

PM 2 2013-10-09 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direktupphandling (väsentlig ändring av anbudsvillkor).

Bodens kommun har efter en annonserad upphandling där det inte kom in några anbud direkttilldelat ett kontrakt avseende bemanningstjänster, efter att på flera punkter ha ändrat i upphandlingsföresättningsarna så att dessa framstår som mindre ingripande.

Bodens kommun (nedan Kommunen) påbörjade genom bl.a. annons i annonsdatabasen Visma TendSign den 4 juni 2013 ett offentligt upphandlingsförfarande rubricerat ”Uppdrag: Resursförmedling 2013” (dnr. KS 266-2013).¹ Av anbudsföresättningsarna framgår att upphandlingen avser förmedling av vikarier till kommunens olika förskole- och skolverksamheter m.m.² under perioden den 1 september 2013 till och med den 31 augusti 2015, med möjlighet till förlängning i maximalt två år.³

Upphandlingen har genomförts bland annat efter att Konkurrenskommissionen börjat utreda Kommunens tidigare köp av aktuella tjänster, och sedermera kritiserat Kommunen för att ha vidmakthållit ett icke korrekt upphandlat avtal i över tio års tid (se KKO 13-011). Detta avtal sades den 18 februari 2013 upp av Kommunen till att upphöra den 30 juni 2013.⁴

Vid anbudsfrestens utgång den 28 juni 2013 noterades endast ett enda inkommet anbud. Detta anbud visade sig emellertid innehålla sådan brist⁵ att Kommunen förkastade anbudet och den 4 juli 2013 avbröt upphandlingen. Till grund för beslutet att avbryta upphandlingen anfördes att ”[e]ndast ett (1) anbud har inkommit och det anbudet uppfyller ej kravet på att de är ett auktoriserat bemanningsföretag, varför anbudet ej gått vidare till anbudsvärdering”, samt ”[b]ristande konkurrens på grund av att inga anbud kvarstår att utvärdera”.⁶

Kommunen upprättade därefter den 15 juli 2013 ett nytt förfrågningsunderlag, rubricerat ”Uppdrag: Resursförmedling 2013-2” med dnr. KS 266-2013-2, som delvis innefattar andra villkor.

Detta underlag annonserades emellertid aldrig i ett nytt upphandlingsförfarande. Istället inledde Kommunen den 12 augusti 2013 förhandlingar⁷ direkt med ett företag vilket fick möjlighet att senast den 16 augusti 2013 inkomma med anbud.⁸

Kommunstyrelsens arbetsutskott beslutade den 19 augusti 2013 att tilldela kontrakt till detta företag.⁹ Kontrakt i detta förfarande (nedan Uppdragskontraktet) tecknades av parterna påföljande dag, den 20 augusti 2013.¹⁰ Av detta kontrakt framgår bland annat att det nya upphandlingsunderlaget (Resursförmedling 2013-2) ligger tillgrund för vad parterna avtalat. Avtalet avser perioden den 1 september 2013 till och med den 31 augusti 2015, med automatisk förlängning med ett år åt gången, dock högst i två omgångar, vid utebliven uppsägning sex månader i förväg (2+1+1=4år).

¹ Se förfrågningsunderlag ”Uppdrag: Resursförmedling -2013” daterat den 14 maj 2013 (dnr. KS 266-2013).

² Upphandlingen avser ”resurskonsulter” med behörighet för följande områden: förskolan, fritidshem, grundskolan 1-6, grundskolan 7-9, gymnasieskolan, kock, ekonomibiträde.

³ I förfrågningsunderlaget anges under punkten A 5.1 avtalstiden till ”Från och med avtalsteckning 2013-09-01 – 2015-08-31. Avtalet förlängs automatiskt i 12 månadersperioder, dock högst i två (2) omgångar, om ej någondera parten har sagt upp avtalet sex (6) månader i förväg”.

⁴ Se Utbildningsförvaltningen vid Bodens kommun, skrivelsen ”Uppsägning av nuvarande avtal” av den 18 februari 2013; se även Norrländska Socialdemokraten, artikel införd den 14 mars 2013, ”Missade upphandling - tvingas säga upp avtal”.

⁵ Som ett villkor enligt punkten U5.1 i förfrågningsunderlaget skulle anbudsgivarna till sina anbud inge intyg om att de är auktoriserade bemanningsföretag. Det förkastade anbudet innehöll inte något sådant intyg.

⁶ Bodens kommun, upphandlingsmeddelande ”Underrättelse gällande avbruten upphandling: Resursförmedling-2013”, daterat den 4 juli 2013.

