

PM 2 2013-12-17

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direktupphandling.

Varbergs kommun har från en advokatbyrå direktupphandlat juridiska tjänster för drygt två miljoner kronor utan inhämtande av skriftligt anbud i konkurrens med andra leverantörer.

Varbergs kommun (nedan Kommunen) har med en advokatfirma i Göteborg slutit avtal om köp av tjänster för biträde och konsultationer i en tvist om skadestånd. Avtalet har slutits efter det att Barn- och elevombudet vid Statens skolinspektion (nedan Skolinspektionen) i ett ärende har uppmärksammat vissa förhållanden vid Bockstensskolan, som är en kommunal grundskola med Kommunen som huvudman, samt riktat anspråk på skadestånd mot Kommunen.

Det aktuella ärendet¹ initierades genom en anmälan från enskild och stämplades in hos Skolinspektionen den 24 november 2008 och kommunicerades med Kommunen den 15 december 2008 med begäran om yttrande. Kommunen har skriftligen yttrat sig till myndigheten den 21 januari, den 24 februari, den 11 mars, den 15 oktober och den 29 oktober 2009.² I beslut av den 24 november 2009 framställde Skolinspektionen skadeståndskrav mot Kommunen på 295.200 kronor med påstående om kränkande behandling av en elev från april 2006 till och med vårterminen 2009.

Kommunen har därefter enligt egen uppgift slutit ett muntligt avtal med den aktuella advokatbyrån genom direktupphandling.³ Vem som slutit avtalet för Kommunens räkning har inte uppgivits, men uppdraget till advokatbyrån har bekräftats genom en ombudsfullmakt som är daterad den 8 december 2009 och har undertecknats av kommunjuristen. Någon anmälan till kommunens arbetsutskott, som enligt Kommunens interna riktlinjer (se nedan) normalt ska fatta denna typ av upphandlingsbeslut, har inte framkommit.

Den 28 juni 2010 ansökte Skolinspektionen om stämning vid Varbergs tingsrätt, vilken utfärdade stämning mot Kommunen den 20 juli 2010⁴ och slutligt avgjorde målet genom dom den 11 april 2013. Av tingsrättens avgörande framgår att Kommunen förpliktats att till den kränkte eleven betala 50.000 kronor i skadestånd samt att rättegångskostnaderna i målet ska bäras lika av parterna.⁵ Kommunen överklagade tingsrättens dom till hovrätten, men återkallade kort därefter överklagandet.⁶

Kommunen har såvitt kunnat utredas aldrig genomfört någon infordran av konkurrerande anbud avseende juridiska tjänster, varken för den nu aktuella tvisten eller som ett ramavtal i allmänhet, utan det muntliga avtalet slöts direkt med advokatbyrån.

Av utdrag ur leverantörsreskontra framgår att Kommunen under perioden den 4 februari 2010 till och med den 22 juni 2013 till advokatbyrån utbetalat totalt 2.076.646 kronor exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms). Av detta belopp hänför sig 166.646 kronor till bl.a. sådana s.k. preprocesuella kostnader som uppkommit före stämning,⁷ varför Kommunen yrkat ersättning för direkta ombudskostnader i tingsrätten med 1.910.000 kronor.⁸ Avtalets aktuella kontraktswärde kan således fastställas till drygt två miljoner kronor. Kommunen har härutöver under den aktuella perioden direktupphandlat juridiska tjänster från olika advokatbyråer till ett sammanlagt värde av 284.681 kronor.³ Vart och ett av dessa kontrakt understiger gränsen för lågt värde.

¹ Se ärende hos Skolinspektionen angående "Anmälan angående skolsituation för elev vid Bockstensskolan i Varbergs kommun" med dnr. 2008:520.

² Såvitt framgår av föreliggande dagboksblad hos Skolinspektionen i ärende 2008:520 har under perioden januari-oktober 2009 Kommunen yttrat sig till myndigheten genom Barn- och utbildningsförvaltningen, alternativt genom Bockstensskolan. Förutom skriftliga yttranden förekommer i akten även noteringar genom minnesanteckningar.

³ Se Kommunens svarsskrivelser av den 7 och 16 oktober 2013 med anledning av en begäran om utlämnande av allmän handling (dnr. KS 2013/0477).

⁴ Varbergs tingsrätt, aktbilaga 4 i mål 1828-10.

⁵ Varbergs tingsrätt, dom av den 11 april 2013 i mål 1828-10.

⁶ Se Hovrätten för Västra Sverige, rättsens protokoll av den 14 maj 2013 i mål T 2602-13.

⁷ Enligt tingsrättens dagboksblad (mål 1828-10) yttrade sig Kommunen för första gången i målet genom svaromål den 30 augusti 2010. Av utdrag ur leverantörsreskontra framgår att Kommunen fram till och med den 13 augusti 2010 hade fakturerats och betalat ut totalt 153.184 kronor till advokatbyrån.

⁸ I tingsrätten yrkades rättegångskostnadsersättning för ombudsarvode med 587.740 kronor exkl. moms för Skolinspektionen (kärandesidan) och med 1.910.000 kronor exkl. moms för Kommunen (svarandesidan). Tingsrätten fann att med hänsyn till den merkostnad som Kommunen fått vidkännas till följd av Skolinspektionens processföring i målet att vid en samlad bedömning ska vardera parterna bära sina egna rättegångskostnader.

Gällande rätt

Ansvar för skolhuvudman vid kränkande behandling av barn och elever reglerades vid den aktuella tidpunkten genom bl.a. skollagen (1985:100) jämte lagen (2006:67) om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever – BeL.⁹ Om huvudmannen eller dennes personal har åsidosatt sina skyldigheter enligt 14 a kap. 7 -11 §§ skollagen att bl.a. förebygga, utreda och motverka kränkande behandling av barn eller elever kan enligt 12 § samma kapitel huvudmannen förpliktas betala skadestånd till barnet eller eleven samt ersätta även annan skada som har orsakats av åsidosättandet. Motsvarande ansvar följer även av 1, 2, 7, 8 och 15 §§ BeL.

Upphandling av offentliga tjänstekontrakt som har påbörjats¹⁰ efter den 31 december 2007 regleras i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Lagen bygger på EG/EU-fördragen¹¹ samt på Europeiska rådets och parlamentets direktiv om offentlig upphandling.¹²

Med *offentlig upphandling* avses enligt 2 kap. 13 § LOU de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggentreprenader.

Juridiska tjänster (CPV 79100000-5) utgör sådana s.k. B-tjänster, kategori 21 enligt bilaga 3 till LOU, som oavsett värdet¹³ 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*, utan anbudsinfordran, tillåts förekomma endast undantagsvis under vissa i lagen särskilt angivna förutsättningar (se vidare nedan).

Kommunala myndigheter och beslutande församlingar i kommuner och landsting är skyldiga att följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling. Den som är skyldig att iakttä lagens bestämmelser utgör enligt legaldefinitionen i 2 kap. 19 § LOU en s.k. ”*upphandlande myndighet*”.¹⁴ Tillsyn över den offentliga upphandlingen utövas numera av Konkurrensverket.¹⁵ Företag som tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”*leverantörer*” som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).

Vilka bestämmelser som ska tillämpas beror ytterst på förutsättningarna för avtalet. Dock ska som huvudregel alltid EG/EU-fördragets grundläggande bestämmelser om etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster liksom unionsrättens principer om bland annat *likabehandling och icke-diskriminering* samt *öppenhet (transparens)*¹⁶ tillämpas på kontraktstilldelningen. Dessa principer följer även av 1 kap. 9 § jämförd med 15 kap. 2 § LOU.

