

Upphandlingscenter
c/o Norrköpings kommun
601 81 Norrköping

Norrköpings och Linköpings kommuners och landstinget Östergötlands upphandling av beställningscentral för samhällsbetalda resor

BESLUT

Det i upphandlingen (dnr UH-09-2) uppställda avtalsvillkoret med innebörden att beställningscentralen ska vara en fristående juridisk person i förhållande till transportörerna strider mot 1 kap. 9 § LOU på så sätt att villkoret inte är lämpligt och effektivt för att uppnå det eftersträvade syftet och därmed bryter mot likabehandlings- och proportionalitetsprinciperna.

ÄRENDET

Norrköpings och Linköpings kommuner samt landstinget i Östergötland (nedan gemensamt kallade de upphandlande myndigheterna) har genomfört en upphandling avseende beställningscentral för samhällsbetalda resor. Upphandlingen har handlagts enligt reglerna om förenklat förfarande i 15 kap. LOU. De upphandlande myndigheterna har i denna upphandling bland annat ställt upp ett avtalsvillkor som innebär att beställningscentralen ska vara en fristående juridisk person i förhållande till de transportörer som utför de samhällsbetalda resorna för att kunna komma i fråga för upphandlingskontraktet.

Konkurrensverket har den 17 mars 2009 mottagit ett klagomål avseende detta villkor. I klagomålet görs bland annat gällande att villkoret begränsar konkurrensen på sätt som är i strid mot det upphandlingsrättsliga regelverket samt att de upphandlande myndigheterna riktat upphandlingen mot en specifik leverantör.

Konkurrensverket har inhämtat ett yttrande från de upphandlande myndigheterna. I det svar som inkom till Konkurrensverket den 29 april 2009 anförs i huvudsak följande. Villkoret syftar till att undvika jävssituationer vid utförandet av uppdraget. De upphandlande myndigheterna ska ha möjlighet att säkerställa och

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

kontrollera att fördelningen av de samhällsbetalda resorna sker på ett objektivt och konkurrensneutralt sätt och står i överensstämmelse med vad de upphandlande myndigheterna avtalat med respektive upphandlad transportör. Villkoret är även uppställt mot bakgrund av att det ingår i entreprenörens åtagande att på objektiva grunder avgöra huruvida avtalsviten ska utkrävas av de transportörer som inte följt villkoren i avtalen som gäller mellan de upphandlande myndigheterna och de transportörer som utför de samhällsbetalda resorna. Vidare ska de upphandlande myndigheterna ha möjlighet att säkerställa och kontrollera att entreprenören på ett objektivt och neutralt sätt handlägger korrekt utbetalning och ersättningsnivå till de transportörer som enligt avtal utfört de upphandlande myndigheternas samhällsbetalda resor. Avslutningsvis ingår det i uppdraget att entreprenören på ett objektivt och konkurrensneutralt sätt slutligt ska avgöra huruvida transportören är berättigad att få ersättning när återrapportering om utfört uppdrag saknas i beställningscentralens datasystem. Av motiven till färdtjänstlagen (1997:736), prop. 1996/97:115 framgår att det vid upphandling av beställningscentraler för förmedling av transporttjänster kan vara lämpligt att kräva att centralerna är ekonomiskt och juridiskt fristående från sådana trafikföretag, vars uppgift är att utföra själva transportererna åt trafikhuvudmannen, kommunerna eller landstinget. Kammarrätten i Jönköping har i dom i mål nr 3272-1995 funnit att dessa krav är förenliga med LOU. De två krav som kammarrätten godkände i nämnda dom är tillsammans mer långtgående jämfört med det krav kommunerna ställt upp i förevarande upphandling. De upphandlande myndigheternas villkor är avgränsat till att avse att endast entreprenörens organisation ska vara en helt fristående juridisk person i förhållande till de transportörer som kommer att utföra de samhällsbetalda resorna. Något krav på att entreprenören ska vara ekonomiskt fristående i förhållande till transportörerna har inte ställts upp. Det föreligger inte några hinder för en transportör att få bedriva ifrågavarande beställningscentral, förutsatt att verksamheten bedrivs i en från transportören fristående juridisk person.

Klaganden har skickat ytterligare skrivelser till Konkurrensverket. De upphandlande myndigheterna har beretts möjlighet att yttra sig över dessa skrivelser, men har valt att inte göra det.

De upphandlande myndigheterna har beretts möjlighet att yttra sig över Konkurrensverkets utkast till beslut. I det svar som inkom till Konkurrensverket den 7 september 2009 vidgår de upphandlande myndigheterna att det ifrågavarande villkoret inte är förenligt med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna och föreslår en alternativ utformning. Vidare anför de upphandlande myndigheterna bl.a. följande. Den jävssituation som myndigheterna söker att förhindra är primärt en fråga om ekonomiskt intresse. Myndigheterna är angelägna att den entreprenör som anförtros driften av beställningscentralen inte har ekonomiska intressen i någon av de transportörer som ska utföra de samhällsbetalda resorna. Förekomsten av sådant intresse är ägnat att medföra risk för objektiv behandling

från entreprenörens sida. Myndigheterna anser därför att villkoret bör kompletteras med ett förbud mot ett sådant intresse.