⁷ Kommunen hade tidigare tillfrågat ett annat företag, som den 7 augusti 2013 tackande nej till att medverka i en direktupphandling.

⁸ Som skäl för att en det nya upphandlingsunderlaget aldrig annonserades anges i en promemoria, rubricerad ”Historik”, som upprättats den 5 september 2013 inom kommunledningsförvaltningens upphandlingsenhet att ”[e]n ny annonsering skulle innebära att ett avtal inte skulle vara klart tidigast i slutet av september. Utbildningsförvaltningen har stort behov av resurskonsulter redan från skolstart”.

Kommunstyrelsens arbetsutskott, beslut av den 19 augusti 2013 (KSAU § 89/2013).

¹⁰ Uppdragskontraktet, ”Uppdrag Resursförmedling 2013-2”, daterat den 19 augusti 2013 och undertecknat av parterna den 20 augusti 2013 (dnr KS 266/2013).

Vid en jämförande genomgång av de båda förfrågningsunderlagen, Resursförmedling 2013 respektive 2013-2, framgår bl.a. följande relativa skillnader.

Krav på auktorisation

I det ursprungliga upphandlingsunderlaget anges (p. U5.1) att anbudsgivaren ska ha lämnat intyg om att leverantören är ett auktoriserat bemanningsföretag medan av det nya underlaget framgår (p. U5.1) att anbudsgivaren ska ha lämnat intyg/ansökan på att leverantören är eller *kan bli* ett auktoriserat bemanningsföretag.

Behörighetskrav

I det ursprungliga upphandlingsunderlaget anges (p. A.2.5.1) att i den pedagogiska verksamheten krävs att personal uppfyller behörighetskrav enligt gällande lagstiftning (skollagen), behörighetsförordning eller förvaltningsdirektiv, medan i det nya upphandlingsunderlaget (p. A.2.5.1) har gjorts ett tillägg om att Kommunen som ett *"alternativ till dessa krav kan godkänna resurskonsulentens kompetensprofil"*.

Prisreduktion vid obehörig arbetskraft

I det ursprungliga upphandlingsunderlaget anges (p. U3.1) att om Kommunen godkänner obehörig personal för ett visst uppdrag ska priset reduceras med *20 procent* medan det av det nya underlaget framgår (p. U3.1) att om Kommunen (chef för personalenheten) godkänner obehörig personal för ett visst uppdrag ska priset reduceras med *20 kronor per timme*. – Det kan noteras att avropspriserna i Uppdragsavtalet snittmässigt uppgår till 284 kronor per timme, vilket vid ett prisavdrag med 20 kronor per timme motsvarar en reduktion med *7 procent*.¹¹

Minimitid per avropstillfälle

I det ursprungliga upphandlingsunderlaget anges (p. A.2) att Kommunen förbinder sig att vid behov avropa *minimum två timmar* medan det av det nya upphandlingsunderlaget framgår (p. A.2) att Kommunen förbinder sig att vid behov avropa *minimum tre timmar*.

Introduktion av ny personal

I det ursprungliga upphandlingsunderlaget anges (p. A.2.3) att introduktion av ny personal ska ske av leverantören samt (p. A 3) att under introduktionen ska *inte Kommunen debiteras någon kostnad*. Av det nya upphandlingsunderlaget framgår (p. A.2.3) att behovet av introduktion ska avgöras i samråd mellan uppdragstagaren och Kommunen samt (p. A 3) att vid sådan introduktion ansvarar leverantören för *maximalt de fyra första timmarna*.

Ägande av bemanningssystemet

I det ursprungliga upphandlingsunderlaget anges (p. A.4.1) att *Kommunen ska vara ägare* av det *bemanningsystem* som är anpassat till uppdraget, samt (p. A7) att *Kommunen har äganderätt till förmedlingsverktyget* Intime och *leverantören har nyttjanderätt*, medan det av det nya underlaget (p. A.4.1) framgår att Kommunen förbinder sig att använda sig av *leverantörens bemanningssystem* samt (p. A7) att *leverantören har äganderätt till bemanningssystemet* och *Kommunen har nyttjanderätt* till den del som rör avtalet.

Inställelsestid

I det ursprungliga upphandlingsunderlaget anges (p. A.4.2.2) att resurskonsulenten ska kunna påbörja uppdraget så nära uppdragets start som möjligt, dock senast två timmar *efter beställning*, utan någon reglering av hur uppkommande förseningar ska regleras mellan parterna. Av det nya underlaget (p. A.4.2.2) framgår att inställelsen ska ske senast två timmar efter *fastställd och bekräftad beställning* samt ett tillägg om att *såväl enstaka förseningar som upprepade förseningar ska lösas vid beställningstillfället eller i en dialog mellan parterna*.

