

PM 2 2001-12-12 SLUTLIG BEDÖMNING

*Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (direktupphandling) samt kommunalt stöd till enskild näringsidkare.*

**Jämtlands läns landsting har lämnat uppdrag avseende konsulttjänster för företagsförmedling m.m. (mäklartjänst) utan någon föregående upphandling genom infordran av konkurrerande anbud på marknaden. Landstinget har i affärsförhållandet med mäklaren vidare betalat ersättning som går utöver förpliktelsen enligt avtalet.**

Landstinget tecknade den 14 mars 2001 ett som ”UPPDRAGSKONTRAKT”, rubricerat avtal, innebärande att landstinget uppdrog åt Svensk Företagsförmedling / Handaföretagen AB (nedan angivet som Mäklarbyrå) i Uppsala, att förmedla försäljningen av landstingets förvaltning för företagshälsovård, ”Landstingshälsan”, jämte dess inkräm med tillhörande verksamhet och rättigheter.

Av uppdragskontraktet framgår att detta innefattar ensamrätt för Mäklarbyrå att i vart fall till och med den 14 oktober 2001 förmedla en lämplig köpare av ”Landstingshälsan”. Ensamrätten kan därefter förlängas ytterligare i tiden. Någon skyldighet för landstinget att under uppdragstiden anta anvisat bud eller eljest medverka till att affär kom till stånd föreligger inte enligt kontraktet. Mäklarbyrå har dock rätt till provision om landstinget inom två år efter uppdragstidens utgång överlåter ”Landstingshälsan” till någon som anvisats genom Mäklarbyrås förmedling.

Enligt § 4 i uppdragskontraktet skall ersättning utgå dels med ett fast grundbelopp dels med ett provisionsbaserat belopp vid genomförd affär.

Det fasta arvodesbeloppet skall enligt kontraktet utgöra 30.000 kronor och utgå ”*oavsett om överlåtelse sker*”. Det provisionsbaserade beloppet skall utgöra 5 – 8 procent av köpeskillingen, dock minst 100.000 kronor - från vilket belopp avräkning skall ske med erlagt grundbelopp. Således utöver grundbeloppet ytterligare minst 70.000 kronor vid genomförd affär. På arvodet tillkommer lagstadgad moms. Av den aktuella bestämmelsen i uppdragskontraktet framgår klart att det provisionsbaserade arvodesbeloppet endast skall utgå ”*vid genomförd överlåtelse av uppdragsobjektet*” samt utbetalas ”*senast när första köpeskillingen erläggs*”.

Av inkomna bud avseende ”Landstingshälsan” framgår att det högsta uppgår till 300.000 kronor. Detta medför att det förmedlingsarvode Mäklarbyrå hade kunnat tillgodogöra sig om köpet hade fullgjorts uppgår till en tredjedel (33 procent) av köpeskillingen, medan det garanterade grundbeloppet uppgår till en tiondel (10 procent) av erbjuden köpeskillning.

Den fortsatta överlåtelsen av ”Landstingshälsan” på det sätt som uppdragskontraktet stipulerade, avbröts den 29 maj 2001 av Kammarrätten i Sundsvall<sup>1</sup> såsom stridande mot lagen om offentlig upphandling (angående olaglig upphandling av företagshälsovård - se Konkurrenskommissionens utredningar KKO 01-026 och KKO 00-040).

Av tillgängliga handlingar framgår att Mäklarbyrå tillställt landstinget två fakturor, dels den 16 mars 2001 på 30.000 kronor exkl. moms<sup>2</sup>, dels den 1 juni 2001 på 70.000 kronor exkl. moms<sup>3</sup>. Fakturorna – som sammanlagt belöper sig på 100.000 kronor exklusive moms – omfattar ”Arvode, konsultationer” och har betalats av landstinget.

<sup>1</sup> Kammarrätten i Sundsvall, dom i mål nr. 1250-2001, meddelad den 29 maj 2001.

<sup>2</sup> Faktura nr. 2147 från Handaföretagen AB (556358-9729) den 2001-03-16 på 30.000 kronor i kapitalbelopp jämte 7.500 kronor i mervärdesskatt (moms), totalt 37.500 kronor.

<sup>3</sup> Faktura nr. 2184 från Handaföretagen AB (556358-9729) den 2001-06-01 på 70.000 kronor i kapitalbelopp jämte 17.500 kronor i mervärdesskatt (moms), totalt 87.500 kronor.

## Gällande rätt

Offentliga upphandlingar som påbörjats efter den 1 januari 1994 regleras i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

Tjänster för förmedling av affärer (mäklartjänster – Agency Services) utgör sådana s.k. A-tjänster<sup>4</sup> (kategori 11)<sup>5</sup> som, om det totala värdet av upphandlingen *understiger* tröskelvärdet 1,752 miljoner kronor<sup>6</sup>, skall handläggas i enlighet med bestämmelserna i 1 kap. 1-6 §§, 6 kap. samt 7 kap. LOU.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som huvudregel att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. I förarbetena<sup>7</sup> till LOU motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om icke diskriminering (jfr. art. 6 i EG-Romfördraget). Reglerna är bl.a. utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Bestämmelserna medför också att skattebetalarna skyddas mot onödigt höga kostnader.

Under de aktuella förutsättningarna skall den upphandlande enheten normalt tillämpa något av upphandlingslagens förfaranden antingen för *förenklad upphandling* eller *urvalsupphandling* och därvid upprätta ett skriftligt anbudsunderlag samt inhämta konkurrerande anbud. Vid tidpunkten för upphandlingen gällde att anbud skulle infordras antingen genom en annons eller genom skrivelser till minst tre leverantörer.<sup>8</sup>

Enligt 6 kap. 2b § LOU kan vid upphandling av tjänster, undantag från skyldigheten att offentliggöra upphandlingen föreligga (i) om det vid en annonserad<sup>3</sup> upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud, (ii) det som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör, eller (iii) om upphandlingen avser ytterligare leveranser från den ursprungliga leverantören, avsedda antingen som delersättning för eller tillägg till tidigare leveranser och ett byte av leverantör skulle medföra oskäliga tekniska eller ekonomiska olägenheter.

Skulle upphandlingens värde vara lågt eller föreligger andra synnerliga skäl, såsom synnerlig brådskas orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten, får upphandlingen enligt 6 kap. 2 §, andra stycket LOU, undantagsvis handläggas enligt bestämmelserna för *direktupphandling*. Skriftliga anbud behöver i sådant fall inte infordras, utan det räcker med en formlös anbudshandläggning.

Som riktmärke för ett sådant *lågt värde* under vilket ett mer formaliserat upphandlingsförfarande inte behöver genomföras utan direktupphandling istället kan tillämpas, har Nämnden för offentlig upphandling (NOU) för en normal upphandlande enhets upphandling av enstaka intellektuella konsulttjänster angivit en övre gräns på två basbelopp (numera: ”prisbasbelopp”) enligt 1 kap. 6 § lagen (1962:381) om allmän försäkring eller c:a 74.000 kronor (se NOU-info,

---

<sup>4</sup> 5 kap. 1 § LOU samt punkt 16 bilaga A till lagen.

<sup>5</sup> Enligt förordningen (1998:77) om annonser enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling skall det som upphandlas klassificeras med CPV-nummer. Alla annonser i EGT/TED klassificeras också med CPV-nummer även om direktiven fortfarande anger andra klassificeringar (NACE för entreprenader, CPC för tjänster och CPA för varor). EG-kommissionen har dock (1996) rekommenderat användandet av CPV som täcker in de andra nomenklaturerna och därmed uppfyller kraven.

<sup>6</sup> Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärdet från den 1 april 2000, vid upphandlingar av varor och tjänster.

<sup>7</sup> Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.

<sup>8</sup> Enligt nu gällande bestämmelser i 6 kap. 2a § LOU skall anbud inhämtas genom annons i en allmänt tillgänglig databas eller genom annons i annan form som leder till effektiv konkurrens. Förfarandet infördes 1 januari 2001 genom ändring i lagen om offentlig upphandling (se SFS 2000:877) och träder enligt punkten 2 i övergångsbestämmelserna i kraft från den 1 juli 2001. Före den 1 juli 2001 kunde anbud enligt äldre bestämmelser, i stället för genom annonsering även inhämtas genom skrivelser till minst tre leverantörer.

årssammanställningen för år 1993-95, sid. 57). Upphandlingsvärden överstigande detta belopp bör således inte kunna motivera att undantagsbestämmelsen om direktupphandling tillämpas.

Kommunala och landstingskommunala betalningar regleras genom kommunallagen (1991:900).

Enligt 8 kap. 1 § kommunallagen skall kommuner och landsting iakttä en god ekonomisk hushållning i sin verksamhet. Ekonomiskt stöd eller bidrag i olika former får inte lämnas till enskilda eller näringsidkare utan särskilt stadgande i lag. Exempelvis tillåter kommunallagen att stöd enligt socialtjänstlagen lämnas till enskilda och att åtgärder som allmänt främjar näringslivet genomförs. Vederlagsfria prestationer när det objektivt inte föreligger någon offentligrättsligt eller civilrättsligt grundad rätt eller skyldighet för kommunen (eller landstinget) att prestera är däremot inte tillåtna. Enligt en huvudregel i rättspraxis får till exempel vederlagsfria utbetalningar ske enbart om det finns rimlig grund för antagande att kommunen (eller landstinget) är betalningsskyldig (se RÅ 1974 A 2087).

