

PM 2 2016-12-14 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom köp av taxitransporttjänster i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (för lång avtalstid).

Ett kommunalt kollektivtrafikbolag har vid upphandling av ramavtal för anropsstyrd kollektivtrafik föreskrivit en avtalstid på över fyra år utan särskilda skäl.

Västtrafik AB (nedan Västtrafik) har genom meddelande om upphandling som skickades för annonsering till Europeiska kommissionen den 23 november 2015, påbörjat ett öppet upphandlingsförfarande¹ avseende anropsstyrda transporttjänster för s.k. särskild kollektivtrafik. Upphandlingen syftar till att sluta ramavtal² för att gälla från och med den 18 juli 2017 till den 18 juni 2022 (fem år) utan möjlighet till förlängning. Kontraktet är uppdelat i två delar, innefattande en del med fasta körpass för upp till 140 schemalagda taxifordon på minst 2.000 timmar per fordon och år och en del där rörlig avropsersättning ska utgå för den faktiska tidsåtgången för varje avropat för köruppdrag. Av punkten 5.1. i förslaget till ramavtal framgår att Västtrafik inte kan ge några volymgarantier eftersom det inte är möjligt att förutse hur resebehovet kan komma att utvecklas över tid.

Med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan den totala volymen avrop - baserat på statistik för 2014 och 2015 – beräknas uppgå till c:a 1,7 miljoner resor per år. Resestatistik över ”singelresminuter” som redovisas i förfrågningsunderlaget visar en genomsnittlig tidsåtgång på c:a 27 minuter per resa. Mot denna bakgrund kan upphandlingens sammanlagda volym uppskattas till ungefär 765.000 timmar körtid, varav drygt 280.000 timmar hänför sig till garanterade körpass.

I en rapport 2014 från revisionsfirman Deloitte beräknas den anropsstyrda trafiken motsvara en kostnads massa om c:a 450-500 miljoner kronor per år.³ Upphandlingens samlade kontraktvärde kan mot denna bakgrund uppskattas till totalt mellan 1,8 och 2 miljarder kronor, räknat som ett fyraårigt kontrakt.⁶

Lagligheten av den aktuella upphandlingen har prövats rättsligt, där Kammarrätten i Jönköping konstaterat att förfarandet avser ett ramavtal och att det inte framkommit särskilda skäl för en längre avtalstid än fyra år. Rätten förordnade därför att upphandlingen ska göras om.⁴

Gällande rätt

Upphandling av 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 byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).

Bestämmelserna i LOU är, såvitt annat inte anges, tillämpliga på samtliga kontrakt med ekonomiska villkor som avser bl.a. tjänster, och som ingås av bland annat kommunala företag. Den som är skyldig att iaktta lagens bestämmelser kallas ”*upphandlande myndighet*”.

Bland annat omfattar lagens bestämmelser upphandling av icke linjestyrd kollektivtrafik.¹ Dessa och dylika tjänster för landtransport, däribland passagerartransport på väg för särskilda ändamål (CPV 60130000-8)⁵ utgör s.k. A-tjänster (kategori 2, enligt bilaga 2 till LOU).

¹ Förfarandet hade ursprungligen utlyst som en upphandling enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – LUF. Eftersom kontraktet emellertid avser anropsstyrda taxitransporter, i form av färdtjänst, skolresor, sjukresor, ersättningstrafik och ledsagarservice för personer som efter särskild behovsprövning beviljats rätt till sådana transporter hänför sig detta inte till ”*tillhandahållande eller drift av publika nät i form av transporter med järnväg, automatiserade system, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana*”. Bestämmelserna i LUF kan därmed inte göras tillämpliga på förfarandet - se 1 kap. 8. § jämförd med 2 kap. 15 § LUF. Den domstolprövning som sedermera genomförts har heller inte skett utifrån från LUF, utan utgått från bestämmelserna i LOU.

² Se bl.a. punkten II.1.3 i meddelande om upphandling, publicerad i Europeiska unionens officiella tidning, ”*Sverige-Göteborg: Vägtransporter*”, den 27 november 2015 – dnr. 2015/S 230-418807.

³ Se rapporten ”*Västtrafik AB – Granskning av anropsstyrd trafik*”, Västra Götalandsregionens dnr. Rev 43-2013.

⁴ Kammarrätten i Jönköpings dom av den 17 oktober 2016 i mål nr. 1054-16. Avgörandet har vunnit laga kraft.

⁵ CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4) – Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam

Om det samlade kontraktsvärdet⁶ av sådana tjänster överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde⁷ ska upphandlingen handläggas och bedömas i enlighet med de på EU-direktiv grundade bestämmelserna i 1-14 kap. LOU.⁸ Det aktuella tröskelvärdet uppgick i november 2015 till 1.806.427 kronor.⁹

Frågan om grunderna för anbudsgivning är central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Det har därför i 1 kap. 9 § LOU införts ett antal unionsrättsligt grundade principer som oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid offentlig upphandling. Däribland principerna om *likabehandling och ickediskriminering* samt *proportionalitet*.

Med *ramavtal* avses enligt 2 kap. 15 § LOU ett *avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod*. Om en upphandlande myndighet tecknat ramavtal för en specifik vara eller tjänst, så behöver myndigheten inte gå ut i en ny upphandling varje gång den har behov av varan eller tjänsten, utan kan istället avropa (tilldela uppdrag) från ramavtalet.

En skillnad mellan ett ramavtal och ett vanligt upphandlingskontrakt är därmed att ramavtalet inte innefattar någon i förväg fastställd volym.¹⁰

Av lagförarbetsuttalandena¹¹ framgår att ramavtal kan bestå av antingen avtal som innehåller samtliga villkor för senare anskaffningar på grundval av avtalet och som är ömsesidigt förpliktande för parterna (*bindande ramavtal*) eller avtal som innehåller samtliga villkor för senare tilldelning av enskilda kontrakt eller uppdrag men som inte är ömsesidigt förpliktande för parterna (*ej bindande ramavtal*). I propositionen till den nya lag om offentlig upphandling som för närvarande bereds i riksdagen¹² beskrivs förhållandena på följande sätt.

”Beroende på hur enskilda villkor i ett specifikt ramavtal eller ett kontrakt är utformade, kan det finnas svårigheter att kategorisera det. Det kan vara särskilt svårt när det gäller ramavtal som har alla villkor för tillhandahållandet fastställda. Här kan visserligen med fog hävdas det principiella synsättet att ramavtalet utgör det egentliga kontraktet, eftersom det inte återstår några egentliga villkor att komma överens om när avrop väl sker – inte heller sker någon ny anbudsinfordran eller utvärdering. Men regeringen konstaterar att det går att i LOU-direktivet se en systematisk skillnad mellan ramavtal, av båda slagen, och kontrakt. Ett ramavtal fastlägger helt eller delvis villkoren för flera, eventuella framtida anskaffningar under en given tidsperiod (genom kontrakt), medan ett kontrakt avser en faktisk anskaffning. I direktivet finns också särskilda bestämmelser som en upphandlande myndighet måste iakttä när den vill ingå kontrakt som grundas på ramavtalet, dvs. göra själva anskaffningen”.

Om omfattningen av ett uppdrag huvudsakligen är reglerad i kontraktet har Kammarrätten i Göteborg kommit fram till att den omständigheten att det även finns viss möjlighet till kompletterande uppdrag inte ska medföra att kontraktet därigenom utgör ett ramavtal. I samma mål fann dock rätten att ett kontrakt utgör ett ramavtal om omfattningen av uppdraget lämnas oregerad.¹³

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).

⁶ Om ett tjänstekontrakt upphandlas utan att något totalpris anges ska enligt 3 kap. 12 § LOU det s.k. kontraktsvärdet vara det uppskattade totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader.

⁷ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärdet* 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. – 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.

⁸ 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.

⁹ Gällande tröskelvärde 2015 för kommunal upphandling av varor och A-tjänster inom den s.k. klassiska sektorn - se regeringens tillkännagivande (2014:5) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹⁰ se docenten Andrea Sundstrand i *Offentlig upphandling - LOU och LUF*, 2010, s. 78.

¹¹ Se prop. 2006/07:128, del I, s. 160 och 304.

¹² Se prop. 2015/16:195, s. 514 f.

¹³ Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 22 juli 2013 i mål nr, 3124 - 3127-13, jfr. även kammarrättens avgörande av den 21 februari 2013 i mål nr 6975-12 och 6976-12.

Vidare har, i fråga om blandade kontrakt – där det både finns en garanterad del och en icke garanterad del – Kammarrätten i Jönköping tillämpat en *övertviktsprincip*¹⁴ enligt vilken avgörande betydelse ska tillmätas vilken del som hänför sig till det huvudsakliga föremålet för upphandlingen.