SKÄL

Rättsläget

Enligt 1 kap. 2 § LOU är lagen tillämplig på offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster samt byggkoncessioner. För upphandling av B-tjänster ska som huvudregel förenklat eller urvalsförfarande användas enligt 15 kap. 3 § LOU. Dessa upphandlingar omfattas inte av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18/EG. De grundläggande principerna för offentlig upphandling ska emellertid iakttas (15 kap. 2 § LOU).

Proportionalitetsprincipen hör enligt EG-domstolens fasta rättspraxis till gemenskapsrättens allmänna principer, och nationella myndigheter måste, när de tillämpar gemenskapsrätten, följa proportionalitetsprincipen, även i de fall då de har en vidsträckt bedömningsfrihet. Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas ska vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till de mål som eftersträvas. I valet mellan olika åtgärder skall en medlemsstat välja den som leder till minsta möjliga störningar för den ekonomiska verksamheten¹. Det måste således finnas ett rimligt förhållande mellan det eftersträvade målet och de vidtagna åtgärderna. Åtgärderna måste vara rimligen ägnade att åstadkomma det eftersträvade målet samtidigt som det som drabbar den som påverkas av åtgärderna inte får vara oproportionerligt i förhållande till nyttan för det allmänna.²

Av EG-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning av proportionalitetsprincipen ska genomföras som en "strukturerad avvägning" i tre steg mellan motstående intressen (se bl a mål 15/83 Denkavit). För det första ska en bedömning göras av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerligt eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. EG-domstolen har i skilda sammanhang uttalat att reglerna ska tolkas i "funktionella termer", d.v.s. det är den praktiska tillämpningen och åtgärdens effekter vid den enskilda upphandlingen som ska bedömas.

Skyldigheten att respektera likabehandlingsprincipen är central i direktiven om offentlig upphandling. Enligt EG-domstolens rättspraxis innebär likabehand-

¹ Europeiska kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten, EGT C 121, 2000-04-29.

² Hartley, T.C., *The Foundations of European Community Law*, 5 uppl., Oxford University Press, 2003, s. 152.

lingsprincipen att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.³

Ett antal domar från EG-domstolen⁴ har behandlat frågan om uteslutning leverantörer på grund av risk för olika jävssituationer. Dessa mål har rört bestämmelser i nationell lagstiftning som föreskriver vissa begränsningar i möjligheten att delta i en upphandling i syfte att motverka jäv och potentiell samverkan mellan leverantörer samt att uppnå mål om öppenhet och likabehandling. EG-domstolen kommer i dessa mål fram till att nationell lagstiftning som innehåller bestämmelser som utesluter kategorier av leverantörer på grundval av en icke-motbevisbar presumtion att någon jävssituation kan uppkomma inte är förenliga med gemenskapsrätten. Huruvida en uteslutning bör ske ska avgöras i det enskilda fallet. Vidare menade domstolen att proportionalitetsprincipen kräver att leverantörerna ska ges en möjlighet att visa att det i deras fall inte föreligger någon risk för betyenden som kan skada konkurrensen på marknaden.

Frågan huruvida ett krav på att entreprenörens organisation ska vara fristående från de transportörer som ska utföra uppdraget är förenligt med upphandlingslagstiftningen har behandlats i kammarrätten (mål nr 3272-1995), vilket påpekats av de upphandlande myndigheterna. Kammarrätten fastställde i sin dom länsrättens dom i mål 981-95, enligt vilken ett krav på att antagen leverantör inte får ha juridiska eller ekonomiska bindningar till de transportörer som utför transportuppdragen anses vara förenligt med den grundläggande bestämmelsen om affärsmässighet⁵ i LOU i dess äldre lydelse (1992:1528). Denna bedömning är också i linje med lagstiftarens uttalanden i prop. 1996/97:115 s. 64 där det som ovan nämnts anges att det vid upphandling av beställningscentraler för förmedling av transporttjänster kan vara lämpligt att kräva att centralerna är ekonomiskt och juridiskt fränkopplade från sådana trafikföretag som utför själva transportererna.

Bedömning

Den aktuella upphandlingen avser B-tjänster och ska upphandlas genom ett förenklat förfarande eller urvalsförfarande enligt 15 kap. LOU. Upphandlingen omfattas således inte av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18/EG. De grundläggande principerna för offentlig upphandling ska dock iakttas.

I upphandlingen har följande villkor ställts upp.

³ Jfr. EG-domstolens domar i mål C-434/02 *Arnold André*, punkt 68 och mål C-210/03 *Swedish Match m.fl.*, punkt 70.

