

PM 2 2023-10-17 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direkttilldelning (tekniska skäl) samt överträdelse av icke-diskrimineringsprincipen.

En kommun har – under föregivande av tekniska skäl – beslutat köpa låssmedstjänster för en miljon kronor direkt från ett privat företag.

Årjängs kommun (nedan Kommunen) beslutade den 31 maj 2023¹ att tilldela ett avtal,² direkt till ett privat företag (nedan Låsföretaget) om köp av nya lås samt tillkommande support- och underhållstjänster för perioden den 1 april 2023 – 31 mars 2029 (6 år). Av ett meddelande om frivillig förhandsinsyn (nedan Meddelandet)³ som publicerades den 6 juni 2023 anges bland annat följande ”..tjänsterna kan endast tillhandahållas/utföras av en viss anbudsgivare av följande skäl: *Konkurrens saknas av tekniska skäl Förklaring: Se bifogad fil*”.⁴ I den fil som Kommunen hänvisar till framgår vidare följande.

”Årjängs kommun har sedan 2015 köpt in och äger ca 430 nyckelfria lås enligt avtal. Nu finns det ett behov av att förnya support- och licensavtal samt utbyte av ca 50 st pga. föråldrad teknik.

Avtalet på befintligt verksamhetssystem gäller till och med 2023-03-31 och har en integration och ett arbets sätt som innebär att kommunen, vid en samlad bedömning, anser att [det] skulle vara olämpligt ur såväl teknisk, ekonomisk som handhavande-synvinkel att ställa om till ett eventuellt nytt system.

Årjängs kommun äger sedan tidigare obegränsad nyttjanderättslicens till verksamhetssystem och integration avseende låsen. Ägande/nyttjanderätten till den programvara som verksamhetssystemet och integrationen baseras på tillkommer [Låsföretaget]. Underhåll och support av systemet kan endast tillhandahållas av [Låsföretaget]. Kommunen väljer därför att tillämpa upphandlingsformen Förhandlat förfarande utan föregående annonsering”.

Någon annonserad anbudsinfordran har inte genomförts utan avtalet har tecknats direkt mellan Kommunen och Låsföretaget inom ramen för en *direkt tilldelning*.¹⁷

Låsföretaget är inte ensam tillverkare eller försäljare/leverantör att tillhandahålla nyckelfria lås utan på den aktuella marknaden finns det ett flertal sinsemellan konkurrerande leverantörer som kan erbjuda olika system och tillhörande servicetjänster.

Upphandlingens samlade kontraktvärde kan med ledning av vad som anges i Meddelandet uppskattas till c:a en (1) miljon kronor.⁵

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.

Upphandling som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – LOU.

¹ Se Meddelandet, punkten V.2.1, ”Datum för beslut om tilldelning av kontrakt”.

² Kommunens referensnummer: SOO/2023:55.

³ Meddelandet ”Sverige-Årjäng: Låssmedstjänster 2023/S 106-333083 Meddelande om frivillig förhandsinsyn Tjänster” skickades till EU-kommissionen den 31 maj 2023 för publicering den i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och databasen TED. Annonseringen har skett enligt det. s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU).

⁴ Se Meddelandet, punkten IV.1.1, ”Typ av förfarande”.

⁵ Se Meddelandet, punkten V.2.4, ”Upplysningar om kontraktets/delens/koncessionens värde (exkl. moms)”.

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)⁶ och syftar bland annat till att motverka korruption i offentlig verksamhet.⁷

Lagen är generellt tillämplig på åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa bland annat varor och/eller tjänster genom tilldelning av kontrakt.⁸ Kommuner (kommunala myndigheter) utgör enligt legaldefinitionen i 1 kap. 22 § LOU sådana s.k. *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iaktta lagens bestämmelser.

För att bland annat säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets föreskrifter om etableringsfrihet och fri rörlighet har det i 4 kap. 1 § LOU införts ett antal unionsrättsligt grundade principer vilka, oavsett förfarande⁹ ska iakttas vid offentlig upphandling, däribland krav på *likabehandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparens)*.¹⁰ Av den till kravet på likabehandling kopplade principen om *icke-diskriminering* följer bland annat att en upphandling inte får utformas så att den endast riktar sig till leverantörer i ett visst land eller annat avgränsat geografiskt område. Även om den upphandlande myndigheten inte förväntar sig några utländska anbud får den vid utformandet av förfrågningsunderlaget således inte införa krav som enbart svenska företag kan uppfylla eller specifikt rikta sig till den svenska marknaden.¹¹

Allmänt gäller vidare att de tekniska egenskaper som varan eller tjänsten ska ha ska anges som tekniska specifikationer i något av upphandlingsdokumenten. Vid utformningen får beaktas bl.a. varans eller tjänstens livscykel. När anbuden sedan utvärderas ska, i sådant fall, myndigheten bedöma anbudets kostnadseffektivitet i en analys som avser hela livscykeln.¹²

Köp av låssmedstjänster (CPV 98395000)¹³ och/eller lås (CPV 44521100) eller elektroniskt säkerhetslås (CPV 44521120) ska handläggas som en upphandling av varu- eller tjänstekontrakt utifrån bestämmelserna för det slag av upphandling som är huvudföremålet för kontraktet. För ett blandade kontrakt som avser både varor och tjänster ska huvudföremålet bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för varorna respektive tjänsterna.¹⁴

Om värdet av upphandlingen understiger tröskelvärdet 2.236.731 kronor¹⁵ ska upphandlingen genomföras med iakttagande av de nationella förfarandebestämmelserna i 19 och 19 a kap. LOU. Upphandlingen ska som huvudregel handläggas med annonserad anbudsinfordran. En annons om upphandlingen ska i så fall skickas för publicering i en annonsdatabas som är registrerad enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik.¹⁶

⁶ EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU, av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

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

⁸ Se 1 kap. 2 § LOU.

⁹ Bestämmelsen i 4 kap. 1 § LOU omfattar även förfaranden som annars ligger utanför det direktivstyrda regelverket - se bl.a. HFD 2018 ref. 60 med särskilt yttrande av justitierådet Nord.

¹⁰ 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, 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.

¹¹ Se prop. 2006/07:128, s. 132.

¹² För bestämmelser om varans eller tjänstens livscykelkostnader, se bl.a. 9 kap. 1 § samt 16 kap. 3-4 § och 1 kap. 17 § LOU.

¹³ CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska Unionen – se 1 kap. 11 a § och 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.

¹⁴ 2 kap. 2 § LOU – se även 1 kap. 24 § LOU enligt vilken ett varukontrakt som ett underordnat inslag kan omfatta kompletterande monterings- och installationsarbeten.

¹⁵ Vad som vid varje tidpunkt utgör *tröskelvärdet* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 5 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Tröskelvärdet för kommunal upphandling av varukontrakt inom den klassiska sektorn uppgår sedan den 1 januari 2022 till 2.236.731 kronor - se regeringens tillkännagivande (2022:190) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹⁶ Se 19 kap. 6 och 8 § LOU.

Direkt tilldelning,¹⁷ där den upphandlande myndigheten vänder sig direkt till en viss leverantör får, i fråga om ordinarie tjänster¹⁸ under tröskelvärde, endast komma ifråga vid vissa i lagen särskilt angivna undantagsfall.¹⁹

Ett direkt upphandlingsförfarande får bland annat tillämpas om det som ska upphandlas endast kan tillhandahållas av viss leverantör eftersom det på grund av *tekniska skäl* eller *ensamrätt* inte finns någon konkurrens.²⁰ 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.²¹

För undantag på grund av *tekniska skäl* krävs sålunda att föremålet för upphandlingen är av *teknisk karaktär* och att det på grund av denna tekniska karaktär är nödvändigt att tilldela kontraktet till en viss leverantör. Det ska även finnas behov av specifik kunskap eller verktyg som endast den tilldelade leverantören har, så att det är tekniskt nära nog omöjligt för någon annan att uppnå erforderlig fullgörandenivå. Det kan också röra sig om särskilda driftskompatibilitetskrav som måste uppfyllas för att det som upphandlas ska fungera.

För att *ensamrätt* ska kunna göras gällande krävs att kontraktet av legala skäl kan fullgöras av *endast en leverantör*. I fall den upphandlande myndigheten tror sig veta att enbart en viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för aktuella leveranser (s.k. *faktisk ensamsituation*) medför detta dock inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.²² Av lagförarbetena²³ framgår bland annat följande.

”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.”²⁴

Eftersom ett av syftena med upphandlingslagstiftningen är att öppna upp den inre marknaden för konkurrens så är möjligheten till undantag inte tillämpligt bara för att det saknas konkurrens på marknaden i Sverige. Det måste således visas att det saknas alternativt tänkbara leverantörer inom hela EU:s inre marknad.²⁵

¹⁷ Med *direkt tilldelning* avses här *direktupphandling* enligt 19 a kap. LOU som skiljer sig från ett *förhandlat förfarande utan föregående annonsering* enligt 6 kap. 12-19 § samma lag.

¹⁸ För sociala tjänster och andra särskilda tjänster enligt bilaga 2 till LOU finns vissa begränsningar till enbart 19 a kap. LOU.

¹⁹ Se 19 a kap. 2-6 § LOU.

²⁰ Se 19 a kap. 5 § punkten 2 jämförd med 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU.

²¹ EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-57/94) EU:C:1995:150, p. 24.

²² Se bl.a. EU-domstolens dom i de förenade målen *Bockhorn Braunschweig* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220.

²³ Prop. 2015/16:195, s. 998.

²⁴ I skäl 50 till LOU-direktivet (2014/24/EU) 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”.

²⁵ Se EU-domstolens domar i *kommissionen mot Tyskland* (C-275/08) EU:C:2009:632, p. 63; och *kommissionen mot Grekland* (C394/02) EU:C:2005:336, p. 36.

Vidare följer det av unionsrättslig praxis²⁶ att den som upphandlar något som kan medföra tekniska eller legala inlåsnings effekter ska se till att säkerställa att en effektiv konkurrens kan utvecklas i fråga om myndigheten senare uppkommande behov av underhåll, anpassning eller utveckling.

I svensk nationell domstolspraxis²⁷ har nyligen en upphandling av laserskrivare, där den upphandlande myndigheten hade vänt sig direkt till viss leverantör under åberopande av att man sedan tidigare hade laserskrivare av aktuellt fabrikat och att en enhetlig instrumentering var att föredra eftersom skrivarna skulle kopplas upp mot ett befintligt informationssystem, inte ansetts förenlig med LOU. Enligt domstolen hade det inte visats direkt nödvändigt att ha skrivare av samma fabrikat utifrån särskilda driftskompatibilitetskrav. Det hade inte heller framkommit att det saknats likvärdiga alternativ.

Vid upphandling av tekniska system eller utrustning som fordrar löpande underhåll, support, uppdateringar eller motsvarande bör således den upphandlande myndigheten försäkra sig om att sådana tjänster kan tillhandahållas också av andra leverantörer än den som levererar systemet eller utrustningen. Alternativt bör myndigheten redan i samband med den ursprungliga upphandlingen säkerställa giltiga licenser samt tillgång till och villkor för support och service under systemets eller utrustningens hela ekonomiska eller tekniska livslängd (livscykeln), vilka i så fall ska vägas in i anbudspriset. I annat fall riskerar det att skapas tekniska monopol som medför långa avtalsserier och kan missbrukas genom korssubventionering med exempelvis underprissatta varor i kombination med överprissatta framtida service-tjänster.

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen*²⁸ 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 undantag faktiskt föreligger.

En upphandling som har annonserats genom 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, där efter föreligger det inte längre någon möjlighet att föra sådan talan.²⁹

Efter ingripande av Konkurrensverket kan den upphandlande myndigheten dock tvingas att betala en särskild *upphandlingsskadeavgift*.³⁰ Denna straffavgift, som ytterst beslutas av allmän förvaltningsdomstol, ska beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor dock inte mer än tio procent av kontraktsvärdet.³¹ I rättspraxis har dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet. Talan om upphandlingsskadeavgift ska vara väckt senast inom sex månader från lagakraftvunnen dom avtalsogiltighet eller i annat fall senast ett år från den tidpunkt då avtalet slöts.³²

²⁶ Se EU-domstolens dom i *Stadt Köln* (C-796/18) EU:C:2020:395, särskilt pp. 73-75 där domstolen hade att pröva en anskaffning av programvara för brandförsvaret som löpande skulle komma att utvecklas i dialog mellan leverantören och användarna. Den tilldelade leverantören var dock ensam om att besitta källkoden och även andra kunskaper om programvarans utveckling och skulle därmed få en betydande ensamrätt (monopol) vid framtida anskaffningar. Domstolen uttalade särskilt att ”när en upphandlande myndighet avser att anordna ett förfarande för offentlig upphandling för att säkerställa underhåll, anpassning eller utveckling av en programvara som förvärvats från en ekonomisk aktör, ska den se till att tillräcklig information lämnas till potentiella anbudssökande och anbudsgivare för att en effektiv konkurrens ska kunna utvecklas på den härledda marknaden för underhåll, anpassning eller utveckling av nämnda programvara”.

²⁷ Se Förvaltningsrätten i Härnösands dom av den 29 augusti 2023 i mål nr. 1810- 23. Målet gällde en ansökan om upphandlingsskadeavgift på talan av Konkurrensverket jml. 21 kap. 1 § LOU, verkets dnr. /2023.

²⁸ Den s.k. *försiktighetsprincipen* följer av EU-domstolens fasta praxis i bl.a. *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23, med där redovisad praxis.

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

³⁰ 21 kap. 1 § första stycket 3 LOU.

³¹ 21 kap. 4 § LOU.

³² 21 kap. 7 § LOU

Yttrande

Kommunen har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats men skriftligen meddelat att man väljer att avstå från yttrande i ärendet.³³

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.

Kommunen är som upphandlande myndighet skyldig att vid anskaffning av bl.a. varor och tjänster iaktta regelverket i LOU. Av utredningen framgår att Kommunen har ett sedan tidigare upphandlat låssystem med 450 nyckelfria lås. Kommunen har i nu aktuellt avseende beslutat teckna avtal om köp av ytterligare 50 lås, för utbyte av tidigare installerade lås med föråldrad teknik, samt om förnyelse av sitt support- och licensavtal, till att gälla under en period av sex år fram till och med den 31 mars 2029.

Eftersom det rör sig om ett kombinerat tjänste- och varukontrakt under tröskelvärdet ska upphandlingen genomföras med iakttagande av de nationella förfarandebestämmelserna i 19 och 19 a kap. LOU. Som huvudregel föreligger därmed ett krav på att anbudsinfordran ska ske genom annonsering i en registrerad databas. Undantag från kravet att infordra konkurrerande anbud kan endast komma ifråga vid särskilda i lagen angivna omständigheter, som att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens. Det är Kommunen som har bevisbördan för sådana skäl och möjligheten till undantag ska tillämpas med försiktighet (restriktivt).

Kommunen har i sin beslutsmotivering anfört att den sedan tidigare äger nyttjanderättslicens till verksamhetssystem och integration avseende låsen medan ägande/nyttjanderätten till den programvara som systemet och integrationen baseras på tillkommer Låsföretaget. Det tidigare upphandlade verksamhetssystemet gällde fram till och med till och med den 31 mars 2023 och det har bedömts olämpligt av såväl tekniska som ekonomiska skäl att ställa om till ett eventuellt nytt system, vilket enligt Kommunen medför undantag för tekniska skäl.

Kommunen skulle dock redan i samband den ursprungliga lås-upphandlingen ha försäkrat sig om tillgång till erforderliga support- och licensavtal samt möjlighet att avropa ytterligare lås under systemets fulla tekniska eller ekonomiska livslängd. Alternativt skulle Kommunen ha försäkrat sig om att tillkommande supporttjänster och utbyteslås ska kunna upphandlas från andra leverantörer, i konkurrens på marknaden.

Att på sätt som nu skett, sätta sig i en sådan teknisk och legal inlåsningsituation med löpande monopol för viss leverantör, strider mot de grundläggande principerna om likabehandling och proportionalitet. Det finns därmed anledning att rikta kritik mot Kommunen, som på detta sätt brutit mot LOU och snedvridit konkurrensen på marknaden lås och låsmedtjänster.

Om Konkurrensverket väljer att ingripa mot förfarandet riskerar Kommunen att tvingas betala upphandlingsskadeavgift, som är ett slags böter, med upp till c:a 70.000 kronor.

³³ Kommunens yttrande, Ang. promemoria från Konkurrenskommissionen, dnr KKO 23-015, den 22 september 2023 – dnr. KS/2023:224.