

## KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 03-021

PM 2 2003-06-18 SLUTLIG BEDÖMNING

### Fråga om åsättande av för höga generella riktvärden för direktupphandling vid offentlig upphandling.

*Mora kommun har som generella riktvärden för upphandlingar som genomförs av upphandlingsenheten eller teknik- och fritidsförvaltningen fastställt fyra respektive fem basbelopp som sådana låga värden vid vilka direktupphandling, utan skriftligt anbuds-förfarande kan ske.*

Mora kommun hade genom beslut av kommunstyrelsen den 23 januari 1996 fastställt riktlinjer för direktupphandling innebärande att direktupphandling enligt 6 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling fick tillämpas om värdet av upphandlingen understeg ett basbelopp vid upphandling av varor eller två basbelopp vid upphandling av tjänster.

På förslag av upphandlingschefen<sup>1</sup> beslutade kommunstyrelsen vid sammanträde den 3 december 2002 (KS § 239/02) om ändringar i detta interna reglemente, innebärande att ”för upphandlingar som genomförs av Upphandlingsenheten eller Teknik- och fritidsförvaltningen gäller att direktupphandling får tillämpas om värdet understiger fyra basbelopp (varor) eller fem basbelopp (tjänster och entreprenader)”, samt att ”även övriga upphandlingar, där kostnaden för att genomföra upphandlingen kan antas överstiga den ekonomiska nyttan, ska kunna genomföras som direktupphandling, efter godkännande av kommunstyrelsens ordförande”. För övriga enheter inom kommunen gäller att direktupphandling kan tillämpas endast om värdet av det som skall upphandlas understiger ett basbelopp (varor) eller två basbelopp (tjänster och entreprenader) – dnr. 723/02 050.

Med ”basbelopp”, torde i det refererade reglementet förstås gällande prisbasbelopp enligt 1 kap. 6 § lagen (1962:381) om allmän försäkring. Detta belopp är för år 2003 fastställt till 38 600 kronor<sup>2</sup>. Det antagna reglementet innebär således att direktupphandling utan anbuds-förfarande i särskild ordning kan ske generellt för upphandlingar som genomförs av upphandlingsenheten eller teknik- och fritidsförvaltningen inom Mora kommun om värdet understiger 154.400 kronor avseende varor och 193.000 kronor avseende ospecificerade tjänster och byggentreprenader. Någon precisering till konkreta situationer då direktupphandling kan förekomma framgår inte av reglementet utan de fastställda riktvärdena har angivits med generell giltighet.

#### Gällande rätt

All offentlig upphandling regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Enligt lagens huvudregel skall all upphandling ske med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som står till buds och under iakttagande av affärsmässighet och objektivitet.

Lagen skiljer mellan två typer av upphandlingar; sådana som överstiger respektive inte överstiger vissa i lagen angivna tröskelvärden. För de förra gäller i huvudsak ett till Sveriges avtal med de Europeiska gemenskaperna (EES-avtalet) anpassat förfarande med bl.a. obligatorisk annonsering i en officiell EU-publikation. För de senare gäller ett något förenklat, formaliserat förfarande. De senare upphandlingarna regleras i huvudsak genom upphandlingslagens sjätte kapitel som anger tre alternativa förfaranden som kan tillämpas: förenklad upphandling, urvalsupphandling och direktupphandling.

Som huvudregel skall förfarandet för *förenklad upphandling* eller *urvalsupphandling* tillämpas, varvid skriftliga anbud alltid skall infordras genom annons.

Med *direktupphandling* avses enligt lagen ett undantagsförfarande utan infordrande av skriftliga anbud (1 kap. 5 § LOU). Förfarandet är avsett för sådana fall där de administrativa kostnaderna och tidsutdräkten inte står i rimlig proportion till upphandlingens värde. Definitionen skall inte tolkas så att några konkurrerande anbud inte behöver infordras. Det allmänna kravet på affärsmässighet enligt 1 kap. 4 § LOU gäller även vid direktupphandling. I förarbetena till 6 kap. 2 § LOU beskrivs förhållandet på följande sätt: *"Sålunda bör även vid direktupphandling den lägsta kostnaden eller bästa kvaliteten eftersträvas. Prissjämförelser och andra undersökningar är därvid lämpliga förfaringssätt och skall därför om möjligt genomföras"*<sup>[1]</sup>.

