

PM 2 2013-06-14 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom att utan annonsering upphandla tjänster i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direktupphandling), och vidmakthållande av ett tillsvidarekontrakt utan begränsning i tiden.

Bodens kommun har avropat bemanningstjänster direkt från ett privat företag till ett sammanlagt värde av c:a 12 miljoner kronor per år. Kontraktet, som har varat i mer än tio år, har ingåtts för att gälla tills vidare, utan någon begränsning i tiden.

Bodens kommun tecknade¹ genom Barn- och utbildningsnämnden² (nedan Kommunen) den 3 oktober 2002 ett kontrakt rubricerat "Uppdragstjänster PERSONALUTHYRNING inom barnomsorg och skola" (nedan Kontraktet) med det privatägda företaget Medarbetare Norr AB (nedan Medarbetare Norr).

Enligt Kontraktet ska Medarbetare Norr, efter successiva avrop, förmedla och hyra ut personalresurser för Kommunens räkning inom Kommunens verksamheter. De separata uppdragen är huvudsakligen av korttidskaraktär och avser exempelvis bemanning av tjänster som barnskötare, förskollärare, fritidspedagoger, grundskollärare, personal med specialkompetens och personliga assistenter under perioden den 3 oktober 2002 tills vidare, med möjlighet till uppsägning tre månader före den 30 juni och annars automatisk förlängning i 12 månader åt gången.³

Ersättning enligt Kontraktet ska enligt § 6.1 utgå med belopp enligt en till Kontraktet fogad prisbilaga, med fasta priser för de olika tjänster som kan avropas. För nya tjänster som eventuellt introduceras under avtalsperioden ska enligt § 6.2 ersättningen fastställas efter förhandling och godkännande mellan parterna. Därjämte kan enligt § 6.3 en "normal prisjustering" ske årligen efter förhandling mellan parterna. Vidare framgår av samma avsnitt i kontraktet att om förutsättningarna i övrigt ändras på ett sätt som inte kunde förutsättas vid avtalets ingående, ska parterna kunna uppta överläggningar om ändring av ersättning. Prisjusteringar måste skriftligen begäras av Medarbetare Norr och skriftligen godkännas av Kommunen, och kan inte uttas utan sådant skriftligt godkännande. Kan överenskommelse inte träffas om begärd prisjustering, äger båda parter rätt att frånträda avtalet i sin helhet med tre månaders varsel. Under uppsägningstiden ska ursprungligen avtalade priser gälla.

I Bilaga 1 till Kontraktet regleras ett antal personalkategorier med angivna avropspriser, gällande från och med den 1 juli 2002. Såvitt framgår av tillgänglig dokumentation i form av faktura-underlag från Medarbetare Norr till Kommunen under augusti – oktober 2012 har priserna justerats i förhållande till i Kontraktet och Bilaga 1 reglerade avropspriser, motsvarande c:a 20-24 procents prisökning.⁴

Enligt utdrag ur leverantörsreskontra har Kommunen under perioden den 1 januari 2011 till och med den 31 december 2012 utbetalat totalt 30.453.449 kronor inklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms), vilket motsvarar ett årligt värde på 12.181.379 kronor exklusive moms.⁵ Det nuvarande s.k. kontraktsvärdet av dessa utbetalningar kan med tillämpning av gällande beräkningsbestämmelser vid offentlig upphandling, enligt vilka uppskattningen ska ske som ett fyraårsavtal, således uppskattas till c:a 48,7 miljoner kronor exkl. moms.

¹ Kontraktet ersätter ett tidigare likalydande kontrakt som tecknades mellan Kommunen och Medarbetare Norr den 29 juni 2000 och avsåg tiden fram till och med den 30 juni 2001, med möjlighet till årsvisa förlängningar om 12 månader åt gången vid utebliven uppsägning tre månader före den 30 juni. Inte heller detta avtal har varit föremål för annonserad upphandling.

² Barn- och utbildningsnämnden i Boden, beslut av den 19 mars 2002 (BUN § 27) samt av den 17 september 2002, (BUN § 117), dnr. 67-02-029.

³ Härutöver gäller en rätt till uppsägning vid vissa i § 8 i Kontraktet angivna hävningsgrunder och enligt § 9 vid force majeure.

⁴ Se faktura nr. 1224576 med fakturadatum den 20 augusti 2012, där en grundskolelärare som ursprungligen prissatts till 240 kr/timme har fakturerats för 290 kr/timme (50 ./ 240 ≈ 20,08 %) och en fritidspedagog som ursprungligen prissatts till 210 kr/timme har fakturerats för 260 kr/timme (50 ./ 210 ≈ 23,80 %). Se vidare faktura nr. 2435 med fakturadatum den 28 oktober 2012, där en förskolelärare som ursprungligen prissatts till 210 kr/timme har fakturerats för 260 kr/timme (50 ./ 210 ≈ 23,80 %) och en socialpedagog som inte ursprungligen finns prissatt har fakturerats för 240 kr/timme.

⁵ Angivna belopp baserar sig på följande beräkningar: (30.453.449 ./ 2) x 0,8 = 12.181.379 kr; samt (12.181.379 ./ 12) x 48 = 48.725.515 kr.

Gällande rätt

Upphandlingar av offentliga tjänstekontrakt som har påbörjats⁶ under perioden 1994 t.o.m. 2007 regleras genom lagen (1992:1524) om offentlig upphandling – ÄLOU. En förutsättning för lagens tillämpning är emellertid enligt 1 kap. 5 § ÄLOU att det är fråga om ett *upphandlingskontrakt*, varmed avses ett skriftligt avtal som har *upphandlats enligt lagens bestämmelser* och som har *undertecknats av parterna* eller signerats genom elektronisk signatur. För att det ska vara fråga om ett *ramavtal* enligt ÄLOU krävs vidare enligt samma lagrum att avtalet har ingåtts i syfte att fastställa *samtliga villkor för avrop som görs under en viss period*. En prisjustering eller annan villkorsändring som löpande genomförs i ett avtalsförhållande mellan parterna och som inte uttryckligen regleras i det ursprungliga avtalet (genom en indexklausul eller motsvarande) ska som huvudregel, enligt unionsrättslig praxis, anses medföra att nytt avtal kommit till stånd, såtillvida den aktuella prisjusteringen inte enbart är försumbar utan kan anses innefatta någon väsentlig förändring av avtalet.⁷ De fall där upphandling har påbörjats, eller avtal eljest har uppkommit efter den 1 januari 2008 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.⁸ Lagarna bygger på det tidigare EG-fördraget och det nuvarande EUF-fördraget⁹ samt Europeiska rådets och parlamentets direktiv om offentlig upphandling.¹⁰

För upphandling som *påbörjas* efter den 15 juli 2010 har vidare i LOU införts vissa ändringar med avseende på bl.a. regleringen av möjligheterna till s.k. direktupphandling samt tillgängliga rättsmedel.

Tjänster för rekrytering och urval av personal, inklusive personalförmedling (CPV 79610000-3)¹¹ och förmedling av personal, även tillfälligt anställda (CPV 79620000-6) utgör s.k. sådana B-tjänster, kategori 22 enligt avdelning B i bilagan till ÄLOU eller bilaga 3 till LOU, vilka oavsett värdet ska upphandlas enligt de icke direktivstyrda bestämmelser som finns införda i 6 kap. ÄLOU eller 15 kap. LOU, normalt genom ett annonserat förfarande i s.k. *förenklad upphandling* eller *urvalsupphandling*.

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 under vissa särskilt angivna förutsättningar (se vidare nedan).

⁶ 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*, REU 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.

⁷ Se EU-domstolens nedan redovisade dom i mål nr C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur*, REU 2008, s. I-4401, pp. 59 och 60. Se, för ett liknande resonemang, även domstolens dom av den 29 april 2004 i mål C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, REU 2004, s. I-3801, p.121.

⁸ 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.

⁹ Se det tidigare Fördraget om Europeiska gemenskaperna (EG) samt, från och med den 1 december 2009, Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF).

¹⁰ Se det tidigare gällande direktivet 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet) samt, från och med den 1 februari 2006, direktivet (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).

¹¹ 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 kodsysteem. 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).

Numera gäller enligt det s.k. Teckal-undantaget i 2 kap. 10 a § LOU även undantag för s.k. *in-house-verksamhet*, nämligen att en upphandlande myndighet som tilldelar kontrakt till fristående juridiska personer som de själva är delägare i kan göra detta utan föregående upphandlingsförfarande. Bestämmelsen gäller med retroaktiv verkan även för upphandlingar som ska bedömas enligt ÄLOU.¹²

Enligt 2 kap. 3 § ÄLOU och 15 kap. 3 a § LOU ska värdet av det kontrakt som upphandlats (det s.k. kontraktsvärdet) uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vidare ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. I 2 kap. 3 § ÄLOU och 3 kap. 12 § LOU finns dock en begränsningsregel som anger att ett tjänstekontrakt som löper på obestämd tid ska uppskattas som ett fyraårs- eller 48-månaderskontrakt.

För närvarande uppgår tröskelvärdet för kommunal upphandling av A-tjänster inom den s.k. klassiska sektorn till 1.897.540 kronor. I mars 2002 uppgick motsvarande tröskelvärde till 1.741.000 kronor.¹³

Skyldighet att följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling omfattar bl.a. kommunala myndigheter och beslutande församlingar i kommuner och landsting. Den som är skyldig att iakttas lagens bestämmelser utgör enligt legaldefinitionen i 2 kap. 19 § LOU ”*upphandlande myndighet*”.¹⁴ Tillsyn över den offentliga upphandlingen utövas numera av Konkurrensverket.¹⁵

Bestämmelserna i ÄLOU/LOU är tvingande för upphandlande myndigheter. Lagen gäller emellertid inte för upphandling av tjänster från en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten.¹⁶ Den omständigheten att en upphandlande myndighet tror sig veta att enbart en viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktisk ensamsituation) medför däremot inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.

För det fall att upphandling måste genomföras, ska enligt huvudregeln i 1 kap. 4 § ÄLOU eller 1 kap. 9 § LOU den upphandlande myndigheten behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandling på ett öppet (transparent) sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Ramavtal¹⁷ får numera enligt 5 kap. 3 § LOU inte löpa på mer än fyra år, annat än vid synnerliga skäl.

Syftet med ÄLOU och LOU jämte bakomliggande EG/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

¹² Se övergångsbestämmelserna till ändringsförfattningen, lag (2010:569); jfr. även motsvarande ändringsförfattning, lag (2012:392), efter den 1 januari 2013.

¹³ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärdet* fastställdes tidigare av regeringen, numera 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 bl.a. A-tjänster inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten inte är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet) till 200.000 euro eller 1.897.540 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 (2011:1575) av tröskelvärden vid offentlig upphandling. För 2000 års tröskelvärde se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹⁴ Tidigare enligt 1 kap. 5 § ÄLOU användes beteckningen *upphandlande enhet*. Genom införandet av 2007 års lagar om upphandling har inom den klassiska sektorn beteckningen *upphandlande enheter* mönstrats ut och ersatts med *upphandlande myndigheter*. Beteckningen *upphandlande enhet* förekommer numera enbart på organ verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna. Här i den fortsatta framställningen används genomgående beteckningen *upphandlande myndighet*.

¹⁵ Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret avseende offentlig upphandling från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) till Konkurrensverket.

¹⁶ Se 5 kap. 2 § ÄLOU och 1 kap. 7 § LOU.

¹⁷ Med ramavtal avses enligt legaldefinitionen i kap. 5 § ÄLOU ”*ett avtal som ingås mellan en upphandlande [myndighet] och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period*” och enligt 2 kap. LOU ”*ett 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*”.

leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Bestämmelserna medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader samt att korrupktion 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 ska på snabbast lämpliga sätt sändas till Europeiska kommissionen,¹⁸ för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EFT/EUT)¹⁹ och i databasen TED.²⁰

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

Enligt 2 kap. 10 och 11 §§ eller 6 kap. 2- 2c §§ ÅLOU eller 4 kap. 5-8 §§ eller 15 kap. 3 LOU²¹ föreligger vid bl.a. tjänsteupphandling undantag från denna skyldighet under följande förutsättningar:

- upphandlingens värde är lågt²² 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 tröskelvärdessberäkningen av värdet av det ursprungliga projektet.

Undantaget vid synnerlig brådska gäller enbart oförutsedd brådska.²³ Sådan egenförvällad brådska hos den upphandlande myndigheten som kan ha uppkommit till följd av exempelvis bristande planering grundar således inte någon rätt till direktupphandling.

Dessutom ska enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta rättspraxis²⁴ möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EG/EU- fördragen inom området för offentlig upphandling tolkas restriktivt²⁵ och det ankommer på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.²⁶

¹⁸ 2 § förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

¹⁹ Före den 1 december 2009 istället Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT).

²⁰ 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).

²¹ Den aktuella regleringen har sedan den 15 juli 2010 sammanförts till 15 kap. 3 § LOU, i delvis ny lydelse.

²² Med *långt värde* avses numera, sedan den 15 juni 2010, ett kontraktvärde uppgående till högst 15 procent av gällande tröskelvärdet, vilket ifråga om tjänsteupphandling inom den klassiska sektorn för närvarande medger direktupphandling inom aktuellt tjänsteslag upp till maximalt c:a 284.000 kronor per bokföringsår, se 15 kap. 3 § andra stycket LOU.

²³ Den nu gällande undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU har förts över från den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling - ÅLOU. Av lagförarbetsuttalanden (prop. 2001/02:142, s. 99) till bestämmelserna i 2 kap. 11 § (varor) och 5 kap. 17 § (tjänster) ÅLOU, vilka således fortfarande är aktuella (se prop. 2006/07:128, s. 429), framgår i fråga om vad som ska anses motivera synnerlig brådska bl.a. följande: ”Regeln är som tidigare avsedd främst för oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling”.

²⁴ Från senare rättspraxis se EU-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i målet C- 157/06, *kommissionen mot Italien*, REU 2008 s. I-7313, p. 23.

²⁵ Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden av den 17 november 1993 i mål C-71/92, *kommissionen mot Spanien*, REU 1993, s. I-5923, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REU 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REU 1995, s. I-1249.

²⁶ Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens dom av den 10 mars 1987 i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, REU 1987, s. 1039, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REU 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REU 1995, s. I-1249. Från senare års praxis, se också domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28-01, *Kommissionen mot Tyskland*, REU 2003 s. I- 3609, p. 58, samt av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REU 2005, s. I-1, p. 46.

Av EU-domstolens praxis i målet *Pressetext* (C-454/06)²⁷ framgår vidare, i fråga om möjligheten för parterna att omförhandla villkoren i ett offentligt kontrakt under dess löptid, att under förutsättning att de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader gentemot vad som ursprungligen avtalats, en sådan justering ska anses medföra en ny upphandling och nytt kontrakt i den mening som avses enligt gällande direktiv om offentlig upphandling.

Föremål för EU-domstolens prövning i det s.k. *Pressetext*-avgörandet (C-454/06) var ett kontinuerligt upprätthållande av ett avtal som ingåtts 1994 på obestämd tid, med rätt till ömsesidig uppsägning. Vad domstolen hade att pröva var bl.a. om sådana förändringar som parterna överenskommit utan att säga upp avtalet, innebärande bl.a. ändring av avtalad ersättning samt omräkning till ersättning i euro, skulle anses medföra att nytt avtal uppkommit. Domstolen angav bl.a. (p. 34) att ändringar som görs i bestämmelserna i ett offentligt kontrakt under dess löptid ska anses utgöra en ny upphandling respektive ett nytt ingående av kontrakt i den mening som avses i gällande upphandlingsdirektiv, under förutsättning att de ändrade bestämmelserna uppvisar ”betydande skillnader” i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet. Domstolen angav vidare (p. 36) att om en senare överenskommen ändring medför att kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utsträckning utsträcks så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs ska detta anses medföra att ny upphandling respektive ett nytt ingående av kontrakt därmed uppkommit. Domstolen uttalade också (p. 74) att det i sig är främmande för systemet för och ändamålet med gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling att offentliga kontrakt avseende tjänster ingås för obestämd tid och att ett sådant tillvägagångssätt på sikt kan hindra konkurrensen mellan potentiella tjänsteleverantörer och tillämpningen av bestämmelserna i gemenskapsdirektiv om offentlighet i förfaranden vid offentlig upphandling.

En direkttilldelning som påbörjats före den 1 januari 2007, och således ska bedömas enligt bestämmelserna i ÄLOU, kan utan begränsning i tiden fortfarande göras till föremål för överprövning och ingripande enligt denna lag. Någon preskription av överprövning mot ett otillåtet direktupphandlat kontrakt enligt ÄLOU föreligger nämligen inte.²⁸ De rättsföljder som i sådant fall kan komma ifråga är att rätten på talan av skadelidande leverantör förordnar enligt 7 kap. 2 § ÄLOU om att den aktuella upphandlingen ska göras om, eftersom den aktuella felaktigheten hänför sig till upphandlingen konkurrensuppsökande skede (se RÅ 2005 ref. 47).

I fråga om senare inträffade överenskommelser som innefattar förändring av tidigare avtalade villkor kan, om de anses betydande eller om kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utsträckning utsträcks så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs, även överprövning enligt LOU komma ifråga. För sådan överenskommelse som inträffat efter den 15 juli 2010 kan också bestämmelserna om retroaktiv ogiltighet av avtal och om upphandlingsskadeavgift aktualiseras.

Med stöd av de ändringar som har införts i LOU från och med den 15 juli 2010 ska rätten enligt 16 kap. 13 § LOU, på talan av skadelidande leverantör, besluta att ett avtal som har slutits direkt mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga.²⁹

Talan om sådan avtalsogiltighet måste dock, enligt 16 kap. 17 § LOU, väckas inom sex månader från det att avtalet slöts.

²⁷ Se EU-domstolens dom av den 19 juni 2008 i mål nr C-454/06, *Pressetext*, REU 2008, s. I-4401, pp. 34-36; för liknande resonemang se även domstolens dom av den 5 oktober 2000 i mål C-337/98, *kommissionen mot Frankrike*, REU 2000, s. I-8377, p.44 och 46.

²⁸ Avtal som tilldelats direkt till viss leverantör med åsidosättande av bl.a. kraven på annonserat förfarande enligt ÄLOU har enligt rättspraxis, RÅ 2005 ref. 10 (*Ryanair*), ansetts kunna överprövas utan begränsning i tiden, se även prop. 2009/10:180, s. 165 f. Enligt punkten 2 i övergångsbestämmelserna för LOU ska bestämmelserna i ÄLOU tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet den 1 januari 2007. På motsvarande sätt framgår av övergångsbestämmelserna för de genom ändringsförfattningen 2010:571 beslutade ändringarna i LOU, att äldre rättsmedelsbestämmelser gäller för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet den 15 juli 2010.

²⁹ Rätten får emellertid, enligt 16 kap. 16 § (numera 16 kap. 14 §) LOU, besluta att avtalet trots allt får bestå om det skulle föreligga någon tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bevisbördan för sådant undantag åvilar den upphandlande myndigheten.

I fråga om löpande beställningar som inte grundas i något ramavtal utgör varje beställning ett nytt avtal som genom överprövning kan ogiltigförklaras. Rätten kan även enligt 16 kap. 16 § LOU förordna om att ett avtal inte får fullgöras till dess att något annat har bestämts (interimistiskt förbud).³⁰

Den upphandlande myndigheten kan i fall av otillåten direkttilldelning även 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 rättspraxis har avgiften som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktsvärde.³¹

Yttrande

Kommunen 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.

Kommunen är en sådan upphandlande myndighet som vid sina anskaffningar är skyldig att iaktta regelverken i ÄLOU och LOU. Som framgår av utredningen i ärendet har Kommunen redan 2002 tecknat ett ramavtalskontrakt med det privata företaget Medarbetare Norr om löpande avrop av B-tjänster i form av bemanningstjänster för skolan och förskolan. Kontraktet har tecknats utan föregående annonserad offentlig upphandling. Avtalsförhållandet har sedermera kommit att vidmakthållas av parterna i över tio år, genom att dessa löpande kommit överens om kontraktsjusteringar som gör att numera tillämpade priser överstiger vad som ursprungligen avtalats med mer än 20 procent.

Totalt sett utbetalar Kommunen årligen drygt 12 miljoner kronor till Medarbetare Norr utan upphandling. Vid dessa förhållanden föreligger det inte förutsättning för direktupphandling på grund av lågt värde. Någon synnerlig brådska eller någon annan laglig grund för att Kommunen skulle köpa aktuella tjänster direkt från Medarbetare Norr har inte framkommit vid utredningen. Istället skulle rätteligen Kontraktet ha upphandlats i ett annonserat förfarande med möjlighet även för andra leverantörer att lämna anbud. Genom att inte genomföra något sådant förfarande har Kommunen brutit mot då gällande bestämmelser i ÄLOU. Den beslutade tilldelningen bör fortfarande kunna överprövas enligt bestämmelserna i denna lag, eftersom denna inte innehåller någon preskription vid direktupphandling.

Av utredningen framgår vidare att Medarbetare Norr numera fakturerar priser som med mer än 20 procent överstiger vad som ursprungligen avtalats. Prisförändringarna torde ha kommit till genom överenskommelser mellan parterna enligt § 6.2 i Kontraktet. En prisförändring med mer än 20 procent bör anses innebära sådan betydande skillnad gentemot vad som ursprungligen avtalats

³⁰ Enligt 16 kap. 16 § andra stycket LOU får rätten avstå från ett sådant interimistiskt förbud om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

³¹ Se bl.a. Förvaltningsrätten i Malmö, dom av den 9 juli 2012 i mål 4137-12, där Malmö Landsting förpliktades att utge upphandlingsskadeavgift på 170.000 kronor motsvarande 7,5 procent av kontraktsvärdet samt Förvaltningsrätten i Umeå, dom av den 30 mars 2012 i mål 3834-11, där Luleå tekniska universitet (LTU) förpliktades att utge upphandlingsskadeavgift med 100.000 kronor, motsvarande c:a 8,5 procent av det aktuella kontraktsvärdet.

mellan parterna, att nytt kontrakt i den mening som avses enligt LOU och gällande direktiv om offentlig upphandling därmed uppkommit. För sådan villkorsändring som skett eller löpande sker genom överenskommelser efter den 15 juli 2010 kan således rättsmedelsbestämmelserna om retroaktiv ogiltighet av avtal och en upphandlingsskadeavgift, uppskattningsvis till omkring en miljon kronor för varje år, komma ifråga.

Som framgår av ovan redovisad rättspraxis är det vidare i sig främmande för systemet och ändamålet med bestämmelserna om offentlig upphandling att offentliga kontrakt avseende tjänster ingås för obestämd tid. Ett sådant tillvägagångssätt kan på sikt hindra konkurrensen mellan potentiella tjänsteleverantörer och tillämpningen av bestämmelserna om offentlig upphandling. Även om det vid tidpunkten för när Kontraktet ursprungligen tecknades i mars 2002 inte fanns några bestämmelser, varken i ÄLOU eller det bakomliggande direktivet, som uttryckligen förbjöd Kommunen att teckna ett tillsvidareavtal utan begränsning i tiden, har det numera i LOU införts en sådan begränsning vid annat än särskilda skäl. Nämnda begränsning aktualiseras numera på så sätt att de överenskommelser om villkorsförändring m.m. av Kontraktet som Kommunen har träffat med Medarbetare Norr strider mot LOU eftersom Kontraktet därigenom vidmakthålls över den lagstadgade fyraårsfristen. Några särskilda skäl för en längre kontraktstid än fyra år har inte framkommit vid utredningen.

Sammantaget innebär Kommunens aktuella förfarande med direkttilldelning av ett tillsvidareavtal, överträdelser av LOU och den unionsrättsliga principen om likabehandling och icke-diskriminering. Konkurrensen på marknaden för personalrekrytering och bemanningstjänster m.m. har därigenom snedvridits. Även om avtalsförhållandet med Medarbetare Norr numera har sagts upp finns det anledning att rikta allvarlig kritik mot Kommunen, särskilt med hänsyn till att det olagliga förfarandet pågått under så lång tid och avser betydande värden.