

Älmhults kommun
Box 500
343 23 Älmhult

Älmhults kommuns upphandling av leverantör för inköp av oberett kött

Utkast till beslut

Konkurrensverket bedömer att Älmhults kommun har brutit mot 4 kap. 1 § i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, genom att vid en upphandling av leverantör för oberett kött använda ett förhandlat förfarande med föregående annonsering trots att det inte funnits förutsättningar att tillämpa förfarandet. Älmhults kommun borde istället ha upphandlat genom ett öppet eller selektivt förfarande.

Ärendet

Bakgrund

Genom vår omvärldsbevakning¹ har vi fått information om att ni har genomfört en upphandling av en leverantör för inköp av oberett kött. Upphandlingen har genomförts i form av ett förhandlat förfarande med föregående annonsering. Förfarandet har resulterat i att ramavtal har tecknats med en leverantör.

Älmhults kommuns inställning

Ni har berättat att både brukare och politiker var missnöjda med kvalitén på det kött som levererades till er. Direktiven för upphandlingen var därför en ökad kvalitet på köttleveranserna, ett närmare samarbete och tydligare kommunikation med leverantören och en ökad flexibilitet vid beställningar. Enligt direktiven skulle leverantören även ha kontroll över hela produktionskedjan vid varje enskild leverans, god djurhållning och ett ekologiskt tänk.

¹ Se artikel i Upphandling 24 den 30 september 2014 samt artiklar i Smålandsposten och Smålänningen den 1 oktober 2014.

Före genomförandet av upphandlingen bjöd ni in bland annat djurproducenter för att skapa er en bild av marknaden för oberett kött. Ni fick information om att producenterna kunde leverera djur till er men endast om ni köpte hela och många djur samtidigt. Ni ville inte hantera hela produktionskedjan eller köpa ett stort antal djur samtidigt. Ni ville inte heller köpa de dyraste kött detaljerna, såsom oxfilé. Det var även viktigt för er att diskutera och precisera målsättningar tillsammans med leverantören. För att kunna föra en löpande dialog med leverantören om vilka kött detaljer ni skulle köpa var det nödvändigt att upphandla en leverantör i form av en partner, som kunde hantera både era och marknadens krav.

Upphandlingen avser både varor och tjänster. Varorna utgörs av själva djuren. Tjänsterna består av alla de steg som krävs från att djuret köps in till leverans av kött till era kök. Kvaliteten på kött påverkas av en mängd olika faktorer såsom vad djuret äter, hur det sköts om, betesmöjligheter, transporter, stressfaktorer, slaktmetoder, mörningsmetoder med mera. Detta kan inte beskrivas i ett förfrågningsunderlag. Direktiven för upphandlingen tillsammans med utbudet på marknaden gjorde upphandlingen komplicerad. Det var inte möjligt att formulera ett förfrågningsunderlag som kunde tillgodose era önskemål. Vad gäller de tjänster som har upphandlats skiljer sig dessa inte från andra komplicerade tjänsteupphandlingar där ett förhandlat förfarande används. Upphandlingen kunde därför inte genomföras som ett selektivt eller öppet förfarande.

Vidare var det nödvändigt att förhandla med anbudsgivaren för att kunna hantera de risker som kan uppstå om leverantören inte har möjlighet att sälja de kött detaljer som ni inte vill köpa. Anbudet har förbättrats och preciserats efter förhandlingarna.

Eftersom behovet av olika styckningsdetaljer varierar kraftigt under året var det även viktigt att bestämma hur förändrade volymnivåer, kostnader och tilläggsbeställningar skulle hanteras. Dessa aspekter kunde inte förutses och värderas i anbudet. Sammantaget var det inte möjligt att på förhand ange ett totalpris för era kött leveranser.

Upphandlingsunderlagen

Inom ramen för upphandlingen bedömde ni att följande anskaffningar skulle bli aktuella. Införskaffning av levande slaktdjur, transport och slakt av djur, hängning/mörning, styckning, förpackning samt transport till enheter i kommunen av kött råvaran samt avyttring av kött detaljer. Detta anges under rubriken "Översiktlig information om uppdragen" i ett dokument benämnt ansökningsföreskrifter.

Under 2013 köpte ni in oberett kött för 1,4 miljoner kr. Detta framgår under rubriken "Årsvolym" i ansökningsföreskrifterna.

Ni bedömde även att det fanns en besparingspotential för beställaren genom att använda sig av rätt kött detaljer. Därför föreslog ni att beställaren skulle behålla vissa detaljer på djuret och avyttra resterande delar på marknaden. Leverantören skulle i anbudet ge förslag på vilka kött detaljer ni borde använda. Detta framgår under rubriken "Avyttra kött detaljer" i ett dokument benämnt "Allmänna föreskrifter".

Ett av de obligatoriska kraven i upphandlingen var att leverantören till anbudet skulle bifoga en kalkyl över ett nötkreatur och en gris. Kalkylen skulle visa vilka kostnader samt förtjänstmöjligheter som fanns. Detta anges under rubriken "Kalkyl" i de allmänna föreskrifterna.

Ni har även tagit del av vårt utkast till beslut i ärendet och har yttrat följande. Era tidigare anförda argument har inte kommit till uttryck i vårt utkast. Ni ställdes inför en situation där såväl politikerna som brukare önskade en förändring. Ni hade att ta hänsyn till både ekologi, djurhållning och flexibilitet. Det skulle inte få förekomma kött skandaler i kommunen. Ni ville åstadkomma ett flexibelt system med korta beslutsvägar. Om det exempelvis var möjligt för leverantören att hitta avsättningar för vissa kött stycken för en annan marknad skulle inte avtalet sätta stopp för en sådan affärsmöjlighet. Avtalet skulle möjliggöra för leverantören att i samråd med kommunen välja kött stycken som av olika skäl från tid till annan är gynnsamma både ekologiskt och ekonomiskt. Ingen av de stora bolagen på livsmedelsmarknaden var intresserade av att arbeta på detta sätt. I en upphandling av aktuellt slag är det omöjligt att fastställa något totalpris på förhand. Detta eftersom det råder stor flexibilitet rörande volymer och kvalitet och varierande marknadspriser.

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 enligt 17 kap. 1 § LOU.

Ansökan om upphandlingsskadeavgift kan bland annat göras om en upphandlande myndighet har genomfört en så kallad otillåten direktupphandling. Detta följer av 17 kap. 1 § 3 LOU. Avgörande för om ett köp ska ses som en otillåten direktupphandling är om den upphandlande myndigheten har slutit ett avtal med en leverantör utan att annonsera upphandlingen ifråga enligt bestämmelserna om annonsering i LOU. Detta anges i förarbetena till lagen.²

² Se prop. 2009/10:180 s. 188.

Ni har i mars 2014 annonserat den i ärendet aktuella upphandlingen av partner för oberett kött. Det innebär att reglerna om upphandlingsskadeavgift inte är tillämpliga i detta ärende.

Rättsläget

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.

Som huvudregel ska ett öppet eller ett selektivt förfarande användas vid upphandling. Detta framgår av 4 kap. 1 § LOU.

Förhandlat förfarande med föregående annonsering får endast användas i undantagsfall. Ett sådant undantagsfall föreligger bland annat om det som ska upphandlas är av sådant slag eller förenat med sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter inte går att ange något totalpris i förväg. Det framgår av 4 kap. 2 § 2 LOU.

Vad som avses med att det som ska upphandlas är av sådant slag eller förenat med sådana risker att förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas framgår varken av LOU eller av förarbetena till lagen. Vid upphandling av särskilt komplicerade projekt kan det vara objektivt sett omöjligt för upphandlande myndigheter att ange vilka medel som kan tillgodose deras behov eller bedöma vilka tekniska och/eller finansiella eller rättsliga lösningar som marknaden kan erbjuda. Detta kan bland annat inträffa vid genomförandet av större integrerade projekt för transportinfrastruktur, stora datanät eller projekt som omfattar komplicerad och strukturerad finansiering vars ekonomiska och rättsliga uppläggning inte kan fastställas i förväg. I dessa fall kan det bli aktuellt för upphandlande myndigheter att använda ett flexibelt förfarande. Detta framgår av beaktandesats 31 till direktivet. Ett exempel på när det kan bli aktuellt att använda ett förhandlat förfarande med föregående annonsering är vid reparationsuppdrag, vars omfattning inte är känd då uppdraget påbörjas. Detta har EU-kommissionen angett i ett tolkningsmeddelande.³ Samma exempel anges även i förarbetena till LOU.⁴

Vad gäller svårigheten att ange totalpris ska den ha samband med det som upphandlas. Förhandlat förfarande med föregående annonsering är till för sådana situationer där leverantören inte kan ange ett totalpris på grund av omständig-

³ Se *Guide to Community Rules on Public Procurement of Services*, 1997, punkt 3.3.1.2.