Direktupphandling får förekomma endast undantagsvis *"om upphandlingens värde är lågt eller det finns synnerliga skäl"* (6 kap. 2 § 1 stycket andra momentet LOU). Användningen av uttrycket *"synnerliga skäl"* markerar enligt lagförarbetena<sup>[2]</sup> att direktupphandling är ett undantagsförfarande som bör tillämpas restriktivt.

Frågan om vilket värde som skall utgöra *lågt värde* kan besvaras antingen med generell giltighet eller individuellt för varje specificerad typ av upphandling.

Fråga om vad som generellt kan anses utgöra riktvärde för direktupphandling har varit föremål för bedömning av Nämnden för offentlig upphandling (NOU), vilken enligt 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling, har att utöva tillsynen över lagens efterlevnad. Vid upphandling av varor och allmänna tjänster har nämnden för en normal upphandlande enhet angivit att ett (1) basbelopp enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring (numera "prisbasbelopp": 38 600 kronor) kan utgöra riktmärke för ett sådant *lågt värde* under vilket ett mer formaliserat upphandlingsförfarande inte behöver genomföras, utan direktupphandling istället kan tillämpas<sup>[3]</sup>. Vid upphandling av enstaka *"intellektuella tjänster"*, har nämnden fastställt två (2) basbelopp (eller 77.200 kronor), som riktmärke för sådant *lågt värde* (se NOU-info, årssammanställningen för 1993-95, sid. 57). Nämnden har även bedömt ett fall där en upphandlande enhet (Malmö stad) hade angivit fyra (4) basbelopp som riktvärde för direktupphandling av vad som angavs som *"intellektuella tjänster med inslag av idéskapande, gestaltande eller konstnärlig karaktär"*<sup>[4]</sup>. I sitt nyhetsbrev har NOU anmärkt att *"Generella beloppsgränser på [...] fyra basbelopp för direktupphandling av intellektuella tjänster med inslag av idéskapande, gestaltande eller konstnärlig karaktär är enligt nämndens mening för höga. Den i Sammanställningen NOU-info 93-95, sid. 57 rekommenderade gränsen för dessa typer av direktupphandlingar är två basbelopp. I de generella reglerna kan ingå bestämmelsen att högre beloppsgränser kan användas vid specifika upphandlingar"*. Nämnden anför vidare: *"Den omständigheten att Malmö stad utgör en stor upphandlande enhet utgör inte heller anledning att generellt ha högre beloppsgränser än normalt. Stadens storlek kan tvärtom innebära att det rimligen förekommer flera än enstaka direktupphandlingar av likartade varor, byggtreprenader och tjänster inom loppet av ett år. Sådana upprepade upphandlingar bör samordnas och ersättas av en formbunden upphandling, eventuellt syftande till ett avropsavtal"*<sup>[5]</sup>.

I den statliga Upphandlingskommitténs delbetänkande "Effektivare offentlig upphandling..." (SOU 1999:139, sid. 284 ff.) samt i slutbetänkandet "Mera värde för pengarna" (SOU 2001:31, sid. 248 ff.) redovisas bland annat grunderna för generella riktvärden för direktupphandling. Av delbetänkandet framgår följande resonemang: *"De beloppsgränser [för direktupphandling] som fastställs bör utgå från den upphandlande enhetens kostnader för upphandlingsförfarandet. Vid fastställandet av beloppsgränserna bör även vägas in små och medelstora företags intresse av att delta i offentlig upphandling. För små företag kan ett upphandlingskontrakt på två eller tre basbelopp representera en ansevärd del av företagets omsättning. Att sådana företag mer eller mindre systematiskt utestängs från den offentliga upphandlingen måste undvikas. En stor upphandlande enhet bör inte*

*nödvändigtvis ha högre beloppsgränser än en mindre enhet. Karaktären av det som upphandlas bör snarare vara avgörande för vad som skall anses vara 'lågt värde'”<sup>[9]</sup>.*

Enligt 6 kap. 2 § andra stycket LOU kan den upphandlande enheten vid behov fastställa individuella riktlinjer för användningen av direktupphandling. Därmed avses att varje enhet kan avskilja särskilda avtalstyper inom sitt ansvarsområde som på objektiva grunder utmärker sig genom att viss särskild kostnad eller annan svårighet t.ex. vid anbudsvärderingen motiverar ett formlöst upphandlingsförfarande. För vart och ett av dessa individualiserade avtalstyper kan enheten fastställa ett högre riktvärde än vad som annars motiverar undantag från lagens huvudregel om formell infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden.<sup>[9]</sup>

Vid otillåten direktupphandling, d.v.s. där en upphandling genomförts utan formaliserad infordran av konkurrerande anbud utan att det kan motiveras av objektiva skäl, kan den upphandlande enheten bli skadeståndsskyldig. Enligt 7 kap. 6 § LOU skall en upphandlande enhet som inte följt lagens bestämmelser ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör. Med "uppkommen skada" avses enligt lagens förarbeten inte bara onödiga kostnader m.m. (*damnum emergens*) utan även utebliven vinst på grund av att leverantören går miste om den intäkt som uppdraget skulle ha medfört (*lucrum cessans*)<sup>[10]</sup>. Talan om skadestånd kan enligt samma kapitel 8 § väckas av leverantör vid allmän domstol. Talan skall väckas inom ett år från den dag då beslut om leverantör fattats. I fråga om skadeståndets beräkning och funktioner erinras i förarbetena vidare om att syftet med det bakomliggande EG-direktivets<sup>[11]</sup> regler är att åstadkomma ett tryck på de upphandlande enheterna att iaktta korrekta förfaranden. En leverantör bör kunna utgå ifrån att ett anbud som han lägger ned möda och kostnader på kommer att beaktas på ett rättvist sätt.

Otillåten direktupphandling kan även föranleda att en förfördelad leverantör med stöd av 7 kap. 2 § LOU väcker talan om överprövning mot upphandlingen i syfte att tvinga fram ett korrekt upphandlingsförfarande. Talan om överprövning kan väckas ända fram till dess att tio dagar har gått från det att leverantören erhållit en underrättelse om beslutet om tilldelning. Direktupphandling kännetecknas av att några tilldelningsbeslut normalt inte skickas ut. Av aktuella lagförarbeten framgår därför att ”*Vid otillåten direktupphandling kan en leverantör således begära överprövning av upphandlingen även om avtal slutits med en annan leverantör så länge kraven på upphandlingskontrakt och tidsfrist i tredje stycket inte är uppfyllda*”<sup>[12]</sup>. En otillåten direktupphandling kan till följd härav i princip angripas utan begränsning i tiden. Skulle den förfördelade leverantören vinna framgång med talan om överprövning kan den upphandlande enheten befinna sig i en situation med två avtal avseende samma leverans. För denna situation av dubbel avtalsbundenhet har lagförarbetena angivit följande: ”*Om civilrättslig avtalsbundenhet uppstår innan upphandlingen avslutas riskerar en upphandlande enhet att bli skadeståndsskyldig gentemot den leverantör som först tilldelats upphandlingskontraktet. Om allmän förvaltningsdomstol beslutar att upphandlingen skall göras om kan enheten inte rimligtvis fullfölja det första avtalet*”<sup>[13]</sup>. Enheten skall således honorera den senare avtalet, och blir därmed skyldig att betala skadestånd till den leverantör som otillåtet .

#### Yttrande

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

#### Bedömning

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

I det aktuella ärendet har Mora kommun fastställt ändring av de interna riktvärden för kommunens upphandlingsenhet och kommunens tekniska förvaltning, under vilka direktupphandling kan ske av varor upp till fyra basbelopp<sup>[1]</sup> (f.n. 154.400 kr.) och av ospecificerade tjänster upp till fem basbelopp (f.n. 193.000 kr.). Någon specifikation eller inskränkning av dessa riktvärden till att gälla enbart vissa områden eller typer av upphandlingar som kan anses som särskilt svårupphandlade framgår inte av beslutet, utan beloppsgränserna har för de berörda enheterna angivits att gälla generellt för varor respektive tjänster.

Enligt upphandlingslagen skall bl.a. kommunernas upphandling ske affärsmässigt och under utnyttjande av befintliga konkurrensmöjligheter. Sinsemellan konkurrerande anbud skall som regel alltid inhämtas genom allmänt tillgänglig annonsering. Direktupphandling, där avtal formlöst ingås direkt med viss leverantör, får förekomma endast undantagsvis, då t.ex. fråga är om sådant *lågt värde* att kostnaden för ett mer formbundet upphandlingsförfarande inte står i ett rimligt proportion till värdet av upphandlingen. Enligt de normer som lagts fast av Nämnden för offentlig upphandling (NOU) skall ett eller högst två basbelopp<sup>10</sup> gälla som generellt riktvärde för när ett sådant lågt värde kan anses föreligga. Därjämte har enskilda upphandlande enheter även möjlighet att internt fastställa olika gränser för direktupphandling på olika områden och för olika typer av upphandlingar, om de särskilda förhållandena skulle motivera detta. Vilka gränsvärden som då kan komma ifråga får avgöras från fall till fall.

