas enligt de direktivstyrda bestämmelserna i 1-14 kap. LOU.

Enligt 3 kap. 3 § LOU ska vid tröskelvärdesberäkning, värdet av förekommande tjänstekontrakt uppskattas till det totala belopp som skall betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

Den som har att iakttäta lagens bestämmelser utgör enligt legaldefinitionen i 2 kap. 19 § LOU en s.k. ”upphandlande myndighet”. Tillsyn över offentlig upphandling utövas av Konkurrensverket.

Vilka bestämmelser som ska tillämpas beror ytterst på förutsättningarna för avtalet som ska ingås genom upphandlingen. Dock ska som huvudregel alltid EU-fördragets⁶ grundläggande bestämmelser om etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster liksom principerna om bl.a. om *öppenhet (transparens)* och *likabehandling* tillämpas på förfarandet för anbudsprövning och kontraktstilldelning. Dessa principer finns för svenskt vidkommande även införda i 1 kap. 9 § LOU.

Av kravet på förutsägbarhet och *öppenhet (transparens)* följer en skyldighet för den upphandlande myndigheten att lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet för denna så att leverantörerna i förväg känner till vad som gäller för anbudsutvärdering m.m.⁷ Av det anknytande kravet på *likabehandling* följer vidare att alla leverantörer skall ges så lika förutsättningar som möjligt och på lika villkor få den information som är av relevans för upphandlingen vid samma tillfälle. Principen har i unionsrättslig praxis bl.a. tolkats så att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika.⁸ Således måste i enlighet med likabehandlingsprincipen de krav som ställs upp i en upphandling tillämpas på ett likformigt sätt gentemot samtliga deltagande leverantörer.⁹

⁴ 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 15 september 2008).

⁵ 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. Tillkännagivandet ska ske till exakt belopp angivet i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av bl.a. tjänster inom den klassiska sektorn uppgår sedan den 1 januari 2014, om den upphandlande myndigheten inte är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet) – till 1.806.427 kronor – se vidare regeringens tillkännagivande (2014:5) av tröskelvärden vid offentlig upphandling samt 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.

⁶ EU fördragen består sedan den 1 december 2009 av Fördraget om Europeiska unionen (FEU), Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) samt Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (stadgan). De grundläggande principer som här avses följer av avdelningarna II och IV FEU om fri rörlighet av varor och tjänster.

⁷ Se prop. 2006/07:128 s. 132.

⁸ Se bl.a. EU-domstolens dom av den 3 mars 2005 i de förenade målen C -21/03 och C -34/03, *Fabricom*, REG 2005, s. I -1559, p. 27.

⁹ Se Asplund m.fl., *Överprövning av upphandling*, Jure förlag 2012, s. 39.

Yttrande

Kommunen 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.

Kommunen utgör en sådan upphandlande myndighet som har att iaktta regelverket i LOU och de bakomliggande direktiven. Eftersom den nu aktuella upphandlingen avser A-tjänster över tröskelvärdet och även har utlysts i ett direktivstyrt s.k. öppet förfarande enligt LOU är det bestämmelserna i 1-14 kap. LOU som ska tillämpas på upphandlingen.

Oaktat upphandlingsform ska Kommunen iaktta unionsrättens grundläggande krav på förutsägbarhet, öppenhet (transparens) och likabehandling vid sina anskaffningar. Detta medför bland annat krav på att underlaget ska vara utformat så att det för leverantörer som avser att lämna anbud tydligt framgår på vilket sätt och med beaktande av vilka omständigheter som senare tilldelning kommer att beslutas i upphandlingen. Det är således inte förenligt med dessa principer att tilldela ett kontrakt utifrån en inte i förväg redovisad eller rent godtycklig utvärderingsmodell.

Av utredningen i ärendet framgår att upphandlingsförutsättningarna i den aktuella upphandlingen avseende slamtömningstjänster har utformats så att tilldelning ska ske utifrån lästa pris, utan särskild viktning av vissa kostnadsposter framför andra. Vid anbudsutvärderingen har dock sådan viktning skett, vilket medfört att tilldelningen kommit att ske till en leverantör som annars inte skulle ha tilldelats kontraktet. Detta strider mot de grundläggande principerna om öppenhet (transparens) och likabehandling av leverantörer och riskerar medföra en snedvridning av de lokala förutsättningarna för konkurrensen.

Kommunen har numera beslutat avbryta upphandlingen och angivit att ny upphandling kommer att genomföras i den avbrutnas ställe. Rättelsen har emellertid inte skett på Kommunens egna initiativ, utan först efter det att en leverantör påtalat den felaktiga tilldelningen i domstol. Det finns därför anledning att rikta kritik mot Kommunen.