

Trosa kommun
Västra Långgatan 4-5
619 80 Trosa

Trosa kommun – Skolbusstrafik

Konkurrensverkets beslut

Trosa kommun har brutit mot 15 kap. 4 § lag (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU) genom att ingå avtal om måltidstransporttjänster med Åkerbergs Trafik AB utan att dessa har upphandlats genom ett annonserat förfarande, trots att förutsättningarna för ett sådant agerande inte har varit uppfyllda.

Ärendet

Vi fick information om att ni tillsammans med Åkerbergs Trafik AB hade ingått ett avtal om måltidstransporttjänster den 13 juni 2013 (Måltidsavtalet). Måltidsavtalet har bilagts ett avtal om persontransporter för grundskolan inom Trosa kommun samt särskoleskjutsar (Skolskjutsavtalet). Skolskjutsavtalet upphandlades år 2012 och parterna är desamma som i Måltidsavtalet.

Av information som vi har fått från er uppgick den fakturerade kostnaden för måltidstransporttjänsterna till ca 460 000 kronor exklusive moms år 2013, ca 760 000 kronor exklusive moms år 2014 och ca 740 000 kronor exklusive moms år 2015.

Ni har vidare uppgett följande. Måltidstransporttjänsterna gäller transport av mat som lagas i storkök och som transporteras ut till daghem, förskolor och viss äldreomsorg. Måltidsavtalet ingicks den 13 juni 2013 och utgör en bilaga till det sedan tidigare upphandlade Skolskjutsavtalet. Måltidsavtalet är ett tillägg till Skolskjutsavtalet och utgör inte ett självständigt avtal. Sambandet mellan Skolskjutsavtalet och Måltidsavtalet grundar sig på § 3 i Skolskjutsavtalet. Av bestämmelsen framgår att fler transporttyper kan integreras i den samordnade trafiken i kommunen, och att volymen av trafik i sådana fall kan komma att öka. Bestämmelsen innebär en möjlighet till ett bättre utnyttjande av redan upphandlande fordon och en mer effektiv anpassning av kommunens transporter. På så sätt utnyttjas redan upphandlade fordon då måltidstransporterna körs efter att skolskjutsarna har genomförts. Det skapas därmed bättre täckning på både

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

fordon och chaufför, vilket medför en bättre totalekonomi och en bättre lönsamhet för entreprenören.

Ni har i ert yttrande över vårt utkast till tillsynsbeslut berättat att er bedömning avseende möjligheten att integrera måltidstransporterna i Skolskjutsavtalet även har stöd i *Tillämpningsföreskrifter för skolskjutsar i Trosa kommun* som antogs i Humanistiska nämnden den 13 april 2011. Dessa tillämpningsföreskrifter fanns med som bilaga till förfrågningsunderlaget till upphandlingen av Skolskjutsavtalet, och av dessa framgår att "[s]amordning med andra transporter, exempelvis resor inom färdtjänsten och mattransporter ska ske i möjligaste mån". Ni anser att detta, tillsammans med § 3 i Skolskjutsavtalet, innebär att mattransporter inte bör ses som en sådan väsentlig förändring som vi har gjort gällande.

Skäl för beslutet

Vi bedriver tillsyn över upphandlingslagstiftningen i syfte att öka regel- efterlevnaden och att bidra till en effektiv offentlig upphandling. Tillsynen bedrivs bland annat genom tillsynsbeslut eller ansökan om upphandlings- skadeavgift.

En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska göras inom ett år från att det aktuella avtalet ingicks. Eftersom denna tid har passerats för det aktuella Måltidsavtalet har vi istället valt att fatta ett tillsynsbeslut.

Rättsläget

Från och med den 1 januari 2017 gäller den nya lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Enligt övergångsbestämmelserna ska ÄLOU tillämpas på alla upphandlingar som påbörjats före den 1 januari 2017. Måltidsavtalet ingicks den 13 juni 2013 och det rättsläge som redogörs för nedan avser därför tiden före den 1 januari 2017.

Syftet med upphandlingsreglerna är bland annat att upphandlande myndigheter ska använda offentliga medel för köp av varor och tjänster på bästa sätt, genom att uppsöka och dra nytta av konkurrensen på aktuell marknad. Samtidigt syftar regelverket till att ge leverantörerna möjlighet att tävla på lika villkor i varje upphandling.

Alla offentliga upphandlingar ska genomföras på ett öppet och transparent sätt. Leverantörerna ska behandlas lika och principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet ska följas. Det framgår av 1 kap. 9 § ÄLOU. En upphandlingsmarknad som präglas av likabehandling och öppenhet förväntas leda till ökad konkurrens och därmed även ge bättre möjligheter för upphandlande myndigheter att ingå kontrakt som är affärsmässigt fördelaktiga. Att en upphandling ska genomföras på ett öppet sätt innebär att upphandlingen ska vara förutsebar.

Av 1 kap. 2 § ÄLOU framgår att ÄLOU gäller för offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster samt byggkoncessioner.