Om ett för upphandling aktuellt avtal inte alls, eller i vart fall inte till sin huvudsakliga del, garanterar någon fast volym bör detta förhållande således medföra att det är fråga om ett ramavtal.¹⁵

Enligt 5 kap. 3 § LOU får ett *ramavtal* löpa under längre tid än fyra år endast om det föreligger *särskilda skäl*. Bestämmelsen utgår från kravet på likabehandling av leverantörer och motsvaras av en bestämmelse i art. 32.2 fjärde stycket i det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG).¹⁶

Syftet med denna tidsmässiga begränsning är en önskan från lagstiftarens sida att införa en mekanism för att upprätthålla konkurrensen i ramavtalsituationer och iakttagandet av de grundläggande principerna. I EU-kommissionens tolkningsmeddelande avseende ramavtal¹⁷ hänvisas till att undantag från fyraårsregeln skulle kunna komma ifråga enbart för att försäkra sig om en effektiv konkurrens i fall där föremålet för kontraktet kräver investeringar som har en avskrivningstid på mer än fyra år. Kommissionen hänvisar härvid till att utvecklandet av en effektiv konkurrens på upphandlingsområdet är en av målsättningarna med gällande direktiv på detta område.

I de svenska lagförarbetena anges inte närmare vad som avses med rekvisitet ”*särskilda skäl*”. Dock framgår att sådana skäl kan anses föreligga vid situationer där föremålet för upphandlingen är av sådant slag att det medför stora investeringar för leverantören som skall betala sig under avtalstiden¹⁸ eller i fråga om ett avgränsat projekt som beräknas pågå under en något längre tid än fyra år och som inte har någon naturlig fortsättning när projektet avslutas.¹⁹

Vidare framgår av art. 32.2 klassiska upphandlingsdirektivet samt av uttalanden i de svenska lagförarbetena att de särskilda skäl som åberopas för en längre ramavtalstid än fyra år ska vara knutna till föremålet för kontraktet, och därmed hänföra sig till den aktuella upphandlingen.

Enligt förarbetena åvilar det i förekommande fall den upphandlande myndigheten att *visa* vad som ska anses utgöra grund för en längre avtalstid än fyra år. Detta följer även av EU-domstolens fasta praxis, enligt vilken varje undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de unionsrättsliga rättigheterna inom området för offentlig upphandling ska tolkas restriktivt och att det ankommer på den upphandlande myndighet som avser att åberopa ett undantag att bevisa de särskilda omständigheter som kan motivera sådant undantag i det enskilda fallet.²⁰

I svensk nationell rättspraxis har dessa frågor bland annat bedömts av Kammarrätten i Stockholm.

I ett avgörande av en upphandling av tjänster för löpande medicinleveranser (dosdispensering) konstaterade kammarrätten att den omständigheten att någon volym inte garanterades i upphandlingen medför att det ska anses vara fråga om ramavtal som omfattas av begränsningsregeln i 5 kap. 3 § LOU. Rätten anförde vidare att leverantörernas eventuella investeringskostnader har med deras kapacitet att göra och är därmed inte direkt hänförliga till föremålet för upphandling. Kammarrätten menade att anbudsgivare under kontraktets löptid förutsätts kunna leverera upphandlade tjänster till givet anbudspris. Sådana eventuella investeringar som anbudsgivare tvingas göra får därför, som utgångspunkt, påverka anbudspriset och ska normalt inte beaktas vid bestämmandet av ramavtalets löptid.

¹⁴ Se Kammarrätten i Jönköpings dom av den 5 juni 2014 i mål nr. 1871-13 och av den 17 oktober 2016 i mål nr. 1054-16.

¹⁵ Se Kammarrätten i Stockholms dom av den 24 mars 2016 i mål nr. 7754-15, s. 8; jfr. Kammarrätten i Jönköpings dom av den 5 juni 2014 i mål nr. 1871-13, s. 18.

¹⁶ Principen om (*vertikal*) direkt effekt tillåter privatpersoner att gentemot staten eller en myndighet direkt åberopa en europeisk bestämmelse i nationell eller europeisk domstol. Denna princip är dock underställd villkor om att den unionsrättsligt grundande skyldigheten måste vara precis, tydlig, ovillkorlig och inte kräva kompletterande nationella åtgärder eller ytterligare gemenskapsåtgärder, se bl.a. EU-domstolens dom i *van Gend en Loos*, C-26/62, EU:C:1963:1.

¹⁷ Se Explanatory note – Framework agreements – Classic Directive Document corresponding to document CC/2005/03 rev. 1 of 14/7.2005.

¹⁸ Se prop. 2006/07:128, s. 333 f..

¹⁹ Se SOU 2005:22, s. 279.

²⁰ Se bl.a. EU-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i *kommissionen mot Italien*, EU:C:2008:530, p. 23 jämte där noterad äldre praxis; se även RÅ 2005 ref. 10 (*Ryanair*) samt prop. 2006/07:128, s. 291.

