

AB Nybro Brunn
Dunderbergsgatan
382 30 Nybro

AB Nybro Brunns avtal avseende trafikskola och köp av lastbilssimulator

BESLUT

AB Nybro Brunn har brutit mot upphandlingslagstiftningen då bolaget tilldelat ett kontrakt avseende uppförande och nyttjande av trafikskola samt ett kontrakt avseende köp av lastbilssimulator utan att genomföra upphandlingar i konkurrens enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU).

ÄRENDET

Konkurrensverket fick i september 2008 kännedom om att AB Nybro Brunn (Nybro Brunn) under våren ingått eller avsåg att ingå ett nyttjanderättsavtal med Transtorpsfastigheter AB (Transtorpsfastigheter) avseende lokaler för Svenska Trafik och Transportakademins förvaring och nyttjande av en lastbilssimulator samt att Nybro Brunn samma år hade köpt en lastbilssimulator av Thales Services SAS (Thales Services). Konkurrensverket begärde den 11 november 2008 att Nybro Brunn skulle redogöra för hur bolaget säkerställt att kraven i LOU uppfyllts vid avtalen om uppförande och hyra av lokalerna ifråga samt vid köp av lastbilssimulatoren.

Nybro Brunn inkom med svar den 1 december 2008 och anförde sammanfattningsvis följande. Ingåendet av hyresavtalet med Transtorpsfastigheter har inte föregåtts av något upphandlingsförfarande. Av 1 kap. 6 § 1 p LOU framgår att hyresrätt inte omfattas av lagen, varför avtalet inte omfattas av bestämmelserna i LOU. Nybro Brunn har sökt en centralt belägen byggnad i Nybro för att där bland annat bedriva trafikskola samt att förvara och nyttja ovan nämnda lastbilssimulator, men det saknades befintliga lokaler i området. Transtorpsfastigheter skulle låta uppföra en byggnad i området och erbjöd Nybro Brunn att hyra denna.

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

Byggnaden skulle uppföras av OG Ohlssons Byggnads AB som Nybro Brunn inte har någon avtalsrelation med. Lokalen ska uppföras i överensstämmelse med i området sedvanlig standard och kräver inte någon specialanpassning efter Nybro Brunns krav. Nybro Brunn kommer att teckna ett standardiserat hyreskontrakt som inte medger Nybro Brunn någon möjlighet att förvärva fastigheten eller byggnaden. Hyra av den aktuella lokalen utgör inte en byggentreprenad i LOU:s mening.

Vid inköp av en lastbilssimulator våren 2008 tillämpade bolaget ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § 2 p LOU. Efterfrågad simulator kunde på grund av tekniska skäl och ensamrätt endast levereras av en enda leverantör. Avtal tecknades med Thales Services om leverans av en lastbilssimulator Volvo originalhytt av modell F9. Syftet med köpet var att Nybro Brunn skulle sälja utbildningstid i simulatorm. Före upphandlingen utförde Nybro Brunn en kund- och marknadsundersökning, i vilken det framkom att de potentiella kunderna endast är intresserade av simulering avseende den typ av lastbilar som nyttjas i Sverige (Scania och Volvo). En förutsättning för val av leverantör var således att dess simulator i standard och funktion skulle överensstämma med de funktioner som skandinaviskt tillverkade lastbilar har. Av marknadsundersökningen framkom vidare att det endast fanns en leverantör som vid aktuell tidpunkt tillhandahöll en sådan lastbilssimulator, Thales Services. Nybro Brunn anser att Thales Services av tekniska skäl var den enda leverantör som kunde tillhandahålla efterfrågad simulator. För att tillverka en lastbilssimulator vars standard och funktioner överensstämmer med skandinaviska lastbilar fordras att tillverkaren har rätt att använda de delar och de patent som skandinaviska lastbilstillverkare innehar rättigheterna till. Nybro Brunn anser att Thales Service på grund av ensamrätt är den enda leverantör som kan tillhandahålla den aktuella lastbilssimulatorm.

Konkurrensverket har genom skrivelse den 20 mars 2009 begärt att Nybro Brunn ska ge in den återopade kund- och marknadsundersökningen samt hyresavtalet med Transtorpsfastigheter. Nybro Brunn ombads också yttra sig över två tidningsartiklar i tidningen Barometern, vari bl.a. uppgavs att byggkostnaden är beräknad till 15 miljoner kronor samt att en annan leverantör visat sitt intresse för att lämna anbud avseende lastbilssimulator. Vidare ombads Nybro Brunn yttra sig över en av Konkurrensverket inhämtad uppgift från Stockholms Fordonstekniska gymnasium om att det i gymnasiets upphandling av lastbilssimulatorer inkom flera anbud. Likaså ombads Nybro Brunn redovisa eventuella planer för den aktuella fastigheten innan det att Nybro Brunn kom på fråga som hyresgäst.

Nybro Brunn har i skrivelse inkommen den 14 april 2009 anfört i huvudsak följande. Nybro kommun har ingen närmare kännedom om huruvida Transtorpsfastigheter eller OG Ohlsson haft några detaljerade planer för fastigheten före det att Nybro Brunn kom ifråga som hyresgäst. Inte heller kan Nybro Brunn verifiera uppgifterna i artikeln i Barometern om att OG Ohlsson åtagit sig att uppföra

byggnaden åt Nybro Brunn har återgetts på ett korrekt sätt. Nybro Brunn har vidare åberopat Kammarrättens i Göteborg dom den 27 februari 2009 i mål 7477-08. Nybro Brunn gör gällande att det i bolagets hyresrelation med Transtorpsfastigheter inte föreligger någon av de omständigheter som var avgörande för Kammarrättens bedömning att hyresundantaget inte var tillämpligt i målet. Vidare kan inte Nybro Brunn lämna in någon dokumentation avseende den kund- och marknadsundersökning som Nybro Brunn genomfört, då någon sådan dokumentation inte existerar. Undersökningen skedde genom sökningar på internet och genom granskning av vetenskapliga skrifter samt av skrifter från diverse europeiska transportmyndigheter. Det är riktigt att en leverantör hört av sig till Nybro Brunn angående anbudsunderlaget för Nybro Brunns upphandling. Nybro Brunn menar dock att denna leverantör inte kunde uppfylla de krav som bolaget haft på upphandlingsobjektet.

Nybro Brunn har ingett ett avtal rubricerat "hyreskontrakt för lokal". Avtalet har slutits med Transtorpsfastigheter och avser hyra av en lokal som ska uppföras av Transtorpsfastigheter. Avtalet löper mellan den 1 mars 2009 till och med den 29 februari 2024. Om avtalet inte sägs upp senast nio månader före den avtalade hyrestidens utgång förlängs avtalet med ytterligare tre år i taget. Enligt 2009-års nivå utgår hyra årligen med 900 000 kronor, detta belopp uppräknas årligen enligt i avtalet angivna grunder och med hänsyn till förändringarna i konsumentprisindex.

Konkurrensverket har härefter inhämtat uppgift från Stockholms Fordonstekniska gymnasium att det, förutom Thales Services som är den ledande aktör på marknaden, också finns flera mindre leverantörer, vilka samtliga kan tillhandahålla simulatorer som fungerar för olika förhållanden.

Konkurrensverket har likaså inhämtat bygglov och detaljplan avseende fastigheten Nybro 3:48 (nuvarande Transtorp 1:2). Av handlingarna framgår att Nybro Brunn beviljats bygglov och av detaljplanen för fastigheten framkommer att Nybro Brunn vill bygga en trafikövningsplats för utbildning av förare.

Nybro Brunn har beretts tillfälle att yttra sig över Konkurrensverkets utkast till beslut. Nybro Brunn har inte inkommit med något yttrande.

SKÄL

Rättsläget

Enligt 1 kap. 2 § LOU gäller LOU för offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster samt byggkoncessioner. Konkurrensverket konstaterar inledningsvis att Nybro Brunn utgör ett offentligt styrt organ enligt 2 kap. 12 § LOU. Bolaget utgör därmed en upphandlande myndighet enligt 2 kap. 19 § 2 p. LOU och är skyldigt att följa regelverket.

Vid offentlig upphandling ska enligt huvudregeln i 4 kap. 1 § LOU ett öppet eller ett selektivt förfarande användas. Detta innebär att alla leverantörer får lämna respektive ansöka om att lämna anbud. Varje undantag från skyldigheten att följa gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling skall enligt EG-domstolens praxis tolkas restriktivt. Den som avser att åberopa en undantagsbestämmelse har också bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana omständigheter som motiverar att undantag görs.¹

Enligt 1 kap. 6 § 1 p LOU omfattas inte kontrakt avseende hyresrätt av lagens tillämpningsområde. Motsvarande bestämmelse finns i artikel 16 i direktiv 2004/18/EG där undantag görs för kontrakt som avser förvärv eller hyra av befintliga byggnader. Direktivet är inte tillämpligt på sådana kontrakt som avser förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av mark, befintliga byggnader eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan egendom. Uttrycket befintlig byggnad i artikel 16 syftar till att klargöra att undantaget inte avser byggtreprenadkontrakt. Direktivet medger inte undantag utöver de fall som omfattas av artikeln.²

Med byggtreprenadkontrakt avses enligt 2 kap. 3 § LOU bl.a. ett kontrakt som slutits mellan en entreprenör och en upphandlande myndighet och som medför att ett byggnadsverk realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten. Termen byggtreprenad omfattar sålunda även kontrakt med innebörden att en entreprenör uppför en byggnad på mark som inte ägs av den upphandlande myndigheten och sedan säljer eller hyr ut byggnaden till myndigheten.³ Dessa kontrakt omfattas endast av reglerna om byggtreprenader om avtalet medför att byggnaden realiserar enligt den upphandlande myndighetens specifikationer eller krav.⁴

¹ Se bl.a. EG-domstolens dom i de förenade målen C-199/85, C-328/92, C-324/93, C-318/94.

² Jmf prop. 2006/2007:128 s. 289 f.

³ Prop. 2006/2007:128 s. 298 f.

⁴ Se bl.a. Guide to the Community rules on public works contracts (1997) s. 12 samt Sue Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, 1996, s. 129 f. Se även förslag till avgörande av generaladvokat Verica Trstenjak i mål C-536/07 p. 93 vari bl.a. anför följande. Avgörande för om ett kontrakt uppfyller de centrala villkoren för att kunna anses som ett upphandlingsrätligt relevant kontrakt för bygg- och anläggningsarbeten är att det objektivt kan konstateras att föremålet för

Uppförande av byggnad efter beställarens riktlinjer omfattas i regel inte av hyresundantaget i 1 kap. 6 § 1 p LOU. Detta blir särskilt tydligt när byggnaderna är av speciell karaktär såsom värmekraftverk, skola, sjukhus, brandstation eller liknande. Är det däremot fråga om byggnader som vem som helst kan tänkas köpa och som inte planerats för den upphandlande myndigheten kan sannolikt undantaget användas redan under byggnationen. Även uppförande av byggnader som andra aktörer kan tänkas ha intresse av att förvärva och nyttja ska emellertid upphandlas enligt LOU, om byggnaden har planerats för den upphandlande myndigheten eller uppförts enligt myndighetens krav och specifikationer.⁵

Nybro Brunn har vidare gjort gällande att det på grund av tekniska skäl och ensamrätt förelåg förutsättningar att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid bolagets inköp av en lastbilssimulator. Enligt 4 kap. 5 § 2 p LOU får en upphandlande myndighet under vissa i lagen angivna förutsättningar använda sig av ett så kallat förhandlat förfarande utan föregående annonsering. De skäl som anges är tekniska och konstnärliga skäl samt ensamrätt.

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas om den relevanta varan på grund av tekniska skäl eller ensamrätt kan utföras endast av en viss leverantör. Undantag på grund av tekniska skäl kan endast tillämpas om den upphandlande myndigheten – på objektiva grunder – kan konstatera att det endast finns en viss leverantör som kan leverera den önskade varan.⁶ Två kumulativa skäl ska vara uppfyllda, dels ska de arbeten som är föremål för upphandlingen vara av teknisk karaktär, dels ska det därför vara absolut nödvändigt att tilldela ett visst företag kontraktet.⁷ Undantaget ska tillämpas restriktivt.⁸ I EG-domstolens praxis har bland annat konstaterats att det inte är tillräckligt att visa att en särskild leverantör är effektivast avseende ett visst utförande, det krävs istället att leverantören är den enda som kan producera det som efterfrågas.⁹ EG-domstolen har vid tillfälle underkänt återopande av undantaget på grund av tekniska skäl då domstolen gjort bedömningen att skälen i fråga hade kunnat användas i ett annonserat upphandlingsförfarande.¹⁰

Med ensamrätt avses att ett kontrakt av legala skäl enbart kan utföras av en leverantör. Begreppet ensamrätt innebär att leverantören i praktiken är den enda som kan utföra beställningen. Detta kan vara fallet om det som ska upphandlas skyd-

kontraktet i första hand är uppförande av ett byggnadsverk mot vederlag. Av p. 102 i samma yttrande framgår vidare att en långvarig tidsbegränsad nyttjanderätt istället kan betraktas som tjänst.

