

PM-2 2001-09-12 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (direktupphandling).**

*Ett antal kommuner i Skåne län har utan föregående upphandling i konkurrens uppdragit åt landstinget Region Skåne att mot ersättning utföra administrativa tjänster för upphandling, samordning och administration av s.k. samhällsbetalda resor.*

Eslövs kommun, Hässleholms kommun, Hörby kommun, Höörs kommun, Kristianstads kommun, Sjöbo kommun, Skurups kommun samt Ystads kommun har genom separata avtal som i all väsentligt är likalydande, under år 2000 och 2001 uppdragit åt landstinget Region Skåne, att för deras räkning utföra tjänster för administration av i huvudsak färdtjänstresor.

Av uppdragsavtalen framgår (punkten 1.4.) att "Skånetrafiken", som är en förvaltning inom landstinget, skall "upphandla och samordna de tjänster som krävs för att tillgodose kommunens behov av samhällsbetalda resor ...". Uppdraget innebär enligt avtalen (punkten 2.1.) således att landstinget för respektive kommuns räkning skall "upphandla, samordna och administrera de samhällsbetalda resorna" enligt beskrivning i en bilaga till avtalen.

Landstinget Region Skåne är länstrafikansvarig och huvudman för den lokala och regionala kollektivtrafiken i Skåne län enligt lagen (1997:734) om ansvar för viss kollektiv persontrafik (s.k. trafikhuvudman). Huvudmannaskapet för sådan trafik som primärkommunerna enligt lag ansvarar för (bl.a. färdtjänstresor) har emellertid inte överlämnats till landstinget.<sup>1</sup>

För utförda tjänster enligt föreliggande avtal skall landstinget i efterskott fakturera respektive kommun.

De nu aktuella avtalen mellan kommunerna och landstinget ersätter ett tidigare liknande avtal mellan ett av dåvarande Kristianstads läns landsting (indirekt) ägt bolag<sup>2</sup> och vissa av de berörda kommunerna samt ett antal separata avtal med samma innebörd mellan bolaget eller dess dotterbolag<sup>3</sup> och andra av de berörda kommunerna. Lagligheten av dessa äldre avtal har

---

<sup>1</sup> Landstinget Region Skåne (231200-0255). Landstinget föregicks av Regionförbundet Skåne, vilket tillkom genom lagen (1996:1414) om försöksverksamhet med ändrad regional ansvarsfördelning samt lagen (1996:1415) om försöksverksamhet med regionförbund i Kalmar län och Skåne län. Regionförbundet utgjorde en interimistisk organisation under tiden verksamheten i landstingen i förutvarande Kristianstads respektive Malmöhus län, samt vissa delar av Malmö stads verksamhet, överfördes till den för det nya Skåne län gemensamma landstingsorganisation som sedermera kom att benämnas Region Skåne.

<sup>2</sup> Kristianstads läns Trafik AB, (reg.nr. 556205-5433). Bolaget registrerades den 3 juli 1980 Patent- och Registreringsverkets (PRV) bolagsregister.

<sup>3</sup> AB Trafikservice Skåne län (reg. nr. 556401-6789). Bolaget registrerades den 5 september 1990 i Patent- och Registreringsverkets (PRV) bolagsregister. Nuvarande firma och bolagsordning registrerades den 16 april 1998. Bolagets tidigare firma var AB Trafikservice L län. Bolaget ingick vid den aktuella

för landstingets räkning varit föremål för en fristående rättsutredning av en advokat. Av denna utredning<sup>4</sup> framgår bl.a. följande: ”*Samtliga dessa tjänster omfattas av LOU:s bestämmelser och skall upphandlas [...] Avtalet skulle ha upphandlats på nytt enligt LOU:s bestämmelser allra senast någon gång under åren 1996 till 1997. Har någon upphandling ej skett och ramavtalet förlängts, så har ramavtalets parter de facto brutit mot LOU:s bestämmelser [...] Utifrån de handlingar vi erhållit, får vi det bestämda intrycket att i vart fall Avtalet förlängts vid upprepade tillfällen utan att någon upphandling företagits [...] Avtalet samt de enskilda uppdragsavtal som tecknat direkt med [landstingsbolaget] och som inte upphandlats i enlighet med upphandlingslagens regler måste därmed sägas upp snaras möjligt och upphandlas på ett korrekt sätt. Det förhållande att en offentlig verksamhet som Skånetrafiken bedriver delar av sin verksamhet i strid mot gällande upphandlingsregler är givetvis olyckligt och kan bli till skada för verksamheten ...*”.

På marknaden för samordning av sjukresor och drift av beställningscentraler finns det ett flertal privata företag verksamma. Någon konkurrensupphandling av de aktuella tjänsterna har emellertid inte ägt rum, utan verksamheten har uppdragits direkt till landstinget av de berörda kommunerna.

### Gällande rätt

Offentliga upphandlingar regleras sedan den 1 januari 1994 genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

Tjänster för landtransport, inkl. säkerhetstransporter, kurir- och taxitransport, utom postbefordran (kategori 2) samt konsulttjänster för upphandling (kategori 11)<sup>5</sup> utgör s.k. A-tjänster enligt en bilaga A till lagen om offentlig upphandling och skall om det samlade värdet av tjänsterna överstiger tröskelvärdet 1,756 miljoner kronor<sup>6</sup>, upphandlas enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap., 5 kap. samt 7 kap. LOU. Understiger upphandlingens värde det angivna tröskelvärdet skall upphandlingen istället handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-5 §§, 6 kap. samt 7 kap. LOU.

Tjänster för drift av beställningscentraler kan emellertid utgöra s.k. B-tjänster (kategori 27 – andra tjänster), som oavsett värdet skall upphandlas enligt de senare bestämmelserna. Val av upphandlingsförfarande skall ytterst bestämmas av vilken tjänstekategori / vilka tjänstekategorier som värdemässigt dominerar upphandlingen (5 kap. 3 § andra stycket LOU).

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som huvudregel att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

---

tidpunkten i koncernförhållande som dotterbolag till Kristianstads läns Trafik AB (se not ovan).

<sup>4</sup> Advokataktiebolaget Nordic Law promemoria den 18 november 1998 med rättslig bedömning angående AB Trafikservice Skåne län och dess deltagande i offentlig upphandling.

<sup>5</sup> Konsulttjänster för upphandling (CPV-nummer: 74141800-7) utgör konsulttjänster för administration och organisation (kategori 11) enligt bilaga A till lagen om offentlig upphandling.

<sup>6</sup> Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från den 1 april 2000, vid upphandlingar av varor och tjänster.

I förarbetena till lagen om offentlig upphandling motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om icke diskriminering<sup>7</sup> (jfr. art. 6 i EG-Romfördraget). Reglerna är bl.a. utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensnedvridande sätt. Lagens bestämmelser medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader.

Under de aktuella förutsättningarna skall den upphandlande enheten normalt tillämpa något av upphandlingslagens förfaranden antingen för *öppen upphandling* eller *selektiv upphandling* eller för *förenklad upphandling* eller *urvalsupphandling*. Enheten skall därvid upprätta ett skriftligt upphandlingsunderlag samt infordra anbud i konkurrens på den allmänna marknaden, antingen genom en annons i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) eller i en allmänt tillgänglig databas. Enbart om tjänsterna på grund av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan utföras av endast en viss leverantör, behöver enligt 5 kap. 17 § LOU den upphandlande enheten emellertid inte iaktta något förbundet förfarande för anbudsinfordran, utan kan upphandla direkt från viss leverantör (s.k. *förhandlad upphandling utan föregående annonsering*).

Köp mellan primärkommuner eller kommuner och landsting omfattas i princip av lagen om offentlig upphandling. Undantag kan emellertid föreligga vid kommunala betalningar till s.k. kommunalförbund<sup>8</sup> eller gemensamma nämnder<sup>9</sup>, som inrättats med iakttagande av kommunallagens (1991:900) bestämmelser och för det ändamål betalningen avser.

EG-domstolen har i ett mål av principiell betydelse (Teckalmålet)<sup>10</sup>. - som avsåg ett kommunalt köp direkt från en kommunalförbundsliknande association i Italien - uttalade att det i

---

<sup>7</sup> Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.

<sup>8</sup> Enligt 3 kap. 20 § kommunallagen får kommuner och landsting lämna över vården av sina angelägenheter till s.k. *kommunalförbund* i vilket kommunen eller landstinget ingår. Kommunalförbunden är självständiga juridiska personer vilka kan bildas för särskilt ändamål. Kostnaderna för verksamhet som bedrivs i kommunalförbund fördelas i regel genom nyckeltal enligt kommunalförbundets statuter (förbundsordningen), som anger i vilken ordning de deltagande kommunerna och landstingen har att genom anslag av offentliga medel ekonomiskt bidra till verksamheten.

<sup>9</sup> Enligt 3 kap. 3 a § kommunallagen får kommuner och landsting även lämna över vården av sina angelägenheter till s.k. *gemensamma nämnder*, som är gemensamma för flera kommuner och/eller landsting. En sådan nämnd får i allt väsentligt fullgöra uppgifter för vilka det enligt särskilda författningar skall finnas en eller flera nämnder i varje kommun eller landsting. En gemensam nämnd tillsätts i någon av de samverkande kommunerna eller landstingen och ingår i denna kommuns eller detta landstings organisation. Kostnaderna för verksamheten bestrids genom anslag från de deltagande kommunerna eller landstingen.

<sup>10</sup> EG-domstolens avgörande den 18 november 1999 (C-107/98 Teckal Srl ./ Commune di Viano), avsåg tillämpning av artikel 6 i rådets direktiv

och för sig kan anses förenligt med EG-rätten att avtal utan upphandling sluts mellan, å ena sidan, en lokal myndighet, och, å andra sidan, en i förhållande till denna myndighet fristående juridisk person, om den lokala myndigheten utövar en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning och denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den. Något sådant förhållande råder som regel inte mellan kommuner och landsting.

Av 5 kap. 2 § LOU framgår, som ett undantag från lagen, att en upphandlande enhet emellertid inte behöver följa lagen vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning, som är förenlig med Romfördraget, har ensamrätt att utföra tjänsten.

Enligt den ovan omtalade lagen (1997:734) om ansvar för viss kollektiv persontrafik (kollektivtrafiklagen) skall det för att främja en tillfredsställande trafikförsörjning i varje län finnas en ”trafikhuvudman” som ansvarar för den lokala och regionala linjetrafiken för persontransporter (1 § kollektivtrafiklagen). Sådan trafikhuvudman kan vara en de berörda kommunerna, landstinget eller ett av kommunerna och landstinget helägt bolag. Vissa uppgifter som omfattas av kollektivtrafiklagen, som t.ex. linjetrafik, kan i upphandlingsrättsligt hänseende medföra viss ensamrätt för trafikhuvudmannen att tillhandahålla de berörda kommunerna aktuella tjänster. Sådana tjänster torde med stöd av undantagsbestämmelsen i 5 kap. LOU således inte behöva upphandlas. Andra uppgifter enligt lagen (exempelvis uppdrag avseende tjänster för drift av beställningscentraler för eller samordning av sjukresor) omfattas emellertid inte av den i föreliggande fall uppkommande ensamrätten utan skall alltid upphandlas från uppdragsgivande kommuners sida.

Enligt Regeringsrättens praxis<sup>11</sup> föreligger det inte någon ensamrätt enligt lag eller författning för ett trafikhuvudmannabolag att utföra tjänster avseende drift av beställningscentral för eller samordning av sjukresor. En överenskommelse om köp av sådana tjänster innefattar enligt domstolens bedömning upphandling av tjänster på vilka upphandlingslagen är tillämplig.

Konsulttjänster för upphandling regleras inte genom kollektivtrafiklagen och omfattas därför inte av något annat rättsligt monopol som medger undantag från lagen om offentlig upphandling. Även dessa tjänster skall således upphandlas i enlighet med lagens huvudprinciper om affärsmässighet och konkurrens.

### Yttrande

De berörda kommunerna i Skåne län har var och en beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan någon kommun inom utsatt tid inkommit med något svar.

### Bedömning

Konkurrenskommissionen är en privat 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.

Eslövs, Hässleholms, Hörby, Höörs, Kristianstads, Sjöbo, Skurups samt Ystads respektive kommuner har utan föregående infordran av konkurrerande anbud på den allmänna

---

92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (det s.k. Teckal-målet).

<sup>11</sup> Regeringsrätten, dom av den 19 december 2000, mål nr. 180-2000 Annika Rullgård ./.. Landstinget Dalarna, (publicerad i RÅ 2000 ref. 60).

marknaden lämnat uppdraget till Skånetrafiken, som är en förvaltning inom landstinget Region Skåne, att utföra tjänster för upphandling, samordning och administration av sådana s.k. samhällsbetalda resor som kommunerna har ansvar för. Ersättning för utförda tjänster skall faktureras kommunerna av landstinget / Skånetrafiken.

Kommunala anskaffningar får enligt gällande svensk lagstiftning inte ske utan iakttagande av upphandlingslagens bestämmelser. Detta gäller som regel även om köpet sker från en annan kommun eller ett landsting, om det inte föreligger en s.k. gemensam nämnd. Värdet av de aktuella kommunernas uppdrag till landstinget torde med hänsyn till tjänsternas omfattning och avtalstidens längd överstiga det i lagen angivna tröskelvärdet. Kommunerna torde därför ha varit skyldigt att iaktta de av EG-rätten påbjudna förfarandena för offentlig upphandling.

Eftersom någon faktisk eller juridisk ensamrätt av något slag inte föreligger för landstinget på det aktuella området, och det finns privata företag som tillhandahåller de aktuella tjänsterna skulle kommunerna således ha upphandlat tjänsterna antingen enligt upphandlingslagens direktivstyrda förfaranden för *öppen* - eller *sektiv upphandling*, eller enligt förfarandena för *förenklad upphandling* eller *urvalsupphandling*, bland annat genom upprättandet av ett skriftligt förfrågningsunderlag samt genom annonsering.

De aktuella kommunernas uppdrag till landstinget / Skånetrafiken avseende upphandling, samordning och administration av samhällsbetalda resor har enligt Konkurrenskommissionens bedömning således skett på ett sätt som inneburit att lagen om offentlig upphandling har överträtts. Konkurrensen på marknaden för sådana tjänster riskerar därmed ha snedvridits.