

FRONT ADVOKATER

PM

Till	VD, Maria Meyer-Martins, Boplats Göteborg AB ("Boplats Göteborg")
Från	Advokat Kaisa Adlercreutz och jurist Beata Fahlvik, Front Advokater
Datum	1 november 2019
Angående	Konkurrensrättslig och upphandlingsrättslig utredning kring Boplats Göteborgs samverkan med Boplats Syd och Boplats Luleå

1 BAKGRUND OCH UPPDRAG

- 1.1 Boplats Göteborg är ett helägt kommunalt bolag som ägs av Göteborgs Stadshus AB, som i sin tur ägs av Göteborgs Stad. Boplats Göteborg innehar ett eget IT-system för förmedling av bostäder, vilket innebär att de äger upphovsrätten och källkoden till nämnda system. Boplats Göteborg och Boplats Syd, som är ett helägt kommunalt bolag som ägs av Malmö Stad, har länge diskuterat ett samarbete och möjligheterna kring att skapa ett gemensamt IT-system för bostadsförmedling. Redan 2013 genomfördes utredningar om hur ett sådant samarbete skulle kunna se ut. Detta mynnade dock inte ut i något samarbete eftersom uppdragen vid den tiden såg annorlunda ut.
- 1.2 Frågan har aktualiserats på nytt mot bakgrund av att Boplats Göteborg år 2018 fick ett nytt ägardirektiv som innebär att Boplats Göteborg ska omvandlas till en bostadsförmedling, vilket innebär att de båda bolagens verksamhetsprocesser nu i stort sett ser likadana ut. Ytterligare skäl är att leverantören av Boplats Syds uthyrningssystem meddelat att deras produkt kommer att läggas ner. Vidare är Boplats Luleå, som är en avdelning på Luleå Stadsbyggnadskontor, intresserade av att ansluta sig till samarbetet eftersom Boplats Luleå har idag samma IT-system som Boplats Syd.

FRONT ADVOKATER

- 1.3 Tanken är att använda Boplats Göteborgs befintliga IT-system vilket innebär att Boplats Göteborg upplåter en vederlagsfri licens att nyttja IT-systemet direkt till Boplats Syd och Boplats Luleå, alternativt eller i kombination med att Boplats Göteborg tar ut en ersättning som är förenlig med självkostnadsprincipen i 2 kap. 6 § kommunallagen (2017:725). En sådan ersättning är tänkt att samfinansiera fortsatt drift, underhåll och vidareutveckling av IT-systemet. Upplåtelse av licens bör omgärdas av vissa förutsättningar och villkor som regleras i ett skriftligt licensavtal. Genom ett välbalanserat licensavtal bör parterna kunna samverka för gemensamt utnyttjande och utvecklande av IT-systemet.
- 1.4 Boplats Göteborg har därför gett Front Advokater i uppdrag att undersöka:
- Huruvida det tänkta samarbetet med Boplats Syd och Boplats Luleå står i strid med reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet som finns i 3 kap. 27 - 29 §§ konkurrenslagen (2008:579), och
 - Huruvida det tänkta samarbetet medför några upphandlingsrättsliga konsekvenser enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling ("LOU") för Boplats Göteborg.
- 1.5 I förevarande promemoria redogörs inledningsvis de rättsliga utgångspunkterna för att därefter bedöma lagligheten av Boplats Göteborgs tänkta samarbete med Boplats Syd och Boplats Luleå. Därefter redogörs för eventuella upphandlingsrättsliga konsekvenser för Boplats Göteborg med anledning av det tänkta samarbetet.

2 SAMMANFATTNING

Konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet

- 2.1 Reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet återfinns i 3 kap. 27 - 28 §§ konkurrenslagen ("Konfliktlösningsregeln") och innebär att domstol kan förbjuda en kommun eller ett kommunalt bolag att bedriva en viss säljverksamhet eller tillämpa ett visst förfarande om konkurrensen begränsas. Konkurrensbegränsning innebär att kommunen/kommunalt bolag snedvrider eller hämmar en effektiv konkurrens för företag. Om det finns lagstiftning som medger att

FRONT ADVOKATER

kommunen/kommunalt bolag får driva denna försäljningsverksamhet får verksamheten dock inte förbjudas.

- 2.2 För att bedöma om Boplats Göteborgs tänkta samarbete med Boplats Syd och Boplats Luleå kan anses stå i strid med bestämmelserna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet är det avgörande att utreda huruvida tillhandahållande av IT-system för bostadsförmedling anses falla inom den kommunala kompetensen.
- 2.3 Att inom ramen för bostadsförmedling tillhandahålla ett IT-system torde enligt Front Advokaters uppfattning utgöra en kompetensenlig verksamhet som inte kan förbjudas enligt Konfliktlösningsregeln eftersom det är till nytta för kommunmedlemmarna.
- 2.4 Om så inte är fallet bör verksamheten i vart fall utgöra s.k. anknytningskompetens. Tillhandahållandet av IT-systemet som idag drivs av Boplats Göteborg får anses ha sådan anknytning till den ”huvudsakliga” sysselsättningen, dvs. bostadsförmedling, att den får anses vara tillåten.
- 2.5 För det fall tillhandahållandet av IT-systemet inte skulle anses vara kompetensenligt eller falla inom ramen för anknytningskompetens krävs dock även att verksamheten i sig är konkurrensbegränsande för att den ska anses stå i strid med regler om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet.
- 2.6 Front Advokater kan inte, ur ett konkurrensrättsligt perspektiv, avgöra huruvida samarbetet, att tillhandahålla IT-system till Boplats Syd och Boplats Luleå, kan anses vara konkurrensbegränsande i enlighet med 3 kap. 27 § konkurrenslagen eftersom detta kräver en omfattande utredning vilket redogörs för nedan under punkt 3.1.
- 2.7 För att få en bättre klarhet i huruvida det tänkta samarbetet kan anses vara konkurrensbegränsande är det nödvändigt för Boplats att genomföra en marknadsundersökning som bl.a. utreder den relevanta marknaden. Det bör dock påpekas att även om slutsatsen vid en sådan analys är att verksamheten inte är att bedöma som konkurrensbegränsande, kan domstolen komma fram till det motsatta.

FRONT ADVOKATER

Upphandlingsrättsliga konsekvenser

- 2.8 Vid en genomgång av vilka upphandlingsrättsliga konsekvenser som kan uppkomma för Boplats Göteborg med anledning av det tänkta samarbetet har Front Advokater identifierat två övergripande upphandlingsrättsliga risker; dels att själva samverkansavtalet kan falla under definitionen av en anskaffning enligt LOU och därmed som huvudregel träffas av upphandlingsskyldighet enligt LOU, dels att de kringtjänster som krävs för att upprätthålla samverkan (konsulttjänster, potentiell utvidgning av befintligt avtal med systemleverantörer osv.) kan träffas av upphandlingsskyldighet som måste hanteras inom samverkansavtalet.
- 2.9 Endast ett ingående av ett samverkansavtal torde inte innebära en upphandlingsskyldighet för Boplats Göteborg, så länge formerna för ett sådant avtal utgörs av att Boplats Göteborg endast upplåter en rätt till andra. Bedömningen beror dock på Boplats Göteborgs del i samverkansavtalet, att det utgör en ”ren” upplåtelse och inte kan komma att klassas som ett köp.
- 2.10 För det fall samverkansavtalet skulle komma att innehålla moment där Boplats Göteborgs roll i avtalet blir mer snarlik den som Boplats Syd och Boplats Luleå enligt ovan angivna bakgrund ska ha, minskar utrymmet för att hävda att ingåendet av avtalet inte alls träffas av LOU på grund av att det inte förekommer någon anskaffning.
- 2.11 Den omständigheten att själva samverkansavtalet möjligen, vad avser Boplats Göteborg, inte träffas av upphandlingsskyldighet, förtar inte skyldigheten att se över huruvida upphandlingsskyldighet föreligger vid anskaffning av kringtjänster till avtalet.

3 RÄTTSLIGA UTGÅNGSPUNKTER

3.1 Reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet

- 3.1.1 Generellt sett verkar offentliga och privata aktörer på olika villkor, varför det ansetts finnas en stor risk att konkurrensen snedvrids då det offentliga säljer varor och

FRONT ADVOKATER

tjänster i konkurrens med privata företag. Bestämmelserna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet har införts i konkurrenslagen för att jämna ut förutsättningarna för offentliga och privata näringsverksamheters möjligheter att konkurrera med varandra.

- 3.1.2 De skilda grundförutsättningarna för privata aktörer kontra kommuner och landsting är att de sistnämnda inte kan försättas i konkurs. Inriktningen av Konfliktlösningsregeln har därför som en mer generell utgångspunkt att det offentliga inslaget i allmänhet kan vara ett ofrånkomligt och oundvikligt upphov av vissa marknadsstörningar, till följd av att det råder skilda grundförutsättningar i förhållande till privata företag. Bestämmelsen utgår således från att en grad av samband normalt finns mellan exempelvis offentlig ägande av aktören och dennes beteende på marknaden.¹ Av vikt när man resonerar kring konkurrenslagen är att lagen har till syfte att skydda samhället och konsumenterna, inte att skipa rättvisa mellan olika företag inbördes.
- 3.1.3 Inledningsvis bör nämnas att vid bedömning huruvida ett förfarande eller en verksamhet utgör en konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet, är det effekterna på konkurrensen på den relevanta marknaden som ska bedömas. Vid denna marknadsavgränsning definieras dels produktmarknad och dels geografisk marknad.²
- 3.1.4 Vid avgränsning av produktmarknad ingår produkter som är inbördes utbytbara med hänsyn till egenskaper, pris, användning, konsumenters och andra mottagares uppfattning samt faktiska substitutionsmöjligheter m.m. Vid avgränsningen av den geografiska marknaden har bl.a. transportmöjligheter och transportkostnader betydelse. Den geografiska marknaden kan uppfattas vara det område där de företag som utbjuder eller efterfrågar produkterna verkar, och i vilket konkurrensvillkoren är tillräckligt homogena för att området ska kunna särskiljas från närliggande områden som har märkbart annorlunda konkurrensvillkor.³

¹ Prop. 2008/09:231 s. 35.

² Prop. 2008/09:231 s. 58.

³ Prop. 2008/09:231 s. 58.

FRONT ADVOKATER

- 3.1.5 För att avgränsa relevant produktmarknad och relevant geografisk marknad i förevarande fall krävs ingående analys av marknaderna. Vid sådan analys inkallas ofta sakkunniga för en bedömning av den relevanta marknaden. Först när den marknaden har bestämts är det möjligt att ta ställning till om det tänkta samarbetet kan ha en konkurrenshämmande effekt eller ett sådant syfte.
- 3.1.6 Marknadsanalyserarbetet är således av central betydelse vid bedömning av huruvida ett visst förfarande eller en viss verksamhet står i strid med konkurrensreglerna. Även med ett gediget analysunderlag är den rättsliga bedömningen svår att göra, vilket även domstolspraxis utvisar. Detta måste tas i beaktande vid genomgång av förevarande promemoria.

3.2 3 kap. 27 § konkurrenslagen – ”Konfliktlösningsregeln”

- 3.2.1 Av 3 kap. 27 § konkurrenslagen framgår följande:

”Staten, en kommun eller ett landsting får förbjudas att i en säljverksamhet som omfattas av 1 kap. 5 § första stycket tillämpa ett visst förfarande, om detta

1. snedvrider, eller är ägnat att snedvrída, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller
2. hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens.

Förbud får inte meddelas för förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt.

En kommun eller landsting får även förbjudas att bedriva en viss säljverksamhet i fall som avses i första stycket. En sådan verksamhet får dock inte förbjudas om den är förenlig med lag.

Ett förbud gäller omedelbart om något annat inte bestäms.”

- 3.2.2 Regeln skiljer således på förfaranden och verksamhet samt under vilka förhållanden regleringen inte blir tillämplig på ett förfarande, respektive en verksamhet. Vad gäller skillnaden mellan verksamhet och förfarande rör det förstnämnda den ekonomiska verksamheten som bedrivs på marknaden i sig, medan det sistnämnda rör mer bestämt de specifika villkor som tillämpas eller åtgärder som vidtas i säljverksamheten.

FRONT ADVOKATER

- 3.2.3 Av propositionen till Konfliktlösningsregeln framgår att bestämmelsen bör omfatta säljverksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur som statliga myndigheter, kommuner eller landsting bedriver. Därvid bör det inte vara avgörande om verksamheten är inriktad på ekonomisk vinst eller inte, utan det avgörande är att någon form av ekonomisk verksamhet bedrivs. Med säljverksamhet avses försäljning av varor, tjänster och andra nyttigheter. Till säljverksamhet får även räknas andra utbudsverksamheter t.ex. uthyrning.⁴ Det exemplifieras inte i propositionen vad som avses med uthyrning.
- 3.2.4 I Konfliktlösningsregelns första punkt anges rekvisitet *snedvrider*, eller är *ägnat att snedvrída*, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden. Detta tar närmast sikte på situationen att det inte råder konkurrens på så lika villkor som möjligt. Det kan t.ex. vara så att den offentlige aktören behandlar andra företag olika utan saklig grund eller drar oberättigade fördelar av en myndighetsroll vid sidan av säljverksamheten.
- 3.2.5 I Konfliktlösningsregelns andra punkt anges vidare rekvisitet *hämmar*, eller är *ägnat att hämma*, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens. Detta tar bl.a. sikte på den situationen att det privata alternativet faller bort eller att privata aktörer överhuvudtaget inte träder in på marknaden till följd av den offentlige aktörens förfarande.
- 3.2.6 Utgångspunkten för att Konfliktlösningsregeln ska bli tillämplig är att förfarandet eller verksamheten innebär en påverkan på konkurrensen. Lagstiftaren ställer inte upp något specificerat krav på omfattning, vilket innebär att även en mindre påverkan som utgångspunkt kan vara otillåten. Det är möjligtvis vid en högst marginell eller försumbar påverkan som ett förfarande eller en verksamhet kan undgå att träffas av lagregeln.
- 3.2.7 Enligt Konfliktlösningsregelns andra stycke får förbud mot *förfaranden* inte meddelas vad avser förfaranden som är *försvarbara från allmän synpunkt*. På det kommunala området anses enligt förarbetena en kommuns eller ett landstings kompetensliga

⁴ Prop. 2008/09:231 s. 34.

FRONT ADVOKATER

agerande enligt kommunallagen (2017:725) eller någon annan lag om kommuners självverksamhet vara försvarlig från allmän synpunkt.⁵

- 3.2.8 Frågan om försvarbarhet föreligger får enligt förarbetena prövas i det enskilda fallet. Ett beteende som är en direkt eller avsedd effekt av en specialreglering eller en ofrånkomlig följd av denna bör enligt förarbetena inte omfattas av Konfliktlösningsregeln. I detta avseende sägs vidare att en specialreglering ibland har som syfte att värna om särskilda intressen vilket kan innebära att fri konkurrens inte ska gälla fullt ut inom ett specifikt område eller att specifika förutsättningar ska råda för konkurrensen på en aktuell marknad. Om så är fallet äger Konfliktlösningsregeln inte tillämplighet. Även motiven för det konkurrensnedvridande beteendet bör vägas in i bedömningen. Enligt förarbetena är det vidare inte möjligt att kvalificera vilka beteenden som kan anses försvarbara från allmän synpunkt. Detta är istället för rättstillämpningen som i varje enskilt fall har att väga konkurrensintresset mot de skäl som anförs till försvar för beteendet.⁶
- 3.2.9 I Konfliktlösningsregelns tredje stycke anges att förbud får meddelas mot *verksamhet* som bedrivs, men att denna inte får förbjudas om den är *förenlig med lag*. Konfliktlösningsregeln blir således inte heller tillämplig på sådan verksamhet som är kompetensenlig enligt kommunallagen eller annan speciallagstiftning trots att den påverkar konkurrensen. I propositionen till Konfliktlösningsregeln framgår det tydligt att rāmärkena för den kommunala kompetensen inte är avsedda att förändras med regeln.⁷ En kompetensenlig verksamhet kan således aldrig förbjudas.
- 3.2.10 Även om ett verksamhetsförbud inte kan meddelas på grund av att en verksamhet som sådan är kompetensenlig, finns det ingenting som hindrar att ett förfarandeförbud meddelas beträffande ett särskilt förfarande i denna verksamhet, om förfarandet snedvrider eller hämmar konkurrensen och inte anses försvarligt från allmän synpunkt.
- 3.2.11 Det ska i sammanhanget uppmärksammas, vilket följer av 3 kap. 28 § konkurrenslagen, att även kommunala bolag omfattas av förbudet i

⁵ Prop. 2008/09:231, s. 38 f.

⁶ Prop. 2008/09:231 s. 37 f.

⁷ Prop. 2008/09:231 s. 39.

FRONT ADVOKATER

Konfliktlösningsregeln. Det spelar således ingen roll huruvida ett visst förfarande eller en viss verksamhet bedrivs genom kommunen direkt eller av ett helägt kommunalt bolag.

3.3 Särskilt om kommunallagen och den kommunala kompetensen

- 3.3.1 Den grundläggande allmänna kompetensregeln i 2 kap. 1 § kommunallagen utgör den ursprungliga ramen för den kommunala kompetensen. Enligt 2 kap. 1 § kommunallagen får kommuner och landsting själva ha hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens eller landstingets område eller deras medlemmar och som inte ska handhas enbart av staten, en annan kommun, ett annat landsting eller någon annan.
- 3.3.2 För att en kommun eller ett landsting ska få ha hand om en angelägenhet krävs det i första hand att det är av allmänt intresse att så sker. Det så kallade allmänintresset styr således i nu aktuellt fall huruvida det tänkta samarbetet anses förenligt med kommunallagen. Vad som utgör en angelägenhet av allmänt intresse får, enligt vad som anförs i förarbetena ”bedömas med utgångspunkt i om det är lämpligt, ändamålsenligt och skäligt att kommunen eller landstinget befattar sig med angelägenheten”.⁸
- 3.3.3 För att en angelägenhet ska anses vara kompetenslig krävs att angelägenheten har anknytning till kommunen eller dess medlemmar, den s.k. *lokaliseringsprincipen*. De intressen som en kommun vill främja, ska vara knutna eller lokaliserade till kommunen. Det är varken nödvändigt eller tillräckligt att den verksamhet kommunen vill främja bedrivs inom kommunens gränser utan avgörande är istället om själva intresset är knutet till kommunen.⁹
- 3.3.4 Enligt 2 kap. 7 § kommunallagen får kommuner driva näringsverksamhet, om den drivs utan vinstintresse och syftar till att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna. Denna typ av näringsverksamhet som träffas av 2 kap. 7 § kommunallagen kan kommuner fritt engagera sig i, då dessa verksamheter kännetecknas av att de tillhandahåller allmännyttiga anläggningar och tjänster åt

⁸ Prop. 2016/17:171, s. 299.

⁹ Bohlin, Alf, Kommunalrättens grunder, 2011, s. 93.

FRONT ADVOKATER

kommunmedlemmarna, så kallad "sedvanlig kommunal affärsverksamhet". Vad som omfattas av den sedvanliga kommunala affärsverksamheten har historiskt vuxit fram genom tradition och praxis, samt genom speciallagstiftning.

3.3.5 Vad som är en allmännyttig anläggning eller tjänst definieras dock inte närmare. Det handlar om att producera nyttigheter av mer kollektiv natur, som eldistribution, renhållning, busstrafik och idrottsarenor. Rättspraxis har erkänt att t.ex. försörjning med bostäder, energi och kollektivtrafik hör till kompetensområdet. Det har också ansetts förenligt med kompetensbestämmelserna att uppföra idrottsanläggningar, vissa fritids- och nöjesanläggningar, parkeringsanläggningar, hamnar, flygplatser samt byggnader som inrymmer bostäder, saluhallar, slakthus och biografier. Av praktiska skäl har det ansetts rimligt att tillåta viss verksamhet av anknytande karaktär, s.k. *anknytningskompetens*, trots att verksamheten isolerat sett faller utanför den kommunala kompetensen.¹⁰ Exempel från rättspraxis är stuveriverksamhet i kommunala hamnar samt förädling och försäljning av grus från kommunägda grustag samt kommersiell smårörelse i anslutning till anläggningar; exempelvis kiosk eller café på sjukhus och i idrottsanläggningar. Verksamhet som annars skulle vara otillåten kan ändå vara tillåten eftersom den har en sådan anknytning till befintlig och erkänd kommunal verksamhet, att det skulle te sig opraktiskt eller verklighetsfrämmande att inte tillåta den.

3.3.6 Det torde inte vara rättsligt tillåtet för kommuner att i generell omfattning sälja icke kompetensenliga tjänster med motiveringen att försäljningen utgör s.k. *överskotts försäljning*. Sådan försäljning anses enligt rättspraxis endast kompetensenlig för en kommun, om den bara sker under en övergångsperiod och i mycket begränsad omfattning. Det ska vara fråga om en tillfällig och oförutsedd överkapacitet till följd av att en verksamhet måste anpassas till en mindre volym. Ett beteende att regelbundet sälja varor eller tjänster på den öppna marknaden från permanent överskott anses därför inte kompetensenligt och kan förbjudas, om det har negativa effekter för konkurrensen.¹¹ Från rättspraxis kan nämnas att ett landstingsägt tvätterier fick i mindre omfattning konkurrera på den allmänna marknaden för att undvika

¹⁰ Prop. 2008/09:231 s. 16.

¹¹ Prop. 2008/09:231 s. 39 f.

FRONT ADVOKATER

onödig kapitalförstöring under en övergångsperiod och vid tillfällig överkapacitet i mindre omfattning.¹²

3.3.7 I 2 kap. 6 § kommunallagen regleras den kommunalrättsliga *självkostnadsprincipen*, som innebär att en kommun eller ett landsting inte får ta ut kostnader som är högre än vad som svarar mot kostnaden för tjänsten och nyttigheten, såvida ej annat stadgas. Självcostnadsprincipen kan företagsekonomiskt ses som den lägsta nivå som behövs för att en verksamhet långsiktigt ska kunna fungera och klara olika former av investeringar.

3.4 Lag (2000:1383) om kommunernas bostadsförsörjningsansvar

3.4.1 Kommunen har, enligt lagen om kommunernas bostadsförsörjningsansvar, det övergripande ansvaret för att skapa förutsättningar för alla att leva i goda bostäder.

3.4.2 Kommunal bostadsförmedling definieras i förarbetena till lagen som en kommunal tjänst som kommunen beslutat att tillhandahålla kommuninvånarna efter vissa politiska riktlinjer och fastställda förmedlingsprinciper.¹³

3.4.3 Enligt lagens 7 § följer att om det behövs för att främja bostadsförsörjningen ska en kommun anordna bostadsförmedling. Om två eller flera kommuner behöver gemensam bostadsförmedling, ska dessa kommuner anordna sådan bostadsförmedling.

3.4.4 Ett behov av sådan gemensam bostadsförmedling kan föreligga i ett bostadsförsörjningsområde som omfattar mer än en kommun. Det gäller i första hand i storstadsområdena.¹⁴

3.5 Bedömning av en otillåtlighet enligt Konfliktlösningsregeln

3.5.1 Bedömningen huruvida en viss verksamhet eller ett visst förfarande kan anses stå i strid med Konfliktlösningsregeln görs i fyra steg enligt följande:

¹² RÅ 1993 ref. 12.

¹³ Prop. 2000/01:26 s. 19 f.

¹⁴ Prop. 2000/01:26 s. 51.

FRONT ADVOKATER

1. Offentlig aktör

Är det fråga om stat, kommun eller landsting eller en juridisk person som staten, en kommun eller ett landsting har ett direkt eller indirekt dominerande inflytande över?

2. Säljverksamhet

Är det fråga om säljverksamhet, d.v.s. erbjuds varor eller tjänster på en marknad av en offentlig sektor?

3. Konkurrensbegränsning

Snedvrids eller hämmas konkurrensen?

4. Vad kan inte förbjudas?

Säljverksamheter som är förenliga med lag kan inte förbjudas, även om de skulle begränsa konkurrensen. Konkurrensbegränsande förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt kan heller inte förbjudas.

3.6 Konsekvenser av otillåtlighet

3.6.1 Förbud med stöd av Konfliktlösningsregeln meddelas av Patent- och marknadsdomstolen (tidigare Marknadsdomstolen) på talan av Konkurrensverket. Konkurrensverket har bevisbördan för att förutsättningar föreligger att förbjuda viss säljverksamhet eller visst förfarande i en säljverksamhet enligt Konfliktlösningsregeln. Patent- och marknadsdomstolens beslut kan överklagas till Patent- och marknadsöverdomstolen, som i regel är slutinstans i denna typ av mål.

3.6.2 Ett meddelat förbud gäller enligt Konfliktlösningsregeln omedelbart, om inte något annat bestäms av domstolen. En domstol har vid förbudstalan möjlighet att ge aktören en viss tid på sig att avveckla eller ändra det förbjudna beteendet. Förbudets ikraftträdande kan således skjutas upp när den offentliga aktören med hänsyn till praktiska problem får viss tid på sig att ändra eller avveckla det förbjudna beteendet. Ett förbud kan komma att bli ingripande och få stora ekonomiska konsekvenser i det enskilda fallet, t.ex. om en verksamhet måste avvecklas. Om det finns särskilda skäl för det, ska ett beslut om förbud kunna meddelas för tiden till dess frågan har avgjorts slutligt. En proportionalitetsgrundsats måste dock iakttas, dvs. förbudet får inte göras mer långtgående än vad som är nödvändigt för att uppnå Konfliktlösningsregelns syfte.

FRONT ADVOKATER

- 3.6.3 Den sanktion som kan bli aktuell avseende konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet är ett förbud under vite att fortsätta med ett visst förfarande/viss verksamhet, dvs. förbudet gäller ej retroaktivt.
- 3.7 Tidigare avgjorda mål och ärenden**
- 3.7.1 Det finns ett flertal ärenden hos Konkurrensverket som rör anmälan mot en offentlig aktör som bedriver någon typ av säljverksamhet. Nedan redogörs kortfattat ett urval av dessa ärenden som avgjorts i domstol och som ge viss vägledning med anledning av det tänkta samarbetet.
- 3.7.2 Målet Stockholms tingsrätt (nuvarande Patent- och marknadsdomstolen), mål nr T 9290-11, avsåg Mälarenergi Stadsnät AB, ett kommunägt företag med Västerås kommun som huvudägare. Den verksamhet som prövades var Mälarenergi Stadsnäts försäljning av bredbandstjänster (s.k. kommunikationsoperatörstjänster) i Eskilstuna kommun och i Hallstahammars kommun, dvs. utanför Västerås kommungräns. Konkurrensverket yrkade att Mälarenergi stadsnät skulle förbjudas att bedriva säljverksamhet i form av tillhandahållande av kommunikationsoperatörstjänster i Eskilstuna och Hallstahammars kommun. Detta bestreds av Mälarenergi stadsnät. Mälarenergi inkom med ytterligare dokumentation till tingsrätten vilket ledde till att Konkurrensverket återkallade sin talan. Grunden till återkallelse var att aktierna i Mälarenergi stadsnät överläts till Stadsnät i Svealand AB, som samägdes av kommunerna Västerås, Eskilstuna, Hallstahammar och Arboga. Genom att ändra och bredda ägandet så utvidgades geografin och verksamheten blev anpassad till lokaliseringsprincipen. Konkurrensverket återkallade därför sin talan i målet och avslutade ärendet.¹⁵
- 3.7.3 I målet MD 2015:12 konstaterade Marknadsdomstolen att det inte räcker att en offentlig säljverksamhet strider mot den kommunala kompetensen för att bestämmelsen om offentlig säljverksamhet, enligt 3 kap. 27-28 §§ konkurrenslagen, ska vara tillämplig. Det måste också föreligga omständigheter som visar på att konkurrensen påverkas på ett negativt sätt.¹⁶

¹⁵ Stockholms Tingsrätt, mål nr T 9290-11, s. 2.5, 2014.

¹⁶ MD 2015:12 Konkurrensverket ./ AB Strömstads Badanstalt (2015-07-10).

FRONT ADVOKATER

3.7.4 I målet MD 2016:3 ansåg Konkurrensverket att Borås kommuns verksamhet att sälja mark- och anläggningsentreprenader till externa aktörer utgjorde konkurrensbegränsande beteende och tingsrätten delade den bedömningen varmed verksamheten förbjöds. Marknadsdomstolen gjorde en annan bedömning av den relevanta marknaden och med beaktande av vad som framkommit i utredningen beräknades kommunens andel av marknaden uppgå till 0,15 procent. Eftersom kommunen stod för så liten del av den relevanta marknaden så kunde kommunens försäljningsverksamhet till externa aktörer – oavsett om kommunens servicekontor i egenskap av offentlig aktör kunde anses ha några konkurrensfördelar eller ej – inte anses ägnad att hämma konkurrensen. Förbudet upphävdes.¹⁷ Det kan vidare vara av intresse att belysa att Marknadsdomstolen ansåg att säljverksamheten inte var förenlig med lag.

4 BEDÖMNING

Nedan görs en bedömning av nämnda kriterier under punkt 3.5.1 ovan.

4.1 Är Boplats Göteborg att betrakta som en offentlig aktör?

4.1.1 Konfliktlösningsregeln är, enligt 3 kap. 28 § konkurrenslagen, även tillämplig beträffande statlig och kommunal säljverksamhet som bedrivs i en särskild juridisk person, t.ex. i ett aktiebolag. Det gäller under förutsättning att staten, kommunen eller landstinget direkt eller indirekt har ett dominerande inflytande över den juridiska personen genom ägarskap, finansiell medverkan, gällande regler eller på annat sätt, t.ex. avtalsmässiga bindningar. Göteborgs Stad har ett dominerande inflytande över Boplats Göteborg eftersom företaget ägs till 100 procent via Göteborgs Stadshus AB. Boplats Göteborg är därmed att betrakta som en offentlig aktör och Konfliktlösningsregeln är således tillämplig på Boplats Göteborgs verksamhet.

¹⁷ MD 2016:3 Konkurrensverket ./ Borås Kommun (2016-02-15).

FRONT ADVOKATER

4.2 Bedriver Boplats Göteborg säljverksamhet?

4.2.1 Den verksamhet som är aktuell i förevarande fall är Boplats Göteborgs tillhandahållande av IT-system till Boplats Syd och Boplats Luleå. Boplats Göteborg bedriver även bostadsförmedling inom Göteborgsområdet. Denna verksamhet är förenlig med lag eftersom Boplats Göteborg, genom ägardirektiv och bolagsordning, fått i uppdrag av kommunfullmäktige att utgöra en kommunal bostadsförmedling i enlighet med lag om kommunernas bostadsförsörjningsansvar. En sådan kompetenslig verksamhet som kommunal bostadsförmedling kan således aldrig förbjudas enligt Konfliktlösningsregeln.

4.2.2 Eftersom någon form av vederlag för nyttjandet av IT-systemet kommer att överföras till Boplats Göteborg torde tillhandahållandet utgöra en ekonomisk verksamhet och därmed torde verksamheten betraktas som sådan offentlig säljverksamhet som omfattas av Konfliktlösningsregeln.

4.3 Är verksamheten förenlig med lag?

4.3.1 En avgörande fråga för huruvida verksamheten kan anses stå i strid med Konfliktlösningsregeln är om verksamheten är förenlig med lag, dvs. om den ligger inom den kommunala kompetensen.

4.3.2 En kommuns kompetens att bedriva säljverksamhet kan härledas från tre håll: Lag (2009:47) om vissa kommunala befogenheter ("befogenhetslagen") eller annan speciallagstiftning, de allmänna kompetensreglerna i 2 kap. 1 och 7 §§ kommunallagen eller från de speciella undantag för anknytningskompetens och tillfälligt överskott som har utbildats i praxis, s.k. överskottsförsäljning.

4.3.3 Beträffande befogenhetslagen finns det inga bestämmelser som berör tillhandahållande av IT-system för bostadsförmedling. Det finns inte heller någon speciallagstiftning i övrigt som ger kommunal kompetens för denna typ av verksamhet. Befogenhet att tillhandahålla IT-system kan därför inte grunda sig på befogenhetslagen eller annan speciallagstiftning, utan får prövas utifrån de allmänna kompetensreglerna i kommunallagen eller från de speciella undantagen för anknytningskompetens och tillfälligt överskott.

FRONT ADVOKATER

- 4.3.4 Av Boplats Göteborgs bolagsordning framgår att Boplats Göteborg är en kommunal bostadsförmedling och utgör därigenom stadens verktyg för att säkerställa en effektiv och jämställd hyresmarknad, främja bostadsförsörjning samt verka för att underlätta inträde på bostadsmarknaden i Göteborg med omnejd. Vidare framgår att bolaget ska svara för information om den lokala bostadsmarknaden samt bedriva därmed förenlig verksamhet.
- 4.3.5 Av Boplats Göteborgs ägardirektiv framgår att ”Bolaget ska med sin verksamhet trygga en väl fungerande regional marknadsplats för hyresrätter. Storstadsregionens infrastruktur skapar förutsättningar att bo i en kommun och arbeta i en annan och eftersom bostadsmarknad och arbetsmarknad har så starka kopplingar ska den lokala arbetsmarknadsregionen (LA) utgöra verksamhetens geografiska område. De lokala arbetsmarknaderna är funktionella och kan förändras över tiden beroende på förändringar i pendlingsströmmarnas riktning och styrka. Bolaget ska därför anpassa verksamheten utifrån rådande förutsättningar.” Vidare anges i ägardirektivet att ”Bolaget ska bidra till att helhetssyn och ett gott och effektivt samarbete genomsyrar arbetet med både stadens bolag och nämnder, privata fastighetsägare och andra intressenter.” Tillhandahållande av IT-system nämns inte explicit i dessa styrdokument.
- 4.3.6 Boplats Göteborgs bostadsförmedling är, med hänvisning till lag om kommunernas bostadsförsörjningsansvar, kompetenslig verksamhet och därmed förenlig med lag. För att Boplats Göteborg ska kunna uppfylla sitt ansvar och svara för förmedling av befintliga och nyproducerade hyresrätter samt informera om bostadsmarknaden och om planerad och pågående byggnation av bostäder krävs tillgång till ett IT-system. Inte minst med tanke på den pågående digitaliseringen och samhällets behov av digital kommunikation som hela tiden utvecklas. Boplats Göteborg har valt att utveckla ett eget IT-system för att därigenom driva verksamheten framåt. Det måste därför anses vara en angelägenhet av ett allmänt intresse att Boplats Göteborg har de förutsättningar som krävs för att kunna förmedla bostäder via ett IT-system.
- 4.3.7 Denna angelägenhet får anses ha sådan anknytning till kommunens medlemmar som krävs beträffande förmedling av bostäder i Göteborg med omnejd. Det ska även tilläggas att det av ägardirektivet framgår att Boplats Göteborg ska trygga en väl

FRONT ADVOKATER

fungerande *regional* marknadsplats för hyresrätter. Vidare påpekas att det ska skapas förutsättningar att bo i en kommun och arbeta i en annan och att detta kan förändras över tid beroende på förändringar i pendlingsströmmarnas riktning och styrka.

Boplats Göteborg ska enligt ägardirektivet anpassa sin verksamhet utifrån rådande förutsättningar. Att Boplats Göteborg även förmedlar bostäder utanför, men i nära anknytning till Göteborgs Stad, får därmed också anses vara till nytta för kommunens medlemmar.

- 4.3.8 Beträffande samarbetet med Boplats Syd och Boplats Luleå kommer det innebära att även bostäder i t.ex. Malmö och Luleå kommer att förmedlas via Boplats Göteborgs IT-system. Detta innebär dock inte att Boplats Göteborg kommer att förmedla bostäder i någon annan kommun utöver Göteborgs Stad med omnejd, utan Boplats Göteborg tillhandahåller enbart plattformen för att Boplats Syd och Boplats Luleå ska kunna nyttja IT-systemet för deras respektive bostadsförmedling. Tanken är inte heller att bedriva bostadsförmedling ihop utan att utnyttja samma IT-system. Arbetsätten ska vara lika men de olika bostadsförmedlingarna har olika data om bostadssökande, olika objekt till uthyrning och olika konstanter i sina regelverk (t.ex. olika antal dagar för att en viss händelse i systemet ska inträffa). Eftersom IT-systemet är en molntjänst finns det ingen koppling till geografi, till skillnad från exempelvis avlopp där fysiska ledningar finns nedgrävda i marken eller vägförbindelser som byggs.
- 4.3.9 Om flera bostadsförmedlingar använder samma IT-system stärks parterna i beställarrollen och med en större organisation för drift, förvaltning och vidareutveckling kan sårbarheten gentemot leverantörer minska. En större plattform bidrar med mer resurser och bättre säkerhet, vilket gör parterna mer attraktiva vid upphandling av både drift och systemutveckling. Fler anbudsgivare kan leda till bättre avtal med leverantörer. Detta i sin tur gynnar kommunmedlemmar som använder Boplats Göteborgs tjänster.
- 4.3.10 Det kommer alltid att finnas ett behov av löpande utveckling för att hålla förmedlingssystemet uppdaterat i de digitala miljöer och med de IT-system som de integrerar med. Fler parter innebär att kostnaderna kan delas upp, utvecklingstakten kan bli högre och dessutom säkerställs att kompetensen finns i respektive organisation för att kravställa förändringar i IT-systemet och testa leveranserna. De

FRONT ADVOKATER

tre bostadsförmedlingarna kommer att samordna sina arbetsprocesser så att samtliga bostadsförmedlingar arbetar på ett standardiserat sätt och utifrån det gemensamt effektivisera och automatisera allt fler delmoment i arbetet.

- 4.3.11 En förutsättning för att möta de större hyresvärdarnas behov är att de kommunala bostadsförmedlingarna uppvisar samma ansikte mot marknaden genom likartade regelverk och samma gränssnitt för systemintegration vilket underlättar sammankoppling av bostadsförmedlingarnas och hyresvärdarnas IT-system.
- 4.3.12 Genom att tillhandahålla IT-systemet till flera aktörer som ansvarar för kommunal bostadsförmedling kan Boplats Göteborg snabbt bygga upp kompetens och erfarenhet inom förmedling av bostäder och aktivt återföra denna kompetens till marknaden och aktuella kommunmedlemmar. Därigenom drivs och understöds utvecklingen av IT-systemet och Boplats Göteborg kan därmed erbjuda de bostadssökande kommunmedlemmarna en bättre tjänst till en lägre kostnad.
- 4.3.13 Mot bakgrund av ovan redovisade nyttor och fördelar som Boplats Göteborgs tillhandahållande av IT-system för bostadsförmedling medför för Göteborgs Stad och dess kommunmedlemmar torde det vara förenligt med den kommunala kompetensen, inklusive lokaliseringsprincipen, att tillhandahålla nämnda tjänst till Boplats Syd och Boplats Luleå. Ett sådant tillhandahållande bör också anses ligga inom ramen för Boplats Göteborgs verksamhetsområde enligt Boplats Göteborgs bolagsordning och ägardirektiv.
- 4.3.14 För det fall tillhandahållandet av IT-systemet inte skulle anses kompetensenligt i sig bör i vart fall tillhandahållandet anses ha sådan anknytning till den ”huvudsakliga” sysselsättningen, dvs. bostadsförmedling, och därmed falla in under den s.k. anknytningskompetensen. Detta torde gälla även om tillhandahållande av IT-system inte explicit nämns i varken bolagsordningen eller ägardirektivet. Tillhandahållandet av IT-systemet har i detta fall koppling till bostadsförmedlingen eftersom IT-systemet enbart innehåller en förmedling av bostäder, vilket innebär att det har en direkt koppling till Boplats Göteborgs huvudsakliga sysselsättning. Att Boplats Syd och Boplats Luleå nyttjar IT-systemet leder till, som ovan redovisat, nytta för kommuninvånarna i Göteborgs Stad.

FRONT ADVOKATER

4.4 Är det tänkta samarbetet konkurrensbegränsande?

- 4.4.1 För det fall tillhandahållandet av IT-systemet inte skulle anses kompetensenligt, eller inte falla in under undantaget för anknytningskompetens måste det dock även föreligga omständigheter som visar på att konkurrensen påverkas på ett negativt sätt för att Konfliktlösningsregeln ska bli tillämplig.¹⁸
- 4.4.2 Som redogjorts för ovan finns det en möjlighet att en verksamhet som i och för sig framstår som otillåtet, inte står i strid med Konfliktlösningsregeln på den grunden att förfarandet har marginell - eller försumbar – påverkan på konkurrensen.¹⁹ Det bör framhållas att möjligheten att verksamhetens påverkan bedöms vara försumbar, är väldigt begränsad. Det kan samtidigt uppmärksammas att bevisbördan åvilar Konkurrensverket.
- 4.4.3 Vad som skulle kunna tala för att Boplats Göteborgs tillhandahållande av IT-system är konkurrensbegränsande, är att det teoretiskt sett kan innebära att andra aktörer på marknaden som tillhandahåller liknande IT-system utestängs. Om Boplats Syd och Boplats Luleå väljer att samarbeta med Boplats Göteborg kan det möjligen leda till att fler aktörer vill ansluta sig till det IT-system som Boplats Göteborg tillhandahåller. Eftersom Boplats Göteborg ska förhålla sig till självkostnadsprincipen kan det innebära att Boplats Göteborgs tillhandahållande av IT-system blir ett billigare alternativ i jämförelse med konkurrenternas. Andra leverantörer av liknande IT-system har då inte någon möjlighet att konkurrera på lika villkor. I nuläget finns det enligt uppgift inga gemensamma IT-system för bostadsförmedling på marknaden utan varje bostadsförmedling har sitt eget system.
- 4.4.4 Vid en analys av den relevanta marknaden i förevarande fall, skulle Konkurrensverket kunna göra gällande att Boplats Göteborg är verksamt på marknaden för tillhandahållande av IT-system för bostadsförmedling. För att Boplats Göteborg ska kunna försvara sig mot ett påstående om att det tänkta samarbetet inte är kompetensenligt, måste bolaget ingående analysera vilka marknader som objektivt sett skulle kunna komma ifråga och även Boplats Göteborgs position på desamma.

¹⁸ Se t.ex. MD 2015:12 Konkurrensverket ./ AB Strömstads Badanstalt (2015-07-10).

¹⁹ Jfr MD 2016:3 Konkurrensverket ./ Borås Kommun (2016-02-15).

FRONT ADVOKATER

4.4.5 Avslutningsvis vill Front Advokater uppmärksamma att, även vid den situationen att en fördjupad analys av den relevanta marknaden har genomförts, är det domstolen som i slutändan avgör huruvida det tänkta samarbetet är att anse som konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet eller inte. Det går alltså inte ens efter genomförd marknadsanalys fullt ut garantera att upplägget är tillåtet.

5 UPPHANDLINGSRÄTTSLIGA ÖVERVÄGANDEN MED ANLEDNING AV DET TÄNKTA SAMARBETET

5.1 Med anledning av det tänkta samarbetet mellan Boplats Göteborg, Boplats Syd och Boplats Luleå aktualiseras frågan om eventuella upphandlingsrättsliga överväganden enligt lag (2016:1145) om offentlig upphandling ("LOU"). Nedan avsnitt i förevarande promemoria syftar till att belysa sådana aspekter endast ur Boplats Göteborgs perspektiv. Front Advokater önskar därför särskilt framhålla att bedömningen kan komma att se annorlunda ut vad avser hanteringen från Boplats Syd och Boplats Luleå och att dessa aspekter alltså inte belyses i denna promemoria.

5.2 Liksom anges i bakgrunden är tanken, som Front Advokater förstår det, att samarbetet ska använda Boplats Göteborgs befintliga IT-system. Detta ska ske genom att Boplats Göteborg upplåter en vederlagsfri licens att nyttja IT-systemet direkt till Boplats Syd och Boplats Luleå, alternativt eller i kombination med att Boplats Göteborg tar ut en ersättning som är förenlig med självkostnadsprincipen i 2 kap. 6 § kommunallagen (2017:725). Upplåtelsen ska regleras i ett skriftligt licensavtal inom vilket parterna ska samverka för gemensamt utnyttjande och utvecklande av IT-systemet.

5.3 För att besvara frågan om upphandlingsrättsliga aspekter på samverkansavtalet behöver *dels* frågan huruvida någon faktisk anskaffning från Boplats Göteborg aktualiseras på grund av samverkansavtalet, *dels* utredas huruvida LOU i sådant fall blir tillämplig och i så fall vilka regler som blir tillämpliga. Nedan lämnas därför inledningsvis en kortfattad redogörelse för regelsystemet i LOU, varefter den mer konkreta bedömningen i nu aktuellt fall redogörs för.

FRONT ADVOKATER

5.4 Om den rättsliga regleringen enligt LOU

- 5.4.1 LOU gäller för upphandling som genomförs av en upphandlande myndighet (offentlig upphandling). Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt (1 kap. 2 § LOU).
- 5.4.2 Med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, och avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggtreprenad (1 kap. 15 § LOU).
- 5.4.3 Som huvudregel gäller att en upphandlande myndighet ska konkurrensutsätta sina inköp, genom annonsering och tillämpning av reglerna i LOU, så länge det inte finns något undantag från annonseringsskyldighet som kan tillämpas eller om värdet på det som upphandlas understiger direktupphandlingsgränsen.
- 5.4.4 Tröskelvärdet för tilldelning av varor och tjänster enligt LOU är för närvarande 2 096 097 kr för övriga upphandlande myndigheter (t.ex. kommunala bolag/offentligt styrda organ). Direktupphandlingsgränsen för övriga upphandlande myndigheter uppgår för närvarande till 586 907 kr vid upphandling enligt LOU. För upphandlingar vars värde beräknas uppgå till ett värde mellan beloppsgränserna 586 907 kr och 2 096 097 kr för övriga upphandlande myndigheter gäller endast 19 kap. LOU med ett antal grundläggande bestämmelser som dessa måste förhålla sig till vid genomförandet av upphandlingen. Om däremot värdet beräknas uppgå till 2 096 097 kr (övriga upphandlande myndigheter) eller mer ska hela LOU tillämpas, utom 19 kap.
- 5.4.5 Upphandlingar som understiger direktupphandlingsgränsen behöver inte annonseras i enlighet med LOU. Detta brukar kallas för direktupphandling på grund av lågt värde. Vid direktupphandling görs därmed ett undantag från kraven i LOU avseende annonsering och öppen konkurrens.
- 5.4.6 Värdet av en upphandling ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i LOU. Vid beräkningen ska options- eller förlängningsklausuler

FRONT ADVOKATER

beaktas som om de utnyttjas. Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret (19 kap. 8 § LOU).

Allmänt om direktupphandling på grund av undantag

- 5.4.7 Vid direktupphandlingar som inte görs på grund av undantaget för lågt värde (och där värdet alltså överstiger direktupphandlingsgränsen) så görs istället direktupphandlingen genom återopande av ett undantag från LOU:s regler i enlighet med vissa undantagssituationer som finns angivna i LOU. Vid direktupphandling gäller således inte några särskilda regler kring hur en upphandling ska genomföras, t.ex. om annonsering, konkurrensutsättning, tidsfrister och liknande. Däremot ska en upphandlande myndighet alltid utgå från de upphandlingsrättsliga principerna: principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Vidare finns en dokumentationsplikt som innebär att upphandlande myndigheter och enheter ska dokumentera omständigheter av betydelse om upphandlingen överstiger 100 000 kr. Många upphandlande myndigheter har även upphandlingsreglementen med interna riktlinjer för direktupphandling. Riktlinjer kan t.ex. innehålla krav på att ett visst antal leverantörer ska eller bör tillfrågas om att lämna anbud om värdet på det som ska anskaffas överstiger vissa belopp.
- 5.4.8 EU-domstolen har uttalat att bestämmelser om undantag ska tolkas restriktivt och att det är den som återopar undantaget som ska visa på omständigheter som gör undantaget tillämpligt. Om en upphandlande myndighet anser sig har rätt att tillämpa en undantagsregel ligger bevisbördan för att alla förutsättningar för att tillämpa detta undantag är uppfyllda alltså på myndigheten.
- 5.4.9 Om en direktupphandling genomförs trots att värdet överstiger direktupphandlingsgränsen eller om det inte finns stöd för att tillämpa ett undantag, sker en otillåten direktupphandling. Kontraktet kan då förklaras ogiltigt efter ansökan om överprövning av en leverantör. För den upphandlande myndigheten föreligger även en risk att Konkurrensverket ansöker om upphandlingsskadeavgift. Vidare kan både den leverantör som tilldelats kontraktet och andra leverantörer begära skadestånd av

FRONT ADVOKATER

den upphandlande myndigheten med hänvisning till att en otillåten direktupphandling har genomförts.

