

## KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 04-006

PM 2 2004-05-05 SLUTLIG BEDÖMNING

### Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direktupphandling i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling.

*Krokoms kommun har från en annan kommun, utan något upphandlingsförfarande i konkurrens, köpt tjänster för administration av offentlig upphandling.*

Kommunfullmäktige i Krokoms beslutade vid sammanträde den 11 februari 2004 (KF § 22/04) att inom ramarna för ett "gemensamt upphandlingskontor" från Östersunds kommun löpande köpa konsulttjänster avseende upphandling m.m. Beslutet innefattar inte någon begränsning i tiden.

Av kommunfullmäktiges underlag till det aktuella beslutet framgå bl.a. följande: I december 2002 lämnades ett uppdrag till de inköpsansvariga tjänstemännen i länets kommuner att utarbeta ett förslag om fördjupad kommunal samverkan inom upphandlingsområdet. Utredningsuppdraget byggde på ett tidigare presenterat förslag att kommunerna skulle bilda gemensam nämnd för upphandlingsfrågor som styrelsen för Kommunförbundet Jämtland i januari 2003 beslutat att förkasta och att inte införa någon gemensam nämnd i upphandlingsfrågor. Däremot har kommunerna enligt underlaget "signalerat en vilja" att fortsätta arbetet med fördjupad samverkan inom området.

Tjänstemännen lämnade i oktober 2003 ett förslag med innebörden att de berörda kommunerna, utan att inrätta något kommunalförbund eller gemensam nämnd, bildar ett gemensamt kontor för upphandlingsfrågor med placering i Östersund, där Östersunds kommun skall vara huvudman och ansvarig för driften av verksamheten. Deltagande kommuner skall därefter betala för sin del i kontoret enligt en framtagen fördelningsnyckel.

I enlighet med detta tjänstemannaförslag beslutade Kommunfullmäktige i Östersund vid sammanträde den 11 december 2003 (KF § 190/03) att inom befintliga budgetramar inrätta ett gemensamt upphandlingskontor som skulle fakturera övriga kommuner för utförda tjänster. Kostnaden för det aktuella upphandlingskontoret beräknades uppgå till antingen 2,240 miljoner kronor eller 2,575 miljoner kronor per år, beroende av hur många kommuner som skall utnyttja kontorets tjänster. De externa intäkterna beräknades av Östersunds kommun att uppgå till mellan 616.000 och 859.000 kronor per år<sup>[1]</sup>. Östersunds kommun har som underlag till sitt beslut således med en extern finansiering motsvarande c:a 30 procent av den totala kostnaden för driften av upphandlingskontoret. Detta förhållande har kritiserats av Konkurrenskommissionen i ett beslut den 19 februari 2004, där kommissionen bl.a. påpekade att det på marknaden för upphandlingstjänster finns ett väl fungerande privat utbud och att det enligt den s.k. lokaliseringsprincipen i kommunallagen (1991:900) inte är tillåtet för kommuner att tillhandahålla eller utföra tjänster för andra kommuners räkning (se KKO 04-001).

De nu aktuella tjänsternas kontraktsvärde kan enligt de beräkningar som redovisats av Östersunds kommun uppskattas till c:a 336.000 kronor per år eller totalt c:a 1.344.000 kronor, beräknat enligt månadsvärdet gånger 48.

Länsrätten i Jämtlands län har genom lagakraftvunnen dom den 5 april 2004 förordnat att Krokoms kommuns upphandling av upphandlingstjänster skall göras om<sup>[2]</sup>.

#### Gällande rätt

Offentliga upphandlingar regleras sedan den 1 januari 1994 genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling - LOU. Med "upphandling" avses enligt legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU bl.a. alla köp av tjänster. Stadgandet är därvid undantagslöst. Någon möjlighet för exempelvis kommuner att utanför upphandlingslagens regelverk köpa tjänster av varandra

föreligger således inte enligt svensk rätt. Kommuner kan däremot samarbeta inom ramarna för kommunalförbund och gemensamma nämnder. Detta är emellertid inte fråga om i ärendet.

Konsulttjänster för upphandling m.m. utgör B-tjänster (kategori 27) enligt en bilaga B till lagen vilka, oavsett kontraktsvärdet, skall upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-6 §§, 12 § andra stycket, 27-28 §§ samt 6 kap. LOU.

Allmänt gäller enligt 1 kap. 4 § LOU att offentliga upphandlingar skall genomföras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt.

För tjänsteupphandlingar som skall handläggas enligt 6 kap. LOU, föreligger jml. 6 kap. 2 § första stycket samt 2a § LOU en obligatorisk skyldighet för de upphandlande enheterna att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons i allmänt tillgänglig elektronisk databas eller i annan form som leder till en effektiv konkurrens, offentliggöra sina upphandlingar. Samtliga företag som tillhandahåller aktuella tjänster (leverantörer) skall därvid lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (anbudsansökan).