För att en kommun (eller ett landsting) skall få göra en vederlagsfri prestation, t.ex. betala ersättning för någon förlust mottagaren har lidit, måste rättsläget i princip vara det att allmän domstol skulle ålägga kommunen att prestera om den berörde drog saken inför rätta. I fråga om skadestånd kan det emellertid i enskilda fall vara svårt att förutsäga hur domstolarna skulle ställa sig. Med hänsyn till att såväl rättsfrågan som saksammanhanget i sådana fall kan vara oklart torde kommuner och landsting därvid anses ha laglig grund att prestera enligt rimligt grundade (skadestånds-) anspråk. Landstingens patientskadeförsäkringar har i angivet avseende ansetts kompetensliga, även om ersättning ur försäkringen i vissa fall kan komma att utbetalas utan att det visas skadeståndsgrundande vårdslöshet från landstinget.<sup>9</sup> Möjligheten för kommuner och landsting att genomföra vederlagsfria prestationer bör enligt doktrin och praxis tolkas restriktivt.<sup>10</sup>

### Yttrande

Jämtlands läns landsting 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 Jämtlands läns landsting utan upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden lämnat uppdrag åt Mäklarbyrån att mot en provisionsersättning på minst 100.000 kronor förmedla försäljningen av landstingets förvaltning för företagshälsovård, "Landstingshälsan".

Uppdragskontraktet är konstruerat som ett regelmässigt förmedlingsuppdrag med en ensamrätt för Mäklarbyrån att utföra förmedlingen samt en provisionsersättning som utgår vid fullgjort uppdrag. Vid icke fullgjort uppdrag skall enligt uppdragskontraktet utgå en fast ersättning på 30.000 kronor.

Någon förmedling enligt uppdragskontraktet har emellertid aldrig kommit till stånd eftersom överlåtelsen av "Landstingshälsan" på de angivna grunderna kom att bedömas som olaglig och förbjöds av domstol. Trots detta har landstinget, utöver den överenskomna fasta ersättningen på 30.000 kronor, till Mäklarbyrån utbetalat ytterligare 70.000 kronor, tillhoppa

<sup>9</sup> Se Lindquist, Kommunala befogenheter, Publica, fjärde upplagan 1993, sid. 58. Jfr även RÅ 1975 Ab 121, RÅ 1977 Ab 176, R 1980 Ab 48, RÅ 1983 2:77 samt RÅ 1992 ref. 71.

<sup>10</sup> Lindquist, Kommunala befogenheter, Publica, fjärde upplagan 1993, sid. 20, 57 ff och 68.

100.000 kronor vilket fakturerats som arvode. Vad som således förevarit föranleder följande kritiska kommentarer:

(I) Med hänsyn till att upphandlingens värde överstiger den värdegräns som uppställts i praxis för direktupphandling borde uppdraget att förmedla överlåtelsen av "Länshälsan" ha föregåtts av en infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden.

Trots detta har landstinget valt att utan konkurrens upphandla de aktuella tjänsterna direkt från Mäklarbyrån. Några särskilda skäl såsom synnerlig brådska eller föreliggande ensamrätter har inte åberopats till stöd för att direktupphandla tjänsterna. Upphandlingen har därmed genomförts i strid mot lagen om offentlig upphandling.

(II) Enligt uppdragskontraktet skall landstinget betala Mäklarbolaget en provisionsbaserad ersättning på minst 100.000 kronor. En förutsättning för att provision skall utgå är emellertid att överlåtelse av "Landstingshälsan" kommer till stånd. För det fall affären av något skäl inte skulle komma att genomföras skall Mäklarbyrån kompenseras med 30.000 kronor för utfört arbete.

I beaktande av uppdragskontraktets avfattning och med hänsyn tagen till att enbart det fasta arvodet visat sig uppgå till tio procent av den erbjudna köpeskillingen torde det vara svårt för Mäklarbolaget att visa skada i anledning av det avbrutna förmedlingsuppdraget vilket motiverar någon ytterligare ersättning än de 30.000 kronor som betalades redan vid kontraktets ingående i mars 2001. Anspråk på skadestånd har heller inte riktats från Mäklarbolaget mot landstinget.

Den i ärendet förekommande tilläggsbetalningen på 70.000 kronor till Mäklarbyrån i juni 2001 går således utöver vad landstinget åtagit sig enligt uppdragskontraktet, och utgör därmed en konkurrensnedvridande vederlagsfri utbetalning som strider mot stadgandet god kommunalekonomisk hushållning och vars laglighet enligt kommunallagen således kan sättas ifråga.

Sammantaget har enligt Konkurrenskommissionens bedömning Jämtlands läns landstings upphandling av konsulttjänster för företagsförmedling m.m. handlagts på ett sätt som inneburit överträdelser av gällande bestämmelser på upphandlingsrättens och kommunalrättens område. Detta har medfört att konkurrensen på marknaden för företagsförmedling snedvrids samtidigt som förtroendet för landstinget som upphandlare har undergrävts. Landstinget har genom förfarandet även ådragit skattebetalarna i Jämtland kostnader i onödan.