⁴ De förenade målen C-21/03 och C-34/03 *Fabricom SA mot État Belge*, mål C-213/07 *Michaniki AR mot Ethniko Symvoulío Radiotileorasis m. fl.* och mål C-538/07 *Assitur Srl mot Camera di Commercio m.fl.*

⁵ Begreppet "affärsmässighet" har utmönstrats och uttrycks i LOU i dess nuvarande lydelse i stället genom de grundläggande principerna i 1 kap 9 § LOU.

Entreprenörens organisation ska vara en helt fristående juridisk person i förhållande till de Transportörer som kommer att utföra de samhällsbetalda resorna. Entreprenören ska tillse att fördelningen av de samhällsbetalda resorna sker på ett strikt objektivi-t neutralt sätt och följer vad som regleras i avtal med respektive Transportör.

De upphandlande myndigheterna har uppgett att villkoret syftar till att undvika jävssituationer och att säkerställa och kontrollera att fördelningen av de samhällsbetalda resorna sker på ett objektivi-t och konkurrensneutralt sätt. Villkoret är även avsett att säkerställa att entreprenören på objektiva grunder ska kunna avgöra huruvida avtalsviten ska utkrävas av de upphandlade transportörer som inte följt villkoren i upphandlingskontrakten. Likaså är villkoret ägnat att ge de upphandlande myndigheterna möjlighet att säkerställa och kontrollera att entreprenören på ett objektivi-t och neutralt sätt handlägger korrekt utbetalning och ersättningsnivå till de transportörer som enligt avtal utfört samhällsbetalda resor.

Konkurrensverket konstaterar att det inte i sig är oförenligt med LOU att ställa upp krav som syftar till att motverka jävssituationer och uppnå konkurrensneutralitet. Frågan huruvida sådana villkor överensstämmer med det upphandlingsrättsliga regelverket får istället avgöras från fall till fall.

Enligt Konkurrensverkets mening är proportionalitetsprincipen avgörande för bedömningen i detta ärende. Den första frågan som därvid ska bedömas är om villkoret är lämpligt och effektivt för att uppnå det eftersträvade syftet.

Villkoret är avgränsat till att avse att beställningscentralens organisation ska vara en helt fristående juridisk person i förhållande till transportörerna. De upphandlande myndigheterna har uppgett att villkoret ska förstås så, att det inte krävs att entreprenören är ekonomiskt fristående i förhållande till transportörerna. Villkoret utgör enligt de upphandlande myndigheterna inte heller något hinder mot att en transportör bedriver ifrågavarande beställningscentral, förutsatt att verksamheten bedrivs i en från transportören fristående juridisk person.

Vad de upphandlande myndigheterna sålunda uppgett föranleder Konkurrensverket till slutsatsen, att villkoret innebär att en leverantör som bedriver beställningscentralen och transportverksamheten inom en och samma juridiska person utesluts från upphandlingen, medan en leverantör som bedriver dessa verksamheter i två skilda juridiska personer som han båda utövar ett bestämmande inflytande över får lämna anbud.

Enligt Konkurrensverkets mening torde emellertid den problematik vad gäller jäv och konkurrensneutralitet som villkoret syftar till att förhindra lika väl kunna uppstå i det senare fallet. Enbart det förhållandet att beställningscentralen och transportverksamheten bedrivs i skilda juridiska personer säkerställer nämligen inte i sig att de eftersträvade syftena med villkoret uppnås. Villkoret medför sålunda att likvärdiga situationer hos anbudsgivarna avseende problematiken kring

jäv och konkurrensneutralitet kan komma att bedömas olika. Villkoret kan mot denna bakgrund svårligen anses förenligt med likabehandlingsprincipen.

Mot bakgrund av vad som ovan anförts kan villkoret enligt Konkurrensverkets mening inte heller anses vara lämpligt och effektivt för att uppnå det eftersträvalde syftet. Enligt Konkurrensverkets mening torde inte de eftersträvalde syftena kunna uppnås med mindre än att man istället ställer upp ett villkor med innebörden att den leverantör som driver beställningscentralen inte heller får utöva något bestämmande inflytande över sådana trafikföretag som utför själva transporter, och vice versa. Konkurrensverket kan inte finna att ett sådant villkor skulle vara mer långtgående än vad som krävs för att uppnå de eftersträvalde syftena eller att dess negativa effekt skulle vara oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvalde syftet. Med anledning av den alternativa formulering som den upphandlande myndigheten tillsänt Konkurrensverket vill verket påpeka att det inte kan meddela förhandsbesked i individuella ärenden och att verket därmed inte, utöver ovan angivna generella synpunkter, tar ställning till denna alternativa utformning.

Sammanfattningsvis finner Konkurrensverket att det uppställda villkoret strider mot 1 kap. 9 § LOU på så sätt att villkoret inte är lämpligt och effektivt för att uppnå det eftersträvalde syftet och därmed bryter mot likabehandlings- och proportionalitetsprinciperna.

Detta ärende har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit Sara Sandelius.

Dan Sjöblom

Sara Sandelius

Kopia till

Klaganden

Revisionen i Norrköpings kommun, Linköpings kommun respektive landstinget Östergötland

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats