

PM 2 2020-03-26 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direkttilldelning (tekniska skäl).

Ett landsting har – under föregivande av tekniska skäl – beslutat köpa ett kostdatasystem med tillhörande utbildnings- och konsulttjänster för c:a 2 miljoner kronor direkt från ett privat företag.

Blekinge läns landsting (nedan Landstinget) har i september 2019 slutit avtal (nedan Systemavtalet)¹ direkt med ett privat företag (nedan IT-bolaget) om köp av ett verksamhetssystem för storkök.² Såvitt framgår av ett meddelande om frivillig förhandsinsyn (nedan Meddelandet)³ som publicerades den 3 september 2019 beslutades den aktuella tilldelningen den 30 augusti 2019.

Någon annonserad anbudsinfordran har inte genomförts utan Systemavtalet har tecknats direkt med IT-bolaget inom ramen för en *direktupphandling*. Till grund för detta förfarande har Landstinget angivit att ”*konkurrens saknas av tekniska skäl*”⁴ med följande förklaring.

”I de senaste årens annonserade upphandlingar har två leverantörer lämnat anbud. I samband med att Regionen skulle genomföra en annonserad RFI offentliggjordes det att de två leverantörerna går samman och bildar [IT-bolaget]. Regionen har genom marknadsanalys och kontakter i tjänsteområdet⁵ försäkrat att det endast finns en leverantör på marknaden som kan leverera Regionens behov.”⁶

Såvitt kunnat utredas finns på det aktuella området för verksamhetssystem och därmed anknytande tjänster flera konkurrerande leverantörer i Sverige och inom EU:s inre marknad. Även dessa borde kunna vara intresserade av att komma ifråga för att lämna anbud vid en annonserad anbudsinfordran.⁷

Upphandlingens s.k. kontraktvärde kan med ledning av vad som anges i Meddelandet⁸ uppskattas till 2,074 miljoner kronor, exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms). Landstinget har dock i senare dokument angivit värdet till att istället uppgå till 2.920 miljoner kronor.⁹

¹ Se AVTAL – VERKSAMHETSSYSTEM FÖR STORKÖK, daterat och undertecknat den 23 och 26 september 2019 (avtalsnummer 2018/00403). Avtalet gäller för en period av fyra år med möjlighet till ytterligare förlängning i 48 månader, således (4+4=) totalt 8 år.

² Systemavtalet avser enligt Meddelandet (punkten II.2.4) ett ”*verksamhetssystem för storkök*” som ska ”*hantera Regionens köks- och restaurangverksamhets kostplanering*”.

³ Sverige-Karlskrona: Programvara för särskild industri (2019/S 169-414383) Meddelande om frivillig förhandsindyn Tjänster, som skickades den 30 augusti 2019 till EU-kommissionen för publicering den 3 september 2019 i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och databasen TED. Meddelandet har publicerats enligt det s.k. LOU-direktivet (2014/24EU) till att omfatta CPV-koderna 48100000 och 48900000 för varor.

⁴ Meddelandet, punkten IV.1.1.

⁵ Avseende den marknadsanalys som hänvisas till har Landstinget i ett e-postmeddelande den 11 november 2019 angivit följande. ”*När vi påbörjade upphandlingen våren 2018 tittade vi på resultaten från tidigare upphandlingar där det kunde konstateras att det var två företag som lämnade anbud. För att få bättre förståelse vad olika leverantörer kan erbjuda för lösningar bjöd vi inte till RFI [Request For Information Verksamhetssystem för storkök, dnr. 2018/00403]. Det var ingen utöver dessa två företag som anmälde intresse att delta. Precis innan RFI:n kom informationen att de två företagen slås ihop så representanter från de två tidigare bolagen kom tillsammans och presenterade sig som ett företag med två system. Gällande vilka kontakter som tagits i tjänsteområdet avsåg vi det forum för måltidsutvecklare eller personer med liknande ansvar som finns där vår representant har tagit upp frågan om det är någon som känner till någon annan potentiell leverantör*”.

⁶ Meddelandet, punkten IV.1.1.

⁷ Konkurrenskommissionen har kunnat identifiera åtminstone åtta leverantörer som i Sverige och/eller inom EU/EES inre marknad är verksamma med tekniska systemlösningar för måltidplanering i storkök.

⁸ Meddelandet, punkten II.1.7.

⁹ Se Upphandlingsbeslut, Verksamhetssystem för storkök 2019, dnr. 2018/00403, daterat och undertecknat den 10 november 2019. Där framgår att ”*det totala beräknade värdet för aktuella tjänster i denna upphandling uppgår till 2.920.000 SEK*”.

Rättslig reglering

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

Upphandling som påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU. Bestämmelserna är en följd av bl.a. kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet i artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU)¹⁰ och syftar bland annat till att motverka korruption i offentlig verksamhet.¹¹

Lagen är generellt tillämplig på åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa varor och tjänster genom tilldelning av kontrakt.¹² Landsting och regioner (landstingskommunala myndigheter)¹³ utgör sådana *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt måste följa lagens bestämmelser.¹⁴

En avsikt med bestämmelserna är bland annat att säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets föreskrifter om etableringsfrihet och fri rörlighet. Det har i 4 kap. 1 § LOU därför införts ett antal unionsrättsligt grundade principer som oavsett förfarande¹⁵ ska iakttas vid offentlig upphandling, däribland krav på *likabehandling* och *öppenhet (transparens)*.¹⁶ Av dessa följer att alla leverantörer¹⁷ ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud utifrån samma villkor. Av det till kravet på likabehandling kopplade *förbudet mot diskriminerande särbehandling* följer vidare att medlemsstaterna och deras upphandlande myndigheter inte får inskränka möjligheten till information om förutsättningarna att delta med anbud i en upphandling till att omfatta enbart nationellt etablerade företag.

Tvärtom ska samtliga leverantörer som är verksamma på hela EU:s inre marknad ges samma relevanta information vid samma tillfälle.¹⁸ Enligt vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalat i HFD 2012 ref. 48 är det nämligen en av regelverkets viktigaste funktioner att säkerställa leverantörernas lika förutsättningar inom hela EU att kunna lämna konkurrenskraftiga anbud. I 4 kap. 2 § LOU finns därför en förtydligande bestämmelse enligt vilken en upphandling inte får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (jfr. 6 kap. 14 § andra stycket LOU).

¹⁰ EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU, av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

¹¹ Se bl.a. SOU 2018:44, avsnitt 7, Ett regelverk som motverkar korruption, (s. 233 ff).

¹² Se 1 kap. 2 § LOU.

¹³ Se 1 kap. 22 § LOU jfr. med 1 kap. 18 § LOU.

¹⁴ På motsvarande sätt utgör enligt 1 kap. 16 § LOU näringsidkare som på marknaden tillhandahåller aktuella varor eller tjänster leverantörer, som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud.

¹⁵ De grundläggande principerna har enligt 4 kap. 1 § LOU införts för att även omfatta förfaranden som annars ligger utanför det direktivstyrda regelverket, se bl.a. HFD 2018 ref. 60 med särskilt yttrande av justitierådet Nord.

¹⁶ De grundläggande principer som här åsyftas följer numera av avdelning IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF - (tidigare EG-fördragets art. 28-30 och 43-55 EG). Angående de grundläggande principernas innebörd, se bl.a. prop. 2006/07:128, s. 132 samt prop. 2015/16:195, avsnitt 9.1 (s. 426 ff.) och specialmotiveringen till 4 kap 1 § LOU.

¹⁷ Med *leverantörer* avses enligt 1 kap. 16 § LOU företag som är verksamma med att på marknaden tillhandahålla varor, tjänster eller byggtreprenader.

¹⁸ Prop. 2006/07:128, s 132, samt EU-domstolens domar i *Succhi di Frutta* (C-496/99), EU:C:2004:236, pp. 108-111, *SIAC Construction* (C-19/00) EU:C:2001:553, p. 42 och i *Cartiera dell'Adda* (C-42/13) EU:C:2014:2345, p. 44, se även domstolens avgörande i *Connexion Taxi* (C-171/15) EU:C:2016:948, pp. 39 och 40.

Anskaffning av sådan programvara för särskild industri (CPV 48100000) och annan diverse programvara och datorsystem (CPV 48900000) som det aktuella förfarandet nu utlysts för ska enligt lagen upphandlas enligt regelverket för varukontrakt.¹⁹

Om det s.k. *kontraktsvärdet* av upphandlingen bedöms understiga tröskelvärdet 2.096.097 kronor²⁰ ska förfarandet handläggas enligt de nationella bestämmelserna i lagens 19:e kapitel.²¹ I annat fall ska handläggningen ske enligt de direktivstyrda bestämmelserna i 1-18 kap. LOU. Oaktat vilket ska upphandlingen som huvudregel genomföras med anbudsinfördan i ett annonserat förfarande.

Direktupphandling eller ett *förhandlat förfarande utan föregående annonsering*, där den upphandlande myndigheten vänder sig till och tecknar avtal direkt med en viss leverantör, får komma ifråga endast vid vissa i lagen särskilt angivna undantagsfall. Enligt 6 kap. 14 § första stycket 2 och 3 LOU får direkttilldelning ske om det som ska upphandlas endast kan tillhandahållas av en viss leverantör och det på grund av *ensamrätt* eller av *tekniska skäl* därmed inte finns någon konkurrens.²² Enligt andra stycket i samma paragraf får ett sådant förfarande dock användas endast om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen (jfr. 4 kap. 2 § LOU). Den upphandlande myndigheten måste i förekommande fall också kunna visa att de skäl som motiverar undantaget har gjort det absolut nödvändigt att tilldela kontraktet till den valda leverantören.²³

När det gäller *ensamrätt* krävs att kontraktet av legala skäl endast kan fullgöras av *en viss leverantör*. I fall där den upphandlande myndigheten tror sig veta att enbart viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för aktuella leveranser (s.k. *faktisk ensamsituation*) medför detta inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.²⁴ I lagförarbetena²⁵ lämnas bland annat följande vägledning.

Av *andra stycket* [i 6 kap. 14 § LOU] framgår under vilka förutsättningar undantagen i första stycket 2 och 3 får tillämpas. Dels krävs att det inte finns några rimliga alternativ, dels att denna situation inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen. Med detta avses att den upphandlande myndigheten inte själv skapat bristen på konkurrens genom att utforma förutsättningarna för upphandlingen på så sätt att bara en viss leverantör kan komma ifråga. Att avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen uttrycks i direktivet som att avsaknaden av konkurrens inte får bero på en konstgjord begränsning av upphandlingsparametrarna. Ändringen har gjorts i förenklande syfte och någon skillnad i sak är inte avsedd.

¹⁹ Med varukontrakt avses enligt 1 kap. 24 § LOU ett kontrakt som gäller köp, leasing, hyra eller hyrköp av en vara. Ett varukontrakt kan som ett underordnat inslag omfatta kompletterande monterings- och installationsarbeten. Om kontraktet också innefattar tjänster (blandat kontrakt) ska upphandlingen enligt 2 kap. 2 § samma lag handläggas i enlighet med bestämmelserna för det slag av upphandling som är huvudföremålet för kontraktet.

²⁰ Gällande tröskelvärde sedan den 25 januari 2018 för kontrakt som tilldelas av upphandlande myndigheter som inte är centrala upphandlande myndigheter upphandling (exempelvis Kommuner) avseende varor och tjänster i den klassiska sektorn - se regeringens tillkännagivande (2018:34) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

²¹ Bestämmelserna i 19 kap. LOU ska oavsett kontraktsvärde tillämpas om upphandlingen skulle avse tjänster av sådant slag som anges i bilagorna 2 eller 2b till LOU.

²² 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU. Bestämmelsen genomför artikel 32.2 b LOU-direktivet och motsvarar 4 kap. 5 § första stycket 2 ÄLOU.

²³ EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-57/94) EU:C:1995:150, p. 24.

²⁴ Se bland annat EU-domstolens dom i de förenade målen *Bockhorn Braunschweig* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220 och det efterföljande målet *kommissionen mot Tyskland* (C-503/04) EU:C:2007:432.

²⁵ Prop. 2015/16:195 s. 998.

I skäl 50 till LOU-direktivet anges härutöver följande.

Med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen bör förhandlade förfaranden utan föregående offentliggörande av meddelande om upphandling endast användas under mycket exceptionella omständigheter. [...]

Upphandlande myndigheter som åberopar detta undantag bör motivera varför det inte finns några rimliga alternativ eller andra möjliga utvägar, såsom att använda alternativa distributionskanaler, inklusive utanför den medlemsstat där den upphandlande myndigheten finns, eller överväga till sin funktion jämförbara byggentreprenader, varor och tjänster. Om den exklusiva situationen har uppstått av tekniska skäl bör de definieras och motiveras ytterst noggrant från fall till fall. Det kan exempelvis röra sig om att det är tekniskt nära nog omöjligt för en annan ekonomisk aktör att uppnå erforderlig fullgörandenivå eller att det är nödvändigt att använda specifik kunskap eller specifika verktyg eller medel som endast en ekonomisk aktör har. Tekniska skäl kan också innebära särskilda driftskompatibilitetskrav som måste uppfyllas i syfte att säkerställa att de byggentreprenader, varor eller tjänster som ska upphandlas kommer att fungera.

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis²⁶ ska alla möjligheter till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EUF-fördraget inom området för offentlig upphandling tolkas restriktivt och det ankommer på den som åberopar ett undantag att även visa att de särskilda omständigheter som motiverar detta faktiskt föreligger.

En upphandling som har annonserats genom meddelande om frivillig förhandsinsyn kan endast angripas genom ordinarie rättsmedel (rättelse/omgörelse eller ogiltighet av avtal). Ansökan om ett sådant ingripande ska ges in inom en frist av tio dagar räknad från det att annonsen publicerats, därefter föreligger inte längre möjlighet att föra talan²⁷

Allmän förvaltningsdomstol kan dock, på talan av Konkurrensverket, besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av en upphandlande myndighet som utan iakttagande av föreskrifterna om annonserad anbudsinfordran har slutit avtal direkt med viss leverantör. En sådan straffavgift ska enligt 17 kap. 4 § LOU beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor, dock inte mer än tio procent av det aktuella kontraktsvärdet. I rättspraxis har dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet.²⁸

Yttrande

Landstinget har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

Slutlig 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.

Landstinget är som upphandlande myndighet skyldig att iaktta regelverket i LOU vid sina anskaffningar av bland annat varor och tjänster.

Av utredningen framgår att Landstinget har köpt ett verksamhetssystem för storkök direkt från IT-bolaget. Kontraktsvärdet har av Landstinget först uppgivits till drygt 2 miljoner kronor och ligger därmed knappt under tröskelvärdet. Upphandlingen ska i så fall handläggas enligt det förenklade regelverket i 19 kap. LOU.

²⁶ Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23, samt där redovisad praxis.

²⁷ 20 kap. 3 § och 15 § första stycket 3 LOU.

²⁸ 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.

Av senare dokumentation framgår dock ett högre kontraktsvärde som gör att upphandlingen bör bedömas enligt det direktivstyrda regelverket i 1-18 kap. LOU.

Oavsett värdet föreligger det som huvudregel en skyldighet att annonsera upphandlingen så att alla på marknaden verksamma leverantörer kan vara med och lämna anbud. Landstinget har dock valt att tilldela kontraktet genom direktupphandling, direkt till IT-bolaget. Som skäl för detta har Landstinget åberopat att de båda företag som tidigare lämnat anbud vid annonserade upphandlingar numera har gått samman i IT-bolaget, och att det därmed – såvitt får förstås – inte längre finns någon fungerande utbudskonkurrens. Landstinget uppger sig vidare, genom en egen marknadsanalys och andra kontakter inom tjänsteområdet, ha försäkrat sig om att det endast finns en leverantör på marknaden som kan leverera enligt Landstingets behov.

Det av Landstinget åberopade undantaget på grund av tekniska skäl kan dock komma ifråga endast i exceptionella fall där det överhuvudtaget inte finns någon fungerande utbudskonkurrens eller några rimliga alternativ. Bristen på konkurrens får heller inte bero på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen, där den upphandlande myndigheten själv skapat bristen på konkurrens genom att utforma förutsättningarna på så sätt att bara en viss leverantör eller grupp av leverantörer kan komma ifråga.

Det är Landstinget som ska visa tillräckliga skäl för undantag. Den uppfattning som Landstinget synes ge uttryck för – att kravet på annonserad anbudsinfördran kan sättas åt sidan efter en egenhändig ”marknadsanalys” – bygger på en missuppfattning om det upphandlingsrättsliga regelverkets innebörd och funktion. Syftet med upphandlingsbestämmelserna är nämligen att undersöka möjlig konkurrens genom offentliggörande av anskaffningen i en allmänt tillgänglig databas som ger lika information till alla på marknaden verksamma leverantörer. Detta i lagen anvisade förfarandesätt kan inte ersättas genom egna marknadsanalyser eller andra egenhändiga undersökningar, såsom Landstinget synes tro.

Såvitt kunnat utredas finns det på marknaden för tekniska systemlösningar även andra företag än IT-bolaget som borde kunnat komma ifråga för anbudsgivning.

Eftersom Systemavtalet tilldelats i direkt strid mot LOU finns det skäl att rikta kritik mot Landstinget som härigenom har snedvridit konkurrensförutsättningarna. Om Konkurrensverket väljer att ingripa mot förfarandet, riskerar Landstinget att få betala upphandlingsskadeavgift, som är ett slags böter, motsvarande 7 procent av kontraktsvärdet eller uppskattningsvis c:a 145.000 kronor.