

PM 2 2017-03-09 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direkttilldelning i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning).

En kommun har beslutat avbryta en redan påbörjad annonserad upphandling under återopande av att de inkomna anbuden var högre än det fanns anledning att räkna med. Till följd av därmed uppkommande brådska har kommunen istället genomfört en icke annonserad upphandling.

Serviceämnden i Stockholms kommun (nedan Staden) påbörjade i maj 2016 en annonserad *öppen upphandling* avseende "Persontransporter 2016". Upphandlingen avsåg utförande av lokala persontransporter för personer med någon form av funktionsnedsättning; skolelever i grundskola, grundskola, gymnasieskola samt vuxna inom daglig verksamhet och äldre inom dagverksamhet. Som resande angavs även ensamkommande flyktingbarn, vuxna eller familjer med småbarn inom socialförvaltningen till och från olika myndigheter, stadens socialjour, asylboenden eller för annat ändamål. I uppdraget ingick också resor för olika åldersgrupper till och från olika boendeformer samt äldre som flyttar från sitt hem till ett vård- och omsorgsboende. Uppskattningsvis c:a 900.000 resor per år till c:a 4.300 dagliga resenärer. Upphandlingen omfattade perioden den 1 januari 2017 till och med den 31 december 2020, med möjlighet till ytterligare ett års förlängning, till och med den 31 december 2021 således (36+12=) 48 månader.

I underlaget för upphandlingen angavs ett antal tillkommande kontraktsvillkor angående bland annat "Arbets- och anställningsvillkor för förare", med krav på att avlöning ska ske enligt en i avtalet angiven minsta lönenivå.¹

Vid anbudstidens utgång, den 30 juni 2016, noterades totalt fyra inkomna anbud. Den 3 oktober 2016 beslutade Staden avbryta den öppna upphandlingen med återopande av att "inkomna anbud är klart dyrare än vad staden, mot bakgrund av prisnivån i nu gällande avtal, haft anledning att räkna med".²

Istället inledde Staden den 21 oktober 2016 ett nytt, icke annonserat direktupphandlingsförfarande på i princip oförändrade villkor. Avtalstiden angavs dock till maximalt 16 månader, perioden den 1 januari till och med den 5 november 2017, med möjlighet till förlängning i ytterligare sex månader, d.v.s. (10+6=)16 månader. Anbud skulle vara inkomna senast den 1 november 2016, vilket innebär en anbudsfrist på i praktiken sex vardagar. Till stöd för detta förfarande återopade Staden att det förelåg skäl för undantag på grund av "synnerlig brådska".

Upphandlingens värde kan på årsbasis uppskattas till minst 209 miljoner kronor. Omräknat till ett 16-månaderskontrakt motsvarar detta ett totalt s.k. kontraktsvärde på i vart fall 280 miljoner kronor.³

Förvaltningsrätten i Stockholm har i två parallella avgöranden den 29 november 2016 förordnat att upphandlingen ska göras om. Till stöd för detta angav rätten bl.a. att den återopade tidsbristen kan hänföras till handlande från Stadens sida och därför måste anses vara förutsebar. Skäl för undantag på grund synnerlig brådska bedömdes därmed inte föreligga.⁴

Gällande rätt

Med offentlig upphandling avses förfarandet fram till och med tilldelningen av bl.a. ett *offentligt tjänstekontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser tillhandahållande av bl.a. tjänster.

¹ Se underlag för annonserad öppen upphandling av den 20 maj 2016, rubricerat "Upphandling av Persontransporter 2016" (dnr. 3.3.2-093-2016), Bilagan "AVTALFÖRLAGA", § 14, "Arbets- och anställningsvillkor för förare", särskilt punkten 2 "Avlöning".

² Se Stadens upphandlingsrapport med avbrytandebeslut, daterad den 3 oktober 2016 (dnr. 3.3.2-093-2016).

³ Se underlag av den 20 maj 2016, rubricerat "Direktupphandling av Persontransporter 2016" (dnr. 3.3.2-805-2016), punkten 1.1.1. "Sammanfattning", tredje stycket, av vilken framgår att "Under år 2015 omsatte persontransporter 209 miljoner kronor, närmare 900 000 resor utfördes och ca 4 300 resenärer omfattades".

⁴ Se Förvaltningsrätten i Stockholm domar av den 29 november 2016 i mål 23084-16 och 23085-16. Domarna har vunnit laga kraft.

Karakteristiskt för ett offentligt tjänstekontrakt är således att leverantören mot ersättning ska åta sig att utföra tjänster för den upphandlande myndighetens räkning.

Upphandling av offentliga tjänstekontrakt som har påbörjats före den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.⁵ Lagen har kommit till som en följd av bl.a. kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt (numera) artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG).⁶

Kommunala myndigheter och beslutande församlingar utgör enligt legaldefinitionen i 2 kap. 19 § LOU sådana s.k. *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iaktta lagens bestämmelser. Företag som tillhandahåller aktuella tjänster utgör s.k. *leverantörer* som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud.

Den närmare bestämningen av ett kontrakt utgår från ett EU-gemensamt klassifikationssystem för varor, tjänster och byggentreprenadarbeten som heter *Common Procurement Vocabulary* eller CPV.⁷ Tjänster för landtransport, däribland passagerartransport på väg för särskilda ändamål (CPV 60130000-8) utgör s.k. A-tjänster (kategori 2, enligt bilaga 2 till LOU). Om det samlade kontraktsvärdet⁸ av sådana tjänster överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde⁹ ska upphandlingen handläggas och bedömas i enlighet med de på EU-direktiv grundade bestämmelserna i 1-14 kap. LOU.¹⁰ Gällande tröskelvärde uppgick i oktober 2016 till 1.910.323 kronor.¹¹

Vid en beräkning av kontraktsvärdet ska enligt 3 kap. 3 § LOU detta uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Avser upphandlingen tjänster där något totalpris inte anges ska enligt 3 kap. 12 § LOU värdet av kontraktet dock uppskattas till det totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid. Förekommande options- och förlängningsklausuler ska härvid beaktas som om de utnyttjats.

Syftet med reglerna om offentlig upphandling är att bland annat säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. 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 *lika-behandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparens)*, innebärande att alla leverantörer ska behandlas lika och ges möjlighet till sådan insyn att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud på lika villkor.¹² Bestämmelserna har utformats i syfte att bl.a. försvåra möjligheterna att vid offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensnedvidande sätt.

⁵ Lagen har numera ersatts genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – NLOU – som trädde ikraft den 1 januari 2017.

⁶ 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. Direktivet har numera kommit att ersättas genom direktiv (2014/24/EU).

⁷ 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 1 kap. 2 § femte stycket och 2 kap. 5 § LOU samt Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), numera i delvis ändrad lydelse sedan 2008.

⁸ 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.

⁹ 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.

¹⁰ 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.

¹¹ Gällande tröskelvärde 2016 för kommunal upphandling av varor och A-tjänster inom den s.k. klassiska sektorn - se regeringens tillkännagivande (2014:5) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹² De grundläggande principer som åsyftas följer numera av avdelning IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF - tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG.

Vid upphandling av A-tjänster föreligger det som regel en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt, jml. 7 kap. 1 § LOU, offentliggöra sina upphandlingar genom annons i en allmänt tillgänglig elektronisk databas eller på annat sätt som möjliggör effektiv konkurrens.

Enligt 4 kap. 5 § LOU föreligger det vid A-tjänsteupphandling över tröskelvärdet undantag från denna skyldighet vid bland annat följande förutsättningar.

- 1 om det vid ett annonserat, öppet, selektivt eller förenklat förfarande inte har lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller några lämpliga anbud, och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte har ändrats väsentligt, eller
- 2 om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men *synnerlig brådska*, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering, eller
- 3 det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör.
- 4 det gäller en tilläggsbeställning eller ett utbyte av tidigare upphandlade varor eller tjänster, och ett byte av leverantör skulle oproportionellt svårt.

Såvitt gäller undantaget vid *synnerlig brådska* enligt punkten 2 (ovan) avser detta endast extraordinära situationer där det framstår som absolut nödvändigt för den upphandlande myndigheten att omgående kunna tilldela kontraktet. Enligt praxis krävs att det rör sig om en brådskande anskaffning av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art.¹³ Det ska även framstå som uppenbart att kontrakt omedelbart måste komma till stånd för att det inte annars ska uppstå mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa.¹⁴ De omständigheter som åberopas till stöd för *synnerlig brådska* måste vidare bero på yttre förhållanden, dvs. saker som ligger utanför det område som den upphandlande myndigheten har kunnat förutse eller påverka. *Egenförförd brådska* som hos den upphandlande myndigheten kan ha uppkommit till följd av exempelvis bristande planering medför exempelvis inte någon möjlighet till undantag.¹⁵ I lagförarbetena kommenteras den omständigheten att brådskan inte får vara ”*orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten bland annat med att ”sådana omständigheter som är hänförliga till den upphandlande myndigheten torde inte vara omöjliga att förutse för myndigheten”*”.¹⁶ I rekvisitetet om oförutsebarhet ligger att förhållandena närmast ska ha *karaktern av force majeure*.¹⁷ Härutöver måste den aktuella tidsnöden vara sådan att det inte har varit möjligt att hålla tidsfristerna vid annonserat förfarande, vilka vid upphandling av A-tjänster över tröskelvärdet uppgår till som högst mellan 40 och 52 dagar.¹⁸

Vidare ska enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta rättspraxis¹⁹ möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som inom området för offentlig upphandling ges enligt unionsrätten tolkas restriktivt.²⁰

Det ankommer också på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter, exempelvis påstådda tekniska skäl,²¹ som motiverar undantaget faktiskt föreligger.²²

¹³ Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i mål nr 7469--7472-11.

¹⁴ I rättspraxis har exempelvis uteblivna livsmedelsleveranser till skolor, förskolor och servicehus ansetts vara av brådskande natur - se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 29 februari 2012 i mål nr. 1446--1452-12. I lagförarbetena anges även att möjlighet till extra förmånliga köp på auktion samt särskilt personrelaterade behov av hälso- och sjukvårdstjänster kan anses medföra synnerliga skäl - se prop. 2001/02:142, s. 99 samt prop. 2006/07:128, s. 429; jfr. även Konkurrensverkets beslut av den 26 maj 2010 i ärende nr. 430/2009.

¹⁵ Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien III* (C-385/02) EU:C:2004:522, punkten 38.

¹⁶ Se prop. 2006/07:128, s. 327, specialmotiveringen till 4 kap. 5 § LOU.

¹⁷ Se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

¹⁸ Se 8 kap. 2 § jämförd med 4-8 §§ LOU.

¹⁹ Från senare rättspraxis se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien IV* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23.

²⁰ Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden i *kommissionen mot Spanien* (C-71/92) EU:C:1993:890, *Kommissionen mot Spanien II* (C-328/92) EU:C:1994:178 och *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) EU:C:1995:150.

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller mot någon annan bestämmelse i LOU kan en skadelidande leverantör ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att upphandlingen ska rättas eller att den ska göras om.²³ Om avtal redan har slutits kan rätten på talan av leverantör besluta att detta är ogiltigt.²⁴ Sådan ogiltighetstalan måste dock, enligt 16 kap. 17 § LOU, väckas inom sex månader från det att avtalet slöts. Ett lagakraftvunnet²⁵ förordnade enligt bestämmelsen om ogiltighet medför retroaktiv verkan (*ex tunc*), varigenom avtalet får en s.k. nullitetsverkan, som om det aldrig hade funnits. Detta innebär att parternas skyldigheter enligt avtalet bortfaller och att prestationerna enligt huvudregeln ska gå åter.

Skulle återgång av prestationerna inte vara möjlig är enligt lagförarbetena utgångspunkten att det förmögenhetsläge som gällde innan det ogiltiga avtalet slöts istället ska återställas. Om exempelvis varor som levererats redan har hunnit förbrukas eller tjänster redan utförts kan parterna få utge ersättning för den nytta de haft av varandras prestationer.²⁶

Allmän förvaltningsdomstol kan på talan av Konkurrensverket även besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av den upphandlande myndighet som utan iakttagande av föreskrifterna om föregående annonsering i LOU har slutit avtal med en leverantör. Upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktets värde. I rättspraxis har upphandlingsskadeavgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktets värde²⁷ men en individuell bedömning ska alltid genomföras med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.²⁸

Yttrande

Staden har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet angivit att Staden inte har utrymme att avsätta resurser för att bemöta innehållet i promemorian: Med hänvisning härtill avstår Staden från att inkomma med yttrande i ärendet.

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.

Staden har som upphandlande myndighet en skyldighet att iakttä upphandlingsbestämmelserna i LOU. Såvitt framgår av utredningen har Staden beslutat avbryta en sedan tidigare påbörjad annonserad upphandling med motiveringen att inkomna anbud visat sig vara klart dyrare än vad Staden haft anledning att räkna med. Staden har därefter åberopat synnerlig brådska för att genomföra en icke annonserad upphandling, där endast ett antal särskilt utvalda leverantörer har bjudits in till anbudsgivning.

²¹ Se bl.a. det ovan angivna målen *kommissionen mot Spanien* (C-328/92), *kommissionen mot Italien III* (C-385/02), punkterna 19-20, samt *kommissionen mot Grekland* (C-394/02), p. 32, jämte där noterade hänvisningar.

²² Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens avgöranden i *Kommissionen mot Italien I* (C-199/85), *Kommissionen mot Spanien II* (C-328/92) EU:C:1994:178 och *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) EU:C:1995:150. Från senare praxis, se även domstolens avgöranden i de förenade målen *Bockhorn-Braunschweig* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220 och *Stadt Halle* (C-26/03) EU:C:2005:5, p. 46.

²³ Se 16 kap. 4-6 § LOU.

²⁴ Se 16 kap. 13 § LOU.

²⁵ Se HFD 2012 ref. 27, enligt vilket en förvaltningsrätts dom att ogiltigförklara ett avtal som slutits efter en offentlig upphandling har ansetts inte vara ett beslut av sådant slag som gäller omedelbart.

²⁶ Se prop. 2009/10:180, s. 361.

²⁷ Se bl.a. Kammarrätten i Stockholm mål nr 5426-12, 5427-12 respektive 5452-12, Kammarrätten i Göteborg mål nr 7009-12, Kammarrätten i Stockholm mål nr 1305-12, Förvaltningsrätten i Linköping mål nr 1785-13, Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 1271-12, 1273-12 och 1281-12, Förvaltningsrätten i Växjö mål nr 286-12, Förvaltningsrätten i Luleå mål nr 2166-11, Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 13115-12, Förvaltningsrätten i Falun mål nr 2643-12, Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 2916-13, 22373-12, 2922-13 och 2987-13.

²⁸ Se Högsta förvaltningsdomstolens dom av den 30 oktober 2014 i mål nr. 7121-13, ännu inte publicerad i HFD.

En förutsättning för att *synnerlig brådska* ska medföra skäl för undantag enligt LOU är att brådskan inte uppkommit på grund av åtgärder som upphandlande myndigheten själv råder över. Omständigheter som hänför sig till den upphandlande myndighetens egna åtgärder torde, som lagstiftaren framhållit, knappast kunna vara omöjliga att förutse. I förevarande fall har Staden rimligen haft kännedom om anbudens prisnivå sedan början av juli 2016. Staden har dock dröjt i c:a tre månader, fram till den 3 oktober 2016, med att avbryta upphandlingen, utifrån motiveringen att anbudet var för dyra. Staden har därefter dröjt ytterligare c:a tre veckor, fram till och med den 21 oktober 2016, med att påbörja en ny upphandling. Den brådska som därmed uppkommit i att få avtalen på plats före den 1 januari 2017 har således ytterst sin grund i senfärdighet från Stadens egen sida. Skäl för undantag på grund av *synnerlig brådska* har därmed inte förelegat för Staden att upphandla aktuella taxitransporttjänster utan föregående annonsering.

Det finns även anledning att ifrågasätta Stadens beslut att avbryta den ursprungligen annonserade upphandlingen. Jämfört med tidigare upphandling från 2014 har det i villkoren för 2016 års upphandling intagits ett antal kostnadsdrivande krav om bland annat minimilön. Att 2016 års anbud har blivit dyrare jämfört med tidigare förhållanden bör därmed knappast framstå som särskilt förvånande. Några prismässigt lägre anbud har såvitt framkommit heller inte lämnats i den olagliga direktupphandling som sedermera genomförts.²⁹

Det finns mot denna bakgrund anledning att rikta allvarlig kritik mot Staden för bristande omdöme och rutiner i samband med upphandling av en så pass viktig funktion som taxitransport av skolelever med särskilda behov och personer med funktionsnedsättning m.m.

²⁹ Se bl.a. Dagens Nyheter, artikeln ”*Skolskjuts i Stockholm blir dubbelt så dyr*”, publicerad i den 12 december 2016.