

PM 2 2022-10-19 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direkttilldelning.

En regionkommun har i juli 2022 – med hänvisning till ”Pandemin” – beslutat förlänga en tjänstekoncession om driften av sjukhusrestaurang och café, utan annonserad upphandling.

Region Västernorrland (nedan Regionen) angav i ett meddelande om frivillig förhandsinsyn (nedan Meddelandet)¹ att myndigheten den 6 juli 2022,² beslutat förlänga ett tidigare upphandlad tjänstekoncessionsavtal³ avseende drift av restaurang- och café-verksamheten vid Sundsvalls sjukhus.³ Det avtal som Regionen beslutat förlänga upphandlades ursprungligen under 2015⁴ för att gälla under perioden 1 februari 2016 till och med den 31 januari 2023, utan möjlighet till ytterligare förlängning.⁵ Den nu annonserade förlängningsavtalet avser tiden från och med den 1 februari 2023 till den 31 januari 2024, och ligger således mer än ett halvår fram i tiden.

Av Meddelandet, som publicerades den 11 juli 2022, framgår bland annat följande:

*”På grund av Pandemin har regionen bedömt att ett behov av att förlänga nuvarande avtal, med 12 månader, för drift av restaurang/café vid Sundsvalls sjukhus. Under året kommer underlag för ny upphandling färdigställs. och annonseras”.*⁶

Någon annonserad anbudsinfordran har således inte genomförts utan avtalsförlängningen har överenskommit direkt med Restaurangföretaget inom ramen för en *direktupphandling*. Till stöd för valet av förfarande har Regionen angivit att *”Förlängning sker av befintligt avtal 12 mån under tiden underlag för ny upphandling blir klara”.*⁷

Regionen har under hand gjort gällande att något tilldelningsbeslut inte beslutades den 6 juli 2022, och därvid angivit följande.

*”I den frivilliga förhandsinsynen som publicerats så står det att ett tilldelningsbeslut är taget den 6 juli men det har inte gjorts. Ett internt beslut har tagits att förlänga avtalet i de fall ingen ifrågasätter det vid en annonsering. [...] Tilldelningsbeslut och upphandlingsrapport kommer skrivas fram i samband med tecknande av förlängning/nytt avtal med leverantören. Något nytt avtal är alltså inte klart”.*⁸

Ett hyresavtal om förlängning av upplåtelsen av aktuella café och restauranglokaler till och med den 31 januari 2024 ingicks dock redan i maj 2022.⁹

Upphandlingens kontraktsvärde kan med ledning av vad som anges i Meddelandet uppskattas till c:a 9 miljoner kronor.¹⁰

¹ Meddelandet ”Sverige-Härnösand: Restaurang- och serveringstjänster 2022/S 131-374853 Meddelande om frivillig förhandsinsyn Tjänster”, som skickades till EU-kommissionen den 6 juli 2022 för publicering den i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och databasen TED den 11 juli 2022. Annonseringen har skett enligt det. s.k. LUF-direktivet (2014/23/EU).

² Meddelandet, punkten V.2.1, ”Datum för beslut om tilldelning av kontrakt”.

³ E-postmeddelande, skickat den 1 september 2022 från Regionen till Konkurrenskommissionen samt beslut av Regionstyrelsen den 2 september 2022 (se vidare fotnot 8).

⁴ Det avtal som här avses är ”Upphandlingskontrakt Tjänstekoncession, drift av restaurang och café, Sundsvalls sjukhus” (dnr. 15LS7315) som undertecknades av parterna, Regionen och Restaurangföretaget, den 27 respektive 30 oktober 2015.

⁵ Avtalet avsåg perioden den 1 februari 2016 till och med den 31 januari 2023 med möjlighet till förlängning två i omgångar om vardera två år, maximalt till och med den 31 januari 2023.

⁶ Meddelandet, punkten II.1.4, ”Kort beskrivning”.

⁷ Meddelandet, punkten II.2.4. ”Beskrivning av upphandlingen”.

⁸ Regionstyrelsen i Västernorrland, avslagsbeslut den 2 september 2022 i ärendet ”Begäran om utlämnande av allmän handling” (dnr. 22RS9269). Till grund för avslag återopades att den dokumentation och det ”förlängnings”-avtal som tidigare annonserats genom meddelandet om frivillig förhandsinsyn inte kan lämnas ut eftersom handlingarna inte finns förvarade eller upprättade hos Regionen.

⁹ Förlängningsavtal, hyresavtal mellan Regionen och Restaurangföretaget, daterat den 1 maj 2022 samt E-postmeddelandet ”Sv: [Ext] Tjänstekoncession Sundsvalls sjukhus”, skickat den 6 september 2022 från Restaurangföretaget till Konkurrenskommissionen. Se även aktbilaga 18 med yttrande av Regionen i Kammarrätten i Sundsvalls mål nr. 2350-22.

¹⁰ Meddelandet, punkten V.2.4. ”Upplysningar om kontraktets/delens/koncessionens värde (exkl. moms)”.

Rättslig reglering

En tjänstekoncession¹¹ uppstår som regel när en upphandlande myndighet (eller enhet) upplåter lokaler eller annan infrastruktur för kommersiell användning och därmed skapar en skyddad marknad (eller lokalt monopol) som behöver konkurrensutsättas. Exempel på sådana koncessioner är drift av offentligt anordnade parkeringsplatser, kiosker och restauranger i skolor och högstskolor, museer, vänthallar, badhus, sjukhus eller andra offentligt ägda lokaler, där den upplåtande myndigheten har ett intresse av att viss kommersiell service erbjuds den egna personalen och den besökande allmänheten.

Själva *koncessionen* utgörs av det skriftliga kontrakt¹² med ekonomiska villkor som ingås mellan den upphandlande myndigheten och en koncessionshavare, där bland annat ersättningen för arbetet eller tjänsten utgörs antingen av enbart rätten att utnyttja föremålet för koncessionen eller av dels en sådan rätt, dels betalning, om samtidigt den verksamhetsrisk¹³ som är förenad med avtalet övertas av leverantören/koncessionshavaren. Centralt för att skapa en koncession av nu aktuellt slag är således den upplåtelse varigenom koncessionshavaren ges besittning av erforderliga lokaler eller annan erforderlig infrastruktur.

Med upphandling avses i detta avseende förfarandet fram till och med tilldelningen av ett *koncessionsdokument*¹⁴ med ekonomiska villkor som har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör/koncessionshavare.¹⁵ Sådan upphandling som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner – LUK. 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. LUK-direktivet (2014/23/EU).¹⁶

Lagen är generellt tillämplig på alla åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tjänster ska tillhandahållas i en koncession. Kommuner (kommunala myndigheter) utgör enligt legaldefinitionen i 1 kap. 21 § LUK sådana s.k. *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iakttä lagens bestämmelser.

För att bland annat säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets föreskrifter om etableringsfrihet och fri rörlighet har det i 15 kap. 2 § LUK införts ett antal unionsrättsligt grundade principer om bland annat *likabehandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparens)*¹⁷ vilka oavsett val av förfarande ska iakttas vid upphandling av koncessioner.¹⁸ Av dessa följer att alla leverantörer ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn (öppenhet) att de i konkurrens med varandra kan lämna anbud på samma villkor. Samtliga leverantörer ska vidare ges samma relevanta information vid samma tillfälle.¹⁹

¹¹ Med *koncession* avses enligt 1 kap. 13 § LUK ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en upphandlande myndighet och en koncessionshavare, där kontraktet utgör antingen en bygg- eller tjänstekoncession och ersättningen för arbetet eller tjänsten utgörs antingen av enbart rätten att utnyttja föremålet för koncessionen eller av dels en sådan rätt, dels betalning, samt kontraktet innefattar att en verksamhetsrisk som övertas av koncessionshavaren.

¹² Se 1 kap. 13 § LUK.

¹³ Den verksamhetsrisk som här avses innefattar enligt 1 kap. 13 § LUK såväl efterfrågerisk som utbudsrisik eller båda.

¹⁴ Med *koncessionsdokument* avses enligt 1 kap. 14 § LUK varje dokument som en upphandlande myndighet använder för att beskriva eller fastställa innehållet i upphandlingen av koncessionen.

¹⁵ Med *leverantör* avses enligt 1 kap. 16 § LUK den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader. Med *koncessionshavare* avses enligt samma kapitel 15 § leverantör som har tilldelats en koncession.

¹⁶ EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/23/EU, av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

¹⁷ De grundläggande principer som här åsyftas följer 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, jfr. bl.a. prop. 2006/07:128, s. 132 samt prop. 2015/16:195, avsnitt 9.1 (s. 426 ff.) och specialmotiveringen till 15 kap. 2 § och 4 kap 1 § LUK.

¹⁸ Se 15 kap. 2 § LUK, jfr. justitierådet Nords särskilda tillägg i HFD 2018 ref. 60.

¹⁹ 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.

Lagen har även en förtydligande bestämmelse i 15 kap. 3 § LUK om att en upphandling inte får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. Enligt vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalat i HFD 2012 ref. 48 är det nämligen en av det upphandlingsrättsliga regelverkets viktigaste funktioner att säkerställa leverantörernas lika förutsättningar att kunna lämna konkurrenskraftiga anbud.

Ett offentligt kontrakt som avser drift av kafeteriaverksamhet (CPV 55330000)²⁰ eller restaurang- och serveringstjänster (CPV 55300000) kan utgöra en tjänstekoncession om den kommersiella verksamhetsrisken¹³ samtidigt överlämnas till koncessionshavaren. Upphandling av koncessioner som avser hotell- och restaurangtjänster ska, oavsett värde, upphandlas med tillämpning av de nationellt betingade bestämmelserna i 15 kap. LOU.²¹ Upphandlingen ska i så fall som huvudregel handläggas med annonserad anbudsinfördran.²²

Direktupphandling, där den upphandlande myndigheten utan föregående annonsering vänder sig direkt till en viss leverantör, får komma ifråga endast vid följande i lagen särskilt angivna undantagsfall:²³

- det har vid ett tidigare annonserat förfarande inte lämnats några anbud eller några lämpliga anbud,
- värdet av koncessionen understiger 2.799.555 kronor, motsvarande fem procent av tröskelvärdet,²⁴
- syftet med koncessionen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation,
- det finns av tekniska skäl inte någon konkurrens eller verksamheten omfattas av ensamrätt, eller
- det finns synnerliga skäl.²⁵

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* ska alla möjligheter till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges inom området för upphandling tolkas restriktivt och det ankommer på den som åberopar ett undantag att även visa att de särskilda omständigheter som motiverar detta faktiskt föreligger.²⁶

Något särskilt undantag för *synnerlig brådska*, motsvarande det som gäller vid upphandling av exempelvis tjänstekontrakt,²⁷ föreligger inte vid upphandling av koncessioner.

En upphandlande myndighet som avser att tilldela en koncession utan föregående annonsering får informera om sin avsikt genom en annons om s.k. *frivillig förhandsinsyn*.²⁸ Ett sådant förfarande kan sedan endast angripas genom ordinarie rättsmedel (rättelse/omgörelse eller ogiltighet av avtal). Ansökan om ingripande ska ges in inom en frist av tio dagar räknad från det att annonsen publicerats, därefter föreligger det inte längre någon möjlighet att föra sådan talan.²⁹

På talan av Konkurrensverket kan allmän förvaltningsdomstol dock besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av den upphandlande myndigheten.³⁰

²⁰ 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.

²¹ Se 1 kap. 4 § andra stycket samt 15 kap. 1 § första stycket 3 LUK samt Bilaga 3 till lagen.

²² Se 15 kap. 5 § LUK. En annons om upphandlingen ska enligt samma kapitel 5 a § publiceras i en annonsdatabas som är registrerad enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik.

²³ Se 15 kap. 6 § jämförd med 8 kap. 3-5 § LUK.

²⁴ Vad som vid varje tidpunkt utgör *tröskelvärdet* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 5 kap. 1 § LUK löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Det särskilda tröskelvärdet för upphandling av koncessioner uppgår sedan den 1 januari 2022 till 55.991.099 kronor - se regeringens tillkännagivande (2022:190) om tröskelvärdet vid offentlig upphandling.

²⁵ Undantaget för *synnerliga skäl* är begränsat till sådana undantagssituationer där avtal måste komma till stånd utan att ett annonserat förfarande är möjligt att genomföra. I lagförarbetena anges att exempelvis möjlighet till extra förmånliga köp på auktion samt särskilt personrelaterade behov av hälso- och sjukvårdstjänster kan anses medföra synnerliga skäl – se prop. 2001/02:142, s. 99 samt prop. 2006/07:128, s. 429; jfr. även Konkurrensverkets beslut av den 26 maj 2010 i ärende nr. 430/2009.

²⁶ För *försiktighetsprincipen*, se bl.a. HFD 2017 ref. 66 med där anmärkta rättsfall.

²⁷ Jfr. 6 kap. 15 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling och 6 kap. 8 § lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorena.

²⁸ Jfr. 8 kap. 7 § LUK.

²⁹ Se 16 kap. 3 § och 15 § LUK.

³⁰ Se 17 kap. 1 § punkten 3 LUK.

En sådan straffavgift ska beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor, men dock inte uppgå till ett belopp som är högre än tio procent av kontraktsvärdet.³¹ Om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom den tidsfrist som anges ovan ska ansökan om upphandlingsskadeavgift ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.³²

Yttrande

Regionen har som yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet hänvisat till att även Konkurrensverket har hört av sig till Regionen i samma ärende och att Regionen inom de närmsta dagarna kommer att svara på Konkurrensverkets skrivelse.

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.

Regionen är som upphandlande myndighet skyldig att iaktta regelverket i LUK vid anskaffning av bland annat tjänstekoncessioner.

Av utredningen framgår att Regionen direkt och utan föregående annonserad upphandling beslutat förlänga en tidigare upphandlad tjänstekoncession avseende restaurang- och caféverksamheten vid Sundsvalls sjukhus, trots att avtalad möjlighet till sådan förlängning inte längre föreligger.

Regionen har i skriftväxling med Konkurrenskommissionen i september 2022 uppgivit att den annonserade tilldelningen endast avser ett internt beslut om att förlänga avtalet i fall ingen ifrågasätter det vid en annonsering. Något nytt avtal är enligt Regionen alltså ännu inte klart. Såvitt senare framkommit hade ett förlängt hyresavtal avseende aktuella lokaler dock tecknats mellan Regionen och Restaurangföretaget redan i maj 2022, mer än två månader innan meddelandet om förhandsinsyn överhuvudtaget skickades för publicering. Vid detta förhållande framstår de uppgifter Regionen lämnat Konkurrenskommissionen som oförklarliga. Det förlängda hyresavtal som tecknades mellan parterna i maj 2012 är bärande av själva koncessionen och utesluter varje annan upphandling eller konkurrensutsättning av den aktuella restaurang- och caféverksamheten. Konkurrenskommissionen har exempelvis svårt att se på vilket sätt Regionen skulle kunna upphandla och tilldela uppdraget till någon annan leverantör, samtidigt som Restaurangföretaget redan har ett civilrättsligt bindande hyreskontrakt för de erforderliga lokalerna.

Som skäl för direktupphandling har Regionen hänvisat till ”Pandemin”. Om denna hänvisning syftar till den spridning av SARS-CoV-2 (Covid-19)-virus som ursprungligen konstaterades i början av 2020³³ kan den knappast ha varit oförutsedd av Regionen så sent som under 2022. Det kan således inte ha förelegat någon synnerlig brådska kopplad till Covid-19-pandemin som Regionen inte kunnat förutse och som skulle medföra hinder för en ordinarie annonserad koncessionsupphandling. Regionen har dessutom under våren och sommaren 2022 haft gott om tid att hinna genomföra ett ordinarie annonserat förfarande (inklusive påskyndat förfarande) före den 1 februari 2023, då den ursprungliga koncessionen behöver ersättas med ett nytt avtal. Regelverket för direktupphandling av koncessioner innefattar härutöver inte något särskilt undantag för synnerlig brådska.

³¹ Se 17 kap. 4 § LUK. I rättspraxis har motsvarande avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet.

³² Se 17 kap. 7 § andra stycket LUK.

³³ Den 1 februari 2020 beslutade regeringen att klassificera Covid-19 som allmänfarlig och samhällsfarlig sjukdom med allmän samhällspridning i Sverige. Denna klassifikation har dock numera upphört sedan den 1 april 2022 – se förordningen (2020:20) om bestämmelserna i smittskyddslagen (2004:168) om allmänfarliga och samhällsfarliga sjukdomar ska tillämpas på infektion med 2019-nCoV samt lagen (2022:217) om ändring i smittskyddslagen (2004:168).

Kontraktsvärdet har uppgivits till c:a nio miljoner kronor och överstiger därmed den värdegräns då ett annonserat förfarande inte kan underlåtas. Någon av lagens övriga undantagsföresättningar för direktupphandling är heller inte uppfyllda. Det finns därmed anledning att rikta mycket allvarlig kritik mot Regionen, som på detta sätt brutit mot LUK och snedvridit marknaden för kafeteriaverksamhet, restaurang- och serveringstjänster i Sverige

Om Konkurrensverket väljer att ingripa mot förfarandet kan Regionen tvingas betala upphandlingsskadeavgift, som är ett slags böter, med ett belopp som kan uppgå till c:a 600.000 kronor.