Avbeställningar

I det ursprungliga upphandlingsunderlaget anges (p. A.4.3) att avbeställning av resurskonsulter ska kunna ske senast dagen innan uppdraget ska utföras, *även om avbeställningen sker under ett påbörjat uppdrag*. Avbeställningen ska göras via förmedlingsverktyget *eller e-post till leverantören*. Vid avbeställning dagen före debiteras inte Kommunen för uppdraget. Av det nya underlaget (p. A.4.3) framgår att avbeställning av resurskonsulter ska kunna ske senast dagen innan uppdraget ska utföras, *under förutsättning att beställningen är preliminär* och att avbeställningen ska göras *via bemanningssystemet*.

¹¹ Aktuella avropspriser uppgår enligt en bilagd specifikation till Uppdragsavtalet till: 259, 269, 299 och 309 kronor per timme, beroende på resurskonsulentens behörighet. Således uppgår snittpriset för behöriga resurskonsulter till c:a 284 kronor per timme. För obehöriga resurskonsulter utgår på dessa belopp ett avdrag med 20 kronor per timme, vilket således motsvarar genomsnittligt (20 / 284=) 7 procents prisavdrag.

Efter att Kommunen har slutit Uppdragsavtalet direkt med viss leverantör har en konkurrerande leverantör vänt sig till domstol med bl.a. yrkande om ogiltighet av detta avtal. Förvaltningsrätten i Luleå beslutade i detta mål den 10 september 2013 att Uppdragsavtalet avseende ”Resursförmedling 2013-2”, inte får fullgöras innan förvaltningsrätten har bestämt något annat.¹² För närvarande pågår fortsatt handläggning av målet i sak i förvaltningsrätten.

Upphandlingens aktuella kontraktsvärde kan med ledning av vad Kommunen själv angivet uppskattas till c:a 18,8 miljoner kronor per år¹³ eller totalt c:a 75 miljoner kronor under Uppdragsavtalets fulla löptid, inklusive förlängningsår.

Gällande rätt

Upphandling av offentliga tjänstekontrakt som har påbörjats¹⁴ efter den 31 december 2007 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Lagen bygger på det nuvarande EUF-fördraget¹⁵ samt Europeiska rådets och parlamentets direktiv om offentlig upphandling.¹⁶

För upphandling som påbörjats efter den 15 juli 2010 har i LOU vidare införts vissa bestämmelser 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)¹⁷ och förmedling av personal, även tillfälligt anställda (CPV 79620000-6) utgör s.k. sådana B-tjänster, kategori 22 enligt bilaga 3 till LOU, som oavsett värdet¹⁸ ska upphandlas enligt de icke direktivstyrda bestämmelser som följer av 15 kap. LOU. Upphandlingen ska normalt utlysas i ett annonserat förfarande genom antingen *förenklad upphandling* eller *urvalsupphandling*.

Direktupphandling, där den upphandlande myndigheten utan föregående annonsering vänder sig direkt till vissa leverantörer, tillåts förekomma endast undantagsvis under vissa i lagen särskilt angivna förutsättningar (se vidare nedan).

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 iakttå lagens bestämmelser utgör enligt legaldefinitionen i 2 kap. 19 § LOU en s.k. ”*upphandlande myndighet*”.¹⁹ Tillsyn över den offentliga upphandlingen utövas numera av Konkurrensverket.²⁰

¹² Förvaltningsrätten i Luleå, beslut av den 10 september 2013 i mål 2003-13.

¹³ Se Bodens kommun, ”Upphandlingsprotokoll Direktupphandling” daterat den 16 augusti 2013, där anbudssumman anges till 18.884.199 kronor per år.

¹⁴ En upphandling anses påbörjad när den upphandlande myndigheten eller enheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten eller enheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud (se prop. 2006/07:128, s. 447, jfr. Högsta förvaltningsdomstolens dom av den 17 maj 2013 i mål 5766-12).

¹⁵ Se det tidigare Fördraget om Europeiska gemenskaperna (EG) samt, från och med den 1 december 2009, Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

¹⁶ 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 byggentreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).

¹⁷ 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).

¹⁸ Vid kontraktsvärdeberäkningen ska enligt 15 kap. 3 a § LOU värdet av det kontrakt som upphandlats uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Förekommande options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjats.