Under följande undantagsförutsättningar kan emellertid upphandling ske formlöst och genom köp direkt från en viss leverantör (se 6 kap. 2 § andra stycket samt 2 b § LOU):

- upphandlingens värde är lågt eller det föreligger synnerliga skäl, exempelvis synnerlig brådskas orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten,
- det har vid en annonserad förenklad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- det som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör,
- upphandlingen gäller tilläggstjänster, eller
- upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tjänster ingående i ett projekt som högst tre år tidigare varit föremål för upphandling enligt lagen om offentlig upphandling.

Vid upphandling av tjänster föreligger även enligt 5 kap. 2 § LOU undantag från lagens bestämmelser i sin helhet om köpet sker från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning som är förenlig med Romfördraget, har ensamrätt att utföra tjänsten. Denna bestämmelse torde äga analog tillämpning även för upphandlingar enligt 6 kap. LOU.

Någon annan möjlighet att upphandla tjänster direkt från en viss leverantör föreligger inte. Det förhållandet att en upphandlande enhet tror sig veta att aktuell vara eller tjänst enbart kan tillhandahållas av viss leverantör utgör till exempel inte skäl för att underlåta att inleda ett formellt upphandlingsförfarande.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i ett avgörande den 1 april 2003 avseende en tjänsteupphandling uttalat att "Något undantag för det fall en upphandlande enhet känner till marknaden så väl att den kan avgöra att endast en leverantör kan uppfylla dess krav finns inte ...".

Enligt EG-Romfördraget gäller vidare en allmän princip om likabehandling. Fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, giltighet som svensk lag. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen (se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478) 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". 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.

### Yttrande

Krokoms kommun har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet påpekat att upphandlingen numera är avbruten (se fotnot 2 om förordnande i dom av Länsrätten i Jämtlands län att upphandlingen skall göras om).

### Bedömning

Konkurrenskommissionen är en privat 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.

Krokoms kommun har utan att iaktta föreskrivet offentligt upphandlingsförfarande beslutat att teckna avtal direkt med Östersunds kommun om köp av upphandlingstjänster till ett värde av c:a 336.000 kronor per år eller totalt 1.344.000 kronor, beräknat enligt månadsvärdet gånger 48.

Någon lagstadgad eller annan ensamrätt för Östersunds kommun att tillhandahålla Kommunen aktuella upphandlingstjänster föreligger inte. Krokoms kommun har dessutom haft god tid på sig att förbereda en upphandling, varför någon sådan synnerlig brådska som skulle motivera ett avsteg från upphandlingslagens huvudregel inte kan anses föreligga. Något undantag för tilläggsbeställning eller upprepning av tjänster som tidigare upphandlats är det heller inte fråga om [\[PC1\]](#).

Krokoms kommun har således saknat laglig möjlighet att köpa de aktuella tjänsterna direkt från Östersunds kommun. Ett offentligt upphandlingsförfarande skulle istället ha genomförts, med bland annat införande av en annons i en allmänt tillgänglig elektronisk databas eller i annan form som leder till en effektiv konkurrens, varvid på marknaden etablerade företag skulle ha beretts möjlighet att inkomma med anbud.

Genom att upphandla de aktuella tjänsterna direkt från Östersunds kommun och utan att iaktta något offentligt upphandlingsförfarande har Krokoms kommun klart åsidosatt upphandlingslagens krav på affärsmässighet. Hade förfarandet inte stoppats genom ingripande av länsrätt skulle förutsättningarna för en effektiv konkurrens på den aktuella marknaden för upphandlingstjänster ha snedvridits.

---

<sup>[1]</sup> Enligt alternativ a) i förslaget ingår Östersunds kommun tillsammans med Krokoms, Härjedalens och Åre kommuner i verksamheten. Kostnaden uppskattas därvid till 2.575.000 kronor varav 1.716.667 kronor hänför sig till Östersunds kommun ensam. Enligt alternativ b) i förslaget ingår Östersunds kommun tillsammans med Krokoms och Härjedalens kommuner i verksamheten. Åre kommun ingår således inte i samarbetet. Kostnaden uppskattas därvid till 2.240.000 kronor varav 1.624.000 kronor hänför sig till Östersunds kommun ensam.

<sup>[2]</sup> Länsrätten i Jämtlands län, mål nummer 201-04E, beslut om inhibition mot upphandlingen den 16 mars 2004 samt förordnande i dom den 5 april 2004 att upphandlingen skall göras om. Länsrättens dom har vunnit laga kraft.

---

[\[PC1\]](#) och det förhållandet att Kommunen anser sig känna marknaden så väl att enbart Östersunds kommun kan komma ifråga utgör, som Nämnden för offentlig upphandling (NOU) påpekat, inte lagligt skäl för att underlåta upphandling

och motsvaras inte heller av verkliga förhållanden, då det på marknaden finns ett flertal företag som tillhandahåller dylika tjänster.