

PM 2 2012-03-29 SLUTLIG BEDÖMNING

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

*Luleå tekniska universitet (LTU) har utan annonserad infordran av konkurrerande anbud köpt annonsförmedlingstjänster direkt från viss leverantör.*

Luleå tekniska universitet (nedan LTU) har successivt beställt tjänster för annonsförmedling, innefattande reklam och marknadsföring m.m. direkt från det privata företaget Carat Sverige AB (nedan Carat).

Enligt uppgift från LTU har förekommande avtal om köp av tjänster ingåtts genom löpande beställningar direkt via telefon eller e-post, varefter dessa har bekräftats till LTU. Utöver detta har inga handlingar utväxlats med anledning av ifrågavarande köp.<sup>1</sup>

Någon annons om upphandling eller protokoll från beslut om tilldelning av aktuellt kontrakt till LTU finns inte. LTU har i denna del uppgivit att förutsättningar saknas för att kunna återropa särskilda bestämmelser eller omständigheter till stöd för LTU:s förfaringsätt i samband med ifrågavarande inköp.

De aktuella tilldelningarnas s.k. kontraktsvärde kan med ledning av hittills fakturerat belopp uppskattas till c:a 14,1 miljoner kronor, exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).<sup>2</sup>

Gällande rätt

Med *offentlig upphandling* avses förfarandet fram till och med tilldelning av bland annat ett *offentligt kontrakt* med ekonomiska villkor<sup>3</sup> som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser tillhandahållande av bl.a. tjänster.

Upphandling av offentliga tjänstekontrakt som har påbörjats<sup>4</sup> efter den 1 januari 2008 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.<sup>5</sup> Lagen är en följd av bl.a. 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).<sup>6</sup>

För upphandling som har *påbörjats*<sup>7</sup> efter den 15 juli 2010 har i LOU införts vissa ändringar med avseende på bl.a. regleringen av möjligheterna till s.k. direktupphandling samt tillgängliga rättsmedel.

---

<sup>1</sup> Luleå tekniska universitet (LTU), skrivelse till Konkurrensverket av den 28 oktober 2010.

<sup>2</sup> Enligt vad LTU vidgått omfattar aktuella köp och beställningar ett totalt värde på 17,7 miljoner kronor. Angivet belopp torde emellertid inkludera lagstadgad mervärdesskatt (moms). Omräknat innefattar aktuella köp och beställningar således ett kontraktsvärde motsvarande 14,1 miljoner kronor exklusive moms.

<sup>3</sup> Med kontrakt avses enligt 2 kap. 10 § LOU ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster, och undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

<sup>4</sup> En upphandling anses påbörjad när den upphandlande myndigheten eller enheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som skall tillämpas eller senast när myndigheten eller enheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud.

<sup>5</sup> 2007 års lag har sedan den 1 januari 2008 ersatt den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. – För övergångsbestämmelser, se lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

<sup>6</sup> Klassiska upphandlingsdirektivet ersätter sedan den 31 januari 2006 det tidigare gällande direktivet 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet).

<sup>7</sup> En upphandling ska enligt prop. 2006/07:128 del I, s. 447 och 568 anses *påbörjad* när den upphandlande myndigheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud. I prop. 2009/09:180, s. 374, anges vidare 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. Se även EU-domstolens dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005, s. I-1, enligt vilken en upphandling ska kunna överprövas i nationell domstol från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan.

Tjänster för reklam och marknadsföring (CPV 79340000-9), däribland reklam och reklamrådgivning (CPV 79341000-6 och 79341100-7) samt andra marknadsföringstjänster (CPV 79342000-3)<sup>8</sup> utgör s.k. A-tjänster, organisationskonsulttjänster och därmed sammanhängande tjänster, kategori 11 enligt bilaga 2 till LOU.

Om det samlade värdet av det kontrakt som ska upphandlas överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde ska upphandlingen handläggas i enlighet med de på EU-direktiv grundade bestämmelserna i 1-14 kap. LOU, normalt genom öppen upphandling eller selektivupphandling. Enbart om aktuellt kontraktsvärde understiger detta tröskelvärde, får upphandlingen genomföras med ledning av de nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LOU. Upphandlingen ska dock även i dessa fall genomföras genom annonserad s.k. *förenklad upphandling* eller *urvals-upphandling*. Ett icke annonserat förfarande, där den upphandlande myndigheten vänder sig direkt till viss leverantör (*förhandlat förfarande utan föregående annonsering* eller *direktupphandling*), tillåts förekomma endast undantagsvis om vissa i lagen angivna förutsättningar är uppfyllda (se vidare nedan).

Enligt 3 kap. 3 § LOU ska värdet av det kontrakt som ska upphandlas uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid den aktuella tidpunkten (2010 och 2011) uppgick tröskelvärdet för statlig offentlig upphandling av tjänster inom den s.k. klassiska sektorn till 1.243.375 kronor.<sup>9</sup>

Skyldighet att följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling omfattar bl.a. statliga myndigheter. De som är skyldiga att iakttas lagens bestämmelser anges enligt lagens terminologi som *upphandlande myndigheter*.<sup>10</sup> Tillsyn över offentlig upphandling utövas av Konkurrensverket.<sup>11</sup>

Bestämmelserna i LOU är tvingande för upphandlande myndigheter.<sup>12</sup> Enligt rättspraxis (RÅ 2008 ref. 26) ska som huvudregel LOU iakttas vid köp av varor, tjänster eller byggtrenader som genomförs av en upphandlande myndighet från en från myndigheten fristående juridisk person.

Enligt 1 kap. 7 § LOU behöver regelverket inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning som är förenlig med Romfördraget har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten.<sup>13</sup> Den omständigheten

---

<sup>8</sup> CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsystäm. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. – Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003 (numera ändrad genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV, vilken trädde i kraft den 13 september 2008).

<sup>9</sup> 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 A-tjänster inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet) till 125.000 euro eller 1.243.375 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, vilket avser perioden den 1 januari 2010 till och med den 31 december 2011. Det aktuella tillkännagivandet har numera ersatts med ett nytt tillkännagivande (2011:1575) av tröskelvärden vid offentlig upphandling, vilket trädde i kraft den 1 januari 2012.

<sup>10</sup> Genom införandet 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 s.k. *offentligt styrda organ*, såsom kommunala bolag, vilka tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. (se 2 kap. 12 och 19 §§ LOU). Den tidigare förekommande beteckningen *upphandlande enhet* förekommer numera enbart på organ verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna.

<sup>11</sup> Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret avseende offentlig upphandling från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) till Konkurrensverket.

<sup>12</sup> Se legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU, se även RÅ 2008 ref. 26.

<sup>13</sup> Enligt 2 kap. 10 a § LOU gäller vidare att upphandlande myndigheter som är statliga eller kommunala myndigheter, beslutande kommunala församlingar eller sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter eller församlingar undantagsvis får tilldela kontrakt till fristående

att en upphandlande myndighet tror sig veta att enbart viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktisk ensamsituation) medför dock inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.<sup>14</sup>

Vid upphandling enligt LOU ska enligt 1 kap. 9 § LOU den upphandlande myndigheten behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra sina upphandlingar på ett öppet (transparent) sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Syftet med LOU jämte bakomliggande EU-direktiv och fördragsbestämmelser är att säkra att offentlig upphandling sker genom en effektiv konkurrens samt att leverantörer och deras ansökningar och anbud behandlas på ett likvärdigt och förutsebart sätt. Reglerna är utformade bl.a. i syfte att försvåra möjligheterna att vid offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett otillbörligt och därmed konkurrensnedvidande sätt. Bestämmelserna medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader samt att korruption motverkas.

Som regel föreligger det en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar. En annons om upphandling av A-tjänster över tröskelvärdet ska på snabbast lämpliga sätt sändas till Europeiska kommissionen<sup>15</sup> för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.<sup>16</sup>

Företag som tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”leverantörer” som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (”anbudsansökan”).

Enligt 4 kap. 5-6 och 8 §§ och 15 kap. 3 § LOU föreligger vid bl.a. tjänsteupphandling undantag från denna skyldighet under följande förutsättningar:

- upphandlingens värde är lågt<sup>17</sup> eller det föreligger synnerliga skäl såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande myndigheten,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör,
- upphandlingen gäller vissa nödvändiga och brådskande kompletterande tjänster, eller
- upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tjänster som tidigare varit föremål för öppen eller selektiv upphandling från samma leverantör och värdet av det nya kontraktet ingått i tröskelvärdetsberäkningen av värdet av det ursprungliga projektet.

---

juridiska personer i vilka de själva är delägare eller medlemmar, utan att något föregående upphandlingsförfarande behöver genomföras (s.k. Teckal-undantag).

<sup>14</sup> Se EU-domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *kommissionen mot Tyskland*, REG 2003 s. I- 3609. I domen behandlas bl.a. en upphandling av omhändertagande av avfall där en central rättsfråga var huruvida en upphandlande enhet kan lägga sin uppfattning att inga andra leverantörer rent faktiskt kan komma ifråga till grund för att underlåta infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden. Förbundsrepubliken Tyskland medgav att de i EG:s upphandlingsdirektiv stadgade villkoren för att underlåta anbudsinfordran från flera företag inte hade uppfyllts, men hänvisade till att den valda leverantören rent faktiskt var det enda företag som i praktiken kunde tilldelas kontraktet och att en ny upphandling inte skulle ändra detta förhållande (se punkten 57). EU-domstolen, som emellertid inte fann att detta kunde utgöra tillräckligt skäl för att underlåta upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden, uttalade bl.a. att ett förfarande som används på grund av att det föreligger skäl för undantag (i målet var det ett tekniskt skäl som åberopades) måste vara förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen och att ”risken för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte ska ske i konkurrens” (se punkterna 62 och 63). Förbundsrepubliken Tyskland fälldes således av EU-domstolen för att ha åsidosatt EU:s upphandlingsdirektiv 92/50/EEG (tjänsteupphandlingsdirektivet). Efter domstolens avgörande har Europeiska kommissionen inlett ett nytt förfarande gentemot Förbundsrepubliken Tyskland i syfte att även tvinga fram omedelbart upphörande av de avtal som tecknats i den kritiserade upphandlingen (se Europeiska kommissionens pressmeddelande av den 25 oktober 2004- IP/04/1294 jfr även pressmeddelandet den 31 mars 2004 – IP/04/428).

<sup>15</sup> 2 § förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

<sup>16</sup> Tenders Electronic Daily (TED) är Europeiska unionens databas för annonsering av bl.a. offentlig upphandling. Databasen utgör ett tillägg till Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och publicerar annonser som har skickats till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE).

<sup>17</sup> Med *lågt värde* avses ett kontraktvärde uppgående till högst 15 procent av gällande tröskelvärde, vilket ifråga om tjänsteupphandling inom den klassiska sektorn medger direktupphandling inom aktuellt tjänsteslag upp till maximalt 287.966 kronor per bokföringsår, se 15 kap. 3 § andra stycket LOU.

Med stöd av de ändringar som infördes i LOU från och med den 15 juli 2010 ges förfördelade konkurrenter som klagat på en otillåten direkttilldelning möjlighet att få kontraktet ogiltigförklarat i domstol.<sup>18</sup>

Den upphandlande myndigheten kan vid otillåten direkttilldelning också förpliktas utge s.k. upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU. Även denna sanktion har införts i LOU med verkan från och med den 15 juli 2010 och innebär att allmän förvaltningsdomstol på talan av Konkurrensverket kan besluta om en särskild straffavgift ska betalas av den upphandlande myndighet som har slutit avtal med en leverantör utan iakttagande av föreskrifterna om föregående annonsering i LOU. Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 kronor och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktsvärdet.

