

## KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 06-045 - - 06-052

PM 2 2007-03-07 SLUTLIG BEDÖMNING

### **Fråga om temporärt täckningsköp genom direktupphandling som senare har kommit att permanentas, tillsvidare och utan någon begränsning i tiden.**

*Ett antal nordvästskånska kommuner har på grund av synnerlig brådskas som inte kunnat förutses direktupphandlat driften av en beställningscentral. Någon ny ordinarie upphandling har ännu inte påbörjats, trots att det numera gått mer än c:a 1,5 år sedan direktupphandlingen genomfördes som en uppgivet "temporär lösning". Verksamheten har heller inte återtagits i egen regi.*

Bjuvs kommun, Båstads kommun, Helsingborgs stad, Landskrona kommun, Svalövs kommun, Åstorps kommun, Ängelholms kommun samt Örkelljunga kommun (nedan Kommunerna) genomförde tillsammans med landstinget Region Skåne (gemensamt organiserade i "Trafikdelegationen för samhällsbetalda resor i Nordvästra Skåne" – nedan Trafikdelegationen) under 2004 en offentlig upphandling avseende beställningscentral för samhällsbetalda resor (färdtjänst inklusive sjukresor, skolresor, särskolresor och omsorgsresor men äventjänsteresor och budtjänster) i nordvästra Skåne<sup>[1]</sup>. Upphandlingen handlades enligt förfarandet för s.k. förenklad upphandling enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU – (se nedan under gällande rätt) och avtalstiden avsåg perioden den 1 juli 2005 till och med den 31 juni 2008 med möjlighet till två års förlängning (3+2 år).

Av den kravspecifikation som låg till grund för upphandlingen framgår att den kontrakterade beställningscentralen skall ta emot reseönskemål från de personer (patienter, färdtjänst- eller sjukrese- samt, skolskjutsberättigade m.fl.) som har rätt att utnyttja de olika resetjänsterna. Dessa reseönskemål ska registreras i ett av uppdragsgivarna (Kommunerna och landstinget) tillhandahållet datorsystem benämnt PASS. Beställningscentralen har inte rätt att använda något eget planeringssystem. Transportörerna som skall utföra själva resorna skall upphandlas enligt LOU och uppdragsgivarna (Kommunerna och landstinget) skall teckna avtal direkt med transportörerna. Beställningscentralen saknar således ett eget självständigt avtalsförhållande till de transportörer som utför resorna och till leverantören av det anvisade planeringssystemet PASS. Uppgiften består således huvudsakligen i att via telefon ta emot uppgifter som registreras i uppdragsgivarens datorsystem. Några reglering avseende själva transporttjänsterna framgår inte av underlaget, mer än att beställningscentralen skall biträda vid upphandlingen av dessa.<sup>[2]</sup>

Tilldelning i upphandlingen skedde till Leverantören M och kontrakt tecknades den 7 december 2004. Kort efter avtalstidens början, i juli 2005, konstaterades att Leverantören M inte kunde förväntas utföra avtalade tjänster på ett tillfredsställande sätt. Parterna överenskom därför att avbryta avtalet i förtid och att Leverantören M skulle driva verksamheten vidare ytterligare endast "någon månad".<sup>[3]</sup>

Kommunerna och landstinget beslutade istället att tillfälligt lösa den uppkomna situationen genom att Skånetrafiken, som är en förvaltning inom landstinget, skulle överta driften av beställningscentralen. Av protokoll fört vid sammanträde den 20 juli 2005 med Trafikdelegationen (§ 42/05) framgår bl.a. följande:

Från 2005-07-01 bedriver [Leverantören M] på uppdrag av Trafikdelegationen en beställningscentral i Nordvästra Skåne. Från starten har stora problem uppstått med mycket långa telefonköer [...]  
Trafikdelegationen beslutar enhälligt att på begäran av [Leverantör M] erbjuda [Leverantören M] en avsiktsförklaring med inriktning på att Trafikdelegationen skall överta driften av beställningscentralen [...] att uppdra åt [landstinget] att vidtaga förberedelser för att temporärt med hänsyn till verksamhetens karaktär och för att undvika störningar driva beställningscentralen i trafikdelegationens regi [samt] att vid behov

uppdra åt [landstinget] att anlita juridisk kompetens för att bl.a. överväga inom vilka ramar verksamheten bör bedrivas på kort och på lång sikt.<sup>[4]</sup>