Direktupphandling på grund av tekniska skäl

- 5.4.10 Enligt 6 kap. 14 § punkt 2 LOU får en upphandlande myndighet använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering (direktupphandling) om det som ska upphandlas endast kan tillhandahållas av en viss leverantör därför att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens. Ett sådant förfarande får endast användas om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.
- 5.4.11 Av EU-domstolens rättspraxis framgår exempelvis att endast den omständigheten att arbeten påstås vara komplicerade och vanskliga inte räcker för att visa att arbetet uteslutande kan anförtros en enda entreprenör, utan att det dessutom krävs en utförlig förklaring som visar att det också är nödvändigt att en enda entreprenör utför arbetet (se mål C-385/02, Kommissionen mot Italien, punkterna 21 och 22).
- 5.4.12 Precis som övriga undantagsförfaranden ska detta undantag tolkas restriktivt (se exempelvis mål C-385/02, Kommissionen mot Italien, punkt 19). Det krävs därför i princip att det på objektiva grunder, och med hänsyn till tekniska skäl, endast är en enda entreprenör som kan utföra ett visst arbete för att undantagsförfarandet ska kunna tillämpas (se Rosén Andersson m.fl., Lagen om offentlig upphandling – en kommentar, 2 uppl., 2015, s. 259).
- 5.4.13 Boplats Göteborg kan därmed direktupphandla inköp avseende framtagande av IT-system från en leverantör om det restriktiva undantaget i 6 kap. 14 § punkt 2 LOU är uppfyllt. För undantagets tillämplighet krävs att det som ska upphandlas endast kan tillhandahållas av den leverantör som valts därför att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens. Vid en eventuell domstolsprövning kommer det göras en restriktiv tolkning av undantagets tillämplighet och det är Boplats som kommer att ha bevisbördan för att alla förutsättningar för att tillämpa undantaget är uppfyllda.
- 5.4.14 En prövning av undantagets tillämplighet måste göras vid varje enskild upphandling. Det är alltså inte möjligt att göra en generell prövning huruvida de tjänster som

FRONT ADVOKATER

Boplats Göteborg kan komma att direktupphandla kan anses omfattas av undantaget i 6 kap. 14 § punkt 2 LOU.

Direktupphandling på grund av ensamrätt

- 5.4.15 Enligt 6 kap. 14 § punkt 3 LOU får en upphandlande myndighet använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering (direktupphandling) om det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt och därför endast kan tillhandahållas av en viss leverantör.
- 5.4.16 För att kunna tillämpa punkten 3 är det inte tillräckligt att varan eller tjänsten är skyddad av ensamrätt. Den upphandlande myndigheten måste också kunna visa att det inte är möjligt för någon annan att genomföra uppdraget (jfr dom kommissionen mot Spanien, C-328/92, EU:C:1994:178).

Direktupphandling på grund av tidigare tjänster eller byggentreprenader

- 5.4.17 I 6 kap. 18 § LOU anges följande.
- En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det gäller en ny tjänst eller byggentreprenad som är en upprepning av tidigare tjänster eller byggentreprenader under förutsättning att
1. de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett upphandlingsförfarande,
 2. arbetena tilldelas samma leverantör,
 3. de nya tjänsterna eller byggentreprenaderna är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet,
 4. omfattningen av möjliga tillkommande tjänster eller byggentreprenader och villkoren för tilldelningen av dem har angetts i upphandlingsdokumenten för den ursprungliga upphandlingen,
 5. värdet av det nya kontraktet har ingått i uppskattningen av värdet av den ursprungliga upphandlingen, och

FRONT ADVOKATER

6. det i samband med den ursprungliga upphandlingen har angetts att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas.

Ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt denna paragraf får användas under högst tre år efter det att det ursprungliga kontraktet ingicks.

5.5 Om "Hamburg-undantaget"

- 5.5.1 Som huvudregel gäller att en upphandlande myndighet ska konkurrensutsätta sina inköp genom annonsering och i enlighet med reglerna i LOU, så länge det inte finns något undantag från annonseringsskyldighet som kan tillämpas eller om värdet på det som upphandlas understiger direktupphandlingsgränsen.
- 5.5.2 Vad gäller s.k. Hamburgsamverkan (Hamburg-undantaget) följer av EU-domstolens avgöranden²⁰ och bestämmelsen i 3 kap. 17 § LOU att avtal med ekonomiska villkor mellan upphandlande myndigheter under vissa förutsättningar faller utanför tillämpningsområdet för reglerna om offentlig upphandling.
- 5.5.3 Samarbeten och samarbetsavtal mellan två eller flera upphandlande myndigheter behöver alltså inte föregås av en offentlig upphandling om förutsättningarna för att tillämpa Hamburg-undantaget är uppfyllda då samarbetet inrättas. Om undantaget inte är uppfyllt anses ett sådant avtal utgöra en upphandlingspliktig anskaffning av tjänster som ska föregås av en annonserad upphandling enligt LOU.
- 5.5.4 Om två eller flera upphandlande myndigheter väljer att inte konkurrensutsätta ett samarbetsavtal gäller det att förutsättningarna för Hamburg-undantaget är uppfyllda vid tidpunkten då ett samarbete inrättas. Därefter gäller det även att löpande tillse att Hamburg-undantaget är uppfyllt under hela avtalstiden.
- 5.5.5 Det finns hittills endast tre avgöranden från EU-domstolen där "Hamburg-samverkan" berörs, så rättsläget kring hur undantaget närmare ska förstås och tillämpas är till stora delar oklart. Såvitt vi känner till finns det endast ett avgörande från en svensk underinstans; Förvaltningsrätten i Umeås avgörande den 20 april 2016 i mål nr 439-15.

²⁰ EU-domstolens avgöranden i målen C-480/06, Kommissionen mot Tyskland (Hamburg), C-1159/11 Locale di Lecce och C-386/11 Piepenbrock.

FRONT ADVOKATER

- 5.5.6 Följande förutsättningar måste enligt 3 kap. 17 § LOU vara uppfyllda för att Hamburg-undantaget ska kunna tillämpas.
- a) Avtalet syftar till att upprätta eller reglera formerna för ett samarbete mellan två eller flera upphandlande myndigheter som ska säkerställa att de offentliga tjänster som myndigheterna ska utföra tillhandahålls för att uppnå myndigheternas gemensamma mål,
 - b) samarbetet styrs endast av överväganden som hänger samman med allmänintresset, samt
 - c) myndigheterna utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet på den öppna marknaden.

Förutsättning a)

- 5.5.7 Samarbetsavtalet ska träffas mellan två eller flera upphandlande myndigheter. Privata aktörer får inte vara parter i avtalet.
- 5.5.8 Enligt undantaget ska avtalet syfta till att upprätta eller reglera formerna för ett samarbete mellan upphandlande myndigheter.
- 5.5.9 Om avtalet innebär att en upphandlande myndighet köper en tjänst av en annan myndighet är undantaget inte tillämpligt, eftersom det då inte avser ett gemensamt samarbete. Exempelvis bör undantaget inte vara tillämpligt om en kommun köper snöröjningstjänster av en närliggande kommun. Det är då fråga om ett köp och inte ett samarbete. Undantaget kan däremot vara tillämpligt om kommunerna ingår ett avtal om att gemensamt samarbeta kring snöröjningen av vägarna i kommunerna och om båda parter bidrar med resurser till samarbetet. Ett annat exempel är samarbetsavtal avseende avfallshantering, såsom samarbetet i Hamburg-målet avsåg. Om samarbetsparterna har avfallshantering som gemensamt mål kan undantaget vara tillämpligt om parterna exempelvis delar upp uppgifterna så att en står för insamling och en annan för förbränning av avfallet. Parterna behöver dock inte bidra med lika mycket till fullgörandet av det gemensamma målet i avtalet. Det förutsätts dock att parterna bidrar på något sätt.

FRONT ADVOKATER

Offentliga tjänster

- 5.5.10 Samarbetet ska avse offentliga tjänster. Vad som menas med offentliga tjänster är dock inte helt tydligt, begreppet är varken definierat i upphandlingsreglerna eller i direktivet. Enligt förarbetena får offentliga tjänster antas motsvara begreppen allmännyttiga tjänster och allmännyttiga uppdrag som används i EU-domstolens praxis. Frågan är om avtalet direkt måste avse fullgörandet av en offentlig tjänst eller om avtalet indirekt kan avse fullgörandet av en offentlig tjänst.
- 5.5.11 Kommissionen har uttalat att Hamburg-undantaget kan vara tillämpligt där samarbeten inrättas för att uppnå vissa operativa mål, men inte för stödverksamhet. Med offentliga tjänster avses alltså troligen sådana tjänster som utförs för att nå operativa mål, t.ex. avfallshantering (C-480/06 Hamburg). Undantaget bör därmed inte kunna tillämpas för samarbeten som enbart avser stödverksamhet, t.ex. ekonomitjänster, hyra av kontor, städning (C-386/11 Piepenbrock).

Gemensamma mål

- 5.5.12 De offentliga tjänster som myndigheterna ska utföra ska tillhandahållas för att uppnå myndigheternas gemensamma mål. I målen C-159/11 Lecce (punkt 34) och C-386/11 Piepenbrock (punkt 36) angavs att det ska gälla ett allmännyttigt uppdrag gemensamt för parterna för att avtalet ska falla inom ramen för undantagets tillämpningsområde. Formuleringen i upphandlingsreglerna och i praxis skiljer sig något åt, det är dock oklart om någon skillnad i sak är avsedd. Det bör dock säkerhetsställas att motivet för att ingå i samarbetet enbart utgår från den egna partens behov av att fullgöra den ifrågavarande uppgiften. Ursprunget får alltså inte grundas enbart i den ena partens behov; i sådant fall är det fråga om ett köp och inte ett samarbete.
- 5.5.13 För att förutsättningen ska vara uppfylld ska det vara fråga om tjänster som kan härledas till ett offentlighetsrättsligt åliggande för samtliga parter. Samarbetet mellan parterna bör dock kunna avse såväl obligatoriska som frivilliga uppgifter. Det kan dock vara enklare att visa att det är fråga om offentliga tjänster och att de utförs för att uppnå ett gemensamt mål om parterna samarbetar om uppgifter på det

FRONT ADVOKATER

obligatoriska området. Rör samarbetsavtalet det frivilliga området är det emellertid extra viktigt att motivet till samarbetet inte utgår från parternas egna behov.

Förutsättning b)

- 5.5.14 Samarbetet ska endast styras av överväganden som hänger samman med allmänintresset. Enligt förarbetena syftar rekvisitet på att ”det inte får finnas några privata intressen i de upphandlade myndigheter som är parter i kontraktet.” Samarbetet ska inte avse kommersiell verksamhet och inga privata leverantörer får gynnas av samarbetet. För det fall samarbetet exempelvis innebär att anskaffningar ska göras från privata leverantörer ska de upphandlingarna genomföras enligt upphandlingsreglerna.
- 5.5.15 De ekonomiska överföringarna mellan parterna utgör en del av bedömningen av om samarbetet styrs av överväganden som hänger samman med allmänintresset. Det är möjligt med ekonomisk kompensation mellan parterna, men ersättningen får inte avse mer än kostnadstäckning.
- 5.5.16 Om privata leverantörer gynnas medför det att ett samverkansavtal i upphandlingsrättslig mening utgör en upphandlingspliktig anskaffning av tjänster som rätteligen skulle ha föregåtts av en annonserad upphandling enligt LOU. Slutsatsen skulle då kunna bli att samverkansavtalet utgör en otillåten direktupphandling. Ett sådant samverkansavtal kan komma att ogiltigförklaras. Konkurrensverket kan även inleda ett tillsynsärende och komma fram till att Hamburg-undantaget inte är uppfyllt. En sådan ansökan om upphandlings-skadeavgift måste ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att samverkansavtalet slöts.

Förutsättning c)

- 5.5.17 Att samarbetet ska styras av allmänintresset enligt förutsättning b) ovan innebär också att samarbetsparternas verksamhet på den öppna marknaden ska vara begränsad. Enligt 3 kap. 17 § 3 p. LOU ska myndigheterna utöva mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet på den öppna marknaden. Rekvisitet infördes genom kodifieringen och syftar till att begränsa eventuell konkurrenspåverkan som ett samarbetsavtal mellan upphandlande myndigheter kan

FRONT ADVOKATER

medföra. Av 3 kap. 18 § LOU följer att verksamhetsandelen ska bestämmas på grundval av den upphandlande myndighetens sammanlagda genomsnittliga omsättning i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader avseende de verksamheter som har omfattats av samarbetet under de tre åren som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod. Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått.

5.6 Om bedömningen av upphandlingsskyldighet i nu aktuellt fall

5.6.1 Som det får förstås avser Boplats Göteborg upplåta tillgång till sitt system till Boplats Syd och Boplats Luleå. Formerna för samverkan är ännu inte till fullo klarlagda. Front Advokater identifierar i denna del två övergripande upphandlingsrättsliga risker:

- (i) Att själva samverkansavtalet faller under definitionen av en anskaffning enligt LOU och därmed som huvudregel träffas av upphandlingsskyldighet enligt LOU, samt
- (ii) Att de kringtjänster som krävs för att upprätthålla samverkan (konsulttjänster, potentiell utvidgning av befintligt avtal med systemleverantörer osv.) träffas av upphandlingsskyldighet.

(i) *Om samverkansavtalet*

5.6.2 Det finns utrymme att argumentera för, vad avser (i) ovan, att samverkansavtalet för Boplats Göteborgs del (såsom upplåtande part), inte utgör en anskaffning. Boplats Göteborg innehar redan systemet och som det får förstås kommer Boplats Göteborg inte göra några anskaffningar i LOU:s mening inom ramen för samverkansavtalets ingående. Boplats Göteborgs roll i samverkansavtalet, såsom Front Advokater har förstått det, liknar snarare en *upplåtelse* – vilket alltså inte omfattas av upphandlingsskyldighet enligt LOU. Någon upphandlingsskyldighet för Boplats Göteborg på grundval endast av ingåendet av samverkansavtalet, så länge formerna för detta utgörs av att Boplats Göteborg endast upplåter en rätt till andra, torde därför inte uppkomma. Denna bedömning blir dock avhängig av att Boplats Göteborgs del i

FRONT ADVOKATER

samverkansavtalet är en ”ren” upplåtelse och alltså inte kan komma att klassas som ett köp (eller en anskaffning enligt LOU, där således ett behov för Boplats Göteborg täcks genom tilldelning av ett kontrakt med ekonomiska villkor).

- 5.6.3 För det fall samverkansavtalet skulle komma att innehålla moment där Boplats Göteborgs roll i avtalet blir mer snarlik den som Boplats Syd och Boplats Luleå enligt ovan angivna bakgrund ska ha, minskar utrymmet för att hävda att avtalet inte alls träffas av LOU på grund av att det inte förekommer någon anskaffning. I dessa fall behöver ovan redovisade undantagsbestämmelsers tillämplighet utredas, för att säkerställa att det inte föreligger någon upphandlingsskyldighet för samverkansavtalet. Utan djupare kunskap om hur samverkansavtalet slutligt kommer att utformas låter det sig inte göras i dagsläget att säkert uttala oss om huruvida t.ex. undantag på grund av lågt värde eller ensamrätt kan komma att aktualiseras.
- 5.6.4 Värt att beakta är dock det s.k. Hamburg-undantaget som, så länge kriterierna som fastslås däri efterlevs, kan komma att bli tillämpligt på samverkansavtalet också för det fall vissa ekonomiska villkor ingår i samverkansavtalet. Enligt det upplägg som Front Advokater utgått ifrån inför upprättandet av förevarande promemoria bör denna fråga dock primärt aktualiseras för samverkansparterna till Boplats Göteborg, varför en djupare analys av dessa regler inte omfattas av denna promemoria.
- (ii) Om eventuella andra upphandlingspliktiga anskaffningar*
- 5.6.5 Inom ramen för denna promemoria önskar Front Advokater särskilt framhålla att samverkansavtalet kan komma att rendera i behov av anskaffningar som i sin tur omfattas av upphandlingsskyldighet även om bedömningen ovan avseende Boplats Göteborgs roll i samverkansavtalet förblir densamma. Upphandlingspliktiga anskaffningar kan t.ex. bestå i köp av konsulttjänster för att anpassa systemet efter samverkansparterna, utvidgning av nu aktuella avtal med systemleverantör för att möjliggöra en större volym eller fler parter, behov av ytterligare tekniska tjänster (t.ex. serverutrymme, kapacitetsökningar, uppgraderingar) m.m.
- 5.6.6 Den omständigheten att själva samverkansavtalet möjligen, vad avser Boplats Göteborg, inte träffas av upphandlingsskyldighet, förtar inte skyldigheten att upphandla vad gäller övriga kringtjänster i avtalet. Bedömningen huruvida

FRONT ADVOKATER

upphandlingskyldighet föreligger för sådana köp ska vid varje anskaffning göras i enlighet med de regler som redovisas ovan. Föreligger inte grund för undantag ska alltså annonserade upphandlingar göras för det fall det inte föreligger t.ex. redan upphandlade ramavtal som kan användas för att täcka behov som uppkommer inom ramen för samverkan.
