

PM 2 2007-12-12 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom tilldelning i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning).

Bodens kommun har beslutat att direkt från ett privat bolag köpa konsulttjänster avseende bl.a. upprätthållande av funktionen som kommunchef. Bolaget har inte deltagit med anbud i någon annonserad upphandling av aktuella tjänster enligt LOU.

Bodens kommun har den 26 oktober 2007 ingått ett såsom "Avtal" rubricerat kontrakt (nedan Uppdragsavtalet) med det privata bolaget Age Management i Sverige AB (nedan AMSAB)¹ enligt vilket kommunen skall köpa följande specificerade konsulttjänster:

- Upprätthålla funktionen som kommunchef
- Strategiskt stöd till kommunledningen
- Projektledning för och projektmedverkan vid framtagande av utvecklingsplan för Bodens kommun
- Projektledning för och projektmedverkan för bildandet av ett nationellt och internationellt kunskapscentrum i Boden inom området "Ledarskap för generationsväxling".

Uppdragsavtalet gäller under perioden den 1 november 2007 till och med den 31 augusti 2008, med automatisk förlängning i 12 månader vid utebliven uppsägning. Därutöver kan Uppdragsavtalet sägas upp av respektive part med en uppsägningstid på tre kalendermånader. Uppdragen skall bedrivas inom ramen för riktlinjer och principer som fastställs av kommunen samt utföras av två i avtalet namngivna "seniorkonsulter", vilka även är ställföreträdare för AMSAB. Uppdragsavtalet har såvitt framkommit inte beslutats eller godkänts av kommunfullmäktige i Boden. Ingen av de i Uppdragsavtalet namngivna seniorkonsulterna är för närvarande anställd av kommunen.

Något offentligt upphandlingsförfarande genom infordran av konkurrerande anbud har inte föregått Uppdragsavtalet, vilket således har tecknats direkt mellan Bodens kommun och AMSAB. Av inledningen till Uppdragsavtalet framgår att detta utgör avrop på ett tidigare mellan kommunen och AMSAB ingånget avtal (nedan Ramavtalet), vilket undertecknades av kommunen och AMSAB den 30 oktober 2006 och avser perioden² fram till och med den 31 augusti 2008, med automatisk förlängning i 12 månader vid utebliven uppsägning³

Ramavtalet kom till genom vad som har uppgivits som en direktupphandling i oktober 2006, där Bodens kommun vände sig till AMSAB och inbjöd bolaget att lämna "ett analogt anbud" baserat på villkoren i en tidigare genomförd och avslutad upphandling. Denna tidigare upphandling hade genomförts som en *förenklad upphandling* enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU och omfattade nedan beskrivna tjänster (med CPV-koderna¹² 74130000, 74140000, 74400000, 74800000, 74141300) till ett uppgivet värde av c:a 400.000 kronor per år. Anbud hade infordrats genom annonser den 15 maj 2007 i tidningen Anbudsjournalen och i databasen www.ajour.se.⁴ Anbudstiden gick ut den 9 juni 2006 och enligt tillgängligt upphandlingsprotokoll hade något anbud från AMSAB inte kommit in i upphandlingen. Bolaget finns inte heller med i den förteck-

¹ Age Management i Sverige AB (AMSAB) med organisationsnummer 556523-177, bildades den 30 december 1994 och registrerades av Patent- och Registreringsverket (nuvarande Bolagsverket) den 25 juli 1995; Gällande firma registrerades den 15 januari 2003. Tidigare firma har varit BCS Kompetensutveckling AB. Nu aktuell bolagsordning antogs den 22 augusti 2004. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 100.000 kronor fördelat på 1.000 aktier med nominellt värde på vardera 100 kronor. Föremålet för bolagets verksamhet består enligt gällande bolagsordning av att "Bolaget skall bedriva konsultverksamhet inom områdena organisationsutveckling, ledarskap och kvalitetsarbete samt förvalta fastigheter ävensom idka därmed förenlig verksamhet". Bolagets styrelse består av två personer, en ordinarie styrelseledamot samt en suppleant, vilka i det nu aktuella Uppdragsavtalet förekommer som "seniorkonsulter".

² Av Ramavtalet framgår inte när detta tidsmässigt börjar gälla. Kontraktet undertecknades av parterna den 30 oktober 2006, varvid det i avsaknad av andra tolkningsdata kan antas att avtalet började löpa vid denna tidpunkt.

³ Ramavtalet avser således samma tidsperiod som Uppdragsavtalet, med undantag för den särskilda möjligheten till tremånaders uppsägning. .

⁴ Anbudsjournalen/Allegos referensnummer: 2006-10010-18969.

ning över totalt 19 antagna leverantörer vilka genom kommunens beslut den 5 september 2006 tilldelats kontrakt på parallella ramavtal.⁵

Av det gemensamma underlaget för den annonserade upphandlingen i maj 2006 och direktupphandlingen i oktober 2006 framgår följande beskrivning av upphandlade tjänster (inledningen, samt punkten A 2 i underlaget):

Projekt/Uppdrag: Konsultuppdrag 2006

Konsulten skall åta sig att på uppdrag av beställaren utföra konsultuppdrag inom Bodens kommun. Det gäller ramavtal där avrop sker projektvis med lämplig konsult. Beställaren eftersträvar varierande kompetenser, vilket medför att avtal med ett flertal konsulter kommer att tecknas. De enskilda uppdragen är huvudsakligen av korttidskaraktär och kan beröra följande områden: Marknadsföring/PR/reklam/informationstjänster, Organisations-, Personalutveckling, Ekonomiska-, Kvalitetskontroll-, Företags-/Företagsetablerings-, projektledning, Utredningar/analyser inkl enkäter, intervjuer, sammanställningar, Upprättande av affärsplaner vid företagsetableringar och Uppföljning av projekt . Därutöver kan förekomma viss utbildning i samband med de olika uppdragen. [...]

1. Marknadsföring/PR/reklam/informationstjänster generellt
2. Organisations och kompetensutveckling
3. Ekonomiska analyser inom begränsade verksamhetsområden
4. Kvalitetskontroll inom begränsade verksamhetsområden
5. Rådgivning och stöd vid företagsetablering/nyföretagande
6. Företagsanalyser
7. Företagsetableringsanalyser
8. Uppföljningsarbete avseende olika projekt
9. Utbildningsprojektering
10. Upprätta och utföra enkäter, intervjuer, sammanställningar et., avseende punkt 1-9
11. Dagsutbildningar och dylikt av varierande slag, avseende punkt 1-9
12. Projektledning och utredningsuppdrag avseende punkt 1-9

Enligt de särskilda anbudsförutsättningarna för den i oktober 2006 genomförda direktupphandlingen skulle anbud ha inkommit till kommunen senast den 20 oktober 2006. AMSAB tilldelades kontrakt i enlighet med ett anbud daterat den 23 oktober 2006. Ramavtalet mellan kommunen och AMSAB tecknades den 25 oktober 2006 och omfattar tjänster enligt förfrågningsunderlaget, punkterna 2,4,6 och 8 – 12.⁶

Ersättning⁷ enligt Ramavtalet skall utgå med 1.500 kronor per timme (normal arbetstid) eller 12.000 kronor för åtta timmar (normal arbetsdag). Avtalad timersättning skall inkludera allt⁸, även normalt förbrukningsmaterial. Därjämte utgår Reseersättning med 2,70 kronor per kilometer för resor med egen bil längre än 15 km från Kungsbron i Boden.

Ersättning enligt Uppdragsavtalet skall utgå efter vad som följer av Ramavtalet, dock skall följande takpriser tillämpas: Total ersättning för arbetad tid skall uppgå till högst 175.000 kronor per kalendermånad eller totalt högst 1.750.000 kronor per kalenderår, exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).

⁵ Bodens kommun, upphandlingsprotokoll av den 5 september 2007 avseende ”Anbud: Konsultuppdrag 2006” (KS401-06-055). Vid anbuds- tidens utgång den 9 juni 2006 hade registrerats 28 inkomna anbud. Av dessa förkastades ett anbud vid kvalifikationsprövningen och åtta anbud vid anbudsvärderingen. Kontrakt tilldelades således 19 anbudsgivare i parallella ramavtal. Bland de inkomna anbuden återfinns inte något anbud från AMSAB. Bolaget finns heller inte med i den förteckning över leverantörer som har tilldelats kontrakt i upphandlingen.

⁶ Ramavtalets uppräknade tjänster har jämförts med förfrågningsunderlaget kompletterats enligt följande: punkten 2 ”Ledarskapsutv, pers.utv. Karriärplanering, Jämställdhetsutv.”; p. 4 ”Verk.område, Uppföljning, Kvalitetsgranskning, Utredningar”; p. 6 ”Ekonomisk information, Stöd till företagsutv. insats”; p.8 ”Utv. Av verksamheter & projekt”; p.9 ” Förstudier, Framtagande av kursplaner, upprätta ansökningar för finansiering” .

⁷ Ersättning skall enligt vad som framgår på första sidan i underlaget utgå med ”Rörligt arvode med fast timpris efter utförd prestation och enligt överenskommen betalningsplan”.

⁸ Huruvida lagstadgad mervärdesskatt (moms) inkluderas eller exkluderas i angivna ersättningsbelopp framgår inte av Ramavtalet. Avtalsformuleringen att överenskommen ersättning skall inkludera allt tyder dock på att angivna belopp även inkluderar moms.

Uppdragsavtalets samlade s.k. *kontraktsvärde* kan enligt gällande beräkningsbestämmelser¹⁴ och med ledning av avtalade ersättningsbelopp beräknas till 3,5 miljoner kronor under avtalets giltighetstid, inklusive förlängningsåret.⁹ Ramavtalets kontraktsvärde kan till följd härav uppskattas till minst samma belopp, och vid ett maximalt utnyttjade till 6,5 miljoner kronor.¹⁰

⁹ Uppdragsavtalets kontraktsvärde har beräknats enligt följande. Överenskommen maximal avtalstid är 11 + 12 månader, medan avtalat maxbelopp uppgår till 1.750.000 kr per kalenderår; $11 \times 175.000 \text{ kr} = 1.925.000 \text{ kr}$; $1.925.000 \text{ kr} > 1.750.000 \text{ kr}$; $2 \times 1.750.000 \text{ kr} = 3.500.000 \text{ kr}$.

¹⁰ Ramavtalets kontraktsvärde har beräknats enligt följande: Kalkylen bygger på att det är 20 arbetsdagar på en månad och tolv arbetsmånader på ett år. Avtalet avser perioden den 30 oktober 2006 till och med den 31 augusti 2008, med möjlighet till förlängning i ytterligare 12 månader, således maximalt 34 månader. Pris enligt anbud uppgår till 12.000 kronor per dag. $12.000 \times 20 = 240.000 \text{ kr/månad}$; $240.000 \times 34 = 8.160.000 \text{ kronor}$. Från detta belopp skall avräknas moms i enlighet med resonemanget i fotnot 8 ovan; $8.160.000 \times 0,80 = 6.528.000 \text{ kr}$.

Gällande rätt

All offentlig upphandling och vad som äger samband med den, regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Tjänster för marknadsundersökning, organisationsrådgivning, reklam m.m. (CPV 74130000, 74140000, 74400000, 74800000 och 74141300)¹¹ utgör s.k. A-tjänster (kategori 10-13) enligt bilaga A till LOU.¹² Om det samlade *kontraktsvärdet*¹³ överstiger tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,826 miljoner kronor¹⁴ skall tjänsterna upphandlas enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU. Endast om kontraktsvärdet understiger angivna tröskelvärde får *förenklad upphandling* eller *direktupphandling* enligt 6 kap. LOU tillämpas inom de aktuella tjänstekategorierna.

Lagen bygger i här aktuellt avseende på Europeiska rådets direktiv 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (det s.k. tjänsteupphandlingsdirektivet), jämte tillkommande ändringsdirektiv. Dessa direktiv har numera ersatts av Europeiska rådets och parlamentets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet), vilket sedan den 1 februari 2006 gäller med för Sverige bindande s.k. direkt effekt i sina obligatoriska delar.¹⁵

Skyldighet att följa lagen om offentlig upphandling åvilar samtliga statliga, kommunala och andra myndigheter samt beslutande församlingar i kommuner och landsting, vilka enligt lagens terminologi benämns ”*upphandlande enheter*”. Tillsynsmyndighet för offentlig upphandling var tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU), numera är det Konkurrensverket som utövar tillsynen.¹⁶

Enligt huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU skall alla upphandlande enheter iaktta affärsmässighet och opartiskhet i sin inköpsverksamhet och därvid på bästa sätt utnyttja förefintlig konkurrens. Den därmed följande s.k. *likabehandlingsprincipen* föreskriver att samtliga tänkbara leverantörer skall ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta med anbud vid offentlig upphandling. Enskilda leverantörer eller grupper av leverantörer får inte ensidigt gynnas.

Med ”Ramavtal” avses enligt en legaldefinition enligt 1 kap. 5 § LOU ett ”avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period”. Bestämmelsen återfinns inte i tjänsteupphandlingsdirektivet (92/15/EG) men motsvarar i allt väsentligt art. 1.5 i det nya klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG).¹⁷

¹¹ CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts av Europeiska unionen (European Commission, GD XV/B/4) och klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att den skall ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom EU. - Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EEG/2195/2002) av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003. CPV 7413000 marknadsundersökningar; opinionsundersökningar och tillhörande tjänster; CPV 74140000 företags- och managementrådgivning samt tillhörande tjänster; CPV 74400000 reklam och marknadsföring; CPV 74800000 diverse företags- och övriga tjänster samt CPV 74141300 konsulttjänster för marknadsföring utgör samtliga s.k. A-tjänster, kategori 10-13, enligt bilaga A till LOU.

¹² Kategori 10 Marknadsundersökningar, inkl. opinionsmätningar; kategori 11 konsulttjänster för administration och organisation av företag; kategori 12 Arkitekttjänster, ingenjörs- och konstruktörstjänster, stadsplanerings- och landskapsarkitekturstjänster, anknutna vetenskapliga och tekniska konsulttjänster samt tjänster avseende teknisk provning och analys samt kategori 13 Tjänster avseende annonsering (reklam).

¹³ Om ett upphandlingskontrakt avseende tjänster inte anger något totalpris skall kontraktsvärdet enligt 5 kap. 7 § LOU beräknas till det fulla värdet av tjänsterna under kontraktets löptid om denna är högst 48 månader och till månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid. Options- och förlängningsklausuler skall beaktas som om de utnyttjats.

¹⁴ Se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Gällande tröskelvärde från och med den 1 januari 2006.

¹⁵ Direktivet (2004/18/EG) har sedan den 1 februari 2006 trätt ikraft med för medlemsstaterna bindande s.k. direkt effekt. Direktivet har dock ännu inte implementerats i svensk nationell rätt. En proposition med förslag till nya lagar om offentlig upphandling (prop. 2006/07:128) har överlämnats till riksdagen.

¹⁶ Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret över den offentliga upphandlingen till Konkurrensverket.

¹⁷ I förslaget till ny 2 kap. 15 § LOU har legaldefinitionen angivits till ”*avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod*” (prop. 2006/07:128 s. 13).

Upphandlingslagens bestämmelser är tvingande för de upphandlande enheterna. Enligt 1 kap. 5 § LOU skall samtliga avtal som upphandlande enheter ingår med en fristående juridisk person, avseende köp av exempelvis tjänster, betraktas som ”upphandlingar” i enlighet med lagens systematik. Bestämmelserna behöver emellertid inte tillämpas avseende rena anställningsavtal (jfr 5 kap. 1 § andra stycket punkten 6 LOU). Uppdragsavtal på konsultbasis, där ansvaret för arbetsgivareavgifter och skatter primärt åvilar uppdragstagaren och för vilka exempelvis lagstadgad mervärdesskatt (moms) utgår, kan emellertid inte utgöra anställningsavtal i teknisk mening.

Bestämmelserna behöver heller inte tillämpas vid upphandling av tjänster från andra upphandlande enheter vilka på grund av lag eller annan författning som är förenlig med Romfördraget har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra aktuella tjänster (se 5 kap. 2 § LOU). Den omständigheten att en upphandlande enhet tror sig veta att enbart viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av efterfrågade tjänster (s.k. faktisk ensamsituation) medför däremot inte undantag från lagens huvudregel att upphandling ändå måste genomföras.¹⁸

Enligt 5 kap. 14 § LOU skall förekommande upphandlingar normalt genomföras genom s.k. *öppen upphandling* eller *selektiv upphandling*, varigenom förfarandet skall annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT).¹⁹ *Förhandlad upphandling utan föregående annonsering* – där den upphandlande enheten vänder sig till viss leverantör och tecknar avtal direkt med denne – får enligt 5 kap. 17 och 19 §§ LOU användas endast under vissa i lagen uppräknade omständigheter²⁰ eller om anbud som lämnats vid en redan genomförd öppen eller selektiv upphandling inte motsvarar de krav på föremålet för upphandlingen som ställts upp i underlaget, eller det över huvud taget inte har lämnats några anbud eller några lämpliga anbud.²¹

Från underrättspraxis kan nämnas ett länsrättsavgörande där Lysekils kommun hade direktupphandlat²² ett kontrakt om köp av konsulttjänster avseende funktionen som tillförordnad kommunchef²³. Förfarandet underkändes av Länsrätten i Göteborg. Sammanfattningsvis fann länsrätten att kommunen borde ha konkurrensetsatt konsulttjänsten, upphandlat tjänsten i enlighet med LOU

Syftet med den föreslagna regleringen är att möjliggöra ramavtal som inte anger samtliga villkor för avrop, utan där den upphandlande myndigheten, inom kretsen av ramavtalsparter, kan genomföra en ytterligare en konkurrensetsättning (ny anbudsgivning) på grundval av de villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får då preciseras eller kompletteras med andra villkor (prop. s. 173). Den beskrivna regleringen förutsätter dock att ramavtal har tecknats med flera leverantörer och har ännu inte trätt i kraft.

¹⁸ Se EG-domstolens dom den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *Kommissionen mot Tyskland*.

¹⁹ En annons om upphandlingen skall enligt 1 kap. 8 § LOU på snabbaste lämpliga sätt sändas till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer. Den upphandlande enheten skall kunna visa vilken dag annonsen avsändes.

²⁰ Förhandlad upphandling får enligt 5 kap. 17 § LOU användas utan föregående annonsering om (1) tjänsterna av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan utföras av endast en viss leverantör, (2) det är absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen, men synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till den upphandlande enheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppen eller selektiv upphandling eller förhandlad upphandling med föregående annonsering enligt 16 §, (3) upphandlingen gäller tilläggstjänster från den ursprungliga leverantören som inte omfattas av det först avsedda projektet men som på grund av oförutsedda omständigheter blivit nödvändiga för projektet, under förutsättning att tilläggstjänsterna inte utan tekniska eller ekonomiska olägenheter kan skiljas från det ursprungliga upphandlingskontraktet eller att tilläggstjänsterna är absolut nödvändiga för att det ursprungliga upphandlingskontraktet skall kunna slutföras, (4) upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprekning av tjänster ingående i ett projekt som tidigare varit föremål för öppen eller selektiv upphandling och tjänsterna tilldelas samma leverantör som tidigare fått upphandlingskontraktet, om dessa nya tjänster beställs inom tre år efter det att det ursprungliga kontraktet slöts och värdet av de nya tjänsterna ingått i tröskelvärdeberäkningen och annonserats i samband med det ursprungliga projektet, varvid angivits att förhandlat förfarande kan komma att användas. Bestämmelserna i punkten 3 skall tillämpas endast om värdet av tilläggstjänsterna inte överstiger hälften av det ursprungliga upphandlingskontraktets värde.

²¹ Om den förhandlade upphandlingen inte omfattar samtliga korrekt lämnade anbud från anbudsgivare som motsvarar de krav som ställts på leverantör i det föregående upphandlingsförfarandet, skall enligt 5 kap. 19 § andra stycket LOU den upphandlande enheten annonsera den förhandlade upphandlingen. En rapport om skälen för att Förhandlad upphandling utan föregående annonsering har tillämpats skall lämnas till EG-kommissionen på dess begäran.

²² Det samlade kontraktsvärdet i Lysekils kommuns refererade upphandling understeg tröskelvärdet 200.000 euro, varför upphandlingen skulle ha handlagts enligt 6 kap. LOU, genom förenklad upphandling eller urvalsupphandling. Direktupphandling kunde dock inte komma ifråga.

²³ Lysekils kommun hade tecknat två avtal, dels ett konsultavtal med ett aktiebolag om köp av tjänster avseende funktionen som tillförordnad kommunchef motsvarande 80 procents tjänstgöring, dels ett anställningsavtal med bolagets ställföreträdare om motsvarande anställning med 20 procents tjänstgöring. Förfarandet motiverades med att befattningen som kommunchef innefattar moment av myndighetsutövning, vilken inte får överlåtas på ett bolag utan stöd av lag. Uppkommande fall av myndighetsutövning skulle således utföras av den tillförordnade kommunchefen inom ramarna för hans tjugoprocentiga anställning i kommunen.

och att direktupphandling inte kunde användas. Länsrätten biföll ansökan om överprövning samt förordnade att upphandlingen av konsulttjänster i Lysekil skulle göras om (se även Konkurrenskommissionen tidigare utredning och bedömning, KKO 06-007).²⁴

Den allmänna princip om likabehandling som följer av EG-fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, även giltighet som svensk lag. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen att "*Den i Romfördraget centrala likabehandlingsprincipen återfinns bl.a. i artikel 6 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Andra uttryckliga likabehandlingsprinciper återfinns i artikel 40 tredje stycket i Romfördraget angående likabehandling mellan producenter och konsumenter inom den gemensamma jordbrukspolitiken samt i artikel 119 i Romfördraget när det gäller lika lön för kvinnor och män. EG-domstolen har dock slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen*".²⁵ Den allmänna likabehandlingsprincipen får förstås så att en medlemsstats myndigheter inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa (t.ex. inhemska) leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

Grunden för de kommunala förvaltningschefernas, däribland kommunchefens, beslutsfunktioner framgår av den kommunalrättsliga beslutsorganisation som regleras i kommunallagen (1991:900) – KL. Den verkställande beslutsrätten i kommunen ankommer enligt lagens reglering på de kommunala nämnderna med kommunstyrelsen i spetsen (eller på s.k. partssammansatta organ). Nämndernas beslutsrätt kan i vissa fall²⁷ delegeras vidare nedåt i organisationen enligt bestämmelser som finns införda i 6 kap. 33-38 §§ KL.

Kommunallagen reglerar såväl *befogenheten*, d.v.s. rätten att fatta kommunala beslut som *behörigheten*, d.v.s. rätten att utåt företräda kommunen och gentemot tredje man ingå för kommunen bindande rättshandlingar. Behörighet och befogenhet följer som regel med varandra, men kan i vissa fall förekomma var för sig.

Löpande beslut inom den kommunala förvaltningen fattas som regel av kommunens anställda eller av förtroendevalda befattningshavare med stöd av beslutsbehörighet som har delegerats från ansvarig kommunal nämnd. Behörigheten kan ha delegerats antingen genom en av nämnden fastställd befattningsbeskrivning, genom delegationsordning eller genom särskilda beslut om delegation för visst enskilt fall. Beslut av enkel beskaffenhet fattas normalt med stöd av befattningsbeskrivning eller subdelegation i den kommunala tjänsteorganisationen. Mer kvalificerade beslut, exempelvis om att ingå avtal och andra rättshandlingar av viss betydelse, fattas normalt med stöd av kommunal delegationsordning där ramarna för beslutsrätten särskilt reglerats. Slutligen kan beslutsrätten i vissa speciella frågor delegeras genom enskilda beslut av nämnden.

Kretsen av befattningshavare till vilken beslutsrätt kan delegeras begränsas i 6 kap. 33 § KL. Enligt detta stadgande får en nämnd uppdra åt ett utskott, åt en ledamot eller ersättare eller åt en anställd hos kommunen att besluta på nämndens vägnar i ett visst ärende eller en viss grupp av ärenden. Alla sorters beslut kan dock inte delegeras.²⁶

Om en nämnd med stöd av 33 § uppdrar åt en förvaltningschef att inom nämndens verksamhetsområde fatta beslut, får enligt 6 kap. 36 § KL nämnden överlåta åt förvaltningschefen att i sin tur uppdra åt en annan anställd inom kommunen att besluta i stället (s.k. subdelegation).

²⁴ Länsrätten i Göteborg, lagakraftvunnen dom den 11 juli 2006 i mål 3804-06.

²⁵ Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478.

²⁶ I följande slag av ärenden får enligt 6 kap. 34 § KL beslutanderätten inte delegeras: (1) ärenden som avser verksamhetens mål, inriktning, omfattning eller kvalitet, (2) framställningar eller yttranden till fullmäktige liksom yttranden med anledning av att beslut av nämnden i dess helhet eller av fullmäktige har överklagats, (3) ärenden som rör myndighetsutövning mot enskilda, om de är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt, och (4) vissa ärenden som anges i särskilda föreskrifter.

Befogenheten för en kommunal förvaltningschef att fatta beslut i tjänsten – oavsett om besluten innefattar myndighetsutövning eller ej - måste således vara delegerad från ansvarig kommunal nämnd, antingen genom befattningsbeskrivning, genom särskild delegationsordning, eller genom beslut om delegation i enskilt fall. Delegation kan enligt kommunallagens bestämmelser ske enbart till förtroendevald eller anställd hos kommunen. Den aktuella regleringen motiveras av behovet av tydlig ansvarsfördelning i kommunernas centrala förvaltningsverksamhet. Till inhyrda konsulter får således inte delegeras befogenhet att fatta kommunala beslut, utan kan enbart verka som rådgivare i den kommunala organisationen.

Även *behörigheten* att i kommunens namn underteckna avtal och ingå andra rättshandlingar, sammanhänger med vad som ovan har redovisats om kommunal delegationsrätt. En kommunal nämnd kan med stöd av 6 kap. 33 § KL uppdra åt sina ledamöter eller ersättare eller åt anställda hos kommunen att ensamma eller i förening, inom nämndens ansvarsområde, teckna kommunens firma. Viss behörighet att utåt företräda kommunen kan även framgå av gällande befattningsbeskrivning och därmed följande ställningsfullmakt.²⁷ Vill kommunen överlämna åt någon utomstående att gentemot tredje man företräda kommunen och ingå för kommunen bindande rättshandlingar måste detta ske genom upprättande av fullmakt. Av fullmakten bör framgå vad den avser och till vem den riktar sig. Generell fullmakt, s.k. *prokura*, torde enligt kommunalrättens grunder inte kunna utfärdas.

Av 3 kap. 16 § KL följer att kommuner efter beslut av fullmäktige får lämna över vården av en kommunal angelägenhet, för vars handhavande särskild ordning inte föreskrivits, till bl.a. ett aktieföretag eller till enskild. Sådana kommunala angelägenheter som med stöd av bestämmelsen kan överlåtas är driften av hela eller delar av kommunala serviceverksamheter som, renhållning, daghem, skolmatsbetspisningar m.m. (se prop. 1990/91:117, se även Kommunallagskommitténs betänkande, SOU 1990:24). Bestämmelsen omfattar dock inte de centrala beslutsfunktionerna i en kommun, eftersom dessa, enligt vad som föreskrivits i bl.a. 6 kap. 33-38 §§ KL, skall handhas i särskild ordning. Med hänvisning till 11 kap. 6 § regeringsformen får beslut som innefattar myndighetsutövning heller inte läggas ut på entreprenad utan särskilt stöd av lag.

Kommunala beslut som inte har tillkommit i laga ordning eller där den som har fattat beslutet har överskridit sina befogenheter kan enligt 10 kap. 8 § KL upphävas genom beslut av allmän förvaltningsdomstol, med länsrätt som förstainstans. Talan om upphävande av kommunalt beslut, s.k. *laglighetsbesvär*, kan föras av envar som är kommunmedlem fram till dess att tre veckor har förflutit efter det att beslutet anmälts i behörig nämnd, protokollförts och protokollet har anslagits på kommunens anslagstavla. Icke anslagna beslut kan överklagas utan begränsning i tiden.

²⁷ I rättsfallet NJA 1992 s. 375 ansågs emellertid ett s.k. "letter of intent" som kommunstyrelsens ordförande och kommunens kanslichef hade utfärdat i kommunens namn och som innehöll vissa åtaganden gentemot en bank, inte utgöra en för kommunen bindande rättshandling eftersom detta skulle ha inneburit ett åtagande av sådan karaktär att det enligt gällande kommunalrättsliga regler, på samma sätt som vid en kommunal borgen, skulle ha fordrats stöd i ett beslut av kommunfullmäktige.

Yttrande

Bodens kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Av utredningen framgår att Bodens kommun har ingått Uppdragsavtalet med det privata bolaget AMSAB om köp av konsulttjänster avseende bl.a. upprätthållande av funktionen som kommunchef, till ett sammanlagt kontraktsvärde inklusive avtalsförlängning om totalt 3.500.000 kronor.

Uppdragsavtalet har utformats som avrop på befintligt Ramavtal mellan kommunen och AMSAB.

Bodens kommun är en sådan upphandlande enhet som måste följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling. De båda kontrakt, Ramavtalet och Uppdragsavtalet, som kommunen har ingått med AMSAB är utformade på ett sådant sätt att LOU:s bestämmelser skall tillämpas. Den omständigheten att avtalen avser A-tjänster till kontraktsvärden som var för sig överstiger tröskelvärdet 200.000 euro medför vidare att upphandling skall genomföras enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap, LOU. Förenklad upphandling eller direktupphandling enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU kan däremot inte tillämpas, varken avseende Uppdragsavtalet eller Ramavtalet.

Ramavtalet har enligt kommunen direktupphandlats trots att detta förfarande inte kan komma ifråga. Tjänsterna omfattas inte av teknisk eller konstnärlig ensamrätt som gör att de kan levereras endast av AMSAB. Någon synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till Bodens kommun har inte förelegat. Ramavtalet avser vare sig fråga om tilläggsbeställningar eller upprepningsarbeten i anledning av något av kommunen från AMSAB tidigare upphandlat kontrakt. Inom ramarna för den tidigare konkurrensupphandling av aktuella tjänster, som genomfördes i maj 2006, har kommunen tecknat parallella ramavtal med totalt 19 leverantörer varför någon brist på anbud eller lämpliga anbud avseende aktuella tjänster inte har förelegat. Förutsättningarna för att tillämpa förhandlad upphandling utan föregående annonsering enligt 5 kap. 17 och 19 §§ LOU är därmed inte uppfyllda. Ramavtalet har således kommit till vid sidan av LOU:s reglering. AMSAB:s anbud till kommunen har dessutom kommit in för sent, såväl i förhållande till de villkor som uppställts för den annonserade upphandlingen i maj 2006 som för direktupphandlingen i oktober 2006, och skulle av detta skäl rätteligen ha förkastats.

Vad avser Uppdragsavtalet har kommunen uppgivit att detta tillkommit som avrop på Ramavtalet. Tjänsten att upprätthålla funktionen som kommunchef motsvaras emellertid inte av i Ramavtalets tjänstebeskrivning. Avtalsvillkoren i Uppdragsavtalet avviker dessutom i vissa fall från villkoren i Ramavtalet. Därmed kan Uppdragsavtalet inte anses innefatta avrop på det tidigare Ramavtalet eftersom bl.a. beskrivningen av avropade tjänster avviker i förhållande till Ramavtalet.

Uppdragsavtalet skall istället ses som ett separat avtal som borde ha upphandlats enligt LOU.

Påståendena om avrop saknar emellertid betydelse för om LOU har överträtts eftersom inte heller Ramavtalet har upphandlats enligt bestämmelserna i LOU. Kommunens hänvisning till Ramavtalet kan således inte bota dess bristande upphandling av Uppdragsavtalet.

Sammantaget strider Bodens kommun beskrivna avtalsförhållande med AMSAB mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling jämte bakomliggande EG-direktiv. Det framstår som särskilt anmärkningsvärt att kommunen synes ha lagt ned betydande möda på att få ett i grunden olagligt förfarande att se ut som om det har genomförts enligt LOU:s bestämmelser. Konkurrensen har genom det aktuella förfarandet kommit att snedvridas samtidigt som den för lagen om offentlig

upphandling och för gemenskapsrätten centrala likabehandlingsprincipen har åsidosatts. Förfarandet innebär också att Sverige riskerar att fällas för fördragsbrott i EG-domstolen.

Det kan även noteras att de i avtalen anlitade konsulterna knappast kommer att kunna utföra sådant arbete som normalt utförs av en kommunchef. Enligt kommunallagens bestämmelser får kommunal beslutsrätt inte delegeras till annan än nämndledamot, ersättare eller anställd i kommunen, i vart fall inte beslutsrätt som innefattar myndighetsutövning. De i avtalet anlitade konsulterna är varken förtroendevalda eller anställda hos kommunen och kan således inte besluta i kommunstyrelsens eller annan kommunal nämnds ställe. De kan heller inte fatta beslut som innefattar myndighetsutövning. Avtal och andra rättshandlingar som normalt ingås av en kommunchef måste till följd härav föregås av ett beslut i nämnd och kan därefter verkställas enbart med stöd av särskilt upprättad fullmakt. Kommunala beslut som trots detta fattas av de kontrakterade konsulterna kommer inte att vara för kommunen bindande och riskerar att upphävas i efterhand såsom tillkomna i icke behörig ordning.