

PM 2 2020-03-26 SLUTLIG BEDÖMNING

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

En kommun har – under föregivande av tekniska skäl – beslutat köpa gymnasieutbildning för industritekniska programmet för c:a 10 miljoner kronor direkt från ett privat företag.

Hultsfreds kommun (nedan Kommunen) beslutade den 20 september 2019 sluta avtal (nedan Utbildningsavtalet) direkt med ett privat företag (nedan Teknikföretaget) utan föregående anbudsinfordran.¹ Såvitt framgår av ett meddelande om frivillig förhandsinsyn (nedan Meddelandet)² som publicerades den 25 september 2019 syftar Utbildningsavtalet till ”genomförandet av gymnasiets karaktärskurser för industritekniska programmet ”3D-teknik och modern produktion”.³ Utbildningsavtalet omfattar ”totalt 1700 poäng, 1630 undervisningstimmar, varav minst 345 timmar utförs via APL” och avser perioden ”VT 2020 samt tre följande läsår”.⁴ De i utbildningen förekommande kurserna kan dessutom ”löpande komma att justeras” i samråd med Kommunen.⁵

Någon annonserad anbudsinfordran har inte genomförts utan Utbildningsavtalet har tecknats direkt med Teknikföretaget inom ramen för en *direktupphandling*. Kommunen anger att ”konkurrens saknas av tekniska skäl”⁶ och lämnar i anslutning till detta följande förklaring.

”Trots avsaknad av uttryckligt undantag från upphandlingsskyldigheten är det sedvanligt att direktupphandla (oavsett värde) tjänster som inte lämpar att konkurrensutsättas. Den här tjänsten kräver en specifik erfarenhet samt kapacitet att genomföra samtliga kurser med hög kvalitet och med en utrustning som är både dyr och unik. Investeringskostnaden för att matcha den utrustningsnivå som ATC AB kan erbjuda beräknas till 8 000 000 SEK - 10 000 000 SEK.

Den tekniska nivån som efterfrågas kräver omfattande investeringar och välutbildad personal, samtidigt som närhet till Hultsfreds gymnasium krävs. Det senare för att elevernas skoldag ska kunna bli sammanhållen. Ingen leverantör antas med tanke på omfattningen av uppdraget klara av att göra den investering som krävs för att tekniskt kunna konkurrera med ATC AB till den maximala kostnad kommunen är villig att betala. Långsiktighet kan inte heller garanteras då söktrycket från elever varit lågt under en lång tid tillbaka i regionen. ATC AB har byggt upp en maskinpark delvis utifrån andra syften, som genom en samverkan kan komma kommunens gymnasieelever till del.

Den prislapp per elev som kommunen kan tänka sig att betala är maximalt 130 000 SEK per elev och år för elever på industritekniska programmet. Elever som tas emot via introduktionsprogrammets yrkesintroduktion kan kommunen endast betala 50 000 SEK för vardera per år. Detta ger att kontraktets totala värde kan bli högst cirka 10 000 000 SEK vid de beräknande troliga elevvolymerna. Denna inkomst bedömer beställaren otillräckligt för att en ny leverantör ska vilja etablera sig i Hultsfred då långsiktighet inte kan garanteras. Närheten till Hultsfreds gymnasium måste också garanteras då elevers restid inte får bli med än en timma per dag till och från utbildningsplatsen, inklusive resan för att inta skollunch.”⁷

Upphandlingens s.k. kontraktvärde kan med ledning av vad som anges i Meddelandet⁸ uppskattas till 10 miljoner kronor exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).

¹ Kommunens referensnummer F-004-2019.

² *Sverige-Hultsfred: Högstadi- och gymnasieundervisning (2019/S 185-451215) Meddelande om frivillig förhandsinsyn Tjänster*, som skickades den 23 september 2019 till EU-kommissionen för publicering den 25 september 2019 i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och databasen TED. Annonseringen har skett enligt det. s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU).

³ Meddelandet, punkten II.1.4.

⁴ Meddelandet, punkten II.2.4.

⁵ Meddelandet, punkten II.2.4.

⁶ Meddelandet, punkten IV.1.1.

⁷ Meddelandet, punkten IV.1.1.

⁸ Meddelandet, punkten II.1.7.

På fråga om vilken ”sedvana” som Kommunen menar utgör stöd för det valda förfarandet har Kommunen svarat följande ”Via kommunens inköpscentral har vi gjort tolkningen att det är sedvanligt, eftersom flera andra kommuner direktupphandlat tjänster på samma sätt med föregående förhandsinsyn och liknande bedömningar”.⁹

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 tjänster.

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

Lagen är generellt tillämplig på åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa varor och tjänster genom tilldelning av kontrakt.¹² Kommuner (kommunala myndigheter) utgör enligt legaldefinitionen i 1 kap. 22 § LOU sådana s.k. *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iaktta lagens bestämmelser.

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 förfarande ska iakttas vid offentlig upphandling, däribland krav på *likabehandling* och *öppenhet (transparens)*.¹³ De grundläggande principerna har enligt 4 kap. 1 § LOU införts för att även omfatta förfaranden som annars ligger utanför det direktivstyrda regelverket.¹⁴

Ett kontrakt som innefattar köp av högstadie- och gymnasieundervisning (CPV 80200000),¹⁵ utgör ett *tjänstekontrakt*¹⁶ som ska bedömas enligt bestämmelserna för *välståndstjänster*.¹⁷ Om det s.k. kontraktets värde av upphandlingen överstiger det särskilda tröskelvärdet 7.113.450 kronor¹⁸ ska upphandlingen genomföras med fullständigt iakttagande av de nationella förfarandebestämmelserna i 19 kap. LOU.¹⁹

⁹ Se e-postmeddelande från Kommunen den 8 november 2019, rubricerad Svar på fråga om sedvanlighet kring direktupphandling, av vilket även framgår följande ”Vi tänkte angående formuleringen ’sedvanligt att direktupphandla tjänster som inte lämpar sig för att konkurrens-sättas’ att det i detta fall är en unik kompetens vi söker, som få besitter i Sverige. Vidare innebär det en orimligt hög investeringskostnad för att nyetablara en verksamhet i närheten av Hultsfreds gymnasium. Orimligheten motiveras av att vi på grund av flera års svagt intresse från elever för utbildningen inte kan garantera ett längre kontrakt än tre år. Vi ser även att om något annat företag hade velat ta uppdraget hade det krävt en nyetablering, då utbildningsplatsen inte kan förläggas längre bort än cirka 15 minuter från gymnasieskolan. Det senare för att inte för mycket tid under dagen ska försvinna som restid till och från utbildningsplatsen. I förhandsinsynen specificerades att ’elevers restid inte får bli mer än en timma per dag till och från utbildningsplatsen, inklusive resan för att inta skollunch’.”

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

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

¹² Se 1 kap. 2 § LOU.

¹³ 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 Se bl.a. HFD 2018 ref. 60 med särskilt yttrande av justitierådet Nord.

¹⁵ 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.

¹⁶ Se 1 kap. 21 § LOU.

¹⁷ Med välfärdstjänster avses sådana tjänster som finns förtecknade i bilaga 2 b till LOU. Däribland utbildningstjänster i intervallet

¹⁸ Vad som vid varje tidpunkt utgör tröskelvärdet fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 5 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Det särskilda tröskelvärdet för tjänstekontrakt enligt bilagorna 2 och 2 b till LOU uppgår 2019 till 7.113.450 kronor - se regeringens tillkännagivande (2018:34) om tröskelvärdet vid offentlig upphandling.

¹⁹ Vid upphandling av välfärdstjänster under det särskilda tröskelvärdet ska endast vissa bestämmelser i 19 kap. LOU tillämpas.

Upphandlingen ska i så fall som huvudregel handläggas med annonserad anbudsinfordran. En annons om upphandlingen ska bl.a. skickas för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.²⁰

Direktupphandling, där den upphandlande myndigheten vänder sig till och tecknar avtal direkt med en viss leverantör, får komma ifråga endast vid vissa i lagen särskilt angivna undantagsfall. Enligt 6 kap. 14 § första stycket 2 och 3 LOU²¹ får direkttilldelning ske om det som ska upphandlas endast kan tillhandahållas av en viss leverantör och det på grund av *ensamrätt* eller av *tekniska skäl* därmed inte finns någon konkurrens.²²

Enligt andra stycket i samma paragraf får ett sådant förfarande dock användas endast om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen (jfr. 4 kap. 2 § LOU). Den upphandlande myndigheten måste i förekommande fall också kunna visa att de skäl som motiverar undantaget har gjort det absolut nödvändigt att tilldela kontraktet till den valda leverantören.²³

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 ensam situation*) medför detta dock inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.²⁴ I lagförarbetena²⁵ lämnas bland annat följande vägledning.

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

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

²⁰ Se 19 kap. 3 § andra stycket jämförd med 10 kap. 1 § LOU samt 2 § upphandlingsförordningen (2016:1152).

²¹ Bestämmelsen äger tillämnning på bl.a. välfärdstjänster över tröskelvärdet genom hänvisning i 19 kap. 7 § tredje stycket LOU.

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

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

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

²⁵ Prop. 2015/16:195 s. 998.

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

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, därefter föreligger inte längre möjlighet att föra sådan talan²⁷

Yttrande

Kommunen har i yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet anført att upphandlingen avbrutits och att inget avtal kommer att tecknas i dagsläget. En ny upphandling kommer att göras under våren 2020.

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 iaktta regelverket i LOU vid anskaffning av bland annat tjänster. Av utredningen framgår att Kommunen ursprungligen beslutat sluta avtal med Teknikföretaget om köp av gymnasieutbildning för 10 miljoner kronor.

Eftersom det rör sig om välfärdstjänster till ett värde överstigande det särskilda tröskelvärdet ska upphandlingen genomföras med iakttagande fullt ut av förfarandebestämmelserna i 19 kap. LOU. Enligt dessa bestämmelser föreligger det som huvudregel ett krav på att anbudsinfördran ska ske genom annonsering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED. Kommunen hade dock valt att tilldela kontraktet genom direktupphandling, så att inga andra leverantörer än Teknikföretaget fick möjlighet att lämna anbud. Som skäl för detta angav Kommunen att tjänsterna endast kan tillhandahållas av Teknikföretaget, och att konkurrens därmed saknas av tekniska skäl. Kommunen angav även att *”Trots avsaknad av uttryckligt undantag från upphandlingsskyldigheten är det sedvanligt att direktupphandla (oavsett värde) tjänster som inte lämpar att konkurrensutsättas”*.

Det är Kommunen som har att visa sådana tekniska skäl att det faktiskt har varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet till Teknikföretaget. Av utredningen framgår inte vilka tekniska skäl Kommunen åberopar eller varför just Teknikföretaget skulle vara den enda leverantören som kan leverera aktuella tjänster. Även om Kommunen trots sig veta att Teknikföretaget är enda tänkbara leverantör utgör detta typiskt sett inte något undantag från annonseringskyldigheten enligt LOU och det bakomliggande direktivet.

Någon *sedvana* som medför grund för att direktupphandla trots avsaknad av ett sådant uttryckligt undantag föreligger inte heller. De unionsrättsliga bestämmelserna och kravet på annonsering är överhuvudtaget inte dispositiva eller på annat sätt sådana att de kan sättas åt sidan av att exempelvis andra kommuner direktupphandlat tjänster på samma sätt.

Eftersom Kommunen numera avbrutit tilldelningen och inte längre avser att sluta avtal med Teknikföretaget finns det dock inte anledning till ytterligare kritik mot Kommunen, utöver ovan redovisade påpekanden.

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