⁹ 1985 års skollag (1985:100) har sedan den 1 augusti 2010 ersatts av 2010 års skollag (2010:800); lagen (2006:67) om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever har sedan den 1 januari 2009 ersatts av diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁰ En upphandling anses påbörjad när den upphandlande myndigheten har 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.

¹¹ Se det tidigare Fördraget om Europeiska gemenskaperna (EG) samt, fr.o.m. den 1 december 2009, Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF). EU fördragen består härutöver av Fördraget om Europeiska unionen (FEU) samt Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (Rättighetsstadgan).

¹² Se det tidigare direktivet 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet) samt, fr.o.m. 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).

¹³ 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.

¹⁴ Tidigare enligt den äldre 1 kap. 5 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, 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. försörjningssektorena.

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

¹⁶ De grundläggande principer som här avses följer av avdelningarna II och IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) om fri rörlighet av varor och tjänster.

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 (transparens)* 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).¹⁷ 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.¹⁸ 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.

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.

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 de grundläggande principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttagas.

Syftet med LOU jämte bakomliggande 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 korruption motverkas.

Som regel föreligger det en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt offentliggöra sina upphandlingar genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller annons i annan form som möjliggör en effektiv konkurrens.¹⁹

¹⁷ 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.

¹⁸ Se 1 kap. 7 § LOU.

¹⁹ Se 15 kap. 4 § LOU.

Enligt 15 kap. 3 och 5 §§ LOU²⁰ föreligger vid B-tjänsteupphandling undantag från denna skyldighet under följande förutsättningar.

- upphandlingens värde är *lågt* 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 har 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 ytterligare leveranser från en ursprungligen upphandlad leverantör, avsedda antingen som delersättning för eller tillägg till tidigare leveranser och ett byte av leverantör skulle medföra oskäligen tekniska eller ekonomiska olägenheter.
- 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.

Vad som i 15 kap. 3 § LOU avses med *lågt värde* var före den 15 juni 2010²¹ inte närmare reglerat i lagtexten, utan det ankom på de upphandlande myndigheterna att själva fastställa egna riktlinjer för när direktupphandling kunde komma ifråga. Som framgår av redovisningen nedan har Kommunen fastställt en egen värdegräns för direktupphandling motsvarande fem prisbasbelopp per nämnd och år.²² För 2009 var prisbasbeloppet²³ 42.800 kronor, vilket således medför att Kommunens värdegräns för direktupphandling vid den aktuella tidpunkten uppgick till högst 214.000 kronor.

Undantaget vid *synnerliga skäl*, såsom *synnerlig brådska* avser bl.a. fall där det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid annonserat förfarande. Av lagförarbetena²⁴ framgår 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. Extra förmånliga köp vid t.ex. auktioner kan göras genom direktupphandling. Den upphandlande myndigheten måste dock i sådana fall kunna visa att det varit fråga om ett erbjudande väsentligt under marknadsvärdet. Det är således den upphandlande enheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling. Vidare bör vissa hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänster kunna direktupphandlas. Det är främst sådana tjänster där relationen mellan vårdgivare och vård- och omsorgstagare skulle störas och vården eller omsorgen därmed försämrats eller sådana situationer där det endast finns ett möjligt vård- och boendevalterativ på grund av vårdbehov eller anhöriganknytning. Vidare bör sådana fall där patientens fria val av vårdgivare omöjliggör upphandling enligt reglerna för förenklad upphandling eller urvalsupphandling grunda rätt till direktupphandling”.

²⁰ Den aktuella regleringen har numera, efter den 15 juli 2010, sammanförts till 15 kap. 3 § LOU i en delvis ny lydelse som direkt hänvisar till rekvisiten för *förhandlad upphandling utan föregående annonsering* i 4 kap. 5-9 §§ LOU.

²¹ Numera, efter den 15 juni 2010, har *lågt värde* kommit att fastställas i 15 kap. 3 § LOU till ett fast belopp uppgående till högst 15 procent av gällande tröskelvärde, vilket ifråga om tjänsteupphandling inom den klassiska sektorn för närvarande medger ”direktupphandling av liknande slag” upp till maximalt c:a 284.000 kronor per bokföringsår.

²² Se bl.a. Varbergs kommuns internetsida, <http://www2.varberg.se/templates/01.asp?sida=2901>, där beloppsgränserna anges relaterade till prisbasbeloppet. Se även Servicenämndens i Varbergs kommun sammanträdesprotokoll av den 1 april 2008, SVN § 20/08 (dnr. SVN 2007/0027) jämte två tjänsteskrivelser i samma ärende, dels Riktlinjer för inköpsrutiner” av den 26 februari 2008 samt Ansvar och rutiner för inköpsverksamhet inom Serviceförvaltningen, Varbergs kommun, av den 21 februari 2008. Där beloppsgränsen anges till 200.000 kronor.

²³ Prisbasbeloppet (tidigare angivet som basbeloppet) räknas fram på grundval av förändringar i det allmänna prisläget enligt bestämmelserna i socialförsäkringsbalken (2010:110). Beräkningarna görs med utgångspunkt i förändringen av konsumentprisindex och fastställs för helt kalenderår.

²⁴ Se prop. 2001/02:142, s. 99; den citerade texten återges även i prop. 2006/07:128, s. 429.

Egenförvällad brådska hos den upphandlande myndigheten, som kan ha uppkommit till följd av exempelvis bristande rutiner eller planering, grundar således inte något undantag för direktupphandling enligt LOU.²⁵

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta rättspraxis²⁶ ska 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 vidare tolkas restriktivt²⁷ och det ankommer på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.²⁸

Om förutsättningarna för direktupphandling är uppfyllda enligt vad som angivits ovan föreligger det, till skillnad från vad som annars är fallet vid de övriga upphandlingsformerna i 15 kap. LOU (förenklad upphandling och urvalsupphandling), inte något krav på formell anbudsgivning.²⁹ Dock bör även vid direktupphandling den lägsta kostnaden eller det ekonomiskt mest fördelaktiga alternativet eftersträvas. Därför har i bl.a. lagförarbetena uttalats att prisjämförelse och andra undersökningar om möjligt bör genomföras och dokumenteras.³⁰

Enligt 15 kap. 3 § LOU³¹ ska den upphandlande myndigheten vid behov besluta om riktlinjer för direktupphandling. Kommunen har därför antagit interna riktlinjer,³² av vilka framgår bland annat att direktupphandling kan komma ifråga om det inte finns några tillämpliga ramavtal och volymen understiger fem prisbasbelopp per nämnd och år. Upphandlingen ska i så fall utnyttja de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn. För upphandlingar mellan ett och fem prisbasbelopp²² (42.800 – 214.000 kronor) ska enligt Kommunens egna riktlinjer minst två företag jämföras och dokumenteras. Beställningen bör vara skriftlig. Om värdet understiger ett prisbasbelopp (42.800 kronor) behövs inte skriftliga anbud och om det finns behov av ramavtal ska respektive förvaltning ta initiativ till det.

Ifråga om direkttilldelning av kontrakt avseende juridiska tjänster kan från senare rättspraxis nämnas två avgöranden från 2013. I avgörande den 22 maj 2013 fastställde Kammarrätten i Stockholm ett domslut³³ varigenom ett formlost avtal om köp av advokatjänster förklarades ogiltigt. Den upphandlande myndigheten hade lämnat uppdrag till en advokatbyrå i samband med att ett rättsligt förfarande hade inletts mot myndigheten, men den sålunda åberopade brådskan

²⁵ Undantagsbestämmelsen för synnerliga skäl i 15 kap. 3 § LOU har förts över direkt från den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. 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”.

²⁶ 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.

²⁷ 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.

²⁸ 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.