För år 2013 då Måltidsavtalet ingicks uppgick tröskelvärdet för kommuner vid upphandling av varor och tjänster enligt ÄLOU till 1 897 540 kronor. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärde som är aktuellt (den så kallade direktupphandlingsgränsen) behöver inte annonseras. För år 2013 uppgick direktupphandlingsgränsen för kommuner till 284 631 kronor.

Upphandlingar av varor och tjänster som understiger det tröskelvärde som angivits ovan men som överstiger direktupphandlingsgränsen omfattas av reglerna enligt 15 kap. ÄLOU. Enligt 15 kap. 3 § ÄLOU ska som huvudregel förenklat förfarande eller urvalsförfarande användas. Annonsering ska i dessa fall ske i enlighet med 15 kap. 4 § och 5 § ÄLOU.

Det är inte ovanligt att det en tid efter att ett upphandlat avtal ingåtts uppstår ett behov som medför att den upphandlande myndigheten anser att något bör läggas till, dras bort eller ändras i det befintliga avtalet. Sådana förändringar är tillåtna så länge ändringarna inte är att se som *väsentliga förändringar* av det befintliga avtalet. Detta eftersom väsentliga förändringar kan innebära att den upphandlande myndigheten anses ha tecknat ett nytt avtal utan någon föregående offentlig upphandling. I ett sådant fall utgör förändringarna en otillåten direktupphandling.

I det s.k. *Pressetext-målet*¹ behandlades frågan om vad som utgör väsentliga ändringar i ett ursprungligt kontrakt, och under vilka omständigheter som ändringar i ett kontrakt ska anses utgöra tilldelning av ett nytt kontrakt. I målet fastslogs bl.a. att en ändring kan vara betydande om den medför att *kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utsträckning utsträcks så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs*.²

Frågan om vart gränsen går avseende när en förändring kan anses vara väsentlig har behandlats i EU-domstolen. I mål C-160/08 *Kommissionen mot Tyskland* hade ett offentligt kontrakt utvidgats från att avse endast sjuktransporter till att även omfatta driften av en ambulansstation utan att en ny upphandling genomförts. Ökningen av kontraktsvärdet utgjorde ca 18 % av det ursprungliga kontraktsvärdet. EU-domstolen ansåg att denna utvidgning skulle betraktas som en betydande ändring av det ursprungliga kontraktet, och således skulle relevanta unionsrättsliga bestämmelser om offentlig upphandling ha iakttagits.³ Väsentliga

¹ EU-domstolens dom av den 19 juni 2008 i mål C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH mot Republik Österreich (Bund)*.

² Mål C-454/06 *Pressetext*, punkt 36.

³ Mål C-160/08 *Kommissionen mot Tyskland*, punkterna 98 – 101.

förändringar av offentliga kontrakt diskuteras även i den nyligen meddelade domen i mål C-549/14 *Finn Frogne* där EU-domstolen bl.a. konstaterade att en väsentlig ändring av ett offentligt kontrakt efter kontraktstilldelningen i princip inte kan ske i enlighet med en överenskommelse mellan den upphandlande myndigheten och den som tilldelats kontraktet. I stället ska ett nytt upphandlingsförfarande anordnas för det kontrakt som således ändrats.⁴

Frågan om förutsättningarna för att göra ändringar i ingångna kontrakt har även prövats av svenska domstolar, se bland annat Kammarrätten i Jönköpings dom den 10 juli 2009 i mål 953-09, Kammarrätten i Stockholms dom den 14 september 2010 i mål 6784-09, Kammarrätten i Göteborgs dom den 15 mars 2013 i mål 6952-12 samt Förvaltningsrätten i Umeås dom den 20 april 2016 i mål 471-15.

Det kan även noteras att den nya upphandlingslagstiftningen som trädde i kraft den 1 januari 2017 innehåller nya bestämmelser om ändringar av kontrakt och ramavtal. Dessa återfinns i 17 kap. 8-14 §§ LOU. I 17 kap. 10 § LOU stadgas att ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras i enlighet med en ändrings- eller optionsklausul utan att en ny upphandling måste genomföras, om kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte ändras och klausulen (i) har angetts i något av upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen, (ii) klart, exakt och entydigt beskriver under vilka förutsättningar den kan tillämpas och (iii) anger omfattningen och arten av ändringarna som kan komma att göras.

Tillämpliga bestämmelser i förfrågningsunderlaget avseende upphandlingen av Skolskjutsavtalet

"B3 Övrigt

Kontinuerligt pågår en översyn av transportverksamheten på samma sätt som för övriga delar av den kommunala verksamheten, en möjlig utveckling är att flera transporttyper kan integreras i den samordnade trafiken i kommunen. Om så sker kan volymen av trafik komma att öka."

Tillämpliga bestämmelser i Skolskjutsavtalet

"§ 3. Omfattning

Uppdraget avser persontransporter för grundskolan inom Trosa kommun samt särskoleskjutsar. Transporterna sker med buss och taxi. I uppdraget ingår planering för skolskjutsar, trafikledning samt att ta emot och svara för daglig omplanering vid tillfälliga förändringar från föräldrar/skolan. Entreprenören skall anvisa telefonnummer och e-post dit föräldrar/skolan kan ringa/meddela tillfälliga ändringar i skjutsbehovet. Entreprenören skall vara anträffbar per telefon kl 06.30-17.00 skoldagar. Kompletterande transporter till bad mm kan förekomma.

⁴ Mål C-549/14 *Finn Frogne A/S*, punkt 30.

Kontinuerligt pågår en översyn av transportverksamheten på samma sätt som för övriga delar av den kommunala verksamheten. En möjlig utveckling är att flera transporttyper kan integreras i den samordnade trafiken i kommunen. Om så sker kan volymen av trafik komma att öka.

§ 4. Uppdragsbeskrivning

Skolskjuts är regelbunden trafik avsedd för transport av elever till och från skola. För skolskjuts gäller Skolskjutsförordningen (SFS 1970:340) och trafiksäkerhetsverkets föreskrifter om skolskjutsning TSVFS 1988:17 med ändringar. Skolskjutsarna är anpassade till skolans starttid på morgonen och olika sluttider.”

[...]

Tillämpliga bestämmelser i Tillämpningsföreskrifter för skolskjutsar i Trosa kommun (antagna den 13 april 2011)

”Samordning med andra transporter, exempelvis resor inom färdtjänsten och mattransporter ska ske i möjligaste mån.”

Konkurrensverkets bedömning

Ni har gjort en otillåten direktupphandling. Måltidsavtalet är inte en del av den tidigare genomförda upphandlingen av persontransporter för grundskolan samt särskoleskjutsar.

Vid upphandling av en vara eller tjänst är det av högsta vikt att den upphandlande myndigheten noga klargör upphandlingsföremålet, dvs. att den upphandlande myndigheten tydligt definierar vilket behov den upphandlande myndigheten har och vad det är som ska upphandlas. Detta är viktigt *dels* för att den upphandlande myndigheten ska få en klar och tydlig bild över sitt behov och vad som faktiskt ska efterfrågas och därmed skapar bra förutsättningar för att få en bra vara/tjänst, *dels* för att potentiella anbudsgivare ska kunna lämna så bra och så realistiska anbud som möjligt.

Som har återgivits ovan har EU-domstolen, genom det s.k. *Presstext-målet*, fastslagit att en ändring av det ursprungliga kontraktet kan anses vara väsentlig om den medför att kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utsträckning utsträcks så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs.

Vi förstår syftet att försöka merutnyttja redan upphandlade fordon och därigenom effektivisera kommunens transporter. Ett sådant merutnyttjande kräver emellertid att detta syfte tydligt formulerats både i upphandlingsdokumentationen och i det efterföljande avtalet. Detta hade till exempel kunnat ske genom att det i avsnittet B3 i förfrågningsunderlaget samt § 3

i Skolskjutsavtalet uttryckligen hade framgått *dels* vilka typer av transporter som hade kunnat komma att integreras, *dels* vilka befintliga avtalsvillkor respektive nya avtalsvillkor som skulle komma att tillämpas på dessa transporter. Skolskjutsavtalets nuvarande utformning avser persontransporter för grundskolan inom Trosa kommun samt särskoleskjutsar. Det framgår tydligt att uppdraget avser skolskjuts av elever till och från skola. Såsom kontraktets upphandlingsföremål och tillämpningsområde är formulerat bedömer vi att måltidstransporttjänsterna inte omfattas av Skolskjutsavtalet. Dessa tjänster kan därmed inte köpas från Skolskjutsavtalet. Utvidgningen av kontraktets tillämpningsområde innebär att Skolskjutsavtalet omfattar andra tjänster än vad som först avsågs. Detta är en väsentlig förändring. Måltidsavtalet utgör således ett nytt avtal. Några andra omständigheter som inneburit att inköpen har kunnat ske utan föregående annonsering har inte funnits. Köpen av måltidstransporttjänsterna utgör därmed en otillåten direktupphandling. Att Skolskjutsavtalet innehåller en klausul enligt vilken det är möjligt att inkludera ytterligare transporttyper i Skolskjutsavtalet förändrar inte vår bedömning. Detta då § 3 st. 2 i Skolskjutsavtalet inte uppfyller kraven på tydlighet och öppenhet enligt 1 kap. 9 § ÄLOU som krävs för att Skolskjutsavtalet ska anses omfatta måltidstransporttjänster. Vår bedömning förändras inte heller av att era tillämpningsföreskrifter för skolskjutsar bifogades förfrågningsunderlaget.

Slutsats

Ni har köpt måltidstransporttjänster som inte omfattades av tidigare genomförd upphandling av persontransporter för grundskolan inom Trosa kommun samt särskoleskjutsar. Vi bedömer att köpen borde ha annonserats enligt 15 kap. 4 § ÄLOU. Eftersom så inte har skett utgör köpen otillåtna direktupphandlingar.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Therese Eriksson.

Dan Sjöblom

Therese Eriksson

HUR MAN ÖVERKLAGAR, bilaga 1

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats