

PM 2 2021-21-21 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direkttilldelning (ensamrätt på grund av påstådda tekniska skäl).

En kommun har – under föregivande av ensamrätt på grund av tekniska skäl – beslutat att direkt från ett privat företag köpa en programvarulicens med anknytande tjänster.

Region Jämtland Härjedalen (nedan Regionen) slöt den 2 november 2020 ett avtal (nedan Avtalet),¹ om nyttjanderätt till och datamaskinell drift av datorsystem för planering av anropsstyrda persontransporter. Avtalet, som slöts direkt och utan föregående annonsering med ett privat företag (nedan IT-företaget), gäller för en period av 4 år (48 månader) till och med den 31 december 2024 men kan sägas upp med 18 månaders uppsägningstid.

Genom Avtalet förvärvade Regionen huvudsakligen licens och nyttjanderätt av systemet SAM3001 för planering av transporter i anropsstyrd persontrafik av huvudsakligen offentligt betalda transporter, såsom färdtjänst, sjukresor och skolskjuts. I systemet ingick viss data-maskinell drift som skulle ske genom en underleverantör till IT-företaget.

Som grund för direkttilldelning har Regionen åberopat ensamrätt på grund av tekniska skäl. Före den 1 oktober 2020 utfördes, på uppdrag av Regionen, beställningstrafiken av en extern aktör som använde systemet SAM3001. Detta system används även av angränsande Norrlandsregioner samt av Kommunalförbundet Din Tur i Västernorrland, vilket under jouttid utför beställning och samordning av Regionens transporter. Hösten 2020 återtog Regionen beställningstrafiken för att utföra i egen regi. Regionen gjorde då bedömningen att SAM3001 krävdes för att Regionens verksamhet rent tekniskt skulle kunna samverka med övriga Norrlandsregioner. Eftersom samtliga av dessa regioner använder sig av SAM3001 menar Regionen att det av tekniska skäl inte fanns någon konkurrens.²

På marknaden för system för samordning av offentligt betald anropsstyrd trafik i Sverige finns det dock flera sinsemellan konkurrerande leverantörer.³ Hittills har det under 2021 genomförts två offentliga upphandlingar avseende samma slags systemlösningar för samordning av offentligt betald anropsstyrd trafik som regleras i Avtalet.⁴

Enligt uppgift ur leverantörsreskontra har under perioden den 20 oktober 2020 till och med den 19 augusti 2021 (23 månader) Regionen genomfört avtalsenliga betalningar med 695.257 kronor till IT-företaget. Avtalets kontraktsvärde²¹ kan utifrån detta beräknas till (månadsvärdet x 48) totalt 1.450.971 kronor för den avtalade löptiden.⁵

Förvaltningsrätten i Härnösand har i dom av den 7 juni 2021⁶ förordnat att Avtalet ska förklaras ogiltigt. Av domskälen framgår bland annat att Regionen inte lämnat någon teknisk förklaring som visar att SAM3001 skulle vara marknadsunikt. Det uppställda kravet, att endast SAM3001 kan godtas, utgör enligt rätten därför en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen, varför Regionen inte haft rätt att genomföra direktupphandling utan föregående annonsering med stöd av bestämmelserna om ensamrätt på grund av tekniska skäl.

¹ Se "Avtal" avseende nyttjanderätt till och datamaskinell drift av datorsystem för planering av anropsstyrda persontransporter, SAM3001 (eller en i framtiden uppdaterad version av detta system) som tecknades mellan Kommunen och IT-företaget den 20 oktober (IT-företaget) och 2 november 2020 (Regionen).

² Regionens yttrande, aktbilaga 5 i Förvaltningsrätten i Härnösands mål nr. 753-21.

³ På marknaden förekommande system för planering av anropsstyrda persontransporter är förutom SAM3001 bland annat systemen "Drip", "Alfa", "Pass" och "Planet" med sinsemellan olika leverantörer.

⁴ I dessa upphandlingar, vilka genomfördes av Malmö kommun respektive Region Sörmland, noterades konkurrerande anbud från sammanlagt fyra olika anbudsgivare. Även Lunds kommun har nyligen påbörjat en motsvarande upphandling.

⁵ Angivna belopp är exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).

⁶ Förvaltningsrätten i Härnösands dom av den 7 juni 2021 i mål 753-21, avgörandet har vunnit laga kraft.

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 leverantörer och en eller flera upphandlande myndigheter som avser bl.a. tillhandahållande av varor.

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)⁷ och syftar bland annat till att motverka korruption i offentlig verksamhet.⁸

Lagen är generellt tillämplig på åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa bl.a. varor genom tilldelning av kontrakt.⁹ Regioner (kommunala myndigheter)¹⁰ utgör sådana *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt måste följa lagens bestämmelser.¹¹

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 förfarande¹² ska iakttas vid offentlig upphandling, däribland krav på *likabehandling* och *öppenhet (transparens)*.¹³ Av dessa följer att alla leverantörer¹⁴ 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 utan samtliga leverantörer ska ges samma relevanta information vid samma tillfälle.¹⁵ Enligt vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalat i HFD 2012 ref. 48 är det nämligen en av regelverkets viktigaste funktioner att säkerställa leverantörernas lika förutsättningar 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).

Enligt 9 kap. 6 § LOU får som regel den upphandlande myndigheten inte begränsa det som ska upphandlas till ett visst fabrikat, ursprung eller ett framställningssätt som tillhandahålls enbart av viss leverantör. Inte heller angivande av varumärken, patent, ursprung, eller tillverkning tillåts förekomma om det leder till att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas. Sådana hänvisningar får dock komma ifråga om det inte annars är möjligt att beskriva det som ska anskaffas på ett tillräckligt tydligt sätt. Hänvisningen ska i förekommande fall alltid följas av orden ”*eller likvärdigt*”, för att på detta sätt markera att även likvärdiga produkter kan komma ifråga.

⁷ EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU, av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

⁸ Se bl.a. SOU 2018:44, avsnitt 7, Ett regelverk som motverkar korruption, (s. 233 ff.).

⁹ Se 1 kap. 2 § LOU.

¹⁰ Se 1 kap. 22 § LOU jämförd med 1 kap. 18 § LOU.

¹¹ 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.

¹² De grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU har 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.

¹³ 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.

¹⁴ Med *leverantörer* avses enligt 1 kap. 16 § LOU företag som är verksamma med att på marknaden tillhandahålla varor, tjänster eller byggentreprenader.

¹⁵ 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.

Som exempel kan nämnas att EU-kommissionen i en s.k. formell underrättelse riktad anklagelse om fördragsbrott mot Sverige efter att en kommun angivit den tekniska beskrivningen vid en datorupphandling med en direkt hänvisning till ett varukännetecken utan tillägg av orden ”eller likvärdig”. Av kommissionens inledande skrivelse framgår att hänvisning till visst produktmärke eller fabrikat bör undvikas till och med om det kombineras med orden ”eller likvärdigt”, och således komma i fråga endast i de fall då det som skall upphandlas överhuvudtaget inte kan beskrivas på ett mer neutralt sätt, genom exempelvis hänvisning till europeiska eller nationella tekniska specifikationer. Den som upphandlar ska således redovisa efterfrågad prestanda på ett objektivet sätt med en teknisk beskrivning¹⁶ av vad som åsyftas för att uppnå efterfrågad kompatibilitet.¹⁷

Avtal om köp eller hyra av programvarulicens (CPV 48810000, alt. 30000000)¹⁸ ska bedömas enligt lagens bestämmelser om *varukontrakt*¹⁹ under förutsättning att programvaran utgör huvudföremålet för kontraktet.²⁰ Om *kontraktsvärdet*²¹ av en upphandling bedöms understiga det vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde, som sedan den 1 januari 2020 uppgår till 2.197.545 kronor,²² ska förfarandet handläggas i enlighet med de nationella bestämmelserna i lagens 19:e kapitel. Vid upphandling över tröskelvärdet ska förfarandet handläggas enligt de direktivstyrda bestämmelser som följer av lagens 1-18:e kapitel.

Upphandlingen ska som huvudregel genomföras i ett annonserat förfarande där alla leverantörer ges möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud.²³

Direkttilldelning, där den upphandlande myndigheten vänder sig till och tecknar avtal direkt med en viss leverantör,²⁴ får komma ifråga endast vid vissa i lagen särskilt angivna undantagsfall.²⁵ Om kontraktsvärdet²¹ avser ett lågt värde uppgående till maximalt 28 procent av tröskelvärdet, eller för närvarande 615.313 kronor, får enligt 19 kap. 7 § tredje stycket LOU *direktupphandling* komma ifråga. Detta förfarande får enligt samma bestämmelse jämförd med 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU även tillämpas om det som ska upphandlas endast kan tillhandahållas av en viss leverantör och det på grund av *tekniska skäl* därmed inte finns någon konkurrens.²⁶ Enligt andra stycket i samma paragraf får detta 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.

¹⁶ I det aktuella fallet ansåg kommissionen att beskrivningen istället kunnat utformas på ett tekniskt objektivet sätt som tog hänsyn till både mikroprocessorns klockfrekvens (MHz) och IPC (instruktioner per sekund).

¹⁷ Europeiska kommissionens skrivelse av den 25 november 2003, Offentlig upphandling - Luleå kommuns upphandling av datorer, ärende nummer D72/JK/mm D (2003) 1326, Regeringskansliets dnr. Fi2003/6130.

¹⁸ CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska Unionen – se 4 kap. 19 § LOU samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

¹⁹ Enligt 1 kap. 24 § LOU ska med *varukontrakt* avses ett kontrakt som gäller köp, leasing, hyra eller hyrköp av en vara. Ett varukontrakt kan dessutom som underordnat inslag omfatta kompletterande monterings- och installationsarbeten.

²⁰ Se 2 kap. 2 § LOU. För ett blandat kontrakt som avser både varor och tjänster ska huvudföremålet bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för varorna eller tjänsterna.

²¹ Kontraktsvärdet ska enligt 19 kap. 2 § jämförd med 5 kap. 3 § LOU beräknas enligt det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Om löptiden är obestämd eller inte kan fastställas, ska värdet uppskattas till månadsvärdet x 48 (se 5 kap. 10 § tredje stycket LOU).

²² Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärdet* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 5 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Gällande tröskelvärde för varukontrakt som tilldelas av upphandlande myndigheter som inte är centrala upphandlande myndigheter (bland annat kommuner) uppgår sedan den 1 januari 2020 till 2.197.545 kronor - se regeringens tillkännagivande (2020:8) om tröskelvärdet vid offentlig upphandling.

²³ Vid upphandling under tröskelvärde ska som huvudregel handläggningen ske som ett *förenklat förfarande* enligt 19 kap. 5 § eller *urvalsförfarande* enligt 19 kap. 6 § LOU. På motsvarande sätt ska upphandling över tröskelvärdet som regel handläggas enligt bestämmelserna för *öppet förfarande* i 6 kap. 2 § eller *selektivt förfarande* i 6 kap. 3 § LOU.

²⁴ Direkttilldelning kan se genom antingen ett *förhandlat förfarande utan föregående annonsering* enligt 6 kap. 12-19 § LOU eller *direktupphandling* enligt 19 kap. 7 tredje stycket LOU.

²⁵ Se 19 kap. 7 tredje stycket samt 6 kap. 12-19 §§ LOU.

²⁶ 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU. Bestämmelsen genomför artikel 32.2 b LOU-direktivet.

Av 6 kap. 14 § första stycket 3 LOU följer även ett undantag vid *ensamrätt*. För att detta ska kunna göras tillämpligt krävs att kontraktet av legala skäl endast kan fullgöras av en viss leverantör. Den omständigheten att den upphandlande myndigheten tror sig veta att enbart ett visst företag rent faktiskt kan leverera (s.k. *faktisk ensam situation*) medför således inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå behöver genomföras.²⁷

I lagförarbetena²⁸ 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.”

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 byggtreprenader, 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 byggtreprenader, varor eller tjänster som ska upphandlas kommer att fungera.”

Enligt den s.k. *allmänna försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis²⁹ ska i övrigt 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.

Avtal som har kommit till genom otillåten direkttilldelning, utan iakttagande av kravet på annonsering, kan förklaras ogiltigt genom beslut av allmän förvaltningsdomstol.³⁰ Vid sådant lagakraftvunnet bifall blir avtalet retroaktivt ogiltigt (*ex tunc*). Rättsverkan av detta innebär enligt vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalat ”... att gjorda prestationer ska gå åter. I den mån en återgång inte kan ske (t.ex. avseende tjänster som levererats) ska avtalets ogiltighet regleras på så sätt att parternas förmögenhetsituation återställs till hur den var innan avtalet ingicks”.³¹ Detta medför, i fråga om varukontrakt, att den upphandlande myndigheten ska se till att återlämna kvarvarande varor samt återkräva utbetald ersättning från leverantören.

²⁷ 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.

²⁸ Prop. 2015/16:195 s. 998.

²⁹ Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23, samt där redovisad praxis.

³⁰ Se 20 kap. 13 § LOU. Ansökan om ogiltighet av avtal ska enligt 20 kap. 17 § LOU som regel ha kommit in till rätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

³¹ Se HFD 2012 ref. 27, se även lagförarbetena, prop. 2009/10:180, del 1, s. 361 (nederst).

Efter en skälighetsbedömning bör enligt lagförarbetena dock leverantörens nedlagda kostnader kunna avräknas mot återbetalning. Den del av betalningen som hänför sig till leverantörens handelsvinst eller täckningsbidrag för dennes fasta kostnader bör som regel däremot inte kunna avräknas från återbetalning, även om återgång av varorna/tjänsterna inte längre är möjlig. Också frågan om leverantörens goda eller onda tro i förhållande till myndighetens regelöverträdelse ska beaktas.³² Om avtalet gäller upplåtelse av programvarulicens torde det exempelvis inte finnas annat än mycket marginella sådana rörliga kostnader som kan kompenseras genom skadestånd. Hela den utbetalade ersättningen ska i så fall krävas åter.

På talan av Konkurrensverket kan allmän förvaltningsdomstol även besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av den upphandlande myndigheten.³³ En sådan straffavgift ska beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor, men dock inte uppgå till ett belopp högre än tio procent av kontraktsvärdet.³⁴

Yttrande

Regionen 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, subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Regionen är som upphandlande myndighet skyldig att vid anskaffning av bland annat varor och tjänster iaktta regelverket i LOU. Som framgår av utredningen har Regionen slutit avtal om köp av programvarulicens med anknytande tjänster direkt från IT-företaget.

Eftersom kontraktsvärdet av upphandlingen överstiger värdegränsen för direktupphandling ska tilldelningen föregås av ett annonserat upphandlingsförfarande, så att alla på marknaden verksamma leverantörer kan vara med och lämna anbud på lika villkor.

Regionen har till stöd för att direkttilldela Avtalet åberopat ensamrätt på grund av tekniska skäl. Detta undantag får endast användas om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen. På marknaden avseende system för samordning av offentligt betald anropsstyrd trafik finns det emellertid en fungerande konkurrens med flera verksamma leverantörer. Även andra regionala trafikhuvudmän upphandlar sina motsvarande system i ordinarie annonserade förfaranden.

Det är Regionen i sin kapacitet av upphandlande myndighet som har bevisbördan för undantag från kravet på annonsering. Regionen har dock, trots möjlighet vid skriftväxling i domstol, inte angivit någon teknisk förklaring eller visat varför det med andra systemlösningar inte skulle gå att samverka med övriga Norrlandsregioner. Som förvaltningsrätten även funnit går det därför inte att dra slutsatsen att det av tekniska skäl inte föreligger någon konkurrens. Påståendet att endast SAM3001 kan godtas utgör istället en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen som ytterst är ägnad att snedvrider konkurrensen. Det finns vid detta förhållande anledning att rikta kritik mot Regionen.

Eftersom Avtalet ogiltigförklarats ankommer det numera på Regionen att se till att gjorda prestationer går åter, så att parternas förmögenhetssituation återställs till hur den var innan avtalet ingicks, innefattande bland annat krav på återbetalning från IT-företaget.

³² Se prop. 2009/10:180, del 1, s. 225. Som exempel på skadeståndsgrundande kostnader anger lagförarbetena att leverantören har ingått hyresavtal eller anställningsavtal som löper med viss minsta uppsägningstid eller kostnader med anledning av avtal som ingåtts med underleverantörer.

³³ Se 21 kap. 1 § första stycket 2 LOU. Talan om upphandlingsskadeavgift ska enligt 21 kap. 7 § LOU vara väckt inom sex månader från lagakraftvunnen dom om avtalsogiltighet eller annars senast inom ett år från den tidpunkt då avtalet slöts.

³⁴ 21 kap. 4 § LOU. I rättspraxis har dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet.