

FRONT ADVOKATER

**Hur kan kommuner och stadsnät samverka kring IoT-lösningar
inom ramen för upphandlingsregelverket?**

Svenska Stadsnätsföreningens Årskonferens 2020

SAMVERKAN BEGRÄNSAS YTTERST AV EVENTUELL UPPHANDLINGSSKYLDIGHET ENLIGT LOU

Kommuner och kommunala bolag omfattas som huvudregel av lag (2016:1145) om offentlig upphandling ("LOU") såsom en upphandlande myndighet.

LOU omfattar upphandlande myndigheters anskaffningar av varor, tjänster och byggentreprenader genom ingående av upphandlingspliktiga kontrakt.

VAD ÄR EN ANSKAFFNING ENLIGT LOU?

En bedömning av vad som utgör en anskaffning får göras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Typiskt sett kan sägas att alla slags anskaffningar mot någon form av motprestation av ekonomisk karaktär omfattas av LOU, om inga uttryckliga undantag föreligger.

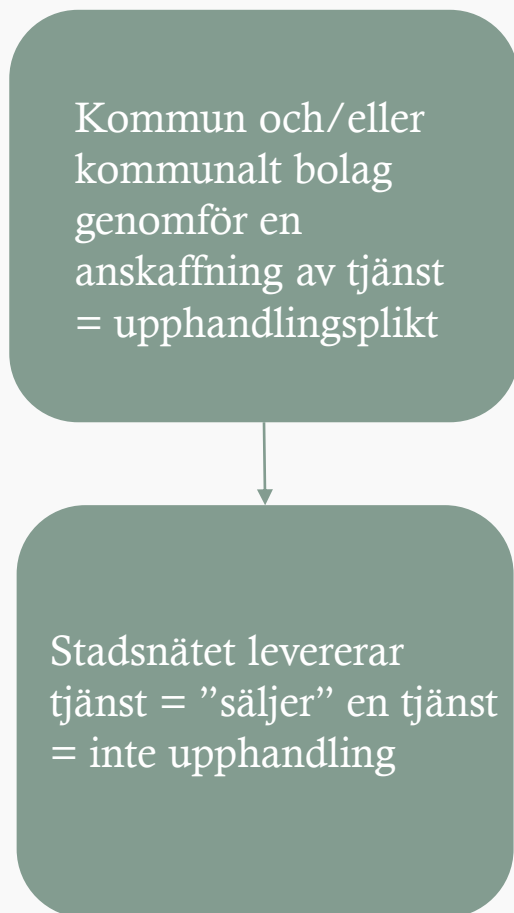
PROBLEMBESKRIVNING

”Krock” mellan stadsnätens förmodade vilja att tillhandahålla IoT-tjänster och kommunernas/de kommunala bolagens möjlighet att anskaffa denna typ av tjänster utan föregående offentlig upphandling.

Huvudregeln är att alla anskaffningar ska konkurrensutsättas.

Avgörande för möjligheten till samverkan kring IoT-tjänster är främst huruvida samverkan sker mellan olika juridiska personer eller inte, och om samverkan innebär en anskaffning (köp) av en tjänst i upphandlingsjuridisk mening.

Figur 1: Placering av ev. upphandlingsplikt



Om placering av upphandlingsplikten

För att underlätta förståelsen av bakgrunden till redogörelsen och checklistan bör redan inledningsvis belysas att den part som träffas av eventuell upphandlingsplikt vid samverkan mellan kommuner/kommunala bolag och stadsnäten blir den part som anses anskaffa (köpa) en IoT-tjänst.

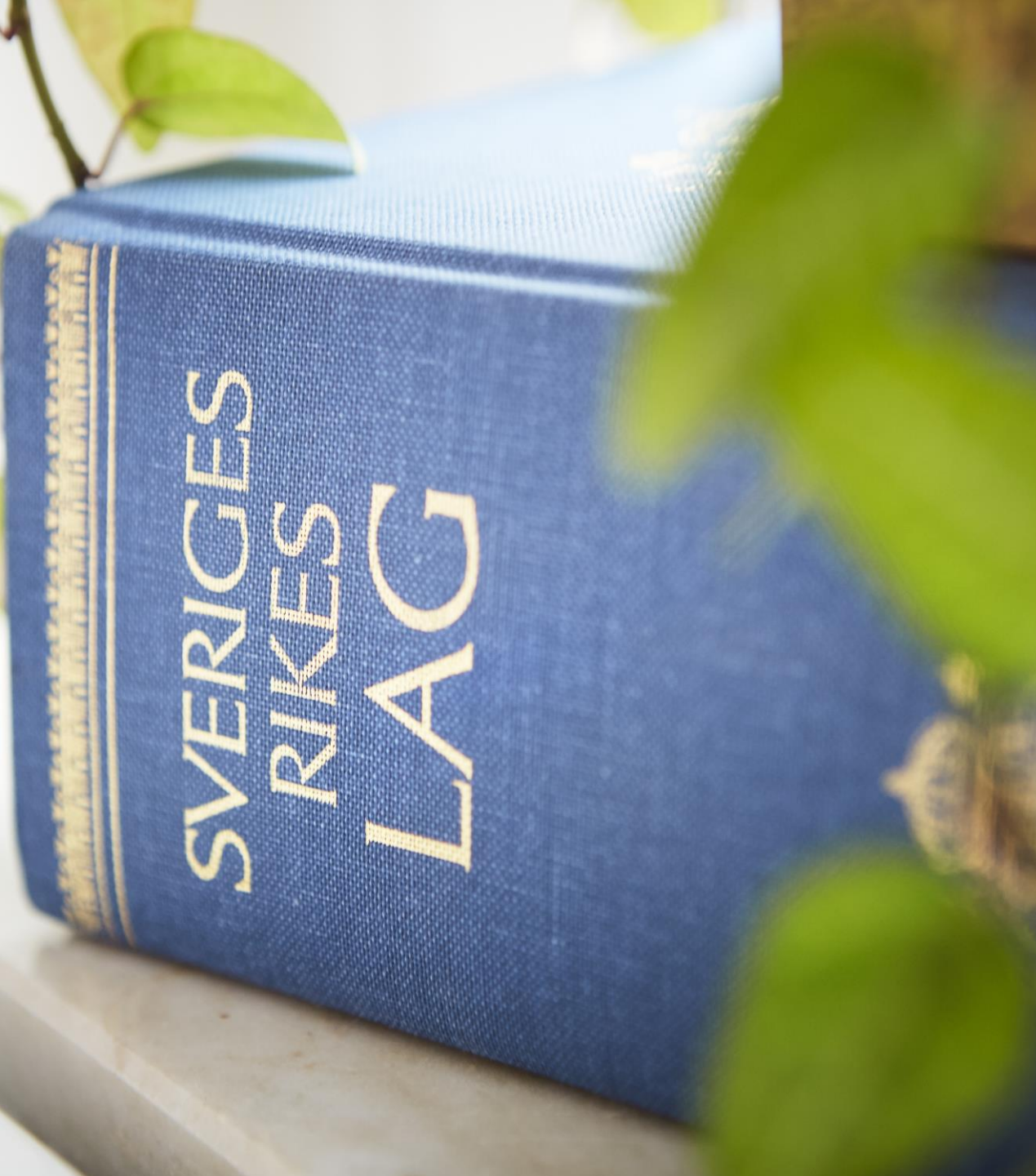
Utgångspunkten i det följande är därför att upphandlingsplikten, om sådan föreligger, hamnar på kommunen/det kommunala bolaget som anskaffar en IoT-tjänst av stadsnätet.

Denna föreläsning syftar således till att belysa vilka möjligheter stadsnäten har att i samverkan med kommuner/andra kommunala bolag leverera IoT-tjänster utan att kommunen/det kommunala bolaget träffas av upphandlingsplikt.



Huvudregel: konkurrensutsättning

I enlighet med vad som ovan anges föreligger en överhängande risk för att de IoT-tjänster som stadsnäten utför åt kommuner eller kommunal bolag träffas av definitionen av en anskaffning enligt LOU och därför som huvudregel ska konkurrensutsättas genom en offentlig upphandling. Från denna huvudregel föreligger dock några undantag, vilka redovisas nedan.



Undantag från LOU, eller från annonseringsskyldighet kan grovt delas in i tre kategorier:

- (i) Undantag beroende på *organisation* (Hamburg- och Teckal-undantagen)
- (ii) Undantag p.g.a. upphandlingens värde, och
- (iii) Undantag p.g.a. upphandlingsföremålet

Undantag från LOU gäller också vid det s.k. teleundantaget.

Om det s.k. teleundantagets tillämplighet

Undantaget är endast tillämpligt i *stadsnätens* inköpsverksamhet och således inte vid kommunens, eller andra kommunala bolags, köp *från* stadsnäten.

För nu aktuell fråga är således teleundantaget av liten betydelse då fråga snarare blir om och/eller hur kommuner eller kommunala bolag får samverka med stadsnäten kring IoT-tjänster. Eventuell anskaffning sker således inte hos stadsnäten, som snarare, något förenklat, intar en roll som säljare gentemot kommunerna/de kommunala bolagen.

Undantag från LOU pga. organisation: Hamburg-undantaget

Vad gäller s.k. **Hamburgsamverkan** ("Hamburg-undantaget") följer av EU-domstolens avgöranden 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.

Hamburg-undantaget forts.

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.

Undantag från LOU: Teckal-undantaget

Det s.k. Teckal-undantaget regleras i **3 kap. 12-16 §§** LOU.

Undantaget innebär att två olika juridiska personer under vissa förutsättningar, på grund av ägarmässiga band, anses vara så närstående att de i upphandlingsjuridisk mening betraktas som samma organisation. Köp mellan parterna kan i så fall ske utan krav på upphandling.

Teckal-undantaget kan således sägas främst ta sikte på vertikala relationer (exempelvis kommun – ägt bolag) medan Hamburg-samverkan avser horisontell samverkan, mellan exempelvis två kommuner, där ägarkopplingar saknas.

TECKAL-UNDANTAGET FORTS.

Det **första** kriteriet, **kontroll-kriteriet**, handlar om att ägaren/kommunen måste utöva en tillräcklig kontroll över bolaget. När det gäller helägda kommunala **företag** går det i regel att åstadkomma sådan kontroll genom att iaktta de regler i kontrollhänseende som direkt följer av kommunallagen.



Det **andra** kriteriet, **verksamhetskriteriet**, innebär att bolaget måste utföra mer än 80 procent av sin verksamhet ”för ägarens räkning”. Denna bedömning ska som utgångspunkt baseras på bolagets totala omsättning under de tre senaste räkenskapsåren (3 kap. 16 § LOU).

Det saknas tydliga riktlinjer för när en viss intäkt ska klassificeras som ”intern” (verksamhet för ägarens räkning) respektive ”extern”.

CHECKLISTA

Vem ska uppfylla kriterierna, i olika situationer?

Om en ägare ska köpa något av sitt ägda bolag (nedströms köp) gäller följande (3 kap. 12 § LOU):

- Bolaget ska stå under ägarens/köparens kontroll, enligt kontrollkriteriet.
- Bolaget ska bedriva minst 80 procent av sin verksamhet för ägarens räkning.
- Med begreppet ”för ägarens räkning” inräknas även verksamhet för sådana andra juridiska personer som ägaren kontrollerar enligt kontrollkriteriet.

VEM SKA UPPFYLLA KRITERIERNA, I OLIKA SITUATIONER? FORTS.

Om ett bolag ska köpa något av sin ägare (uppströms köp) gäller följande (3 kap. 14 §):

- ❑ Samma krav som enligt ovan. Således: om nedströms köp är möjliga, är även uppströms köp möjliga, och vice versa.
- ❑ Uppströms köp är endast möjliga vid **ensam kontroll**, dvs. om det finns en upphandlande myndighet som utövar all kontroll ensam. De är således inte möjliga om ett bolag ägs av exempelvis två kommuner gemensamt.

VEM SKA UPPFYLLA KRITERIERNA, I OLIKA SITUATIONER? FORTS.

Om ett bolag ska köpa något av ett systerbolag gäller följande (3 kap. 15 §):

- Både köpande bolag och säljande bolag måste kontrolleras, enligt kontrollkriteriet, av en ensam gemensam ägare (**ensam kontroll**).
- Köpande bolag ska bedriva minst 80 procent av sin verksamhet för ägarens räkning.
- Med begreppet ”för ägarens räkning” inräknas även verksamhet för sådana andra juridiska personer som ägaren kontrollerar enligt kontrollkriteriet.
- Så som den svenska regleringen är utformad krävs inte att säljande bolag uppfyller verksamhetskriteriet.
- Även köp mellan systerbolag är endast möjliga vid ensam kontroll, dvs. om det finns en upphandlande myndighet som utövar all kontroll ensam. De är således inte möjliga om något av bolagen ägs av exempelvis två kommuner gemensamt.

OM KÖP INOM SAMMA JURIDISKA PERSON

Den rådande uppfattningen är att det inte uppkommer någon upphandlingsplikt enligt LOU för anskaffningar som görs inom en och samma juridiska person.

För de stadsnät som är organiserade i förvaltningsform är således den nu rådande bedömningen att upphandlingsplikt inte uppkommer vid leverans av IoT-tjänster inom samma juridiska person.

Om undantag från annonseringsplikt pga. värde

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.

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 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).

Direktupphandlingsgränsen uppgår för närvarande till 586 907 kr vid upphandling enligt LOU.

Om undantag från annonseringsplikt pga upphandlingsföremålet: Direktupphandling pga tekniska skäl

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.

En kommun kan därmed direktupphandla inköp avseende t.ex. 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.

TACK FÖR MIG!
**Välkomna att
ställa frågor!**

KAISA ADLERCREUTZ

kaisa.adlercreutz@front.law

+46(0)31-10 76 48

+46(0)72-368 66 88