

PM 2 2018-10-10 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Ett kommunalt bolag har beslutat köpa varor och tjänster för c:a 2,1 miljoner kronor direkt från ett tidigare upphandlat IT-företag, varigenom kontraktsförhållandet således kommit att förlängas utan mellankommande upphandling.

Uppsala kommun Skolfastigheter AB (nedan Skolfastigheter)¹ har den 18 maj 2018 beslutat köpa vissa IT-tjänster (molntjänster) direkt från en sedan tidigare upphandlad leverantör (nedan: IT-företaget). Någon annonserad anbudsinfordran har inte skett. Skolfastigheter har istället givit tillkänna sin avsikt att direkttilldela avtalet med IT-företaget genom ett meddelande om s.k. *frivillig förhandsinsyn*² som skickades den 18 maj 2018 till EU-kommissionen, för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.³ Av punkten V.2.1 i detta meddelande framgår att aktuell kontraktstilldelning har beslutats samma dag. Under punkten II.1.4 redovisas vidare, som en beskrivning av upphandlingen, att denna avser ”*Underlag till förhandsinsyn. IT-partner för Uppsala skolfastigheter*”. Under punkten IV.1.1 motiveras valet av förhandlat förfarande utan föregående annonsering med att ”*Kontraktet ligger utanför direktivets tillämpningsområde*”.⁴ Vidare anges följande.

”Uppsala kommun Skolfastigheter AB är ett bolag inom Uppsala kommun som äger och förvaltar merparten av kommunens pedagogiska lokaler, förskolor, grundskolor och gymnasieskolor. Verksamhetens IT-system är fastighetsinriktat och ställer särskilda krav på leverantören. Idag hanteras systemet utanför kommunens övriga IT-lösningar. I Uppsala kommuns koncept ”Ett Uppsala” som tagits fram, är ett av målen att de kommunala bolagen ska integreras i den gemensamma IT-driften. Det avser såväl infrastruktur, hårdvara och mjukvara som tjänster. Leverantör.

Skolfastigheter AB upphandlade IT-partner för 4 år sedan. Avtalet är inriktat på fastighetslösningar i fastighetsbranschen och innefattar därmed anpassad systemdrift, desktoplösningar, IT-infrastruktur, nätverkskommunikation och support. Avtalet löper ut 2018-06-30.

Tidplan.

Kommunen har genomfört en konsekvensutredning avseende Skolfastigheter AB:s inträde i kommunens gemensamma IT-drift. Diskussion pågår med kommunens IT-enhet kring hur och när flytt av drift och tjänster vid anslutning till befintligt system/infrastruktur kan ske. Då det är mycket som ska samordnas i samband med överflyttning, både verksamhetsmässigt och systemmässigt, måste flytten planeras i god tid för att inte inkräkta på Skolfastigheter AB:s kärnverksamhet. Enligt beräknad tidplan skulle en flytt ta 5-7 månader. En sådan flytt bedöms inte vara realistisk att genomföra under våren 2018, då det skulle inkräkta alltför mycket i den ordinarie verksamheten. Avtal och driftplan och projekt för att flytta verksamheten till kommunens interna drift ska startas så snart som möjligt. Skolfastigheter AB avser därför att förlänga avtalet med [IT-företaget] efter att förhandsinsynen avslutats och tiden för avtalsspärr löpt ut. Avtalet kommer att förlängas utifrån nuvarande avtal/innehåll och tecknas på 12 månader med möjlighet att förlängas 6 + 6 månader. Det beräknade kontraktsvärdet är ca 2.100.000 SEK”

Skolfastigheter har ett sedan tidigare, under 2014 upphandlat avtal med IT-företaget som avser bland annat tjänster för anpassad systemdrift, desktoplösningar, IT-infrastruktur, nätverkskommunikation och support. Detta avtal avser perioden den 1 juli 2014 – 30 juni 2018 och medger inte

¹ Uppsala kommun Skolfastigheter AB (Skolfastigheter), med org.nr. 556911-0751, bildades den 15 november 2012 och registrerades av Bolagsverket den 20 november samma år. Nuvarande firma registrerades den 10 januari 2010, tidigare firma har varit Startskottet 4503 AB. Gällande bolagsordning registrerades den 20 maj 2014, enligt vilken bolaget har till föremål för sin verksamhet att ”... att inom Uppsala kommun tillhandahålla ändamålsenliga lokaler för skol- och barnomsorgsverksamhet samt därmed förenlig verksamhet. Bolaget ska förvärva, avyttra, äga, i egen regi bebygga och förvalta fast egendom och tomträtt för uthyrning av lokaler huvudsakligen till skol- och förskoleverksamhet och därvid bidra till bästa möjliga nyttjande av den samlade fasta egendom, tomträtter och lokaler som används i alla de verksamheter som Uppsala kommun bedriver. Efter erhållande av Uppsala kommunfullmäktiges godkännande kan bolaget, för att främja ovan angivna ändamål, äga och aktier eller andelar i andra företag”. Skolfastigheter ägs indirekt av Uppsala kommun genom holdingbolaget Uppsala Stadshus AB (556500-0642).

² TED-annonsen: ”Sverige-Uppsala: Datorer och datamateriel 2018/S 096-219932 - Meddelande om frivillig förhandsinsyn – Tjänster”, publicerad den 23 maj 2018 i enlighet med EU-direktiv 2014/24/EU. I annonsen anges under punkten I.1 Uppsala kommun som upphandlande myndighet. I ett e-postmeddelande till Konkurrenskommissionen den 1 juni 2018 uppges emellertid att rätt upphandlande myndighet ska vara Skolfastigheter. Det kan även noteras att enligt annonsen anges som huvudsaklig CPV-kod 30200000, vilken avser varor i form av ”datorer och datamateriel” och inte specifikt tjänster.

³ Databasen Tenders Electronic Daily (TED) är EU-kommissionens elektroniska plattform för publicering av annonser som skickas till EUT.

⁴ TED-annonsen, punkt IV.1.1), ”Typ av förfarande”.

någon möjlighet till förlängning efter 30 juni 2018. Trots att detta avtal upphandlats i ett s.k. *förenklat förfarande*, som enbart kan komma ifråga för avtal vars värde understiger 1.806.427 kronor⁵ har Skolfastigheter hittills avropat varor och tjänster till ett sammanlagt värde av 6.469.740 kronor, exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).⁶

En fråga om på vilket sätt Skolfastigheters menar att dess nu direkttilldelade kontrakt skulle ligga ”utanför upphandlingsdirektivets tillämpningsområde” eller om det finns några andra skäl till att upphandla kontraktet utan föregående annonsering⁷ har bolaget besvarat med att ”Upphandlingen gör[s] med hänvisning enligt 6 kap. 18 § - LOU”⁸ samt att ”Skolfastigheter har i dagsläget, enligt beskriven text i förhandsannonsen, tyvärr ingen möjlighet än att göra något annat än att teckna avtal med nuvarande leverantör. Arbetet fortgår med kravspecifikation/upphandlingsunderlag för att så snart som möjligt göra ny upphandling alternativt kravställa på den interna driftorganisationen. Detta måste dock ske i kontrollerad takt för att inte riskera myndighetens normala verksamhet”.⁹ En därpå följande fråga om vilket lagstöd Skolfastigheter åberopar till stöd för detta resonemang har hittills icke besvarats.¹⁰

Upphandlingens s.k. kontraktsvärde kan med ledning av vad som anges i annonsen uppskattas till 2,1 miljoner kronor, exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).¹¹ På den aktuella marknaden för IT-tjänster och anknytande varor finns det inom Sverige och övriga EU flera leverantörer som skulle kunna komma i fråga för anbudsgivning¹².

Rättslig reglering

Med upphandling avses bland annat förfarandet till och med tilldelning av ett *kontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser bland annat tillhandahållande av tjänster mot ersättning.

Upphandling av *tjänster* och blandade kontrakt av både *varor och tjänster*¹³ som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU. Bestämmelserna ersätter en motsvarande reglering i äldre lagstiftning.¹⁴ Lagen är följd av bl.a. kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt (numera) artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU).¹⁵ Bestämmelserna är generellt tillämpliga på alla åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa varor och tjänster genom tilldelning av ett kontrakt.¹⁶

Kommunala bolag¹⁷ utgör enligt legaldefinitionen i 1 kap. 22 § LOU sådana *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt måste följa lagens bestämmelser.¹⁸ På motsvarande sätt utgör enligt

⁵ Ett förenklat förfarande enligt 15 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – ÅLOU – får i fråga om telekommunikationstjänster (A-tjänster, kategori 4 enligt bilaga 3 till ÅLOU) tillämpas endast om det samlade kontraktsvärdet av upphandlingen inte överstiger tröskelvärdet 1.806.427 kronor (motsvarande tröskelvärdet för kommunala företags upphandling inom den s.k. klassiska sektorn 2014 – se regeringens tillkännagivande (2014:5) om tröskelvärden vid offentlig upphandling).

⁶ Enligt uppgift ur leverantörsreskontra har, under perioden den 1 juli 2014 till den 1 juni 2018, Skolfastigheter till IT-företaget hittills betalat 8.087.175 miljoner kronor inklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms). Detta motsvarar ett värde om 6.469.740 kronor exklusive moms.

⁷ Se e-postmeddelanden av den 30 maj samt den 1 juni 2018, från Konkurrenskommissionen till Uppsala kommun.

⁸ Se e-postmeddelande av den 31 maj 2018, från Uppsala kommun (Skolfastigheter) till Konkurrenskommissionen.

⁹ Se e-postmeddelande av den 15 juni 2018, från Uppsala kommun (Skolfastigheter) till Konkurrenskommissionen.

¹⁰ Se e-postmeddelanden av den 15 juni 2018, från Konkurrenskommissionen till Uppsala kommun (Skolfastigheter).

¹¹ Se TED-annonsen, punkt V.2.4), ”Upplysningar om kontraktets/delens/koncessionens värde (exkl. moms)”.

¹² Enligt vad Konkurrenskommissionen kunnat konstatera finns det på marknaden minst fem verksamma företag utanför Sverige som borde kunna komma ifråga för anbudsgivning.

¹³ I fråga om *blandade kontrakt* som avser både varor och tjänster ska dessa utföras enligt bestämmelserna för det slag som utgör huvudföremålet för kontraktet – se 2 kap. 2 § LOU (2 kap. 18 jämförd med 21 § ÅLOU).

¹⁴ Lagen har kommit att ersätta de äldre lagarna (1992:1528) respektive (2007:1091) om offentlig upphandling.

¹⁵ EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU, av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

¹⁶ Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

¹⁷ Enligt den förteckning som redovisas i bilagan I till LOU-direktivet (2014/24/EU) utgör Universitet en central (statlig) myndighet i Sverige.

1 kap. 16 § LOU företag som på marknaden tillhandahåller aktuella varor eller tjänster *leverantörer* som ska lämnas möjlighet att delta med anbud.

Upphandling som avser internetjänster (CPV 72400000), IT-leverantörstjänster (CPV 72410000) eller administrativa tjänster för datorer (CPV 72510000)¹⁹ jämte därtill eventuellt anknyttande *varor* i form av datorer och datamateriel (CPV 30200000) ska, om det samlade kontraktsvärdet av varor och tjänster överstiger gällande tröskelvärde, handläggas enligt de direktivstyrda bestämmelserna i 1-18 kap. LOU. Tröskelvärdet för den nu aktuella upphandlingen uppgår till 2.096.097 kronor.²⁰ Vid detta förhållande ska som huvudregel anbud infordras i ett annonserat förfarande. Ett *förhandlat förfarande utan föregående annonsering*, där den upphandlande myndigheten tillåts vända sig direkt till en viss leverantör, får undantagsvis förekomma endast vid vissa i lagen särskilt angivna förutsättningar (se om detta vidare nedan).

Syftet med bestämmelserna om offentlig upphandling är bland annat att säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. Det har därför i 4 kap. 1 § LOU införts ett antal unionsrättsligt grundade principer som oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid all offentlig upphandling. Däribland krav på *likabehandling* och *öppenhet (transparens)*.²¹

Av dessa följer att alla leverantörer 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 myndigheter inte får inskränka möjligheten till information om förutsättningarna att delta med anbud i en upphandling till att rikta sig enbart till nationellt etablerade företag. Tvärtom ska samtliga leverantörer som är verksamma på EU:s inre marknad ges samma relevanta information vid samma tillfälle.²² Enligt vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalat är det nämligen en av regelverkets viktigaste funktioner att på detta sätt säkerställa att leverantörerna ges lika förutsättningar inom hela EU för att kunna lämna bärkraftiga anbud.

Lagens och direktivets förfarandebestämmelser behöver dock inte tillämpas på rena tjänstekontrakt som tilldelas en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. *rättsligt monopol*) att utföra tjänsten.²³

En upphandling får enligt 6 kap. 18 § LOU även undantagsvis genomföras utan föregående annonsering om en det är fråga om en ny tjänst som är en upprepning av tjänster som tidigare har upphandlats i ett annonserat förfarande.²⁴ Undantag enligt denna bestämmelse får dock endast komma ifråga under högst tre år efter det att det ursprungliga kontraktet ingicks, samt under förutsättning av att (1) arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett upphandlingsförfarande och (2) även tilldelas samma leverantör samt (3) är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet. Vidare måste (4) omfattningen av möjliga tillkommande tjänster och villkoren för tilldelningen av dem har angetts i upphandlingsdokumenten för den ursprungliga

¹⁸ På motsvarande sätt utgör enligt 1 kap. 16 § LOU företag som på marknaden tillhandahåller aktuella tjänster *leverantörer* som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).

¹⁹ CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska Unionen (EU-kommissionen, GD XV/B/4) – se vidare 4 kap. 19 § LOU samt Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), numera i delvis ändrad lydelse sedan 2008.

²⁰ Nu gällande tröskelvärde (2018) för kommunala företags upphandling av varor och tjänster inom den s.k. klassiska sektorn – se regeringens tillkännagivande (2018:34) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

²¹ 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.

²² Se 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.

²³ Se 3 kap. 10 § LOU.

²⁴ Se artikel 32.5 LOU-direktivet (2014/24/EU) enligt vilken det ursprungliga kontraktet ska ha tilldelats genom ett förfarande i enlighet med artikel 26.1 samma direktiv.

upphandlingen samt (5) värdet av det nya kontraktet ha ingått i uppskattningen av värdet av den ursprungliga upphandlingen. Det ska även (6) i samband med den ursprungliga upphandlingen ha angetts att det nu avsedda förfarandet kan komma att användas.

Undantag för direkttilldelning kan enligt 6 kap. 14 § LOU även komma ifråga om det på grund av *tekniska skäl* eller *ensamrätt* inte finns någon konkurrens.²⁵ Ett sådant förfarande kan dock endast tillämpas om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.²⁶ Upphandlingen får i förekommande fall inte vara utformad i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde eller för att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.²⁷ Marknadsbedömningen ska enligt det ovan angivna *förbudet mot diskriminerande särbehandling* göras utifrån en analys av hela den inre marknaden.

Även om den upphandlande myndigheten tror sig veta att enbart en viss leverantör faktiskt kan komma ifråga för aktuell leverans (s.k. *faktisk ensamsituation*) medför detta således inte i sig något skäl för undantag på grund av tekniska skäl eller ensamrätt enligt LOU.²⁸ Det räcker därför inte med att den upphandlande myndigheten kan visa att den har önskat köpa just en viss definierad tjänst, som i och för sig omfattar tekniska skäl eller ensamrätt. För att undantaget ska kunna göras tillämpligt måste det istället röra sig om ett behov för vilket det i princip inte finns något alternativt utbud eller konkurrens på marknaden.²⁹ Myndigheten måste sålunda kunna visa att det inte är möjligt för någon annan leverantör inom hela EU:s inre marknad att på ett likvärdigt, objektivt godtagbart sätt komma i fråga för att lämna anbud på det aktuella kontraktet.³⁰ I detta sammanhang räcker det inte med att den upphandlande myndigheten på egen hand kan ha undersökt förutsättningarna för en fungerande konkurrens, eftersom förekomsten av en sådan marknadsundersökning ändå aldrig kan undanta kravet på annonserad anbudsinfördan.

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis ska vidare möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som inom området för offentlig upphandling ges enligt unionsrätten tolkas restriktivt. Det ankommer även på den som åberopar ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar detta faktiskt föreligger.³¹ Den upphandlande myndigheten måste exempelvis kunna visa att de skäl som angivits för att motivera undantag för tekniska skäl eller ensamrätt har gjort att det är absolut nödvändigt att kontraktet tilldelas till den kontrakterade leverantören.³²

Vid en upphandling som till övervägande del avser tjänster föreligger det som huvudregel en obligatorisk skyldighet för den upphandlande myndigheten att upprätta ett skriftligt förfrågnings-

²⁵ Se 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU.

²⁶ Bestämmelsen motsvaras av art. 32.2 (b) LOU-direktivet (2014/24/EU), innebärande att ”*de undantag som angivits [i fråga om bl.a. tekniska skäl] ska endast gälla när inget rimligt alternativ eller substitut finns och om avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstgjord begränsning av upphandlingsparametrarna.*”

²⁷ Se 4 kap. 2 § LOU.

²⁸ EU-domstolen har i de förenade målen *kommissionen mot Tyskland* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220 prövat två upphandlingar om omhändertagande av avloppsvatten respektive bortskaffande av restavfall genom värmebehandling, där de berörda kommunerna Bockhorn och Braunschweig åberopade tekniska skäl för att inte inhämta anbud i konkurrens på den allmänna marknaden. EU-domstolen fann att detta inte kunde godkännas och uttalade att *ett förfarande som används på grund av att det föreligger ett tekniskt skäl ska vara förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen* (p. 62), samt att *risken för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte ska ske i konkurrens* (p. 63). Domstolen angav att valet av viss angiven teknisk process inte i sig kan anses utgöra tekniskt skäl som skulle kunna motivera undantag, om detta inte kan visas (p. 64). Domstolen fann vidare att åberopade miljöhänsyn till följd av korta transportavstånd inte ensamt kunde medföra tekniska skäl (pp. 65-66). Den omständigheten att Förbundsrepubliken Tyskland hänvisat till att den valda leverantören rent faktiskt var det enda företag som i praktiken kunde tilldelas kontraktet och att en ny upphandling inte skulle ändra detta förhållande medförde heller inte någon annan bedömning av domstolen (p. 57), som fällde Tyskland för fördragsbrott (p. 68).

²⁹ Se bl.a. prop.1992/93:88, s. 77.

³⁰ EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-199/85) EU:C:1987:115 och i *kommissionen mot Spanien* (C-328/92), EU:C:1994:178, pp. 17-19; se även, *kommissionen mot Belgien* (C-252/01) EU:C:2003:547. Avseende svensk nationell praxis se RÅ 2005 ref. 10 (*Ryanair*) samt Rosén-Andersson m.fl. *Lagen om offentlig upphandling - en kommentar*, Norstedts (2013), s 226 f.

³¹ Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23 samt där noterad praxis.

³² EU-domstolens dom i det ovan angivna målet *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) p. 24.

underlag och att infordra anbud genom annons i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.³³ Från denna annonseringsskyldighet kan dock göras undantag om någon av följande förutsättningar är uppfyllda.³⁴

- det som ska upphandlas har *lågt värde* – d.v.s. kontraktsvärdet understiger 586.908 kronor³⁵ – eller om det föreligger *synnerliga skäl*,
- det föreligger *synnerlig brådska* beroende på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutsägas av upphandlande myndigheten,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några lämpliga anbud eller ogiltiga eller oacceptabla anbud,
- syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller konstnärlig prestation,
- upphandlingen gäller vissa nödvändiga och brådskande kompletterande tjänster, eller
- upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tjänster som tidigare varit föremål för öppen eller selektiv upphandling från samma leverantör och värdet av det nya kontraktet ingått i uppskattningen av värdet av det ursprungliga projektet.
- det är fråga om en tjänst som följer på en projekttävling.

Enligt den ovan redovisade *försiktighetsprincipen* ska även dessa undantagsmöjligheter tolkas restriktivt och det ankommer på den upphandlande myndigheten att bevisa att sådana särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger. Exempelvis kan undantag på grund av *synnerliga skäl* eller *synnerlig brådska* endast komma ifråga vid extraordinära situationer. För att sådant undantag överhuvudtaget ska kunna komma ifråga måste anskaffningen framstå som absolut nödvändig. Enligt praxis ska det vidare röra sig om en brådskande anskaffning av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art.³⁶ Det ska även framstå som uppenbart att ett kontrakt omedelbart måste komma till stånd för att det inte annars ska uppstå mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa.³⁷

Det som kan rättfärdiga undantaget måste vidare bero på yttre förhållanden, dvs. omständigheter som ligger utanför det område som den upphandlande myndigheten har kunnat förutse eller påverka. Till exempel kan *egenförvållad brådska* hos den upphandlande myndigheten, till följd av bris-tande planering, inte medföra möjlighet till undantag. I kravet på oförutsebarhet ligger att förhållan-dena närmast ska ha *karaktären av force majeure*.³⁸

En upphandling som 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 tio dagar från det att annonsen publicerats.³⁹ Allmän förvaltningsdomstol kan dock, på talan av Konkurrensverket, senare besluta att en särskild *upphandlings-skadeavgift* ska betalas av en upphandlande myndighet som utan iakttagande av föreskrifterna om annonserad anbudsinfordran slutit avtal direkt med viss leverantör. En sådan straffavgift ska enligt 21 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.⁴⁰

³³ Se 10 kap. 1 § § LOU samt 2 § upphandlingsförordningen (2016:1162).

³⁴ Se 6 kap. 12 -19 §§ LOU.

³⁵ Direktupphandlingsgränsen 586.908 kronor har beräknats som 28 procent av tröskelvärdet 2.096.097 kronor, se 19 kap. 7 § tredje stycket jämförd med 5 kap. 1 § LOU samt regeringens tillkännagivande (2018:34) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

³⁶ Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i mål nr 7469--7472-11.

³⁷ I rättspraxis har exempelvis uteblivna livsmedelsleveranser till skolor, förskolor och servicehus ansetts vara av brådskade natur - se Kammar-rätten i Göteborgs dom av den 29 februari 2012 i mål nr. 1446--1452-12. I lagförarbetena anges även att 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.

³⁸ Se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

³⁹ Se 20 kap. 3 § och 15 § första stycket 2 LOU.

⁴⁰ 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.

Yttrande

Skolfastigheter, som givits möjlighet att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, har angivit att bolaget har svarat på tidigare inkomna frågor och har inget ytterligare att tillägga.

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.

Skolfastigheter är en sådan upphandlande myndighet som vid sina anskaffningar har att följa bestämmelserna i LOU. Såvitt framgår av det meddelande om s.k. frivillig förhandsinsyn som har skickats för publicering i EUT och TED har Skolfastigheter beslutat köpa vissa IT-tjänster och därmed sammanhängande varor direkt från IT-företaget.

Kontraktsvärdet av tilldelningen av Skolfastigheter själv uppgetts till c:a 2,1 miljoner kronor. Värdet överstiger därmed den beloppsgräns då upphandlingen kan anses vara intressant för hela den inre marknaden. Eftersom förfarandet avser tjänster och varor som skulle kunna tillhandahållas av andra än IT-företaget borde även andra leverantörer i Sverige och inom övriga EU:s inre marknad kunna komma ifråga för anbudsgivning.

Till grund för att tillämpa ett förenklat förfarande har Skolfastigheter angivit att ”*Kontraktet ligger utanför direktivets tillämpningsområde*”, dock utan att redovisa vilket lagligt stöd bolaget anser sig ha för detta påstående. Varken enligt LOU eller direktivet föreligger det något särskilt undantag för upphandling av IT-tjänster och därmed sammanhängande varor. Tvärtom ska enligt lagens huvudregel dylika varor och tjänster upphandlas i ett annonserat anbuds förfarande. Om upphandlingen, såsom i förevarande fall, värdemässigt överstiger tröskelvärdet ska förfarandet dessutom genomföras med iakttagande av de unionsrättsligt grundade bestämmelserna i 1-18 kap. LOU, så att leverantörer i hela EU ges möjlighet att delta med anbud i upphandlingen. Skolfastigheters påstående om att det aktuella kontraktet skulle ligga utanför direktivets tillämpningsområde är således felaktigt.

Skolfastigheter har vidare angivit att bolaget i dagsläget inte har någon möjlighet att göra något annat än att teckna avtal med nuvarande leverantör och att arbete inom bolaget fortgår för att så snart som möjligt göra ny upphandling alternativt kravställa den interna driftorganisationen, vilket dock måste ske i kontrollerad takt för att inte riskera den normala verksamheten.⁹ Detta tyder närmast på att den egentliga orsaken till att bolaget har direkttilldelat kontraktet till IT-företaget är den brådska som har uppkommit till följd av bristande planering från Skolfastigheters egen sida. Skolfastigheter har sedan upphandlingen 2014 känt till att det då upphandlade avtalet skulle löpa ut i juni 2018, utan möjlighet till förlängning, och har således haft god tid på sig för att genomföra en ny upphandling som avser tiden härefter. Något undantag till följd av *synnerlig brådska* enligt 6 kap. 15 § LOU kan därför inte komma ifråga

När det gäller Skolfastigheters invändning om att det direkttilldelade kontraktet utgör en *tilläggsbeställning* enligt 6 kap. 18 § LOU, innefattande en upprepning av tidigare tjänster som har varit föremål för ett offentligt upphandlingsförfarande, kan konstateras att sådan tilläggsbeställning får ske inom en period av högst tre år efter det att det ursprungliga kontraktet ingicks.⁴¹ Eftersom det ursprungliga avtal som Skolfastighet uppger sig ha förlängt genom tilläggsbeställning ingicks redan 2014 har det i maj 2018 inte varit lagligen möjligt att förlänga detta avtal genom tilläggsbeställning enligt 6 kap. 18 § LOU.

Det kan även noteras att en förutsättning för en sådan *tilläggsbeställning* är att det ursprungliga kontraktet upphandlats på ett korrekt sätt samt att det i samband med den ursprungliga upphand-

⁴¹ Se 6 kap. 8 § andra stycket LOU.

lingen har angetts att tilläggsbeställning kan komma att användas. Omfattningen och värdet av tilläggsbeställningen ska även ha tagits med vid tröskelvärdesberäkningen av det ursprungliga kontraktet.⁴² Så har emellertid inte skett. Eftersom kontraktsvärdet vid den ursprungliga upphandlingen (2014) kraftigt överstiger tröskelvärdet skulle förfarandet ha handlagts i enlighet med lagens direktivstyda bestämmelser.

Någon annan grund för undantag i aktuellt avseende har överhuvudtaget inte påståtts och än mindre visats föreligga. Det är exempelvis inte så att det anlitade IT-företaget skulle ha någon ensamrätt eller att det skulle föreligga tekniska skäl som gör att enbart detta företag, bland alla tänkbara leverantörer inom hela den inre marknaden, kan komma ifråga för att tillhandahålla Skolfastigheter med aktuella IT-tjänster.

Anbud skulle därför ha inhämtats genom annonsering i EUT och TED. Eftersom så inte heller har skett har också detta kontrakt kommit till i strid mot LOU, och kan även av detta skäl inte läggas till grund för förlängning genom tilläggsbeställning enligt 6 kap. 18 § LOU, såsom Skolfastigheter söker göra gällande.

Då det på den aktuella marknaden för IT-tjänster och anknytande varor finns flera andra leverantörer än IT-företaget, både i Sverige och övriga EU, borde även dessa kunnat komma i fråga för anbudsgivning i den aktuella upphandlingen. Istället för att genomföra en annonserad anbudsinfordran enligt lagens huvudregel har Skolfastigheter dock försökt kringgå lagens förfarandebestämmelser genom direkttilldelning och publicering av ett meddelande om frivillig förhandsinsyn.

Förfarandet har genomförts på ett sätt som strider mot kravet på likabehandling och öppenhet (transparens) eftersom samtliga övriga leverantörer än IT-företaget härigenom har uteslutits från möjlighet att lämna anbud. Skolfastigheter har därmed brutit mot LOU och de grundläggande unionsrättsliga principerna på sätt som ger anledning att rikta allvarlig kritik mot bolaget, som uppenbarligen behöver se över sina upphandlingsrutiner. Om Konkurrensverket skulle välja att ingripa mot upphandlingen riskerar Skolfastigheter även att få betala *upphandlingsskadeavgift* med ett belopp upp till c:a 140.000 kronor.

⁴² Se 6 kap. 8 § första stycket 4-6 LOU.