

PM 2 2020-03-26 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Ett kommunalt bolag har – under föregivande av bristande konkurrens – beslutat hyra elfordon för i vart fall c:a 1,3 miljoner kronor direkt från ett privat företag, utan annonserad anbudsinfordran.

Halmstads Energi och Miljö AB,¹ (nedan Halmstads Energi) beslutade den 9 juli 2018 sluta avtal (nedan Fordonspoolavtalet) direkt med ett privat företag (nedan Elfordonsföretaget) utan föregående anbudsinfordran.² Såvitt framgår av ett meddelande om frivillig förhandsinsyn (nedan Meddelandet)³ som publicerades den 27 juni 2018 syftar Fordonspoolavtalet till att upprätta ”en mobilitets-tjänst” som ”består av en kombinerad elcykel- och elbilspool, belägen vid tågstationen i Halmstad, där användare kan boka lämpligast elfordon för varje enskild resa. Elfordonspoolen kommer stå under en solcarport som producerar el och fungerar som väderskydd.”⁴

Någon annonserad anbudsinfordran har inte genomförts utan Fordonspoolavtalet har tecknats direkt med Elfordonsföretaget inom ramen för en *direktupphandling*. Till grund för detta påstår Halmstads Energi att varorna endast kan tillhandahållas av en viss anbudsgivare, beroende på att konkurrens saknas av tekniska skäl. Härtill anges följande förklaring.

”Efter genomförd marknadsundersökning av Halmstads Energi och miljö kan efterfrågat avtal avseende elfordonspool där elbilarna fördelas automatiskt strax innan bokningen börjar, utifrån laddnivå vid denna tidpunkt och användarens uppgivna planerade körsträcka endast levereras av nämnd leverantör”.⁵

Den ”marknadsundersökning” som Halmstads Energi hänvisar till har bolaget beskrivit på följande sätt.

”Den marknadsundersökning som genomfördes finns ej skriftligen att tillgå, den har delvis genomförts muntligen med branschkollegor inom länet och intilliggande län (Göteborg, Mölndal, Kungsbacka, Varberg och Helsingborg) som också de har denna typ av tjänst att erbjuda. Samt genom VISMA Opic, där vi analyserat tidigare upphandling som fanns att tillgå.

Samt via telefonsamtal till aktörer i branschen för att höra deras erbjudande. Och det som framkom var att endast Move About kunde fördela elbilar automatiskt strax innan bokningen börjar, utifrån laddnivå vid denna tidpunkt och användarens uppgivna planerade körsträcka. Ingen klagade på vår avsikt under avtalsspärren som löpte 10 dagar från det att förhandsinsynen annonserades”.⁶

På marknaden för fordonsuthyrning finns det på den inre marknaden⁷ flera konkurrerande företag som skulle ha kunnat komma ifråga för anbudsgivning. Elfordonsföretaget är således inte ensam leverantör av aktuella varor och tjänster.

Upphandlingens s.k. kontraktvärde kan med ledning av vad som anges i Meddelandet⁸ uppskattas till i vart fall 1.284.000 kronor, exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).

¹ Halmstads Miljö och Energi AB, org.nr. 556528-3248, bildades den 14 december 1995 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 22 september samma år; Nuvarande firma registrerades 26 oktober 2006. Tidigare firma har varit Energiverken i Halmstad. Nu gällande bolagsordning godkändes av kommunfullmäktige i Halmstad den 16 april och antogs av bolaget den 23 april 2013, enligt vilken bolaget har till föremål för sin verksamhet att ”... bedriva produktion, distribution och handel med energi samt tillhandahålla tjänster i anslutning därtill - insamla, transportera, behandla och återvinna avfall - anskaffa, äga och förvalta fastigheter, anläggningar och utrustningar för produktion och distribution av energi samt att i förenlig omfattning äga aktier och andelar i företag inom energi- och miljösektorn. - erbjuda administrativa tjänster åt de kommunala förvaltningarna och bolagen”. Bolaget helägs av Halmstads kommun genom det kommunala holding-bolaget Halmstads Rådhus AB (556649-7961).

² Halmstads Energis referensnummer 2018/00103.

³ Meddelandet ”Sverige-Halmstad: Motorfordon (2018/S 121-276099) Meddelande om frivillig förhandsinsyn Tjänster”, som skickades den 25 juni 2018 till EU-kommissionen för publicering den 27 juni 2018 i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED. Annonseringen har skett enligt det. s.k. LUF-direktivet (2014/25/EU) och angivits till att avse varor i form av ”Motorfordon” (CPV 34100000).

⁴ Meddelandet, punkten II.2.4.

⁵ Meddelandet, punkten IV.1.1.

⁶ E-postmeddelande den 18 september 2019 från Halmstads Energi till Konkurrenskommissionen.

⁷ Med den inre marknaden avses den marknad där såväl svenska som övriga leverantörer inom EU är verksamma.

⁸ Meddelandet, punkten II.1.7.

Rättslig reglering

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

För verksamhet som består i tillhandahållande eller drift av fasta publika nät i samband med produktion, transport, distribution eller leverans⁹ av gas, värme, el eller dricksvatten till sådana nät, gäller istället lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna - LUF.

Lagarna är en följd av bland annat de unionsrättsliga kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster jämte de bakomliggande LOU-¹⁰ respektive LUF-¹¹ direktiven. Bestämmelserna syftar bland annat till att motverka korruption i offentlig verksamhet¹² och är generellt tillämpliga på åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet eller enhet i syfte att anskaffa varor och/eller tjänster genom tilldelning av ett kontrakt.¹³

Kommunala bolag är sådana *upphandlande myndigheter*¹⁴ eller *enheter*¹⁵ som obligatoriskt måste följa dessa upphandlingsbestämmelser.¹⁶ Regelverket för upphandling i försörjningssektorerna gäller dock enbart för sådana specifika verksamheter som regleras i LUF. Upphandling för annan verksamhet ska istället genomföras enligt bestämmelserna i LOU.

Syftet med lagarna är att bland annat säkerställa efterlevnaden av de unionsrättsliga bestämmelserna om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna.¹⁷ Det har i lagarna därför införts ett antal grundläggande principer som oavsett förfarande ska iaktas vid upphandling.¹⁸ Däribland krav på *likabehandling* och *öppenhet (transparens)*.¹⁹ Av dessa följer att alla leverantörer²⁰ ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud utifrån samma villkor. Samtliga leverantörer ska ges samma relevanta information vid samma tillfälle.²¹ 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. Enligt en förtydligande bestämmelse får en upphandling inte få utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.²² De grundläggande principerna har införts till att även omfatta förfaranden som annars ligger utanför det direktivstyrda regelverket.²³

⁹ Med *leverans* avses enligt 2 kap. 1 § andra stycket LUF generering eller produktion, grossistförsäljning och detaljförsäljning.

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 Europaparlamentets och Rådets direktiv (2014/25/EU) av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

¹² Se bl.a. betänkandet SOU 2018:44, jämte där angivna rättskällor.

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

¹⁴ 1 kap. 22 § jämförd med 18 § LOU.

¹⁵ 1 kap. 22 och 23 § jämförda med 17 § LUF

¹⁶ 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.

¹⁷ Kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget).

¹⁸ 4 kap. 1 § LOU och LUF.

¹⁹ De grundläggande principer som här åsyftas följer numera av avdelning IV 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.).

²⁰ Med *leverantörer* avses enligt 1 kap. 16 § LOU företag som är verksamma med att på marknaden tillhandahålla varor, tjänster eller byggtreprenader.

²¹ 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.

²² 4 kap. 2 § LOU och LUF.

²³ Se bl.a. Högsta förvaltningsdomstolens dom av den 19 oktober 2018 i mål nr. 3038-17 med särskilt yttrande av justitierådet Nord – ännu inte refererat i HFD.

En upphandling som avser hyra av motorfordon (CPV 34100000)²⁴ ska genomföras enligt bestämmelserna för varukontrakt.²⁵ Det s.k. *kontraktsvärdet* av upphandlingen ska beräknas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de har utnyttjats.²⁶ Om kontraktsvärdet därmed bedöms understiga gällande tröskelvärde²⁷ ska förfarandet handläggas enligt de nationella bestämmelserna i lagarnas 19:e kapitel, som regel genom ett annonserat förfarande där alla leverantörer ges möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan om att lämna anbud.²⁸

Direktupphandling, där den upphandlande myndigheten eller enheten vänder sig direkt till en viss leverantör, får undantagsvis komma ifråga om det som ska upphandlas avser lågt värde.²⁹ Direktupphandling kan även komma ifråga om det som upphandlas endast kan tillhandahållas av en viss leverantör och det av tekniska skäl därmed inte finns någon konkurrens.³⁰ Enligt andra stycket i samma lagrum får ett sådant förfarande dock endast användas om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.³¹

Den upphandlande myndigheten eller enheten måste i förekommande fall således kunna visa att de skäl som motiverar undantaget också har gjort det *absolut nödvändigt* att tilldela kontraktet till den valda leverantören.³² I lagförarbetena³³ beskrivs detta på följande sätt.

”Av [bestämmelsen] framgår under vilka förutsättningar undantagen [...] 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”.

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis ska möjligheten 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.³⁴

Ett avtal som har kommit till genom en s.k. otillåten direkttilldelning, utan iakttagande av kravet på annonsering, kan förklaras ogiltigt efter beslut av allmän förvaltningsdomstol.³⁵ Ansökan om ogiltighet av avtal ska som huvudregel komma in till rätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Efter denna tidsfrist kan sådan talan inte längre prövas.³⁶

²⁴ 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.

²⁵ 1 kap. 23 § jämförd med 19 kap. 1 § LOU. Enligt den i 2 kap. 2 § jämförd med 19 kap. 1 § LOU angivna *övertviktsprincipen* ska för ett blandat kontrakt som avser både varor och tjänster huvudföremålet bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för varorna eller tjänsterna.

²⁶ Se 5 kap. 3 § och 19 kap. 8 § andra stycket LOU samt 5 kap. 2 § och 19 kap. 8 § LUF.

²⁷ Gällande tröskelvärde för varu- och tjänstekontrakt som tilldelas av kommunala upphandlande myndigheter och enheter uppgår under 2018 och 2019 till 2.096.097 kronor enligt LOU och till 4.201.678 kronor enligt LUF - se regeringens tillkännagivande (2018:34) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

²⁸ 19 kap. 7-9 §§ LOU.

²⁹ Värdegränsen för lågt värde uppgår enligt 19 kap. 7 § tredje stycket LOU till 28 procent av gällande tröskelvärde (2.096.097 kronor) eller 586.907 kronor. Inom försörjningssektorerna uppgår motsvarande värdegräns enligt 19 kap. 7 § tredje stycket LUF till 26 procent av gällande tröskelvärde (4.201.678 kronor) eller 1.092.436 kronor.

³⁰ 19 kap. 7 § tredje stycket jämförd med 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU samt 19 kap. 7 § tredje stycket jämförd med 6 kap. 7 § första stycket 2 LUF.

³¹ Jfr. 4 kap. 2 § LOU och LUF.

³² Se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 24.

³³ Prop. 2015/16:195 s. 998.

³⁴ Se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23 jämte där noterad praxis.

³⁵ 20 kap. 13 § LOU och LUF.

³⁶ 20 kap. 17 § LOU och LUF.

Om det kan motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset ska domstolen istället besluta att avtalet får bestå, även om förutsättningarna för ogiltighet annars är uppfyllda.³⁷ Domstolen kan på talan av Konkurrensverket även besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av den upphandlande myndigheten eller enheten.³⁸ En sådan straffavgift ska beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor, dock inte högre än tio procent av kontraktsvärdet.³⁹ I rättspraxis har dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet.⁴⁰ Talan om upphandlingsskadeavgift ska senast vara väckt inom sex månader från lagakraftvunnen dom om avtalsogiltighet eller i annat fall senast ett år från den tidpunkt då avtalet slöts.⁴¹

Yttrande

Halmstads Energi har i yttrande över en preliminär bedömning som upprättats i ärendet angivit följande. Halmstads Energi avböjer att besvara framförda påståenden i den preliminära promemoria, då Konkurrenskommissionen inte är någon statlig myndighet som utöver tillsyn över upphandlande enheter. Om Konkurrensverket som tillsynsmyndighet önskar ta upp detta för granskning så välkomnar bolaget detta.⁴²

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.

Av utredningen framgår att Halmstads Energi har slutit avtal syftande till att Elfordonsförtaget ska tillhandahålla varor (motorfordon) i en fordonspool. Kontraktsvärdet har av Halmstads Energi uppgivits till 1.284.000 kronor och överstiger därmed de värdegränser enligt LOU och LUF då direktupphandling skulle kunna komma ifråga på grund av lågt värde. Avtalet har istället direktupphandlats med påstående att konkurrens saknas av tekniska skäl.

Halmstads Energi är ett kommunalt bolag och utgör som sådant en *upphandlande myndighet* enligt LOU och LUF. Den nu aktuella upphandlingen avser inte bolagets verksamhet inom försörjningssektorerna utan ska istället bedömas enligt regelverket i LOU. Enligt dessa bestämmelser har det som huvudregel funnits en skyldighet att annonsera upphandlingen så att även andra leverantörer än Elfordonsförtaget kan vara med och lämna anbud. Det nu åberopade undantaget på grund av tekniska skäl kan komma ifråga endast om Halmstads Energi kan visa att ingen annan leverantör inom hela EU:s inre marknad skulle kunna komma ifråga för anbudsgivning. Det är således endast i exceptionella fall där det överhuvudtaget inte finns någon fungerande utbudskonkurrens eller några rimliga alternativ som detta undantag kan komma ifråga. Bristen på konkurrens får heller inte bero på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen, där den upphandlande myndigheten eller enheten själv skapat bristen på konkurrens genom att utforma förutsättningarna på så sätt att bara en viss leverantör kan komma ifråga.

Det är Halmstads Energi som ska visa tillräckliga skäl för undantag. Den uppfattning bolaget synes ge uttryck för – att kravet på annonserad anbudsinfordran kan sättas åt sidan genom ett förfarande med en egen marknadsundersökning – bygger på en missuppfattning om det upphandlingsrättsliga regelverkets innebörd och funktion. Syftet med upphandlingsbestämmelserna är att under-

³⁷ 20 kap. 14 § LOU och LUF

³⁸ 21 kap. 1 § första stycket 2 LOU och LUF.

³⁹ 21 kap. 4 § LOU och LUF.

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.

⁴¹ 21 kap. 7 § LOU.

⁴² Halmstads Energi, yttrande till Konkurrenskommissionen daterat den 8 oktober 2019 (dnr. 2019/00135).

söka möjlig konkurrens genom offentliggörande i en allmänt tillgänglig databas som ger lika information om upphandlingen till alla på marknaden verksamma leverantörer. Såvitt kunnat utredas finns det på den inre marknaden för fordonsuthyrning flera konkurrerande företag som borde kunna komma ifråga för anbudsgivning i det aktuella fallet.

Eftersom Fordonspoolavtalet tilldelats i direkt strid mot LOU finns det skäl att rikta allvarlig kritik mot Halmstads Energi som härmed snedvridit konkurrensförutsättningarna på marknaden för fordonsuthyrning.