⁴ Se prop. 2006/07:128 s. 324.

heter som inte kan förutses och värderas i anbudet. Detta anges i förarbetena till LOU.⁵

Förhandlat förfarande med föregående annonsering får också användas vid upphandling av finansiella och intellektuella tjänster som är av sådan art att det inte går att ta fram ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att genomföra upphandlingen som ett öppet eller selektivt förfarande. Detta anges i 4 kap. 2 § 3 LOU. Bestämmelsen har sin grund i artikel 30 (1) (c) i direktivet. I artikeln anges att förfarandet bland annat kan vara tillämpligt vid upphandling av finansiella och intellektuella tjänster, till exempel projektering av anläggningar.

Konkurrensverkets bedömning

Ni har inte haft rätt att använda ett förhandlat förfarande med föregående annonsering vid er upphandling av leverantör för inköp av oberett kött. Vi kan inte se att ert behov av ett flexibelt avtal möter några hinder med ett annat förfarande än det ni valt så länge villkoren tydligt framgår av förfrågningsunderlaget. Dessutom är ett ramavtal till sin natur flexibelt bland annat vad gäller volymer.

Som utgångspunkt ska understrykas att en upphandlande myndighet har en tämligen långtgående möjlighet att själv välja *vad* som ska upphandlas. Av Högsta förvaltningsdomstolens praxis framgår dock att behovet inte får definieras på ett sätt som är diskriminerande.⁶ Friheten för en myndighet att bestämma föremålet för upphandlingen begränsas således av de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling. Principerna, såsom likabehandlingsprincipen, utgör däremot inte något hinder mot att beakta kriterier som endast ett fåtal företag som kan uppfylla.⁷

När behovet definierats ska detta anges och upphandlingen genomföras i ett förfarande i enlighet med LOU. Lagen anger att öppet eller selektivt förfarande som huvudregel ska användas för upphandlingar över tröskelvärdet. I särskilt angivna *undantagsfall* kan förhandlat förfarande, med eller utan föregående annonsering, dock användas. Med förhandlat förfarande avses ett upphandlingsförfarande där den upphandlande myndigheten publicerar en annons om upphandlingen och där intresserade leverantörer kan lämna in en anbudsansökan. Den upphandlande myndigheten utser sedan de anbudssökande med vilka den förhandlar om villkoren för upphandlingskontraktet. Genom förfarandet minskas kretsen av potentiella leverantörer som kan vara med och tävla om kontraktet. Risken för utebliven eller snedvriden konkurrens vid ett förhandlat förfarande med föregående annonsering är därför större än vid upphandling med ett öppet eller selektivt förfarande. Detta är skälet till att

⁵ Se prop. 2006/07:128 s. 324.

⁶ HFD 2010 ref. 78.

⁷ Se EU-domstolens dom i mål C-513/99, Concordia.

förhandlat förfarande med föregående annonsering endast ska användas i undantagsfall. Av samma skäl ska tolkningen av när bestämmelsen får användas göras restriktivt.⁸

Förhandlat förfarande med föregående annonsering får därför endast användas i undantagsfall. Exempel på sådana fall är vid upphandling av större integrerade projekt för transportinfrastruktur, stora datanät samt vid reparationsuppdrag av okänd omfattning. Ni har anfört att direktiven för upphandlingen i kombination med utbudet på marknaden gjorde upphandlingen komplicerad. Er upphandling av leverantör för oberett kött har omfattat bland annat inköp av djur, transport och slakt av djuren samt styckning, förpackning och transport av köttråvara. I leverantörens uppdrag ingick även att sälja kött detaljer som ni inte vill köpa. Enligt vår mening är varken de varor eller tjänster som ni har upphandlat av ett sådant komplicerat slag att ni av detta skäl har haft rätt att använda ett förhandlat förfarande med föregående annonsering. Det är upphandlingsföremålet som sådant som ska bedömas. De interna direktiv som har getts för upphandlingen saknar därför i det aktuella fallet betydelse för bedömningen av om föremålet för upphandlingen är av komplicerat slag. Frågan är därefter om upphandlingsföremålet har varit förenat med sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter inte varit möjligt att ange ett totalpris i förväg.