Något skriftligt kontrakt avseende driften av beställningscentralen har, såvitt kunnat utredas, inte tecknats mellan berörda kommuner och landstinget. Mot Kommunernas förfarande att köpa aktuella tjänster direkt från landstinget klagade en leverantör i länsrätt och yrkade inom ramarna för ett s.k. överprövningsförfarande enligt LOU att direktupphandlingsförfarandet skulle avbrytas samt att upphandlingen skulle göras om. Kommunerna bestred yrkandena, som det får uppfattas i första hand på den grunden att avtalet med landstinget inte innefattade någon upphandling enligt LOU, utan istället utgjorde en ”gemensam egen regi med stöd av ett interkommunalt avtal”. I andra hand gjorde kommunerna gällande att skäl för direktupphandling förelegat, och angav bl.a. följande:

”Den uppkomna situationen har således orsakats av [Leverantören M:s] bristfälliga bedömning och planering. I och med detta besked fick [Kommunerna och landstinget] noga överväga situationen och göra en risk analys av olika händelseförlopp. Därvid kostaterades att det fanns en övervägande risk för att [Leverantören M] inom överskådlig framtid skulle komma på obestånd. Ett obestånd hos leverantören skulle medföra ett okontrollerat driftstopp i verksamheten med allvarliga följder samt även ett mer eller mindre akut försök av [Kommunerna och landstinget] att återupprätta verksamhetens funktioner.

Då störningarna i driften redan var omfattande, och tid för ett nytt upphandlingsförfarande saknades, beslutade [Kommunerna och landstinget] att som en temporär och akut åtgärd själva snarast överta driften. För att undvika ytterligare störningar eller totalt avbrott i driften har parterna kommit överens om att [Kommunerna och landstinget] under en övergångsperiod om ungefär en månad skall sköta driften och att dessa därefter tillfälligt skall överta verksamheten och driva den i egen regi från och med 1 september 2005 tills [Kommunerna och landstinget] hunnit fatta erforderliga beslut och vidta erforderliga åtgärder för att mer långsiktigt bestämma formerna för verksamhetens bedrivande.

Någon upphandling av tjänsten att bedriva beställningscentralen har det således inte varit fråga om. Det har heller inte varit avsett att den temporära lösning [Kommunerna och landstinget] funnit nödvändig för att på kort sikt lösa den akut uppkomna situationen skall bestå för obestämmd framtid”.<sup>[5]</sup>

Länsrätten i Skåne län avslog talan om överprövning genom dom den 25 augusti 2005. Av domskälen framgår att överenskommelsen med landstinget visserligen utgör en upphandling på vilken LOU är tillämplig, men att Kommunerna, till följd av synnerlig och oförutsedd brådska, har haft tillräckliga skäl för att genomföra direktupphandling enligt 6 kap. 2 § LOU. Länsrätten anförde bl.a. följande.

”Enligt länsrättens mening innebär [landstingets] övertagande av driften av aktuell beställningscentral att [landstinget] härigenom driver verksamheten. Med hänsyn härtill, samt då [landstinget] utgör en i förhållande till de aktuella kommunerna självständig juridisk person finner länsrätten att en sådan överenskommelse innefattar en upphandling vari LOU är tillämplig. Fråga uppkommer då om sådana synnerliga skäl föreligger att en direktupphandling enligt 6 kap. 2 § andra stycket LOU får användas. Med hänsyn till att de vidtagna åtgärderna avser att temporärt lösa en akut situation för att säkra driften av vissa mycket viktiga samhällsfunktioner samt då den uppkomna situationen inte har orsakats av de upphandlande enheterna får upphandlingen enligt länsrättens mening anses uppfylla kraven på synnerliga skäl och ryms därmed inom ramen för en tillåten direktupphandling. Det kan vidare enligt länsrättens uppfattning inte anses visat att kommunerna vid det aktuella förfarande agerat på ett sätt som strider mot LOU.

När det senare gäller den fortsatta verksamheten efter det akuta skedet har kommunerna ännu inte bestämt sig för om denna skall bedrivas i egen regi eller upphandlas och inte heller tilldelat [landstinget] kontrakt på beställningscentral. Det [...] fortsatta förfarandet hänför sig därför, såvitt framgår, till en ännu inte påbörjad upphandling. Då överprövning är begränsad till beslut under pågående upphandling och till kontrakt som slutits i strid med LOU kan [den som den klagande leverantören har anförts och yrkat] avseende kommunernas förfarande i denna del för närvarande inte prövas”.<sup>[6]</sup>

Efter länsrättens dom, vilken numera har vunnit laga kraft, har några ytterligare åtgärder inte vidtagits från Kommunernas sida. Någon återgång till respektive kommun för drift i egen regi har inte skett och någon upphandling har inte genomförts eller ens påbörjats. För närvarande

drivs den aktuella beställningsverksamheten av landstinget enligt den temporära lösning som parterna överenskom i juli 2005.

Det s.k. kontraktsvärdet<sup>12</sup> av upphandlingen kan med ledning av inkomna anbud<sup>11</sup> och med beaktande av beräkningsbestämmelsen i 5 kap. 7 § LOU uppskattas till c:a 833.333 kronor per månad eller totalt c:a 40 miljoner kronor under den lagstadgade fyraåriga beräkningsperiod som skall tillämpas vid kontrakt som löper tills vidare.

#### Gällande rätt

All offentlig upphandling och vad som därmed äger samband regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Lagen är systematiserad i ett antal olika tjänstekategorier för vilka sinsemellan delvis avvikande upphandlingsregler gäller, beroende på tjänsternas art och utformning samt upphandlingens samlade kontraktsvärde<sup>12</sup>. Bland annat skiljer lagen mellan s.k. A-tjänster och B-tjänster. Det som skiljer tjänstekategorierna åt är att A-tjänster typiskt sett kan anses intressanta för anbudsgivning även från leverantörer i andra medlemsstater än den upphandlande enhetens, medan B-tjänster som regel har ett mer begränsat, nationellt intresse.

Vad som skall anses utgöras A- respektive B-tjänster framgår av bilaga A respektive bilaga B till LOU. Bilagorna bygger i allt väsentligt på en klassificering av tjänster som numera finns sammanställd i den av Europeiska rådet och parlamentet antagna s.k. CPV-nomenklaturen (*Common Procurement Vocabulary*).<sup>18</sup>

Driften av en beställningscentral för samhällsbetalda transporter kan i enlighet med lagens systematik bedömas olika beroende på hur tjänsteuppdraget rent avtalstekniskt har kommit att utformas. Skall beställningscentralen tillhandahålla transporter i eget namn (d.v.s. transporter skall utföras av beställningscentralen i egen regi eller har av centralen kontrakterats i underentreprenad) skall upphandlingen handläggas som en A-tjänst, (landtransport, inkl. säkerhetstransporter, kurir- och taxitransport, utom postbefordran) enligt kategori 2 i bilaga A till LOU<sup>19</sup>. Agerar däremot beställningscentralen mer likt en resebyrå som tar emot och administrerar löpande beställningar, samt löpande upphandlar aktuella transporter som mellanman för sin uppdragsgivare, torde tjänsten utgöra en B-tjänst, transportförmedling<sup>100</sup> inom kategorin 20 (stuveritjänster, godshantering i terminal, på flygplats eller i hamnar) i bilaga B till LOU. Tillhandahåller slutligen beställningscentralen enbart själva administrationen av beställningsverksamheten på grundval av självständiga transportöravtal som i sin tur har upphandlats separat av uppdragsgivaren, torde tjänsten närmast bedömas som en telefonväxeltjänst<sup>101</sup> inom kategorin 5 (telekommunikation) i bilaga A till LOU. Tjänsten att biträda vid upphandlingar utgör ett särskilt tjänsteslag: konsulttjänster för upphandling, inom kategori 11 (konsulttjänster för administration och organisation av företag) i bilaga A till LOU.

Avser anskaffningen A-tjänster och överstiger det samlade kontraktsvärdet<sup>122</sup> tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,826 miljoner kronor<sup>123</sup> skall upphandlingen handläggas enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU. Upphandlingen skall i sådant fall handläggas enligt något av förfarandena: öppen upphandling, selektiv upphandling eller (undantagsvis) förhandlad upphandling, med eller utan föregående annonsering. Avser upphandlingen B-tjänster eller understiger kontraktsvärdet angivet tröskelvärde skall handläggningen däremot ske enligt de nationellt reglerade bestämmelserna i 6 kap. LOU. Upphandlingen skall i så fall handläggas enligt något av förfarandena: förenklad upphandling, (undantagsvis utan föregående annonsering), urvalsupphandling eller (undantagsvis) direktupphandling. Bevisbördan för att det föreligger tillräckliga skäl att avvika från något av de av EG-direktiv styrda upphandlingsförfarandena åligger enligt gemenskapsrättslig praxis den upphandlande enheten och möjligheterna till sådan avvikelse skall enligt nämnda praxis bedömas restriktivt.<sup>124</sup>

Skyldighet att följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling åvilar samtliga statliga, kommunala och andra myndigheter samt beslutande församlingar i kommuner och landsting, vilka enligt lagens terminologi benämns som ”upphandlande enheter”. Tillsyn över lagen utövas av Nämnden för offentlig upphandling (NOU).<sup>[15]</sup>

Med upphandling avses alla köp av tjänster som sker från ett från den upphandlande enheten fristående rättssubjekt (se legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU). Stadgandet är därvid undantagslöst. Således föreligger det inte någon möjlighet för t.ex. kommuner att utanför upphandlingslagens bestämmelser köpa tjänster från andra kommuner eller kommunala bolag. Inte heller finns det några lagliga möjligheter för kommunerna att till dylika rättssubjekt ”överföra” utförandet av vissa kommunala angelägenheter, så länge särskild ersättning utgår för tjänsternas fullgörande.<sup>[16]</sup>

Kommunal samverkan utan mellankommande upphandling har på uppdrag av regeringen<sup>[17]</sup> nyligen utretts av Upphandlingsutredningen, vilken i sitt slutbetänkande ”Nya upphandlingsregler 2” (SOU 2006:28) konstaterade bland annat följande:

Den slutsats som enligt utredningens mening kan dras av vad som nu sagts är att det inte finns någon möjlighet att underlåta att tillämpa bestämmelserna i lagarna om upphandling vid transaktioner mellan kommuner inbördes eller mellan en kommun och en av kommunen tillsammans med annan ägd juridisk person, oavsett om värdet av transaktionerna uppgår till eller understiger tröskelvärdet.<sup>[18]</sup>

EG-kommissionen har nyligen väckt talan i EG-domstolen mot Tyskland för fördragsbrott, av det skälet att ett antal tyska kommuner under åberopande av kommunalt självstyre ingått avtal med ett offentligrättsligt organ utan föregående upphandlingsförfarande och utan anbudsinfordran i hela gemenskapen.<sup>[19]</sup> Någon möjlighet för kommuner och landsting att utan mellankommande upphandling köpa och sälja tjänster mellan varandra föreligger således inte enligt gällande rätt.<sup>[20]</sup>

Upphandlingslagen är tvingande för de upphandlande enheterna. Bestämmelserna behöver emellertid inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning, som är förenlig med Romfördraget, har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten (se 5 kap. 2 § gm. 6 kap. 16 § LOU).

Oberoende av upphandlingens värde föreligger enligt 5 kap. 12 § eller 6 kap. 2 § första stycket samt 2a § LOU en obligatorisk skyldighet för upphandlande enheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar.

Vid upphandling enligt 5 kap. LOU skall enligt 1 kap. 7 och 8 §§ LOU en annons om upphandlingen på snabbaste lämpliga sätt sändas till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer, för vidare annonsering i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT). Vid upphandling enligt 6 kap. LOU räcker det med att anbud inhämtas genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig eller annons i annan form som leder till effektiv konkurrens (6 kap. 2 a § LOU).

Undantag från kravet på annonsering föreligger vid exempelvis vid *synnerlig brådska* orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till den upphandlande enheten. Upphandlingen kan i sådana fall genomföras som en s.k. *förhandlad upphandling utan föregående annonsering* enligt 5 kap. 17 § första stycket punkten 2 LOU eller som en *direktupphandling* enligt 6 kap. 2 andra stycket LOU<sup>[21]</sup>. Valet av förfarande styrs ytterst av huruvida upphandlingen avser A-tjänster över tröskelvärdet eller B-tjänster (alternativt A-tjänster under tröskelvärdet). Förfarandena är i tekniskt avseende väsentligen likartade, men vissa formella och processuella skillnader föreligger dock.<sup>[22]</sup>

Undantaget vid synnerlig brådska motiveras av att den upphandlande enheten på grund av oförutsedda händelser som ligger utanför enhetens kontroll inte har givits tillräckligt rådrum för att iakttä de tidsfrister som annars krävs för att genomföra ett ordinarie upphandlingsförfarande. Tilldelningen kan avse en engångsanskäffning av varor eller tjänster men också av ramavtal för löpande avrop. Någon reglering av hur dylika avtal skall avpassas i

tiden och när det kan krävas att ny upphandling skall genomföras framgår inte av lagtexten, men bestämmelsen karaktär av undantagsreglering medför att den skall tillämpas med försiktighet.<sup>14</sup> Det har aldrig varit bestämmelsens syfte att möjliggöra avtal som sträcker sig längre tid än som behövs för att genomföra en ny ordinarie upphandling. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har bl.a. uttalat följande avseende vilka tidsfrister som kan komma ifråga:

NOU, som är väl medveten om att upphandlande enheter kan hamna i situationer där de inte har annat val än att genomföra en direktupphandling, vill hänvisa till de undantag som finns i LOU, särskilt de som anger att en upphandlande enhet kan genomföra en förenklad upphandling utan annonsering eller en öppen upphandling utan annonsering p.g.a. synnerlig brådska som inte är hänförlig till enheten. NOU anser dock att sådana direktupphandlingar, vilka utgör ett nytt upphandlingskontrakt, inte kan tecknas på längre tid än vad det tar att genomföra en offentlig upphandling med tillägg av tillräcklig starttid för den utvalda leverantören. För det fall avtalet tecknades på längre tid, skulle det innebära att grunden för att få använda de nu nämnda upphandlingsformerna inte är aktuell, eftersom den synnerliga brådskan inte kan existera efter den tid det tar att genomföra en offentlig upphandling enligt huvudreglerna i LOU.<sup>[23]</sup>

Enligt EG-fördraget gäller också en allmän princip om likabehandling. Fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, giltighet som svensk lag. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen att:

Den i Romfördraget centrala likabehandlingsprincipen återfinns bl.a. i artikel 6 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Andra uttryckliga likabehandlingsprinciper återfinns i artikel 40 tredje stycket i Romfördraget angående likabehandling mellan producenter och konsumenter inom den gemensamma jordbrukspolitikerna samt i artikel 119 i Romfördraget när det gäller lika lön för kvinnor och män. EG-domstolen har dock slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen.<sup>[24]</sup>

Den allmänna likabehandlingsprincipen skall förstås så att en medlemsstats myndigheter inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa (t.ex. inhemska) leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

## Yttrande

Kommunerna har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet. Bjuvs kommun, Båstads kommun och Helsingborgs stad har inte inkommit med något svar inom anvisad tid. Landskrona kommun, Svalövs kommun, Åstorps kommun Ängelholms kommun, samt Örkelljunga kommun har i separata yttranden till Konkurrenskommissionen anfört att dessa kommuner har fattat individuella principbeslut om att från och med den 1 juli 2007 överföra huvudmannaskapet för färdtjänst och riksfärdtjänst till landstinget Region Skåne. Besluten fordrar godkännande från landstinget Region Skåne.

Vidare har under hand upplysts att landstinget, genom Nämnden för kollektivtrafik, vid sammanträde den 26 februari 2007 har beslutat föreslå regionfullmäktige att godkänna ett mellan Kommunerna och landstinget upprättat förslag till avtal om övertagande av huvudmannaskapet för färdtjänst och riksfärdtjänst.<sup>[25]</sup> Något beslut i saken har ännu inte fattats av regionfullmäktige i Skåne.

## 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.

Såvitt framgår av utredningen har Kommunerna lämnat uppdrag till landstinget Region Skåne (Skånetrafiken) att temporärt driva en regional beställningscentral för samhällsbetalda resor i nordvästra Skåne.

Upphandlingen avser inte enbart sådana tjänster i form av sjukresor, färdtjänst- och riksfärdtjänst, där det primärkommunala huvudmannansvaret kan överföras på landstinget, utan även skolresor, särskolresor och omsorgsresor, tjänsteresor samt budtjänster som kommunerna alltid ansvarar för.

De aktuella tjänsterna är av sådan karaktär och avser ett sådant högt värde att det ligger närmast till hands att tillämpa de av EG-direktiv styrda bestämmelserna om tjänsteupphandling enligt 5 kap. LOU. I vart fall skall bestämmelserna i 6 kap. LOU tillämpas.

Båda regelverken föreskriver att vid synnerlig och oförutsedd brådska får tilldelning undantagsvis ske direkt till viss leverantör. Oavsett vilken upphandlingsform som därvid används – förhandlad upphandling utan föregående annonsering enligt 5 kap. 17 § LOU eller direktupphandling enligt 6 kap. 2 § LOU – fyller tilldelningen ett temporärt ändamål i syfte att göra det möjligt för den upphandlande enheten att i god tid förbereda och genomföra ett ordinarie upphandlingsförfarande enligt gällande föreskrifter, eller för att (såsom påstås i ärendet) återföra driften i egen regi.

Tidpunkten för när ett sådant ordinarie upphandlingsförfarande skall genomföras kan variera, men förfarandet måste rimligen påbörjas så snart det kan ske. I enlighet med vad bland annat NOU har uttalat kan den synnerliga brådskan inte existera efter den tid som det tar för att genomföra ett ordinarie upphandlingsförfarande enligt lagens huvudregel. För det fall det direktupphandlade avtalet skulle komma att löpa på längre tid, innebär det att förutsättningarna för undantag således har upphört att gälla och att den upphandlande enheten genom att upprätthålla avtalet därmed bryter mot kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU.

Kommunerna har som grund för beslutet att uppdra den aktuella driften av en beställningscentral direkt till landstinget Region Skåne åberopat bl.a. synnerlig brådska som inte har kunnat förutses och som inte heller beror på Kommunerna själva. Som länsrätten har funnit får Kommunerna anses ha haft tillräckliga skäl för att direkttilldela uppdraget till landstinget.

Av det beslut som fattades av Kommunerna (genom Trafikdelegationen) i juli 2005 framgår emellertid att uppdraget till landstinget endast innefattade en temporär lösning. Detta förhållande framhölls även i samband med att förfarande överprövades i länsrätt och lades till grund för rättens beslut att avslå talan om överprövning. Bland annat noterade domstolen att Kommunerna, efter det akuta skedet, ännu inte hade bestämt sig för om beställningscentralen skall bedrivas i egen regi eller om driften skall upphandlas och inte heller tilldelat Landstinget något kontrakt på beställningscentralen.

Ett ordinarie upphandlingsförfarande borde därför ha påbörjats så snart som möjligt. Alternativt borde Kommunerna tämligen omgående ha inlett en process för att, som påstods i länsrätten, till egen regi återföra den beställningstrafik som enligt lag ankommer på dem. Detta har emellertid inte skett. Uppdraget synes därmed ha permanentats på ett sätt som strider inte bara mot kravet på affärsmässighet enligt LOU utan även mot förutsättningarna för den godkännande dom som tidigare har meddelats av Länsrätten i Skåne län. Förutsättningarna för konkurrensen på marknaden för beställningscentraler och liknande tjänster har härmed snedvridits.

Den omständigheten att Kommunerna planerar överföra huvudmannaansvaret avseende vissa av de aktuella tjänsterna till landstinget ändrar inte kommissionens bedömning. Något slutligt beslut har ännu i fattats i denna del och det aktuella uppdraget till beställningscentralen omfattar också andra tjänster än organisation av färdtjänst- och riksfärdtjänstresor, nämligen skolresor, särskolresor, budresor och tjänsteresor som Kommunerna fortfarande ansvarar för och som de under alla förhållanden måste upphandla eller återta till drift i egen regi..

<sup>[1]</sup> Upphandlingsunderlag "Skånetrafiken Förfrågan avseende Beställningscentral för serviceresor Nordvästra Skåne", daterat den 11 oktober 2004. Upphandlingen omfattade "...entreprenad av Beställningscentral för Beställningsmottagning och samordning av resor, samt trafikplanering och trafikdirigering av transporter inom särskild och allmän kollektivtrafik i Nordvästra Skåne... Huvuddelen av resorna består av färdtjänst och sjukresor. Antal resor 2003 var totalt cirka 625 000 resor". Av punkten 5.1 i den "Avtalsmodell" som bifogats underlaget framgår att de transporter beställningsverksamheten avses omfatta är: resor med flexlinjer, resor i närtrafik, färdtjänstresor, färdtjänstresor i annan kommun, riksfärdtjänst i Skåne, riksfärdtjänst utom Skåne, sjuk- och överflyttningsresor, övriga patientresor för sjukvården, omsorgsresor, tjänsteresor, skolresor samt budtjänster.

<sup>[2]</sup> Se Skånetrafiken, förfrågan avseende beställningscentral för serviceresor Nordvästra Skåne, 2004-10-11: "Leverantören skall mottaga och registrera reseönskemål från kund eller dennes ombud samt kunna upplysa denne om gällande tillstånd och regelverk" (punkt 2.1). "För mottagning av beställningar, samordning av resor, trafikplanering, trafikledning och efterbearbetning, skall leverantören använda av Skånetrafiken upphandlat datorsystem PASS" (punkt 11.1). "Upphandling [av transportörer] skall ske utifrån de krav på verksamheten som uppdragsgivaren ställer avseende fordon, förarservice m.m. All upphandling skall följa lagen om offentlig upphandling (LOU). På förslag av leverantören tecknar uppdragsgivaren transportörsavtal" (punkt 7.1).

<sup>[3]</sup> Se Landstinget Region Skåne, Skånetrafiken, informationsbrev den 20 juli 2007.

<sup>[4]</sup> Protokoll fört vid sammanträde i Stadshuset Ängelholm den 20 juli 2005 med Trafikdelegationen för samhällsbetalda resor i Nordvästra Skåne. Vid sammanträdet företrädde Bjuvs kommun, Båstads kommun, Helsingborgs stad, Landskrona kommun, Åstorps kommun, Ängelholms kommun, Örkelljunga kommun samt landstinget Region Skåne (Skånetrafiken) genom ordinarie närvarande ledamöter; Svalövs kommun företrädde genom tjänstgörande ersättare.

<sup>[5]</sup> Länsrätten i Skåne län, yttrande från Kommunerna den 1 augusti 2005, länsrättens aktbilaga 4, styckena 3.3.2, 3.3.3 och 3.3.5, i de förenade målen 8520-05 – 8527-05.

<sup>[6]</sup> Länsrätten i Skåne län, dom den 25 augusti 2005 i de förenade målen 8520-05 – 8527-05, domskälen sid 5.

<sup>[7]</sup> Den totala volymen angavs i upphandlingsunderlaget till c:a 625.000 resor/år. Vinnande anbud från Leverantören M var på 16 kr per resa. Det sammanlagda kontraktsvärdet kan mot denna bakgrund beräknas till (10 mkr/12)= 833.000 kronor per månad.

<sup>[8]</sup> Se Europaparlamentets och rådets förordning (EEG/2195/2002) av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003.

<sup>[9]</sup> Kategori 2 enligt bilaga A till LOU, "Landtransport, inkl. säkerhetstransporter, kurir- och taxitransport, utom postbefordran" innefattar ett antal olika tjänster, däribland taxitjänster (CPV 60115110), skolskjuts (CPV60113100), färdtjänst för handikappade (CPV 60113400), patienttransport (CPV 60113310), men inte färdtjänst för patienter (CPV 60113300) som utgör en hälso- och sjukvårdstjänst enligt bilaga B till LOU.

<sup>[10]</sup> Transportförmedling (CPV 63520000), kategori 20 enligt bilaga B till LOU.

<sup>[11]</sup> Telefonväxeltjänster (CPV 64214200), kategori 5 enligt bilaga A till LOU.

<sup>[12]</sup> Om ett upphandlingskontrakt avseende tjänster inte anger något totalpris skall kontraktsvärdet enligt 5 kap. 7 § LOU beräknas till det fulla värdet av tjänsterna under kontraktets löptid om denna är högst 48 månader och till månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.

<sup>[13]</sup> Se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Gällande tröskelvärde från och med den 1 januari 2006..

<sup>[14]</sup> Se EG-domstolens avgöranden den 10 mars 1987 i målet Kommissionen mot Italien (C-199/85), den 3 maj 1994 i målet Kommissionen mot Spanien (C-328/92) samt den 18 maj 1995 i målet Kommissionen mot Italien (C-57/94). Från senare praxis förtjänar särskilt uppmärksammas EG-domstolens avgöranden den 18 juni 2002 i de förenade målen Kommissionen mot Tyskland (C-

- 20/00 och C-28-00), den 11 januari 2005 i målet Stadt Halle och RPL Lochau (C-26-03) samt den 13 oktober 2005 i målet Parking Brixen (C-458/03).
- <sup>[15]</sup> Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.
- <sup>[16]</sup> För närvarande prövas av Regeringsrätten, i de s.k. SYSAV-målen (mål nr. 172–175-05, samt målen 176–179-05) huruvida det är förenligt med gällande rätt att två kommuner köper tjänster direkt från ett av dessa gemensamt minoritetsägt företag (SYSAV). Tidigare rättsinstanser har vid sina avgöranden inte ansett det förenligt med på området gällande nationell rätt eller gemskapsrättslig praxis att kommunerna utanför den upphandlingsrättsliga regleringen köper varor eller tjänster direkt från hel- eller delägda företag.
- <sup>[17]</sup> Se dir. 2004:47, jämte tilläggsdirektiven, dir. 2005:39.
- <sup>[18]</sup> Se SOU 2006:28, ”Nya upphandlingsregler 2” avsnittet 7.12 ”Kommunal samverkan” (s. 264).
- <sup>[19]</sup> Se EG-domstolen, talan i målet Kommissionen mot Tyskland (C-480/06). Kommissionen angav bland annat följande . ” *Såsom [EG-domstolen] uttryckligen har slagit fast är direktiven om offentlig upphandling tillämpliga när en upphandlande myndighet avser att skriftligen ingå ett oneröst avtal om leverans av varor med en i formellt hänseende fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet. Det föreligger enligt kommissionen inte några omständigheter som motiverar att förevarande avtal tilldelas fritt efter ett förhandlat förfarande utan föregående anbudsinfördran. Kommissionen delar inte heller den tyska regeringens uppfattning att kommunala sammanslutningar, oavsett deras rättsliga form, till följd av det kommunala självstyret kan undgå att omfattas av bestämmelserna om offentlig upphandling. Rätten till kommunalt självstyre kan nämligen inte medföra att lokala myndigheter har rätt att inte beakta föreskrifterna om offentlig upphandling. När sådana lokala myndigheter sluter tjänsteavtal med andra organ, även om dessa också är upphandlande myndigheter, omfattas de av bestämmelserna om offentligupphandling. Den tyska regeringen har enligt kommissionen inte styrkt att förevarande tjänsteavtal av tekniska skäl endast kan tillhandahållas en viss tjänsteleverantör*”.
- <sup>[20]</sup> Ett tidigare utredningsförslag som framlades av den s.k. Upphandlingskommittén (SOU 2001:31, sid. 89 ff.) med innebörden att kommuner utan mellankommande upphandling skulle tillåtas att köpa tjänster direkt från hel- eller delägda företag ledde aldrig till förslag om ändrad lagstiftning. Regeringen angav i propositionen 2001/02:142 (sid. 84) att frågan mot bakgrund av bl.a. gemenskapsrättslig praxis måste beredas ytterligare. Saken uppdrogs senare åt Upphandlingsutredningen att utreda vidare. Något ytterligare lagändringsförslag lämnades emellertid aldrig utan, som redovisats ovan, konstaterade Upphandlingsutredningen (se fotnot 12) att det för närvarande inte föreligger någon rättslig möjlighet att underlåta att tillämpa de upphandlingsrättsliga bestämmelserna vid transaktioner mellan kommuner inbördes eller mellan en kommun och en av kommunen tillsammans med annan ägd juridisk person.
- <sup>[21]</sup> Bestämmelsen föreskriver i sin nuvarande lydelse att direktupphandling får användas ”om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl”. I en tidigare lydelse angavs som exempel på synnerliga skäl ”synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten”. Exemplifieringen lyftes emellertid bort i samband med en revision av lagtexten, eftersom lagstiftaren ville markera att förutom synnerlig brådska även andra synnerliga skäl kan komma ifråga (se prop. 2001/02:142).
- <sup>[22]</sup> Exempelvis skall vid förhandlad upphandling utan föregående annonsering den upphandlande enheten upprätta ett skriftligt förfrågningsunderlag samt infordra skriftligt anbud. Detta fordras inte vid direktupphandling. Direktupphandling, men inte förhandlad upphandling utan föregående annonsering kan vidare utgöra processrättsligt hinder mot att upphandlingen överprövas i domstol (jfr. 7 kap. 1 § andra stycket LOU). Vid upphandling av B-tjänster över tröskelvärdet skall den upphandlande enheten inom 48 dagar efter det att upphandlingen avslutats skicka ett meddelande därom till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (se 6 kap. 16 § LOU).
- <sup>[23]</sup> Nämnden för offentlig upphandling (NOU), beslut vid nämndsammanträde den 15 mars 2005 (dnr. 2003/0328-26) motiveringen sid. 4.
- <sup>[24]</sup> Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478.
- <sup>[25]</sup> Landstinget Region Skåne, Nämnden för kollektivtrafik, protokoll från sammanträde den 26 februari 2007, ärendenummer 7 (dnr 139/2006-542).