¹⁹ Tidigare enligt 1 kap. 5 § ÅLOU 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*.

²⁰ Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret avseende offentlig upphandling från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) till Konkurrensverket.

Vilka bestämmelser som ska tillämpas beror ytterst på förutsättningarna för avtalet. Dock ska som huvudregel alltid EU-fördragets²¹ grundläggande bestämmelser om etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster liksom unionsrättens principer om bland annat *likabehandling och icke-diskriminering* samt *öppenhet (transparent)* tillämpas på kontraktstilldelningen.

Av principen om *likabehandling och icke-diskriminering* följer att alla leverantörer skall ges så lika förutsättningar som möjligt. Alla måste t.ex. få relevant information vid samma tillfälle och på lika villkor. Vissa leverantörer får inte gynnas framför andra. Diskriminerande särbehandling får vidare inte komma ifråga, särskilt inte på grund av nationalitet.

Med principen om *öppenhet (transparent)* avses främst myndigheternas skyldighet att lämna information om sina upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa samt rätten för leverantörer att kunna få tillgång till sådan information, så att de i förväg kan sätta sig in i vad som gäller för upphandlingen. Myndigheterna är exempelvis skyldiga att tillkännage sina anskaffningar på ett sätt som, med hänsyn till anskaffningens omfattning och art, lämnar möjlighet till konkurrens och inte hindrar handeln mellan medlemsstaterna (samhandelsrekvisitet).²² Det måste av anbudsförutsättningarna vidare framgå vilka krav och kriterier som ska tillmätas betydelse vid anbudsprövning och tilldelningsvärdering samt på vilket sätt detta ska gå till.

Lagens bestämmelser 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.²³ Enligt det s.k. *in-house-undantaget* i 2 kap. 10 a § LOU kan vidare en upphandlande myndighet som tilldelar ett uppdrag till en fristående juridisk person som den själv är delägare i under vissa förhållanden göra detta utan att det anses vara fråga om en kontraktstilldelning som ska föregås av annonserat upphandlingsförfarande.

Lagens bestämmelser 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.²⁴ Den omständligheten 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.

Enligt det s.k. *in-house-undantaget* i 2 kap. 10 a § LOU kan vidare en upphandlande myndighet som tilldelar ett uppdrag till en fristående juridisk person som den själv är delägare i under vissa förhållanden göra detta utan att det anses vara fråga om en kontraktstilldelning som ska föregås av annonserat upphandlingsförfarande.

²¹ EU fördragen består sedan den 1 december 2009 av Fördraget om Europeiska unionen (FEU), Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) samt Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (stadgan). De grundläggande principer som här avses följer av avdelningarna II och IV FEU om fri rörlighet av varor och tjänster.

²² Det s.k. *samhandelsrekvisitet* har i EU-domstolens fasta praxis givits en tämligen vidsträckt tolkning. Rekvisitet ska anses uppfyllt om det ”med tillräcklig grad av sannolikhet, på grundval av rättsliga eller faktiska omständigheter, kan förutses att avtalet i fråga direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt kan inverka på handelsflödet mellan medlemsstater, på ett sådant sätt att det kan komma att hindra förverkligandet av en gemensam marknad mellan medlemsstaterna”, se EU-domstolens dom av den 11 juli 1985 i mål 42/84, *Remia m.fl. mot kommissionen*, REG 1985, s. 2545, p. 22. För liknande bedömningar, se även domstolens avgöranden den 18 juni 1998 i mål C-35/96, *kommissionen mot Italien*, REG 1998, s. I-3851, p. 48 samt den 17 oktober 1972 i mål 8/72, *Vereeniging van Cementhandelaren mot kommissionen*, REG 1972, s. 977, p. 29. Se även prop. 2003/04:80, s. 44.

²³ Se 5 kap. 2 § ÄLOU och 1 kap. 7 § LOU.

²⁴ Se 5 kap. 2 § ÄLOU och 1 kap. 7 § LOU.

Om upphandling enligt LOU ska genomföras, måste enligt huvudregeln i 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 iakttagas.

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 obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Bestämmelserna medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader samt att korrupcion 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,²⁵ för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.²⁶

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

Enligt 15 kap. 3 § LOU²⁷ jämförd med 4 kap. 5-8 §§ föreligger vid bl.a. B-tjänsteupphandling undantag från denna skyldighet under följande förutsättningar:

- upphandlingens värde är lågt²⁸ 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* och de ursprungliga villkoren för kontraktet *inte ändrats väsentligt*,
- 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 tröskelvärdesberäkningen av värdet av det ursprungliga projektet.

Undantaget vid *synnerlig brådska* i 4 kap. 5 § första stycket punkten 3 LOU gäller om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.²⁹ Sådan *egenförvällad brådska* hos den upphandlande myndigheten som kan ha uppkommit till följd av exempelvis bristande planering grundar således inte någon rätt till direktupphandling enligt detta lagrum.

Undantaget i 4 kap. 5 § första stycket punkten 1 LOU om det vid en annonserad upphandling inte har lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud, gäller enbart om de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt. Enligt bestämmelsen som motsvaras av art. 31.1(a) i

²⁵ Se 2 § upphandlingsförordningen (2011:1040).

²⁶ 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).

²⁷ Den aktuella regleringen har sedan den 15 juli 2010 sammanförts till 15 kap. 3 § LOU, i delvis ny lydelse.

²⁸ Med *långt värde* avses numera, sedan den 15 juni 2010, ett kontraktsvärde uppgående till högst 15 procent av gällande tröskelvärde, 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.

²⁹ 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”.

det klassiska upphandlingsdirektivet går det således inte att gå över till direktupphandling med väsentligen ändrade anbudsförutsättningar.

En bedömning av vad som kan anses utgöra väsentlig ändring av villkoren för kontraktet kan göras med utgångspunkt från den praxis som hänför sig till ändringar av villkoren i redan tecknade kontrakt. Avseende denna kan från unionsrättslig praxis nämnas EU-domstolens avgörande i målet C-454/06 (*Pressetext*), av vilket framgår att om de ändrade bestämmelserna i ett kontrakt 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 ska dessa anses utgöra en betydande ändring.³⁰ Enligt domstolen kan det anses medföra betydande ändring om det införs villkor som om de förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare eller att anta andra anbud. Betydande ändring kan även anses föreligga om kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet, jämfört med vad som ursprungligen föreskrivits.³¹

Från svensk nationell praxis kan nämnas att den tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU) i ett yttrande från 2006 uttalat att det sannolikt rör sig om en väsentlig förändring av ett avtal om ändringen skulle ha påverkat en leverantörs möjlighet eller intresse av att lämna anbud. Vid en ändring som bedöms medföra ett nytt kontrakt, ska i enlighet med principen om lika-behandling hänsyn tas även till potentiella leverantörer som kan vara intresserade att delta med anbud i och med den ändring som är aktuell. Ändringar som bedöms vara marginella bör enligt NOU:s mening däremot kunna göras.³²

Vidare kan nämnas ett avgörande från 2009 där Kammarrätten i Jönköping, med utgångspunkt i bl.a. det som NOU tidigare yttrat och med tillämpning av den s.k. likabehandlingsprincipen funnit att ett förfarande där den upphandlande myndigheten hade frångått ett tidigare uppställt kriterium om leveranssäkerhet medfört en sådan väsentlig ändring att ett nytt avtal därmed får anses ha uppkommit.³³

Kammarrätten i Sundsvall har i två nyligen meddelade avgöranden från 2013³⁴ uttalat att ändringar i förekommande skall-krav i förfrågningsunderlag vanligtvis är att bedöma som sådana väsentliga ändringar som kan medföra att ny upphandling måste påbörjas genom publicering av meddelande om ny konkurrensutsättning. Bland annat har kammarrätten förordnat att en upphandling ska göras om eftersom den upphandlande myndigheten hade vidtagit en förändring i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget, varigenom ett skall-krav togs bort. Kammarrätten angav därvid bl.a. följande domskäl.

”Genom ändringen togs ett skall-krav bort. [...] Den företagna ändringen är väsentlig och får anses innebära att [upphandlande myndigheten] förfarit på ett sätt som strider mot såväl likabehandlings- som öppenhetsprincipen. Att upplysning om förändringen i fråga tillställts samtliga de leverantörer som redan visat intresse föranleder inte någon annan bedömning. [Den upphandlande myndighetens] förfarande har medfört att [den klagande leverantören] kunnat komma att lida skada. Eftersom bristen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet bör upphandlingen göras om i den nu aktuella delen”.

³⁰ I den svenska språkversionen av EU-domstolens dom används formuleringen ”betydande ändring”. I den franska språkversionen av samma dom används i punkterna 34-36 formuleringen ”*modification... substantielle*” vilken direkt motsvaras av direktivförutsättningen i art. 31.1(a) ”...pour autant que les conditions initiales du marché *ne soient pas substantiellement modifiées*”. Någon betydelseskilnad föreligger således inte mellan ”betydande ändring” och ”väsentlig ändring” i de svenska språkversionerna av EU-domstolens dom relativt aktuell direktivtext.

³¹ 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, pp. 34, 35 och 37.

³² Nämnden för offentlig upphandling (NOU) yttrande den 21 september 2006 avseende Osby kommuns godkännande av att ett upphandlat kontrakt avseende bevakningstjänster överläts på ny leverantör (dnr. 2005/0197-26). Jfr. Kammarrätten i Göteborgs dom av den 15 mars 2013 i mål 6952-12.

³³ Kammarrätten i Jönköping, dom av den 10 juli 2010 i mål 953-09.

³⁴ Kammarrätten i Sundsvall, dom av den 30 september 2013 i mål 2218-13, se även kammarrättens dom av den 31 maj 2013 i mål 1156-13.

Vidare ska enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta rättspraxis³⁵ 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 restriktivt³⁶ och det ankommer på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.³⁷

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.³⁸

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).³⁹ Talan om ogiltighet måste dock, enligt 16 kap. 17 § LOU, väckas inom sex månader från det att avtalet slöts.

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 att 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.⁴⁰

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 regelverket i LOU. Av utredningen i ärendet framgår att Kommunen – efter att i ett annonserat upphandlingsförfarande avseende vikarieförmedling m.m. inte fått in några lämpliga anbud – har avbrutit upphandlingen och tilldelat det aktuella kontraktet i ett direktupphandlingsförfarande.

³⁵ 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.

³⁶ 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.

³⁷ 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.

³⁸ 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.

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.

(I) Kommunen sade redan den 18 februari 2013⁴ upp det tidigare avtal avseende aktuella tjänster som nu varit föremål för upphandling, och har således i god tid känt till att den aktuella upphandlingen måste genomföras före höstterminsstarten 2013. Den eventuella brådska som kan ha uppstått efter det att Kommunen först den 4 juli 2013 kunnat konstatera att det inte inkommit några lämpliga anbud får således anses självförvållad och medför därmed inte skäl för direktupphandling. Vidare skulle Kommunen ha kunnat genomföra ett nytt annonserat förfarande om denna påbörjats den 15 juli 2013 i omedelbar anslutning till det att det nya underlaget Resursförmedling 2013-2 upprättades. Det har således heller inte varit omöjligt för Kommunen att hålla tidsfristerna vid ett förfarande med föregående annonsering. Undantag för direktupphandling till följd av synnerlig brådska jml. 15 kap. 3 § jämförd med 4 kap. 5 § första stycket punkten 3 LOU kan således inte göras tillämpligt i det aktuella fallet

(II) I det upphandlingsunderlag som har legat till grund för direktupphandling har Kommunen genomfört ändringar jämfört med de ursprungliga villkoren. Bland annat har skall-kravet på att anbudsgivare ska lämna intyg om att företaget *är* ett auktoriserat bemanningsföretag ändrats till att det räcker med att anbudsgivaren visar att företaget *kan bli* ett auktoriserat bemanningsföretag. Detta trots att Kommunen tidigare uteslutit en anbudsgivare just på grund av att företaget inte kunde visa auktorisation som bemanningsföretag. Vidare har kraven på behörig personal i de nya villkoren ändrats från ett strikt krav till att bli en förhandlingsfråga mellan parterna och prisreduktionen vid obehörig arbetskraft har ändrats från 20 till c:a 7 procent. Minimitiden per avropstillfälle har ändrats från två timmar till tre och leverantörens kostnad för introduktion av ny personal har begränsats till fyra timmar. I övrigt har äganderätten till bemanningssystemet ändrats från Kommunen till leverantören och villkoren för inställelsetid och avbeställningar ändrats till leverantörens förmån. Sammantaget medför detta en förändring av den ekonomiska jämvikten i avtalet till leverantörens fördel på ett sätt som är ägnat att påverka en leverantörs möjlighet eller intresse av att lämna anbud i upphandlingen. Undantag för direktupphandling jml. 15 kap. 3 § jämförd med 4 kap. 5 § första stycket punkten 1 LOU till följd av att det inte inkommit några lämpliga anbud föreligger därigenom inte heller.

Sammantaget har Kommunen handlagt den aktuella upphandlingen på ett sätt som strider mot LOU och de i lagen intagna kraven på likabehandling och transparens. Kommunen förtjänar därför allvarlig kritik.