

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 05-035

PM 2 2005-12-14 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direktupphandling i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direktupphandling).

Haninges kommun har beslutat att utan föregående infordran av konkurrerande anbud på den allmänna marknaden köpa konferens tjänster m.m. från den lokala folketshusföreningen.

Kommunstyrelsen i Haninge beslutade vid sammanträde den 17 oktober 2005 (KS § 187/05) att godkänna ett förslag till avtal mellan Haninge kommun och Haninge Folkets Hus Förening u.p.a. ekonomisk förening (nedan Folketshusföreningen) ^u, av vilket framgår att kommunen från Folketshusföreningen under perioden den 1 januari 2006 till och med den 31 december 2007 på vissa angivna villkor skall disponera konferenslokaler i Haninge Folkets Hus. För detta skall kommunen erlægga en årlig garantihyra på 800.000 kronor som skall betalas halvårsvis i förskott. Vid avrop ^u skall från erlagd garantihyra avräknas enligt följande prislista:

	<u>Heldag</u>	<u>Halvdag</u>
Konferenslokal 20-70 personer	3.200 kr	2.000 kr
Konferenslokal 10-20 personer	2.600 kr	1.600 kr

När garantibeloppet är uppnått skall kommunen faktureras separat vid varje avropstillfälle enligt den angivna prislistan upp till en årskostnad på 1,2 miljoner kronor. Avrop som sker därutöver skall vara kostnadsfria.

Aktuella sammanträdeslokaler som omfattas av avtalet definieras på följande sätt: Till lokaler 20-70 personer skall räknas lokalerna Ornö, Utö och Biografen. Till lokaler 10-20 personer skall räknas lokalerna Björnö, Fjärdlång och Muskö.

Sammanträdesrummen, vilka samtliga finns tillgängliga i Haninge Folkets Hus, skall kunna disponeras dagligen måndag till fredag mellan klockan 08.00 och 17.00. Vid avrop senast 14 dagar i förväg skall Folketshusföreningen garantera att kommunen varje vecka måndag till fredag skall få disponera minst ett rum 10-20 personer samt minst ett rum 20-70 personer. I övrigt skall kommunen få disponera rum i den utsträckning som dessa finns att tillgå.

De aktuella sammanträdesrummen är möblerade och utrustade med teknisk konferensanläggning med overhead, whiteboardtavla med direktutskrift till papperskopior, diaprojektorer och storskärmsvideo. ^u Städning m.m. utförs av Folketshusföreningen, vilken även tillhandahåller en reception med konferensservice samt tillgång till fax och internet. I anslutning till konferensrummen finns en cafeteria med serveringsmöjligheter. Kommunen har i avtalet med Folketshusföreningen föreskrivit att föreningen skall "modernisera de tekniska installationerna i sammanträdeslokalerna".

På den lokala marknaden, Handens centrum med omnejd, finns det ett flertal konkurrerande aktörer som kan erbjuda konferensverksamhet. Någon upphandling genom infordran av konkurrerande anbud på marknaden för konferens tjänster har emellertid inte genomförts.

Gällande rätt

All offentlig upphandling och vad som äger samband med den, regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.

Skyldighet att följa lagens bestämmelser åvilar samtliga statliga, kommunala och andra myndigheter samt beslutande församlingar i kommuner och landsting, vilka enligt lagens terminologi anges som "upphandlande enheter".

Med upphandling avses enligt lagen köp eller hyra av varor, tjänster eller byggentreprenadarbeten som sker från ett fristående rättssubjekt (se legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU).^[4] Offentlig upphandling skall därför som regel alltid genomföras, om annat inte särskilt föreskrivs.

För några fall anger lagen att undantag kan ske och att något offentligt upphandlingsförfarande i dessa fall inte behöver genomföras. Bedömningen skall emellertid ske restriktivt och bevisbördan för att det föreligger tillräckliga skäl för undantag åvilar den upphandlande enheten.^[5]

Av 5 kap. 1 § LOU följer att anskaffning av eller nyttjanderätt i vad form som helst till fastighet, byggnad eller annan egendom som utgör fast egendom eller tillhör till fastighet eller byggnad eller rättigheter av nu nämnt slag undantas från lagens tillämpning. Bestämmelsen innebär att något offentligt upphandlingsförfarande inte behöver genomföras om en upphandlande enhet tecknar avtal avseende hyra eller annan nyttjanderätt till exempelvis en byggnad.

Undantaget omfattar emellertid inte andra kringtjänster än sådana som typiskt sett sammanhänger med fastighetsupplåtelsen, exempelvis fastighetsunderhåll, uppvärmning m.m. Möblering och tillhandahållande av teknisk utrustning, receptionsservice m.m. ingår således inte i hyresundantaget enligt 5 kap. 1 § LOU och undantaget är inte förenat med någon sådan överviktsprincip som gäller för varor och tjänster, att upphandling skall ske enligt det regelverk som motsvarar den värdemässigt dominerande delen av upphandlingen.

Rena konferenstjänster där den upphandlande enheten förutom själva den förhyrda lokalen, tillgodogör sig även kringservice av olika slag torde närmast vara att betrakta som upphandling av tjänst, närmast Hotell- och restaurangtjänster (kategori 17) enligt en bilaga B till lagen, vilken oavsett kontraktsvärdet skall upphandlas enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU.

Tillsyn över den offentliga upphandlingen utövas i Sverige av Nämnden för offentlig upphandling (NOU). Från nämndens tillsynspraxis förtjänar nämnas ett avgörande där Stockholms läns landsting hade i ett avtal åtagit sig att verka för att förlägga den egna kurs- och konferensverksamhet samt viss representation till Ulvsunda slott, vilket drevs i privat regi. Nämnden påpekade att detta åtagande strider mot lagen om offentlig upphandling, och angav därvid följande: *”Kommande anskaffning av kurs- och konferenslokaler skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn, 1 kap. 4 § LOU. Detta gäller även vid förenklad och s.k. direktupphandling enligt 6 kap. LOU. Det är därför inte förenligt med lagen att en upphandlande enhet i sin verksamhet aktivt verkar för att en speciell leverantör skall anlitas vid framtida upphandlingar”*.^[6]

Vid köp av tjänster från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning, som är förenlig med Romfördraget, har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten behöver något offentligt upphandlingsförfarande inte genomföras (5 kap. 2 § LOU). Den omständigheten att en upphandlande enhet tror sig veta att enbart viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktisk ensamsituation) medför däremot inte undantag från lagens huvudregel att upphandling ändå måste genomföras.^[7]

Enligt 6 kap. 2 § första stycket samt 2a § LOU föreligger en obligatorisk skyldighet för upphandlande enheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar. Samtliga företag som tillhandahåller den aktuella typen av tjänster utgör ”leverantörer” i lagens mening och skall lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (”anbudsansökan”).

Enligt 6 kap. 2 § andra stycket samt 2 b § LOU föreligger vid tjänsteupphandlingar undantag från denna skyldighet under vissa förutsättningar, nämligen om upphandlingens värde är lågt eller det föreligger synnerliga skäl såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten, om det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud, om det som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör, upphandlingen gäller tilläggstjänster, eller upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tjänster ingående i ett projekt som högst tre år tidigare varit föremål för upphandling enligt lagen om offentlig upphandling.

Av EG-fördraget följer vidare allmänna principer om likabehandling, icke-diskriminering och insyn vilka numera, har giltighet även som svensk rätt^[8]. Artiklarna 43 och 49 i EG-fördraget liksom principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn har i gemenskapsrättslig praxis kommit att tolkas så att de har en generell giltighet även vid sidan om de bestämmelser som reglerar den offentliga upphandlingen.^[9] Detta medför en allmän skyldighet, vid sidan om de upphandlingsrättsliga regleringen, för upphandlande myndigheter att iaktta likabehandling och konkurrens i samband med avtal med fristående leverantörer som innefattar ekonomiska villkor.

Yttrande

Haninge kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

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 i ärendet framgår att Haninge kommun beslutat teckna avtal med den lokala Folketshusföreningen om hyra av lokaler. Avtalet medför även tjänster i form av service och utrustning i anslutning till de förhyrda lokalerna. Bland annat har kommunen föreskrivit att Folketshusföreningen skall modernisera lokalernas tekniska utrustning.

Avtal om hyra av lokaler är undantagna från allmänt upphandlingstvång enligt lagen om offentlig upphandling. Undantaget omfattar emellertid inte sådana kringtjänster som möblering, konferensutrustning och sådan övrig service som typiskt sett ingår i konferenstjänster. Hotelltjänster, vilka liksom konferenstjänster även kan sägas innefatta lokalhyra, är exempelvis inte undantagna från upphandlingstvång enligt gällande bestämmelser. Nämnden för offentlig upphandling har i sin tillsynsverksamhet tidigare uttalat att anskaffning av kurs- och konferenslokaler (Ulvsunda slott) skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt samt att anbudsgivare och anbud därvid skall behandlas utan ovidkommande hänsyn enligt 1 kap. 4 § LOU. Vidare gäller enligt en allmän gemenskapsrättslig princip att förekommande fall av undantag från huvudregeln om att upphandling skall ske genom offentlig anbudsfordran, skall tolkas restriktivt och att det är den upphandlande enheten som har bevisbördan för att skäl för undantag föreligger.

Det föreligger inte någon synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på Haninge kommun. Någon tidigare konkurrensupphandling har inte genomförts och det är vare sig fråga om tilläggsbeställningar eller upprepningsarbeten. Inte heller tekniska eller konstnärliga skäl eller föreliggande ensamrätt kan åberopas till stöd för att köpa direkt från Folketshusföreningen [\[PC1\]](#).

Det avtal som Haninge kommun har beslutat ingå omfattar inte enbart lokalhyra utan inbegriper även andra tjänster. Vad som omfattas av hyresundantaget enligt LOU avgörs ytterst av allmän förvaltningsdomstol, på talan av leverantör. Enligt Konkurrenskommissionens mening är det aktuella avtalet emellertid närmast att anse som ett köp av konferenstjänster. Hyresundantaget i lagen om offentlig upphandling kan därför inte vara tillämpligt, utan på samma sätt som hotelltjänster måste de aktuella konferenstjänsterna upphandlas i ett offentlig anbudsförfarande. Genom att underlåta ett sådant förfarande och istället köpa aktuella tjänster direkt från Folketshusföreningen menar Konkurrenskommissionen att Haninge kommun har åsidosatt gällande bestämmelser om affärsmässighet vid offentlig upphandling. Konkurrensen på den lokala marknaden för konferenstjänster har därmed snedvridits.

^[1] Haninge Folkets Hus Förening u.p.a. är en ekonomisk förening med organisationsnummer 712400-0469. Föreningen registrerades hos Länsstyrelsen i Stockholms län den 12 oktober 1972 och har till ändamål att uppföra, förvalta och tillhandahålla allmänna samlingslokaler och att i dessa erbjuda förhyrarna möjlighet att bedriva förenings-, kultur-, bildnings- och nöjesverksamhet. Föreningen kan också i egen regi svara för sådana verksamheter.

^[2] Förekommande avrop enligt avtalet anges i avtalstexten som "lokalförhyring" alternativt "förhyring" i framställningen här anges termen avrop för att undvika att de aktuella rättshandlingarna uppfattas som självständiga hyresavtal, vilket dessa inte är.

^[3] Se Folketshusföreningens hemsida på internet, www.haninge.fh.se.

^[4] Hotell- och restaurangtjänster utgör sådana s.k. B-tjänster (kategori 17) enligt en bilaga B till lagen, som oavsett kontraktsvärdet skall upphandlas enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU.

^[5] Se EG-domstolens nyligen avgjorda mål C-458/03 (Parking Brixen), där domstolen sammanfattade den gemenskapsrättslig praxis på följande sätt: "Vad gäller ett undantag från de allmänna gemenskapsrättsliga bestämmelserna ... är [det] den som avser att åberopa undantagsbestämmelsen som har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs" (p. 63). Se även domstolens tidigare domar i målen C-199/85 (Kommissionen mot Italien), C-328/92 (Kommissionen mot Spanien) samt C-57/94 (Kommissionen mot Italien).

^[6] Se NOU-info oktober 1997 sid. 9.

^[7] Se RÅ 2005 ref. 10, se även EG-domstolens dom i de förenade målen C-20/01 och C-28/01 (Braunschweig).

^[8] Se 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen.

^[9] Se EG-domstolens domar i målen C-324/98 (Telaustria) samt C-458/03 (Parking Brixen).

[PCI]

/Version 1 / Det avtal som Haninge kommun har beslutat ingå omfattar inte enbart lokalhyra utan inbegriper även andra tjänster som gör att avtalet närmast måste vara att anse som ett köp av konferenstjänster. Hyresundantaget i lagen om offentlig upphandling kan därför inte vara tillämpligt, utan på samma sätt som hotelltjänster måste de aktuella konferenstjänsterna upphandlas i ett offentlig anbudsförfarande. Genom att underlåta ett sådant förfarande och istället köpa aktuella tjänster direkt från Folketshusföreningen har Haninge kommun åsidosatt gällande bestämmelser om affärsmässighet vid offentlig upphandling. Konkurrensen på den lokala marknaden för konferenstjänster har därmed snedvridits.

/Version 2 /