²⁹ Se 2 kap. 23 § LOU där direktupphandling definieras som ”ett förfarande utan krav på anbud”.

³⁰ Se SOU 2001:31, s. 249, se även prop. 1993/94:78, s. 22, vilken hänvisar till de förhållanden som tidigare tillämpades enligt upphandlingsförordningen (1986:366) och kommunalt upphandlingsreglemente.

³¹ Den aktuella föreskriften har numera utgått ur LOU genom lagändring (se ändringsförfattningen 2010:571) som trädde i kraft den 15 juli 2010.

³² Se information på Kommunens hemsida: <http://www2.varberg.se/templates/01.asp?sida=2901>. Se även Kommunfullmäktiges i Varberg beslut av den 22 juni 1999 om ”Upphandlingspolicy för Varbergs kommun” (KS § 138/99, dnr. 99/000148) samt Kommunstyrelsens beslut av den 27 augusti 2002 (KS § 161/02, dnr. 2002/0325 050) ”Inköpspolicy för Varbergs kommun” med yttrande från Ekonomikontoret av den 2 augusti 2002 samt tjänsteskrivelse från Serviceförvaltningen av den 8 april 2002 m.m.

³³ Kammarrätten i Stockholm, dom av den 22 maj 2013 i mål 2504-13, se även Förvaltningsrätten i Uppsalas dom av den 28 mars 2013 i mål 70-13.

ansågs självförvållad. Den omständigheten att myndigheten hade anlitat advokatbyrån för tidigare tjänster av samma slag medförde heller inte att några synnerliga skäl för direktupphandling ansågs föreligga. Eftersom den upphandlande myndigheten tidigare, utan upphandling enligt LOU, hade gjort liknande köp från byrån och även från andra advokatbyråer i betydande omfattning ansågs heller inte något undantag för lågt värde föreligga. Samma kammarrätt har även i ett annat avgörande³⁴ av den 15 oktober 2013 ogiltigförklarat ett direkttilldelat kontrakt avseende juridiska tjänster. Rätten fastslog bl.a. att juridiska tjänster hänför sig till ”upphandlingar av samma slag” och eftersom myndigheten under året även hade gjort andra direkta upphandlingar av juridiska tjänster till ett värde som översteg gränsen för lågt värde ansågs tilldelningen således strida mot LOU, även om det aktuella kontraktsvärdet i sig kunde anses som lågt.³⁵

Kommunernas interna beslutsordning framgår av den kommunalrättsliga beslutsorganisation som regleras i kommunallagen (1991:900) – KL. Den verkställande beslutsrätten i kommunen ankommer enligt lagens reglering på de kommunala nämnderna med kommunstyrelsen i spetsen (eller på s.k. partssammansatta organ). Nämndernas beslutsrätt kan i vissa fall delegeras vidare nedåt i organisationen enligt bestämmelser som finns införda i 6 kap. 33-38 §§ KL.

Kommunallagen reglerar såväl *befogenheten*, d.v.s. rätten att fatta kommunala beslut som *behörigheten*, d.v.s. rätten att utått företräda kommunen och gentemot tredje man ingå för kommunen bindande rättshandlingar. Behörighet och befogenhet följer som regel med varandra, men kan i vissa fall förekomma var för sig.

Löpande beslut inom den kommunala förvaltningen fattas som regel av kommunens anställda eller av förtroendevalda befattningshavare med stöd av beslutsbehörighet som har delegerats från ansvarig kommunal nämnd. Behörigheten kan ha delegerats antingen genom en av nämnden fastställd befattningsbeskrivning, genom delegationsordning eller genom särskilda beslut om delegation för visst enskilt fall. Beslut av enkel beskaffenhet fattas normalt med stöd av befattningsbeskrivning eller subdelegation i den kommunala tjänsteorganisationen. Mer kvalificerade beslut, exempelvis om att ingå avtal och andra rättshandlingar av viss betydelse, fattas normalt med stöd av kommunal delegationsordning där ramarna för beslutsrätten särskilt reglerats. Slutligen kan beslutsrätten i vissa speciella frågor delegeras genom enskilda beslut av nämnden.

Kretsen av befattningshavare till vilken beslutsrätt kan delegeras begränsas i 6 kap. 33 § KL. Enligt detta stadgande får en nämnd uppdra åt ett utskott, åt en ledamot eller ersättare eller åt en anställd hos kommunen att besluta på nämndens vägnar i ett visst ärende eller en viss grupp av ärenden. Alla sorters beslut kan dock inte delegeras.³⁶

Om en nämnd med stöd av 6 kap. 33 § KL uppdrar åt en förvaltningschef att fatta beslut, får enligt 36 § samma kapitel nämnden överlåta åt förvaltningschefen att i sin tur uppdra åt en annan anställd inom kommunen att besluta i stället (s.k. subdelegation).

Även *behörigheten* att i kommunens namn underteckna avtal och ingå andra rättshandlingar, sammanhänger med vad som ovan har redovisats om kommunal delegationsrätt. En kommunal nämnd kan med stöd av 6 kap. 33 § KL uppdra åt sina ledamöter eller ersättare eller åt anställda hos kommunen att ensamma eller i förening, inom nämndens ansvarsområde, teckna kommunens firma.

³⁴ Kammarrätten i Stockholm, dom av den 15 oktober 2013 i mål 1965-13.

³⁵ De aktuella avgörandena bedömdes med utgångspunkt i LOU i dess lydelse efter den 15 juli 2010, innefattande dels den i 15 kap. 3 § införda fasta värdegränser för direktupphandling på c:a 284.000 kronor per bokföringsår, dels rättsmedelsbestämmelsen i 16 kap. 13 § enligt vilken ett otillåtet direkttilldelat avtal kan förklaras ogiltigt.

³⁶ I följande slag av ärenden får enligt 6 kap. 34 § KL beslutanderätten inte delegeras: (1) ärenden som avser verksamhetens mål, inriktning, omfattning eller kvalitet, (2) framställningar eller yttranden till fullmäktige liksom yttranden med anledning av att beslut av nämnden i dess helhet eller av fullmäktige har överklagats, (3) ärenden som rör myndighetsutövning mot enskilda, om de är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt, och (4) vissa ärenden som anges i särskilda föreskrifter.

Viss behörighet att utåt företräda kommunen kan även framgå av gällande befattningsbeskrivning och därmed följande ställningsfullmakt.³⁷

Beslut som har fattas med stöd av delegationsuppdrag enligt 6 kap. 33 § KL ska enligt 34 § samma kapitel anmälas till nämnden, som bestämmer i vilken ordning detta ska ske.

Enligt vid den aktuella tidpunkten gällande delegationsordning för kommunstyrelsen och övriga nämnder inom Kommunen har generell beslutsrätt avseende upphandling upp till fem basbelopp (214.000 kronor) delegerats till kommundirektören eller berörd förvaltningschef. Upphandling för belopp därutöver ska beslutas av kommunstyrelsens arbetsutskott. Någon delegation för förvaltningschef eller kommunjuristen att självständigt fatta beslut om upphandling över 214.000 kronor framgår överhuvudtaget inte av delegationsordningen.

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 är skyldig att iaktta regelverket i LOU. Av utredningen i ärendet framgår att Kommunen i december 2009 genom direktupphandling har slutit avtal om köp av B-tjänster i form av juridiska tjänster från en advokatbyrå.

Den således anlitate advokatbyrån är inte någon upphandlande myndighet med ensamrätt på aktuella tjänster och har heller inte sådan koppling till Kommunen, att det s.k. in-house-undantaget i LOU skulle kunna göras tillämpligt. Något upphandlat ramavtal eller annat kontrakt som kan ligga till underlag för avrop har såvitt kunnat utredas emellertid inte förelegat. Ingen av dessa grunder, som skulle medge kommunen laglig rätt att direktupphandla uppdraget från advokatbyrån, har sålunda förelegat.

Eftersom upphandlingen påbörjades 2009 ska vid bedömningen LOU tillämpas enligt sin lydelse före den 15 juli 2010. Upphandlingens konstaterade kontraktsvärde på drygt två miljoner kronor är så högt, att någon möjlighet till undantag för direktupphandling på grund av lågt värde inte kan komma ifråga. Även om tvistens fulla omfattning eventuellt inte stått klart för Kommunen från början hade det ålegat Kommunen att, om den ansåg att undantagsbestämmelsen vid lågt värde skulle vara tillämplig, ha försäkrat sig om att den totala kostnaden för avtalet inte skulle komma att överstiga värdegränsen. Detta hade kunnat ske genom att Kommunen infört en bestämmelse i avtalet om att detta upphör att gälla om värdegränsen överskrids.

Kommunen har vidare, sedan i vart fall januari 2009, varit föremål för en utredning av Skolinspektionen avseende förhållandena på den kommunala Bockstensskolan och har avgivit flera yttranden till myndigheten i ärendet. Det kan således inte ha varit för Kommunen oförutsett att Skolinspektionen sedermera skulle kunna komma att framställa krav på skadestånd mot Kommunen i anledning av denna utredning. Vid tidpunkten för direktupphandlingen av avtalet med advokatbyrån har Kommunen således haft ett knappt år på sig för att upphandla erforderliga juridiska tjänster. Den eventuella brådska som därvid kan ha uppstått i november-december 2009, då Skolinspektionen krävde Kommunen på skadestånd måste anses självförvållad och kan således inte medföra anledning till direktupphandling på grund av synnerliga skäl. Det kan noteras att stämning i målet inte utfärdades förrän den 20 juli 2010, d.v.s. ytterligare ett halvår senare.

³⁷ I rättsfallet NJA 1992 s. 375 ansågs emellertid ett s.k. "letter of intent" som kommunstyrelsens ordförande och kommunens kanslichef hade utfärdat i kommunens namn och som innehöll vissa åtaganden gentemot en bank, inte utgöra en för kommunen bindande rättshandling eftersom detta skulle ha inneburit ett åtagande av sådan karaktär att det enligt gällande kommunalrättsliga regler, på samma sätt som vid en kommunal borgen, skulle ha fordrats stöd i ett beslut av kommunfullmäktige.

Enligt sina interna riktlinjer för direktupphandling ska Kommunen utnyttja föreliggande konkurrensmöjligheter och även i övrigt genomföra upphandlingen på ett affärsmässigt sätt. För upphandlingar överstigande 42.800 kronor ska minst två företag jämföras och dokumenteras. Beställningen bör i dessa fall vara skriftlig. Det är således enbart om värdet av direktupphandlingen understiger 42.800 kronor som det enligt Kommunens egna riktlinjer inte behövs några jämförbara anbud och en skriftlig beställning. Kommunen har sålunda brutit såväl mot LOU som sina egna riktlinjer.

Enligt Kommunens vid tidpunkten gällande delegationsordning³⁸ ska beslut om upphandling överstigande 214.000 kronor fattas av kommunstyrelsens arbetsutskott och inte av förvaltningschef eller någon annan. Avtalet med advokatbyrån synes därmed också ha ingåtts utan stöd av någon formell befogenhet eller behörighet att företräda Kommunen.

Sammantaget har Kommunen handlagt den aktuella upphandlingen på ett sätt som strider mot LOU och de i lagen intagna kraven på likabehandling och transparens samt sina egna riktlinjer. Kommunen och kan därför inte undgå allvarlig kritik.

³⁸ Se Kommunstyrelsens ”delegeringsförteckning” antagen vid sammanträde den 25 augusti 2009, § KS 187/09.