I hittills utbildad rättspraxis har upphandlingsskadeavgiften fastställts till mellan c:a 3 och 9 procent av det aktuella kontraktsvärdet, beroende på omständigheterna vid tilldelningarna.<sup>19</sup>

### Yttrande

LTU har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats av Konkurrenskommissionen, men skriftligen meddelat att ärendet inte föranleder någon vidare åtgärd.

### 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.

Som framgår av utredningen har LTU löpande beställt tjänster för annonsförmedling direkt från Carat, utan något annonserat upphandlingsförfarande enligt LOU och utan att dokumentera sitt beslut om tilldelning etc.

De avtal som härigenom har ingåtts mellan LTU och Carat avser A-tjänster till ett kontraktsvärde motsvarande minst 14,1 miljoner kronor och ska mot denna bakgrund bedömas i enlighet med de på EU-direktiv grundade bestämmelserna för tjänsteupphandling i 1–14 kap. LOU.

Lagstadgad ensamrätt som medför att endast Carat kan komma ifråga för att tillhandahålla aktuella tjänster föreligger inte och på den aktuella marknaden finns det flera privata annonsförmedlingsföretag som skulle kunna komma ifråga för att lämna anbud på att biträda LTU i fråga om reklam och marknadsföring. Någon möjlighet för LTU att genom s.k. Teckal-undantag köpa aktuella tjänster direkt från Carat föreligger inte.

Synnerlig brådskas, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses och inte beror på LTU, har inte ens påståtts föreligga vid tidpunkten för de aktuella beställningarna. Det är heller inte så att de aktuella tjänsterna av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras till LTU endast av Carat.

Inget av de i LOU förekommande undantagen från kraven på annonserad upphandling är således tillämpliga i det aktuella fallet. LTU har även i skriftväxling med Konkurrensverket medgivit att förutsättningar saknas för att kunna åberopa särskilda bestämmelser till stöd för myndighetens förfaringssätt i samband med de ifrågavarande beställningarna.

---

<sup>18</sup> Se 16 kap. 13-15 §§ LOU.

<sup>19</sup> Se Förvaltningsrätten i Jönköping, dom av den 1 februari 2012 i mål 5355-11, där Sjöfartsverket förpliktades att utge upphandlingsskadeavgift med 1,1 miljoner kronor, motsvarande c:a 3 procent av det aktuella kontraktsvärdet (36,277 miljoner kronor). Orsaken till det lägre beloppet var att det ansågs föreligga förmildrande omständigheter. Se även Förvaltningsrätten i Växjö, dom av den 15 februari 2012 i mål 286-12, där Kustbevakningen förpliktades att utge upphandlingsskadeavgift med 35.000 kronor, motsvarande c:a 8,8 procent av det aktuella kontraktsvärdet (395.510 kronor) samt Förvaltningsrätten i Linköping, dom av den 14 februari 2012 i mål 3834-11, där Migrationsverket förpliktades att utge upphandlingsskadeavgift med 5,5 miljoner kronor, motsvarande c:a 8 procent av det aktuella kontraktsvärdet (68,850 miljoner kronor).

Genom att löpande köpa tjänster direkt från Carat har LTU brutit mot de grundläggande principer om bl.a. likabehandling och icke-diskriminering samt öppenhet (transparens) som ytterst följer av EU-fördragen. Konkurrenskommissionen riktar därför allvarlig kritik mot universitetet.

Skulle allmän förvaltningsdomstol på talan av Konkurrensverket finna att LTU har genomfört aktuella beställningar och därigenom slutit avtal i strid mot kravet på annonserad upphandling i 7 kap. 1 § LOU riskerar universitetet att förpliktas utge böter i form av upphandlingsskadeavgift.