I vissa fall menade dock rätten att en längre löptid måste kunna accepteras, för att konkurrensen annars inte ska sättas ur spel. Så kan exempelvis vara fallet om kraven på kapacitet är så höga att ingen eller endast ett begränsat antal leverantörer förmår uppfylla dessa krav utan större investeringar. Även i dessa fall ska emellertid kontraktstiden stå i rimlig proportion till investeringarnas avskrivningstid. Annars ska, enligt kammarrätten, ramavtalstiden ses som otillbörlig. I det aktuella fallet bedömdes det inte föreligga några särskilda skäl för en avtalstid längre än fyra år.²¹

På liknande sätt har Kammarrätten i Jönköping, i nu aktuellt mål avseende Västtrafiks upphandling av anropsstyrd kollektivtrafik, anfört bland annat följande.

*”Av förarbeten till LOU (prop. 2006/07:128 s. 174 och 334) framgår att särskilda skäl för längre avtalstid än fyra år kan finnas bl.a. om upphandlingen för leverantören medför stora investeringar som ska betala sig under avtalstiden. Den upphandlande myndigheten har bevisbördan när det gäller förekomsten av sådana skäl. De flesta omfattande upphandlingarna torde kräva att leverantörerna gör vissa investeringar. Normalt får dessa investeringar påverka anbudspriset. För att på grund av stora investeringar med lång avskrivningstid göra undantag och tillåta att ett ramavtal löper under längre tid än fyra år måste, enligt kammarrättens mening, krävas att omständigheterna i det enskilda fallet är sådana att inget annat vore ekonomiskt försvarbart eller att detta krävs för att inte hämma konkurrensen på marknaden”.*²²

Kammarrätten i Stockholm har funnit att det strider mot begränsningsregeln i 5 kap. 3 § LOU att upphandla ett (2+2+0,5=) 4,5-årigt ramavtal för löpande avrop av vaccinleveranser.²³

Yttrande

Västtrafik har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande. Västtrafik har valt att inte överklaga kammarrättens dom. Västtrafik är dock fortsatt av uppfattningen att det förelegat skäl för en avtalstid om fem år. Konkurrenskommissionens bedömningar och den aktuella domen föranleder inte några förändringar av Västtrafiks upphandlingsrutiner.²⁴

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som sedan 1994 uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen. Kommissionen avger även remisser i lagstiftningsärenden avseende bl.a. upphandling.

Västtrafik är såsom upphandlande myndighet skyldig att vid sina anskaffningar av anropsstyrd trafik iaktta regelverket i LOU. Av utredningen i ärendet framgår att Västtrafik infordrat anbud för avtal om anropsstyrda transporttjänster för s.k. särskild kollektivtrafik. I detta avtal finns det en garanterad volym på c:a 280.000 körtimmar i särskilt garanterade körpass. Till den övervägande delen, motsvarande c:a 480.000 körtimmar, hänför sig dock avtalet till rena avrop för vilken någon volymmässig garanti inte lämnas. Som Kammarrätten i Jönköping kunnat konstatera avser upphandlingen därmed ett ramavtal.

Vid detta förhållande får avtalet inte avse längre tid än fyra år om det inte föreligger *särskilda skäl*. Som sådana särskilda skäl anger lagförarbetena att *föremålet för upphandlingen är av sådant slag att det medför stora investeringar för leverantören som ska betala sig under avtalstiden eller att det rör sig om ett avgränsat projekt som beräknas pågå under en något längre tid än fyra år och som inte har någon naturlig fortsättning när projektet avslutas*.

²¹ Se fotnot 10 ovan.

²² Se Kammarrätten i Jönköpings dom av den 17 oktober 2016 i mål nr. 1054-16, s. 7.

²³ Se Kammarrätten i Stockholm, dom av den 23 mars 2011 i mål 5609--5629-10.

²⁴ Se yttrande av den 28 november 2016 från Västtrafik till Konkurrenskommissionen; undertecknat av BK, handläggare för anropsstyrd trafik (dnr. 1-1246-16-1).

Västtrafik har inom ramen för den rättsliga prövningen, i två instanser, inte förmått visa på några *särskilda skäl* som skulle kunna motivera längre ramavtalstid än fyra år. Förutsättningarna i upphandlingen är således sådana att det inte föreligger möjlighet till undantag för en längre avtalstid än lagstadgade fyra år. Eftersom avtalstiden satts till fem år strider upphandlingens aktuella utformning mot begränsningsregeln i LOU. Förfarandet riskerar därmed att sätta konkurrensen ur spel under längre tid än lagen tillåter. Det finns därför anledning att rikta allvarlig kritik mot Västtrafik. Den aktuella fyraårsregeln i LOU har funnits sedan 2008 och borde den vid det här laget vara väl känd av bolaget. Detta förhållande tillsammans med uppgiften att kammarrättens dom inte kommer föranleda några förändringar av Västtrafiks upphandlingsrutiner medför att bolagets seriositet som upphandlande myndighet och enhet kan sättas ifråga.