Nämnden har i ett tillsynsärende uttalat att riktvärdet fyra basbelopp avseende vissa intellektuella konsulttjänster för närvarande inte kan anses överensstämma med kravet på affärsmässighet i lagen om offentlig upphandling och riksdagen har genom finansutskottet underkänt ett förslag om en generell gräns på fem basbelopp. Såväl finansutskottet som Nämnden för offentlig upphandling hänvisar till stöd för sina bedömningar till nämndens tidigare fastställda norm för riktvärden vilken med ledning av uttalanden i andra sammanhang synes omfatta en utifrån gällande lag generellt skälig avvägning.

De beloppsgränser som Mora kommun har antagit för direktupphandling inom upphandlingsenheten och tekniska förvaltningen är generella till sin karaktär, och överstiger de generella riktvärden som i praxis lagts fast för direktupphandling.

Några motiv för eller specificering av avvikelserna från NOU:s normer för direktupphandling har inte angetts i kommunens riktlinjer. Mora kommun har härigenom åsidosatt kraven på affärsmässighet och konkurrens vid upphandlingsenhetens och tekniska förvaltningens upphandlingsverksamhet.

Mora kommun bör därför justera sitt interna reglemente så att det överensstämmer med de av nämnden för offentlig upphandling generellt angivna riktvärdena för direktupphandling eller så att det framgår att enbart särskilda avtalstyper vid kommunens upphandling omfattas av de högre beloppsgränserna.

[1] Mora kommun, skrivelse från kommunens upphandlingschef den 11 november 2002, "Riktlinjer för direktupphandling".

[2] Se förordningen 2002:709 om prisbasbelopp och förhöjt prisbasbelopp för år 2003.

[3] Se specialmotiveringen till 6 kap. 2 § LOU, prop. 1993/94:78, sid 24.

[4] Reg.prop. 93/94:78 sid 24.

[5] I lagbokscommentaren till den aktuella bestämmelsen i 6 kap. 2 § andra stycket LOU (M. Hentze - H. Sylvén, Norstedts 1998, - gula upplagan sid. 411), har bland annat uttalats att "... Ett för högt belopp är att anse som ett kringgående av regelsystemet".

[6] NOU:s ärende dnr. 1999/0098-21.

[7] NOU-info mars 2000 sid. 9 ff..

- <sup>[8]</sup> Upphandlingskommittén har i slutbetänkandet (SOU 2001:31, sid. 336-337) föreslagit att användningen för direktupphandling utsträcks till att omfatta *”andra situationer än när upphandlingens värde är lågt och det föreligger synnerlig brådska morakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten eller om det finns synnerliga skäl. Sådana andra situationer då direktupphandling bör få användas är om kostnaderna för en upphandling överstiger värdet av upphandlingen eller upphandling av tjänster som innefattar hälso- och sjukvårdstjänster eller socialtjänster inte är ändamålsenlig eller riskerar att försämra kvaliteten i vården eller omsorgen för en enskild individ”*. Kommittén har i detta sammanhang föreslagit att maximalt riktvärde i lagtexten fixeras till sju basbelopp. En proposition med innebörden att fem basbelopp skulle utgöra övre gräns för lågt värde har lämnats av regeringen (prop. 2001/02:142). Förslaget kom emellertid att återvisas av riksdagen (se 2001/02:FiU 12).
- <sup>[9]</sup> Se bl.a. Finansutskottets betänkande 2001/02:FiU12, sid. 26 f. Där konstaterar utskottet att bestämmelsen i 6 kap. 2§ andra stycket skall tolkas så att *”...de upphandlande enheterna [...] har möjlighet att fastställa olika gränser för direktupphandling på olika områden och för olika typer av upphandlingar...”*.
- <sup>[10]</sup> Se Prop. 1992/93:88, sid. 103.
- <sup>[11]</sup> Se 89/665/EEG art. 1(c) samt 92/13/EEG art. 2(d).
- <sup>[12]</sup> Se prop. 2001/02:142 sid. 102.
- <sup>[13]</sup> Se prop. 2001/02:142 sid. 78.
- <sup>[14]</sup> Vid varje tidpunkt gällande prisbasbelopp enligt 1 kap. 6 § lagen (1962:381) om allmän försäkring, se även förordningen (2002:709) om prisbasbelopp och förhöjt prisbasbelopp för år 2003.