Av ansökningsföreskrifterna framgår både vilka varor och tjänster leverantören ska leverera och till vilket belopp ni har köpt oberett kött under året som föregått upphandlingen. Omfattningen av uppdraget har därmed varit känd för potentiella leverantörer. Ni har anfört att förhandling med anbudsgivaren varit nödvändig för att hantera de risker som kan uppstå om leverantören inte kan sälja de kött detaljer som ni inte vill köpa. Vi anser att det är en i affärslivet vanligt förekommande risk att en leverantör inte får avsättning för sina produkter. Denna risk är följaktligen inte jämförbar med exempelvis de risker som kan finnas vid reparationsarbeten där omfattningen av det som ska repareras inte framkommer förrän arbetet har påbörjats. Vi anser därför att risken för leverantören att inte få avsättning för sina produkter inte är tillräckligt stor för att motivera användning av ett förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Avseende totalpris har ni anfört att det i anbudet inte varit möjligt att ange ett totalpris eftersom ert årliga behov av kött detaljer inte har kunnat förutses. Begreppet totalpris ska tolkas i ljuset av syftet med bestämmelsen i 4 kap 2 § 2 LOU. Syftet är att erbjuda upphandlande myndigheter ett flexibelt förfarande vid genomförande av särskilt komplicerade projekt. Begreppet totalpris ska därför tolkas som att förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas

⁸ Tolkningen av undantagets räckvidd vid bedömningen av om ett förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas är dock inte lika restriktiv som vid ett icke-annonserat förhandlat förfarande. Se Kammarrätten i Stockholms motivering i dom i mål nr 4258-12 (HFD 2013 ref. 53).

vid sådana situationer då det inte är möjligt att på förhand ange en enhetlig prisstruktur eller betalningsmekanism för uppdraget. Att det inte varit möjligt att ange ett totalpris för samtliga leveranser av köttråvaror till er under ett år är alltså inte ett skäl att tillämpa förfarandet. Upphandlingen har resulterat i att ni har ingått ett ramavtal. Kännetecknande för ramavtal är att det råder osäkerhet kring den volym som kommer att köpas in med stöd av ramavtalet under avtalsperioden. En följd av detta är att ett totalpris för samtliga leveranser inte kan anges vid ingående av ramavtal. Vidare har ett av de obligatoriska kraven i upphandlingen varit att till anbudet bifoga en kalkyl med kostnader per kilo för olika kött detaljer för ett nötkreatur och en gris. Detta visar att det på förhand varit möjligt att ange en enhetlig prisstruktur för uppdraget. Därtill har omfattningen av leverantörens uppdrag och det ungefärliga värdet av detsamma angetts i ansökningsföreskrifterna. På grundval av dessa uppgifter har det varit möjligt för leverantörer att på förhand värdera uppdraget. Vår bedömning är därför att upphandlingsföremålet varken varit av sådant slag eller förenat med sådana risker som på grund av särskilda omständigheter gör att det inte varit möjligt att ange något totalpris i förväg.

Slutligen har ni anförts att de tjänster som har upphandlats inte skiljer sig från andra komplicerade tjänsteupphandlingar där förhandlat förfarande med föregående annonsering används. Ni menar även att det inte varit möjligt att formulera ett förfrågningsunderlag som kan tillgodose era önskemål. De i ärendet aktuella tjänsterna, såsom förpackning och transport av kött råvara, är inte sådana finansiella eller intellektuella tjänster som uttryckligen omfattas av bestämmelsen i 4 kap. 2 § 3 LOU. Tjänsterna är inte heller av sådan art att de i övrigt omfattas av nu nämnda bestämmelse. Ni har därmed inte visat att det funnits förutsättningar för er att använda ett förhandlat förfarande med föregående annonsering i er upphandling av leverantör för oberett kött.

Slutsats

De varor och tjänster som omfattas av er upphandling av en leverantör för inköp av oberett kött är inte av ett sådant slag eller förenat med sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter inte har varit möjligt att på förväg ange ett totalpris. De tjänster ni har upphandlat är inte heller av sådan art att det inte varit möjligt att utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att genomföra upphandlingen som ett öppet eller ett selektivt förfarande. Genom att använda ett förhandlat förfarande med föregående annonsering har ni därför brutit mot bestämmelsen i 4 kap 1 § LOU om att en upphandling som huvudregel ska genomföras som ett öppet eller selektivt förfarande.

BESLUT

2015-07-08 Dnr 692/2014 8 (8)

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Suzanne Malmberg

Dan Sjöblom

Suzanne Malmberg

HUR MAN ÖVERKLAGAR, bilaga 1

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats