

Företagarombudsmannen

Den Nya Välfärden, Box 5625, 114 86 Stockholm, www.dnv.se



Ärendenummer: FO 2012-003 Laholmshem

Datum: 2012-08-14

Utredare: Micha Velasco

Utredning avseende olagligt kommunalt stöd samt utebliven upphandling

Förevarande fall har Företagarombudsmannen tagit upp i anledning av tips från allmänheten.

Beskrivning av fallet

Laholmshem AB är ett helägt kommunalt bolag vars verksamhet är *uthyrning och förvaltning av bostäder och lokaler i Laholms kommun.*

Vid en renovering år 2011 av storköket i äldreboendet Lingården i Laholm, anlätades bland annat Bolag A av Laholmshem. Någon upphandling av renoveringen skedde inte trots att den var upphandlingspliktig och inte omfattades av befintliga ramavtal.

Laholmshems kostnad för renoveringen uppgick till totalt 12 miljoner kronor¹ varav Bolag A fakturerade Laholmshem cirka 8,3 miljoner kronor inkl. moms. Bolag A:s fakturor innefattade arbetade timmar för Bolag A, kostnader för materiel, underentreprenörer samt entreprenadarvode till Bolag A.

Av fakturorna framgår vidare att Bolag A har fakturerat Laholmshem mellan 280-292 kronor exkl. moms per arbetad timme. Det befintliga ramavtalet mellan Laholmshem och Bolag A medger en ersättning om 265 kronor per timme exkl. moms. Några nya avtal har inte tecknats i anledning av renoveringen av Lingården. Således har en

¹ <http://www.laholm.se/nyheter/nytt-kok-pa-lingarden/>

överfakturering av timarvode om 94 347 kronor utbetalats av Laholmshem enbart för renoveringen av Lingården.

Laholmshem har dessutom utbetalat 359 231 kronor i entreprenadarvode till Bolag A för renoveringen av storköket. Även dessa utbetalningar saknar stöd i avtal.

Vid renoveringen har ett antal underentreprenörer anlåtats av Bolag A utan att dessa tecknat ramavtal med Laholmshem. Sålunda har företag med ramavtal förbigåtts vid renoveringen av Lingården.

Gällande rätt

STATLIGT OCH KOMMUNALT STÖD

Statligt stöd regleras i artikel 107.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, (FEUF).² Huvudregeln föreskriver att statligt stöd som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen är otillåtet om stödet påverkar handeln mellan staterna. Med statligt stöd i artikel 107.1 FEUF menas alla typer av offentliga medel, statliga och kommunala och oavsett vilken typ av finansieringsform som använts. Om ett stöd uppfyller ett antal kriterier kan stödet anses som förenligt med den gemensamma marknaden och därmed vara tillåtet. Exempel på undantag från huvudregeln är stöd till underutvecklade regioner, stöd till områden som drabbats av naturkatastrofer samt vid allvarliga störningar i en medlemsstats ekonomi.

Enligt artikel 108.3 FEUF³ måste åtgärder som kan innefatta statligt stöd, anmälas till Europeiska kommissionen (kommissionen).

Medlemsstaterna är skyldiga att till kommissionen anmäla allt stöd som inte skett i enlighet med de av kommissionen föreskrivna förfarandena. Om något anbuds förfarande inte tillämpats, ingen värdering gjorts och ingen anmälan gjorts till kommissionen, så betraktas åtgärden som ett statligt stöd.

² Tidigare artikel 87.1 i EG-fördraget.

³ Tidigare artikel 88.3 i EG-fördraget.

Om kommissionen finner att otillåtet stöd utbetalats ska den med stöd av artikel 108.2 FEUF⁴ besluta att stödet ska upphävas eller ändras inom den tidsfrist som kommissionen fastställer. I praktiken innebär det att den part som beviljats stöd måste återbetala stödet. Kommissionen uttrycker det så här i sitt beslut i Åre-fallet:⁵

”Syftet med återkrav är att återställa den situation som rådde på marknaden innan stödet beviljades.”

Återbetalningen neutraliserar det utbetalade stödets effekt och därmed den snedvridna konkurrensen.

Enligt 2 kap 8 § kommunallagen får kommuner och landsting genomföra åtgärder för att allmänt främja näringslivet i kommunen eller landstinget. Individuellt inriktat stöd till enskilda näringsidkare får lämnas bara om det finns synnerliga skäl för det. Ett allmänt främjande får inte ges om det samtidigt innebär även ett individuellt inriktat stöd.⁶

UPPHANDLING

Vad avser den upphandlingsrättsliga regleringen har denna utförligt avhandlats i Konkurrenskommissionens utredning KKO 11-041 och kan sammanfattas enligt följande.

Offentlig upphandling som har påbörjas efter den 31 december 2007¹⁰ regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Bestämmelserna innefattar bl.a. en implementering av Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).⁷

⁴ Tidigare artikel 88.2 i EG-fördraget.

⁵ Europeiska kommissionens beslut av den 30 januari 2008, Statligt stöd nr. C35/2006 – Sverige.

⁶ Kammarrätten i Jönköping, dom den 20 december 2007, mål nr 2494-07, Lessebo kommun.

⁷ För närvarande regleras offentlig upphandling av bl.a. varor genom Europeiska rådets och parlamentets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet) vilket trädde i kraft med för medlemsstaterna bindande s.k. direkt effekt per den 1 februari 2006. I Sverige har direktivet numera införlivats genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Motsvarande äldre gemenskapsrättslig reglering, vilken har legat till grund för den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, återfanns i bl.a. Europeiska rådets direktiv 93/36/EG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor (tjänsteupphandlingsdirektivet).

Bestämmelserna i LOU är, såvitt något undantag inte anger motsatsen, tillämpliga på ”kontrakt med ekonomiska villkor” av bland annat tjänster, som ingås mellan s.k. *upphandlande myndigheter* och från dessa fristående fysiska eller juridiska personer. Skyldighet att följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling omfattar förutom myndigheter även kommunala företag som är inrättade för allmännyttigt ändamål. Den som är skyldig att iaktta lagens bestämmelser kallas ”*upphandlande myndighet*”.⁸

Företag, eller grupper av företag, som på marknaden tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”*leverantörer*” vilka ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).⁹

För upphandlingar som har påbörjats efter den 15 juli 2010 har i LOU införts vissa ändringar med avseende på bl.a. regleringen av möjlighet till s.k. direktupphandling samt tillgängliga rättsmedel. I prop. 2009/09:180, s. 374, anges att om ett avtal har slutits utan att upphandlingen har annonserats enligt bestämmelserna i LOU, får upphandlingen anses påbörjad först när avtalet har slutits, såvitt den upphandlande myndigheten inte kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt.

Tjänster för fastighetsförvaltning på arvodes- eller kontraktbasis (CPV 70330000-3)14 utgör s.k. A-tjänster, fastighetsstädning och fastighetsförvaltning (kategori 14 enligt bilaga 2 till LOU). Under förutsättning att det samlade s.k. kontraktsvärdet av aktuella avrop understiger gällande tröskelvärde får tjänsterna upphandlas med iakttagande av de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU. Skulle kontraktsvärdet visa sig överstiga tröskelvärdet ska emellertid motsvarande på EU-direktiv grundade bestämmelser i 1-14 kap. LOU tillämpas på upphandlingen.

⁸ Genom införande av 2007 års upphandlingslagar har inom den klassiska sektorn beteckningen *upphandlande enheter* mönstrats ut och ersatts med *upphandlande myndigheter*. Med upphandlande myndighet avses inte enbart myndigheter utan även offentligt styrda organ, såsom kommunala bolag, som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. (se 2 kap. 12 och 19 §§ LOU). Beteckningen *upphandlande enhet* förekommer numera enbart på organ verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna.

⁹ Se 2 kap. 11 § LOU.

Om ett tjänstekontrakt upphandlas utan att något totalpris anges, ska enligt 3 kap. 12 § LOU kontraktsvärdet vara det uppskattade totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader och av månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om kontraktet löper på obestämd tid.

I fråga om blandade upphandlingar av varor och tjänster ska enligt den s.k. överviktsprincipen i 2 kap. 18 § LOU ett sådant kontrakt som avser varor och som även omfattar tjänster behandlas som ett tjänstekontrakt, om värdet av tjänsterna är högre än värdet av varorna.

För närvarande uppgår tröskelvärdet för kommunala och landstingskommunala upphandlande myndigheter till 1.919.771 kronor.¹⁰

Frågan om grunderna för vilka anbud som ska antas är central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Syftet med de upphandlingsrättsliga reglerna är bland annat att säkerställa den lagliga efterlevnaden av EU-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna.¹¹ Det har därför införts i 1 kap. 9 § LOU ett antal unionsrättsliga principer som ska iakttas vid offentlig upphandling, oavsett upphandlingsförfarande. Dessa är principerna om *likabehandling och ickediskriminering, öppenhet (transparent), proportionalitet* samt *ömsesidigt erkännande*.

Vid upphandling av tjänster föreligger det som huvudregel en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar.¹² Om upphandlingen avser A-tjänster under tröskelvärdet räcker det med att upphandlingen kungörs genom annons

¹⁰ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Tillkännagivande ska ske angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av varor och tjänster inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten inte är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet), till 193.00 euro eller 1.919.771 svenska kronor – se vidare Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹¹ De grundläggande principer som åsyftas finns inskrivna i 1 kap. 9 § LOU och följer av tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG (numera avdelning IV Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF).

¹² Avseende annonseringskravet, se 7 kap. 1 § samt 15 kap. 2 § sista stycket samt 4 § LOU. Avseende skriftlighetskravet, se 9 kap. 1 § samt 15 kap. 8 § LOU.

i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig, eller i annan form som möjliggör effektiv konkurrens.¹³

Företagarombudsmannens bedömning

Företagarombudsmannen anser att kommuner och kommunala bolag måste följa de lagar och förordningar som finns. I det aktuella fallet kommunallagen, LOU och EU-rätten.

Laholmshem har vid ett flertal tillfällen åsidosatt upphandlingsreglerna samt utbetalat ersättning utöver avtal. I det aktuella fallet står det klart att Bolag A tecknat ramavtal med Laholmshem avseende A-tjänster. Laholmshem måste därför upphandla entreprenaden separat och kan inte använda sig av befintliga ramavtal.

Utöver detta har inte ens de befintliga ramavtalen följts, vare sig vad gäller timdebitering eller vilka underentreprenörer som varit aktuella för olika typer av arbeten.

Trots detta har VD för Laholmshem hävdats att reglerna för byggentreprenad gäller och att indexuppräkningsen är godkänd av Laholmshem.¹⁴ Efter att Företagarombudsmannen begärt ut det upphandlade byggentreprenadavtalet och indexuppräkningsen har dock Laholmshem valt att inte svara. Laholmshem och Laholms kommun har dessutom valt att inte yttra sig över denna utredning.

Den aktuella ombyggnaden skulle rätteligen ha upphandlats som en separat upphandling. Att Bolag A var upphandlat avseende *Fastighetsunderhåll – byggarbeten* innebär inte att Laholmshem godtyckligt kan anlita Bolag A för samtliga renoveringar och renoveringar. Vidare har Bolag A agerat som generalentreprenör och detta har aldrig upphandlats.

¹³ Se 15 kap. 4 § LOU.

¹⁴ Hallandsposten fredagen den 18 maj 2012.

Dessutom och än värre är att Laholmshem utan stöd i avtal eller lag till Bolag A betalat ut totalt 94 347 kronor i överfakturerings och 359 231 kronor i entreprenadarvode, totalt 453 578 kronor.

Utöver detta förefaller överfakturerings ha skett även bland underentreprenörer vilka anlitas av Bolag A. Underentreprenörerna har fakturerat högre timpriser till Bolag A än vid tidigare anbud till Laholmshem. Bolag A har i sin tur skickat vidare dessa fakturor till Laholmshem för betalning.

Huruvida detta faller inom ramen för de ansvariga tjänstemännens befogenhet är ytterst oklart. Företagarombudsmannen menar att sådant förfarande kan vara straffbart men att det ytterst är en fråga för åklagare.

Att ett kommunalt bolag agerar som Laholmshem är djupt otillfredsställande för konkurrensen på orten och för företagarklimatet. Dessutom påverkas Laholmshems och i förlängningen kommunens ekonomi negativt eftersom offentligt bekostade projekt och renoveringar inte konkurrensutsätts.

Berörda företag riskerar att bli återbetalningsskyldiga för det fall att ett uppdrag har tilldelats utan upphandling. Konkurrensverket kan även döma ut så kallad upphandlingsskadeavgift vilket skulle belasta Laholmshem ekonomiskt.

Om en utbetalning befinns vara statsstöd kan sådant stöd återkrävas i en påföljande rättsprocess.¹⁵ Det är alltså ytterst företagen som står risken vid tveksamma och olagliga affärer trots att det offentliga gör fel. Detta är otillfredsställande och Företagarombudsmannen arbetar för ett införande av sanktioner mot den felande parten.

Om en myndighet inte följer lagar och regler får det till följd att det allmännas förtroende för rättsstaten skadas. Det saknas sanktioner mot kommuner och kommunala bolag som bryter mot kommunallagen vilket är anmärkningsvärt i sig.

¹⁵ Nu genom anmälan till EU-kommissionen men troligtvis även i svensk allmän domstol efter den 1 juli 2013, SOU 2011:69 Olagligt statsstöd.

Det är Företagarombudsmannens ambition att driva rättsprocesser mot kommuner som bryter mot lagen. Ett bättre företagarklimat gynnar alla. Företagarombudsmannen kommer även i fortsättningen att driva frågor där konkurrensen sätts ur spel och dessutom arbeta för att ett sanktionssystem för kommuner införs.

Företagarombudsmannen, en del av Den Nya Välfärden, verkar för ett bättre företagarklimat i Sverige. Företagarombudsmannens huvudsakliga uppgift är att ge uppmärksamhet och publicitet åt konkreta exempel på brister i företagarklimatet. Företagarombudsmannen har en styrelse bestående av företagare, ekonomer och publicister som på ideell basis leder verksamheten. Företagarombudsmannen genomför utredningar både på eget initiativ och efter anmälan. Anmälare kan vara företagare, politiker, journalister eller andra samhällsmedborgare som har reagerat på fall där företagande försvåras på grund av brister i lagstiftning, föreskrifter eller myndighetsutövning.