⁵ Jfr. Bl.a. Kammarrätten i Göteborgs domar den 8 oktober 1999 (mål 3859-1999) och den 27 februari 2009 (mål 7477-08) samt Nämnden för offentlig upphandlings yttrande (dnr 1999/0145-22) och NOU-info sept. -93 -- dec. -95 s. 49.

⁶ Se bl.a. EG-domstolens dom i de förenade målen C-20/01 och C-28/01 p 59 och C-394/02 p 32 och 34-39.

⁷ Se EG-domstolens dom i C-394/02 p. 34.

⁸ Se bl.a. EG-domstolens dom i mål C-324/93 p 46-48 och C-199/85 p 13-14.

⁹ EG-domstolens dom i mål C-199/85.

¹⁰ Jmf. C-324/93 p 49 och förenade målen C-20/01 och C-28/01 p 60.

das av intellektuella rättigheter som patent, varumärkesskydd m.m. Det är inte tillräckligt att som upphandlande myndighet visa att man önskar köpa en viss produkt som skyddas av sådana rättigheter.¹¹ Det som istället måste visas är att det inte finns någon likvärdig produkt på marknaden. Det ska således röra sig om en produkt för vilken det i princip inte föreligger någon konkurrens på marknaden.¹² EG-domstolen har också fastslagit att den upphandlande myndigheten måste visa att de skäl som anges för att motivera ett undantag gör det absolut nödvändigt att kontraktet tilldelas till den särskilda leverantören i fråga.¹³ Av EG-domstolens praxis följer att bevisbördan för att dessa förutsättningar föreligger ligger på den person som åberopar dem.¹⁴

Av 6 kap. 4 § LOU framgår att de tekniska specifikationerna i en upphandling inte får innehålla hänvisning till bl.a. varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådana uppgifter får dock förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat eller begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt".

Bedömning

Hysesundantaget

Nybro Brunn har ingått ett avtal med Transtorpsfastigheter avseende lokaler för Svenska Trafik och Transportakademins förvaring och nyttjande. Avtalet utgör ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening.

Frågan är om avtalet utgör ett sådant hyreskontrakt som omfattas av hyresrättsundantaget i 1 kap. 6 § 1 p LOU. Vid denna bedömning saknar det betydelse hur parterna själva har valt att benämna avtalet. Det avgörande är enligt Konkurrensverket om huvudföremålet för kontraktet får anses vara att en lokal ska uppföras enligt den upphandlande myndighetens riktlinjer och att det huvudsakliga syftet är att uppföra ett byggnadsverk. Vid bedömningen ska särskild hänsyn tas till om byggnaden har planerats för den upphandlande myndigheten eller uppförts enligt enhetens krav och specifikationer.

Hysesundantaget i 1 kap. 6 § 1 p LOU avser befintliga byggnader. Av utredningen i ärendet framgår bl.a. att avtalet inte avser en redan befintlig byggnad. Det är också utrett att Nybro Brunn har beviljats bygglov på den aktuella fastigheten. Av detaljplanen för fastigheten framgår likaså att Nybro Brunn vill bygga en trafikövningsplats för utbildning av förare. Det har vidare inte framkommit att någon del av byggnaden ska hyras av någon annan än Nybro Brunn. Vad som sålunda framkommit i ärendet gör att det enligt Konkurrensverkets mening finns grund

¹¹ EG-domstolens dom i mål C-199/85 och C-57/94.

¹² C-328/92 p 17.

¹³ EG-domstolens dom i mål C-57/94.

¹⁴ EG-domstolens dom i mål C-385/02, C-57/94 och C-318/94.

att anta att Transportsfastigheter uppfört den aktuella byggnaden på fastigheten i enlighet med riktlinjer från Nybro Brunn.¹⁵

Även om hyresavtalet mellan Nybro Brunn och Transtorpsfastigheter betecknas "hyreskontrakt för lokal", får enligt Konkurrensverket huvudföremålet för kontraktet anses vara att en lokal ska uppföras enligt den upphandlande myndighetens riktlinjer och att det huvudsakliga syftet är att uppföra ett byggnadsverk.

Bedömningen stöds ytterligare av ersättningsmodellen i avtalet. Nybro Brunn ska enligt avtalet under en period om 15 år ersätta Transtorpsfastigheter med en årlig kostnad om initialt 900 000 kronor vilken uppräknas enligt i avtalet angivet sätt.

Mot bakgrund av det ovan anförda finner Konkurrensverket att avtalet mellan Nybro Brunn och Transtorpsfastigheter avseende uppförande och nyttjande av trafikskolan utgör ett byggtreprenadkontrakt i enlighet med 2 kap 3 § LOU. Med hänsyn till kontraktets värde borde det ha tilldelats genom ett förenklat förfarande eller urvalsförfarande enligt 15 kap. LOU.

Lastbilssimulatore

Nybro Brunn köpte i samband med uppförandet av trafikskolan en lastbilssimulator av Thales Services. Avtalet är ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening och överstiger de tröskelvärdena som gäller för varor. Ett sådant kontrakt ska enligt huvudregeln upphandlats i enlighet med LOU.

Frågan är då om kontraktet är undantaget i enlighet med de grunder om tekniska skäl och ensamrätt i 4 kap. 5 § 2 p LOU som Nybro Brunn åberopat. Nybro Brunn har som stöd för att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering gjort gällande att bolaget utfört en kund- och marknadsundersökning som påståtts utvisa att det endast finns en leverantör. Sedan bolaget anmodats att ge in denna undersökning har det emellertid visat sig att undersökningen endast bestått av sökningar på internet och granskningar av diverse skrifter samt att någon dokumentation inte finns. Stockholms transport och fordonstekniska gymnasium genomförde 2008 en upphandling av en lastbilssimulator för undervisningsändamål. I denna upphandling hade ett flertal olika leverantörer lämnat anbud. Det har därvid även framkommit att den ledande aktören på marknaden är Thales Services, men att det också finns flera mindre leverantörer, vilka samtliga kan tillhandahålla simulatorer som fungerar för olika förhållanden. Likaså framgår av

¹⁵ Frågan huruvida Nybro Brunn lämnat dessa riktlinjer torde endast ha betydelse för valet av upphandlingsform. Om upphandlingsreglerna avseende byggtreprenader inte skulle ha varit tillämpliga, skulle transaktionen istället ha omfattats av reglerna för upphandling av tjänster (jmf. NOU:s ärende 2006/0152-29).

utredningen att en leverantör kontaktat Nybro Brunn för att få ta del av förfrågningsunderlaget i upphandlingen.

Den licens som Nybro Brunn har åberopat är enligt Konkurrensverket inte att jämföras med en sådan ensamrätt som avses i 4 kap 5 § 2p LOU. Av vad Nybro Brunn angett framgår inte att licensen endast kan tilldelas endast en leverantör. Det rör sig således inte om en ensamrätt utan om en licens som hade kunnat sökas av andra potentiella leverantörer.

Konkurrensverket kan inte finna att Nybro Brunn inte skulle ha haft möjlighet att i ett upphandlingsförfarande ställa upp sådana krav som svarar mot bolagets behov. Ett sådant förfarande hade även gjort det möjligt för de leverantörer som agerar på marknaden att anpassa sina produkter och anbud för att bättre svara mot dessa behov.

Vid en sammantagen bedömning finner Konkurrensverket att Nybro Brunn inte visat att enbart Thales Services var i stånd att leverera en lastbilssimulator. Det finns således inte tillräckliga skäl att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Lastbilssimulatorens borde således ha upphandlats i konkurrens i enlighet med ett annonserat förfarande. Med hänsyn till kontraktets värde skulle rätteligen ett öppet eller selektivt förfarande enligt 4 kap. LOU ha tillämpats.

Sammantagen bedömning

Sammanfattningsvis gör Konkurrensverket den bedömningen att Nybro Brunn har brutit mot LOU genom att dels inte tilldela kontrakt avseende uppförande och nyttjande av trafikskola enligt ett förenklat förfarande eller urvalsförfarande, dels inte tilldela kontrakt avseende köp av lastbilssimulator enligt ett öppet förfarande eller ett selektivt förfarande.

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit Eva Jilkén.

Dan Sjöblom

Eva Jilkén

Kopia till:
Klaganden
Revisionen i Nybro kommun

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats