

PM 2 2014-03-06 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direkttilldelning i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning/in-house-undantag).**

*Borlänge kommun har beslutat att köpa tjänster för anordnande av boende för ensamkommande barn för omkring 8 miljoner kronor per år utan föregående annonserad upphandling. Köpet ska ske direkt från ett bolag som kommunen äger tillsammans med privata ägare.*

Borlänge kommun (Kommunen) har efter beslut av kommunfullmäktige den 17 januari 2014 (KF § 3/14)<sup>1</sup> slutit avtal med det privata företaget Arbetslinjen – Klippan ekonomisk förening (nedan Arbetslinjen Klippan) om att gemensamt driva ett bolag, Klippan Kompetenspartner AB (nedan Kompetenspartner). Detta bolag ska i sin tur anordna boende för sådana asylsökande ensamkommande barn och ensamkommande barn utan uppehållstillstånd och utan legal vårdnadshavare i Sverige som av Migrationsverket anvisas plats i Kommunen. Av avtalet (nedan Aktieägaravtalet) framgår att Kommunen direkt från Kompetenspartner ska köpa aktuella tjänster och att betalning ska ske med hela den ersättning som Kommunen erhåller från Migrationsverket. Aktieägaravtalet har inte föregåtts av något annonserat upphandlingsförfarande och något offentligt upphandlat avtal mellan Kommunen och Kompetenspartner finns inte.

Ärendets handläggning och beredning hos Kommunen kan kortfattat beskrivas enligt följande. Vid sammanträde den 4 juni 2013 beslutade Kommunstyrelsen (KS § 134/13) att uppdra åt den kommunala Arbetsmarknads- och socialnämnden att under 2013 ingå överenskommelse med staten genom Migrationsverket om mottagande av ensamkommande barn. Två avtal med sådan innebörd ingicks mellan Kommunen och Migrationsverket under oktober – november 2013 i form av dels ett övergripande avtal som anger ramarna för parternas åtaganden,<sup>2</sup> dels ett avtal om blandade platser, varigenom Kommunen förbinder sig att tills vidare, från och med avtalsstart den 10 maj 2014, hålla totalt 12 boendeplatser tillgängliga för ensamkommande barn.<sup>3</sup>

Enligt en inom Kommunen upprättad tjänstepromemoria<sup>4</sup> har ett boende där samtliga ensamkommande barn kan bo tillsammans bedömts ge bäst förutsättningar för en lyckad mottagning och integration i det svenska samhället. Kommunen, som inte själv har tillgång till dylika ändamålsenliga lokaler eller till personal med kompetens att driva ett sådant boende, uppger sig därför ha därför genomfört en ”direktupphandling av en partner” till det gemensamma bolag som i sin helhet ska driva boendet. Finansieringen av själva boendetjänsten ska ske inom ramen för de ekonomiska medel som löpande utbetalas till Kommunen av Migrationsverket. I den aktuella direktupphandlingen hade anbud inkommit från Arbetslinjen Klippan som enda kvalificerad anbudsgivare, vilken erbjöd Kommunen att förvärva 49 procent av aktierna i ett vilande dotterbolag Kompetenspartner. I tjänstepromemorian framhålls bl.a. att Arbetslinjen Klippan sedan tidigare har erfarenhet och kompetens inom liknande uppdrag och besitter tillgång till ändamålsenliga lokaler som det gemensamt ägda bolaget Kompetenspartner kan hyra och disponera för att driva det aktuella boendet.

<sup>1</sup> Kommunfullmäktiges i Borlänge beslut av den 17 januari 2014 (KF § 3/14). Ärendet har beretts av Kommunstyrelsen genom beslut av den 17 december 2013 (KS § 244/13) samt förvaltningens tjänstepromemoria (se fotnot 4) jämte bilagor i form av förslag till bolagsordning och ägardirektiv för Kompetenspartner samt aktieägaravtal mellan Kommunen och Arbetslinjen Klippan avseende gemensamt ägande i Kompetenspartner – dnr. 2013/463.

<sup>2</sup> Se ”Övergripande överenskommelse – överenskommelse om mottagande av asylsökande barn utan legal vårdnadshavare i Sverige, s.k. ensamkommande barn”, daterat och undertecknat av Migrationsverket och Kommunen den 25 oktober respektive den 14 november 2013.

<sup>3</sup> Se ”Överenskommelse om blandade platser – Överenskommelse om anordnande av boende för såväl asylsökande ensamkommande barn som ensamkommande barn utan uppehållstillstånd och utan legal vårdnadshavare i Sverige”, daterat och undertecknat av Migrationsverket och Kommunen den 25 oktober respektive den 14 november 2013, särskilt §§ 2 och 9.

<sup>4</sup> Bildningssektorn, tjänstepromemoria av den 11 december 2013 (dnr. ASN 2013/371).

Kommunstyrelsens finansutskott beslutade vid sammanträde den 10 december 2013 (FU § 269/13) att anta förslaget om att på angivet sätt inleda samarbete med Arbetslinjen Klippan.<sup>5</sup> Samtidigt upprättades förslag till bolagsordning och ägardirektiv för Kompetenspartner samt underlag till Aktieägaravtalet mellan Kommunen och Arbetslinjen Klippan avseende det gemensamma ägandet i Kompetenspartner. Dessa statuter och avtal godkändes och antogs därefter för Kommunens vidkommande genom beslut av kommunfullmäktige vid sammanträde den 14 januari 2014 (KF § 3/14). Kommunfullmäktige beslutade även vid sammanträdet (KF § 14/14) att utse tre ordinarie ledamöter och en suppleant som kommunala representanter i Kompetenspartners styrelse.

Av den sålunda godkända bolagsordningen framgår bl.a. (§ 3) att verksamhetsföremålet för Kompetenspartner är att bedriva Hem för Vård eller Boende (HVB-hem) för mottagande av ensamkommande barn samt (§ 4) att ändamålet med bolagets verksamhet är att i allmännyttigt syfte, med iakttagande av kommunallagens lokaliseringssprincip och inom ramen för de ekonomiska medel som utbetalas av Migrationsverket, främja mottagandet av ensamkommande barn i Borlänge kommun. Vidare framgår (§ 9) att Kommunen ska ha majoritet i Kompetenspartners styrelse, som ska bestå av fem ledamöter med lika många personliga suppleanter. I bolagsordningen finns även intaget bestämmelser om ägarnas inspektionsrätt i bolaget (§ 18) och om hembud av aktier (§ 20).

Av det av kommunfullmäktige samtidigt godkända<sup>6</sup> Aktieägaravtalet framgår i § 13 bl.a. följande avseende Kompetenspartners löpande finansiering.

”Parterna är ense om att bolaget i sin helhet ska driva boendet för ensamkommande barn inom ramen för de ekonomiska medel som utbetalas av Migrationsverket. Det innebär att hyra ändamålsenliga lokaler, anställa erforderlig personal och förse barnen med de mest basala fysiska behov m.m.

Intäktssidan definieras av antalet platser i överenskommelsen med Migrationsverket och hur många platser som är belagda. Enligt överenskommelsen är Borlänge kommun skyldig att tillhandahålla tolv (12) boendeplatser varav tre (3) platser är asylplatser. Varje plats genererar 1.600 kronor per dygn och ytterligare 300 kronor per dygn om platsen är belagd. Vidare utbetalas en årlig ersättning på 500.000 kronor. Det åligger bolaget att administrera anvisningarna och återsökningarna ifrån Migrationsverket. Intäkterna utbetalas direkt till ett av bolaget ägt konto. Ersättningar regleras i Förordning om statlig ersättning för asylsökande m.fl.”

Arbetslinjen Klippan<sup>7</sup> är en personalägd ekonomisk förening som har till ändamål att ”*främja medlemmarnas ekonomiska intressen genom ekonomisk verksamhet i vilken medlemmarna bereds arbete*”. Föreningens verksamhetsidé är enligt en presentation på den egna hemsidan<sup>8</sup> att verka för individers och grupper kompetensutveckling för ett rikare arbetsliv och en ökad livskvalitet. På hemsidan framgår även att föreningens största uppdragsgivare är kommuner, länsarbetsnämnder, arbetsförmedlingar och försäkringskassor på olika platser i Sverige, vilka föreningen tillhandahåller olika former av utbildnings-, utvecklings- och rehabiliteringstjänster samt öppenvårdsinsatser för uppdragsgivarnas klienter och inskrivna. Med ledning av uppgifter ur 2012 års momsredovisning kan föreningen antas befinna sig i intervallet med mellan 10-19 anställda och ha en årsomsättning på mellan 5 och 10 miljoner kronor.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Kommunstyrelsens finansutskott beslutade även att anslå medel med totalt 59.000 kronor för täckande av kostnaden för Kommunens förvärv av 49 procent av aktierna i Kompetenspartner samt administrativa kostnader på 10.000 kronor, vilket ska belasta utskottets förfogandemedel för verksamhetsåret 2014. Kostnaden för driften av boendet ska ske inom ramen för de av Migrationsverket till Kommunen utbetalda medlen.

<sup>6</sup> Aktieägaravtalet är villkorat av att kommunfullmäktige i Borlänge och Arbetslinjen Klippan senast den 31 januari 2014 ömsesidigt godkänner detta avtal samt förslaget till bolagsordning och ägardirektiv för Kompetenspartner.

<sup>7</sup> Arbetslinjen Klippan ekonomisk förening, med organisationsnummer 716457-0058, registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 17 juni 1993. Nuvarande firma registrerades samtidigt. Föreningen har som registrerat ändamål för sin verksamhet att ”*främja medlemmarnas ekonomiska intressen genom ekonomisk verksamhet i vilken medlemmarna bereds arbete. Nämda syfte uppnås genom att föreningen via utbildning, projektverksamhet och handledning till enskilda, organisationer samt företag främjar kompetens- och verksamhetsutveckling för ett rikare arbetsliv och ökad livskvalitet samt därmed förenlig verksamhet*”.

<sup>8</sup> Se Arbetslinjen Klippans hemsida, [www.arbetslinjen-klippan.se](http://www.arbetslinjen-klippan.se).

<sup>9</sup> Se [www.allabolag.se/7164570058/Arbetslinjen\\_Klippan\\_ekonomisk\\_forening](http://www.allabolag.se/7164570058/Arbetslinjen_Klippan_ekonomisk_forening).

Kompetenspartner<sup>10</sup> har under de senaste tre räkenskapsåren (2010-2012) inte någon redovisad omsättning och är för närvarande (den 10 februari 2014) avregistrerad för F-skatt och moms.<sup>8</sup>

Det aktuella uppdragets s.k. kontraktsvärde kan med ledning av de beloppsuppgifter som redovisas i Aktieägaravtalet uppskattas till mellan c:a 7,5 och 8,8 miljoner kronor per år<sup>11</sup> eller sammanlagt mellan c:a 30 och 35 miljoner kronor under den 48 månadersperiod som framgår av beräkningsregeln vid offentlig upphandling.

### Gällande rätt

Uppkommande ansvarsfrågor kring mottagande av asylsökande barn m.m. regleras i bl.a. lagen (1994:137) om mottagande av asylsökande m.fl. – LMA, samt i förordningen (2002:1118) om statlig ersättning för asylsökande m.fl. och förordningen (1990:927) om statlig ersättning för flyktningmottagande m.m.

Enligt 2 § första stycket LMA<sup>12</sup> har staten genom Migrationsverket huvudansvaret för mottagandet av vissa i lagen angivna kategorier av utlänningar<sup>13</sup> och får för detta ändamål driva förläggningar. Migrationsverket får även uppdra åt andra att driva förläggningar. En kommun får enligt andra stycket i samma paragraf anordna boenden för ensamkommande barn. Enligt 3 § andra stycket LMA, i lydelse från och med den 1 januari 2014,<sup>14</sup> ska efter Migrationsverkets anvisning en kommun ordna boende för ensamkommande barn. Lagen har således kommit att ändras så att Migrationsverket efter den 1 januari 2014 har utvidgade möjligheter att anvisa asylsökande ensamkommande barn till kommuner som inte tidigare har någon överenskommelse med verket om sådant mottagande. Några särskilda skäl för sådan anvisning krävs inte längre och Migrationsverkets beslut om anvisning kan inte överklagas av den berörda kommunen. Den beslutade lagändringen, som föreslogs den 30 maj 2013 och utfärdades av riksdagen den 3 oktober 2013, innebär dock ingen förändring när det gäller ansvarsfördelningen mellan stat och kommun. Migrationsverket har således även fortsättningsvis det övergripande ansvaret för mottagande av ensamkommande barn medan själva mottagandet av barnen ska ske i kommunerna.<sup>15</sup>

I 7 b § förordningen (2002:1118) om statlig ersättning för asylsökande m.fl. och i 22 § förordningen (1990:927) om statlig ersättning för mottagande m.m. (nedan Ersättningsförordningarna) föreskrivs att en kommun som har träffat överenskommelse med Migrationsverket om mottagande av asylsökande eller asylsökande barn också får träffa överenskommelse med verket om hur många platser för boende som kommunen ska hålla tillgängliga och därmed få ersättning för. I dessa fall har kommunen rätt till ersättning med 1.600 kronor per dygn för varje överenskommen plats och därutöver ett tillägg med 300 kronor per dygn för varje belagd plats.<sup>16</sup>

<sup>10</sup> Klippan Kompetenspartner AB, med organisationsnummer 556493-1813, bildades den 6 september 1994 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 28 november samma år. Nuvarande firma registrerades den 7 mars 2007. Tidigare firma har varit Ermant AB och VP-Tipset AB. Gällande bolagsordning registrerades den 27 februari 2007. Bolaget har för närvarande (februari 2014) som registrerat föremål för sin verksamhet att "bedriva verksamhet inom personaluthyrning, rekrytering, personalomställningsprojekt och entreprenaduppdrag. Med entreprenaduppdrag avses facility managementuppdrag". Bolagets aktiekapital ska enligt §§ 7 och 8 i bolagsordningen utgöra lägst 100.000 och högst 400.000 kronor, fördelat på 1.000 och högst 4.000 aktier.

<sup>11</sup> Beräkningen grundar sig på följande: 12 platser à 1.600 kr/dygn ger en intäkt på (1.600 kr x 12 platser) = 19.200 kronor per dygn eller (365 dagar x 19.200 kr) = 7.008.000 kronor per år. Härutöver tillkommer en fast årlig ersättning på 500.000 kronor. Detta ger totalt (7.008.000 + 500.000 kr) = 7.508.000 kronor vid tom beläggning. Vid full beläggning uppgår motsvarande intäkt till (1.600 + 300 x 12) = 22.800 kronor per dygn eller (365 x 22.800) = 8.322.000 kronor per år; inkluderat den årliga fasta ersättningen på 500.000 kronor uppgår ersättningen till (8.322.000 kr + 500.000 kr) = 8.822.000 kronor.

<sup>12</sup> Bestämmelsen i 2 § har giltighet från och med den 1 juli 2006, enligt ändringsförfattning, SFS 2006:177.

<sup>13</sup> Bestämmelsen i 2 § LMA omfattar utlänningar som (1) har ansökt om uppehållstillstånd i Sverige som flyktning enligt 4 kap. 1 § eller som annan skyddsbehövande enligt 4 kap. 2 eller 2 a § utlänningslagen (2005:716) eller motsvarande äldre bestämmelser (asylsökande) eller (2) har beviljats uppehållstillstånd med tillfälligt skydd eller uppehållstillstånd efter tillfälligt skydd med stöd av bestämmelserna i 21 kap. 2, 3, 4 eller 6 § utlänningslagen och som inte är folkbokförda här i landet.

<sup>14</sup> Se ändringsförfattningen 2013:755, som trädde i kraft den 1 januari 2014.

<sup>15</sup> Se prop. 2012/13:162, Kommunalt mottagande av ensamkommande barn.

<sup>16</sup> Bestämmelserna i 7 b § och 22 § angivna förordningar har giltighet från och med den 1 januari 2014 respektive 1 juli 2007, se ändringsförfattningarna, 2013:467 och 2007:627.

Med offentlig upphandling avses förfarandet fram till och med tilldelningen av bland annat ett *offentligt tjänstekontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser tillhandahållande av bl.a. tjänster. Karakteristiskt för ett offentligt tjänstekontrakt är således att leverantören mot ersättning ska åta sig att utföra tjänster för den upphandlande myndighetens räkning.

Upphandling av offentliga tjänstekontrakt som har påbörjats<sup>17</sup> efter den 1 januari 2008 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.<sup>18</sup> Lagen har kommit till som en följd av bl.a. Europeiska rådets och parlamentets direktiv (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).<sup>19</sup>

Tjänster för social omsorg med inkvartering (CPV 85311000-2) samt barn- och ungdomsomsorg (CPV 85311300-5),<sup>20</sup> utgör s.k. B-tjänster (hälsovård och socialtjänst, kategori 25) enligt bilagan 2 till LOU, som ska upphandlas i enlighet med de icke direktivstyrda bestämmelserna i 15 kap. LOU. Om tjänsternas samlade kontraktsvärde överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde ska dock vissa direktivstyrda bestämmelser avseende efterannonsering m.m. iakttas.<sup>21</sup>

Enligt 3 kap. 3 § LOU ska värdet av det kontrakt som ska upphandlas uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Om ett offentligt tjänstekontrakt upphandlas för att löpa tills vidare och något totalpris inte anges ska enligt 3 kap. 12 § LOU kontraktet uppskattas som ett 48-månaderskontrakt.<sup>22</sup>

Kommunala myndigheter och kommunala beslutande församlingar utgör enligt legaldefinitionen i 2 kap. 19 § LOU sådana s.k. upphandlande myndigheter som obligatoriskt har att iaktta lagens bestämmelser. 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 a § LOU gäller dock undantagsvis att en upphandlande myndighet, genom s.k. in-house-undantag, utan något upphandlingsförfarande enligt LOU, kan tilldela kontrakt till en fristående juridisk person som myndigheten själv är ägare eller delägare av. Möjlighet till sådant undantag föreligger dock enbart om följande två förutsättningar samtidigt är uppfyllda, nämligen (1) att den upphandlande myndigheten ska utöva en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning, och (2) den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den.<sup>23</sup>

<sup>17</sup> En upphandling enligt prop. 2007/08:180, s. 447 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.

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> Klassiska upphandlingsdirektivet ersätter sedan den 31 januari 2006 det tidigare gällande direktivet 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet).

<sup>20</sup> 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).

<sup>21</sup> Se 15 kap. 21 § jämfört med 7 kap. 3 § LOU samt förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Kontraktsvärdet uppgår sedan den 1 januari 2014 för kommunala upphandlande myndigheter till 1.806.427 kronor – se regeringens tillkännagivande (2014:5) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>22</sup> Enligt 3 kap. 16 § LOU ska, om ett tjänstekontrakt upphandlas utan att något totalpris anges, värdet av kontraktet vara det uppskattade totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader, och av månadsvärdet multiplicerat med talet 48 om löptiden är längre eller kontraktet löper på obestämd tid.

<sup>23</sup> 2 kap. 10 a § LOU i lydelse efter den 1 januari 2013 (se ändringsförfattningen 2012:392).

I anslutande svenska förarbetsuttalanden<sup>24</sup> understryker regeringen att om ett privat företag är delägare i den fristående enheten, om än i minoritetsställning, är det enligt EU-domstolen<sup>25</sup> uteslutet att det s.k. kontrollkriteriet, motsvarande punkten 1 i den svenska bestämmelsen, kan anses uppfyllt.

Regelverket i LOU behöver vidare, enligt 1 kap. 7 § LOU, inte tillämpas vid 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. 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.<sup>26</sup>

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 iakttas.

Syftet med LOU jämte de bakomliggande fördrags- och direktivbestämmelserna 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 konkurrensnedvridande 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, enligt 15 kap. 4 § LOU, offentliggöra sina upphandlingar genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller annons i annan form som möjliggör en effektiv konkurrens.

Enligt 15 kap. 3 § jämförd med 4 kap. 5 och 8 §§ LOU föreligger vid upphandling av B-tjänster undantag från denna skyldighet under följande förutsättningar.

- upphandlingens värde är lågt<sup>27</sup> eller det föreligger sådana *synnerliga skäl* såsom *synnerlig brådska*<sup>28</sup> orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande myndigheten, och detta gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett förfarande med föregående annonsering.
- 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 tröskelvärdesberäkningen av värdet av det ursprungliga projektet.

<sup>24</sup> Se prop. 2011/12:106, s. 22 samt SOU 2011:43, s. 89.

<sup>25</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom av den 11 januari 2005 i mål C -26/03, *Stadt Halle*, REG 2005, s. I -1, p 49, av den 10 november 2005 i mål C-29/04, *Mödling*, REG 2005, s. I -I- 9705, p. 46, av den 18 januari 2007 i mål C -220/05, *Auroux*, REG 2007, s. I -385, p. 64, av den 13 november 2008 i mål C -324/07, *Coditel Brabant*, REG 2008, s. I -8457, p. 30 och av 10 september 2009 i mål C -537/07, *SEA*, REG 2009, s. I- 8127, p. 46 – se även EU-domstolens dom av den 21 juli 2005 i mål C- 231/03, *Coname*, REG 2005, s. I- 7287, p. 26, jfr. dock domen i det ovannämnda målet C-196/08, *Acoset*, pp. 53–62.

<sup>26</sup> Se EU-domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C- 20/01 och C- 28/01, *kommissionen mot Tyskland*, REG 2003, s. I- 3609 och dom av den 18 juli 2007 i mål C- 503/04, *kommissionen mot Tyskland*, REG 2007, s. I- 6153.

<sup>27</sup> Med *långt värde* avses enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU ett kontraktvärde 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 ca 284.000 kronor per bokföringsår.

<sup>28</sup> Undantaget vid *synnerlig brådska* i 15 kap. 3 § jämförd med 4 kap. 5 § första stycket punkten 3 LOU gäller enbart 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. Sådan *egenförvillad brådska* hos den upphandlande myndigheten som kan ha uppkommit till följd av exempelvis bristande planering grundar således inte rätt till direkttilldelning enligt detta lagrum.

Sådan *egenförvällad brådska* hos den upphandlande myndigheten som kan ha uppkommit till följd av exempelvis bristande planering grundar exempelvis inte rätt till direkttilldelning och det måste vidare råda sådan tidsnöd att det är omöjligt att hålla tidsfristerna<sup>29</sup> vid annonserat förfarande.

Vidare ska enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta rättspraxis<sup>30</sup> möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som inom området för offentlig upphandling ges enligt unionsrätten tolkas restriktivt.<sup>31</sup> Det ankommer på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.<sup>32</sup>

I rättspraxis<sup>33</sup> har bl.a. konstaterats att upphandlingsskyldighet enligt 15 kap. LOU föreligger för sådana tjänster som en kommun köper från en fristående juridisk person för anordnande av boende för sådana ensamkommande barn som efter anvisning från Migrationsverket kan komma att placeras hos Kommunen och för vilka statlig ersättning utgår enligt Ersättningsförordningarna.

Enligt 16 kap. 13 § LOU ska allmän förvaltningsdomstol på talan av skadelidande leverantör besluta att ett avtal är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga.<sup>34</sup> Sådan talan om ogiltighet måste dock, enligt 16 kap. 17 § LOU, väckas inom sex månader från det att avtalet slöts. Rätten kan enligt 16 kap. 16 § LOU även förordna att ett avtal inte får fullgöras till dess att något annat har bestämts (interimistiskt förbud).<sup>35</sup>

Vid otillåten direkttilldelning kan även allmän förvaltningsdomstol på talan av Konkurrensverket 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.<sup>36</sup> Om upphandlingen inte tidigare prövats rättsligt ska enligt 17 kap. 7 § andra stycket LOU ansökan om upphandlingsskadeavgift ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 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.<sup>37</sup>

<sup>29</sup> Vid upphandling enligt 15 kap. LOU finns det till skillnad från vad som annars gäller enligt LOU inga fasta tidsfrister, utan anbudssökande och anbudsgivare ska enligt 15 kap. 9 § LOU ges en *skälig tid* för att komma in med ansökningar respektive anbud. Tiden för att komma in med anbudssökningar får dock aldrig vara kortare än tio dagar från den dag då ansökningsinbjudan blev publicerad. I normalfallet har anbudsfrister på c:a 3 veckor accepterats i praxis. Normalfristen för anbudsinfordran enligt de direktivstyrda bestämmelserna är enligt 8 kap. 2 § och 4-6 § LOU annars mellan 52 och 40 dagar, men kan enligt 8 kap. 8 § LOU vid ett selektivt eller förhandlat förfarande kortas ned till 20 dagar.

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> Kammarrätten i Stockholm, dom av den 8 november 2011 i mål 7089-10. Kammarrätten bedömde att upphandlingsskyldighet enligt 15 kap. LOU förelåg vid en kommuns köp av tjänster för anordnande av boende för sådana ensamkommande barn som anvisades av Migrationsverket och för vilket verket ytterst betalade ersättning. Kammarrätten förordnade därför om ogiltighet av kommunens avtal med utförarbolaget. I bedömningen låg även att köpet inte omfattades av möjlighet till in-house-undantag enligt 2 kap. 10 a § LOU trots att bolaget som skulle utföra tjänsterna ägdes av kommunen tillsammans med andra kommuner och inte hade någon privat ägarinblandning, eftersom varken det s.k. kontroll- eller verksamhetskriteriet ansågs vara uppfyllt.

<sup>34</sup> Rätten får emellertid, enligt 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.

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> Om domstol vid överprövning enligt LOU skulle finna att avtal visserligen har slutits i strid mot kravet på annonsering i 7 kap. 1 § LOU men att det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse som enligt 16 kap. 14 § LOU gör att kontraktet ändå ska få bestå, föreligger det enligt 17 kap. 2 § jämförd med 1 § punkterna 1 och 2 LOU en obligatorisk skyldighet för Konkurrensverket att hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att den upphandlande myndigheten ska betala upphandlingsskadeavgift.

<sup>37</sup> Se bl.a. Kammarrätten i Stockholm mål nr 5426-12, 5427-12 respektive 5452-12, Kammarrätten i Göteborg mål nr 7009-12, Kammarrätten i Stockholm mål nr 1305-12, Förvaltningsrätten i Linköping mål nr 1785-13, Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 1271-12, 1273-12 och 1281-

### Yttrande

Borlänge kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som har upprättats i ärendet, men meddelat att kommunen i dagsläget inte har för avsikt att yttra sig i frågan.<sup>38</sup>

### 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.

Av utredningen i ärendet framgår att Kommunen i januari 2014 har beslutat ingå Aktieägaravtalet med det privata företaget Arbetslinjen Klippan. Enligt detta avtal förpliktar sig Kommunen att från det tillsammans med Arbetslinjen Klippan gemensamt ägda bolaget Kompetenspartner från och med den 10 maj 2014 köpa tjänster för anordnande av boende för sådana ensamkommande barn som Migrationsverket kan komma att placera hos Kommunen. Ersättning för de således utförda tjänsterna ska löpande utgå med mellan 7,5 och 8,8 miljoner kronor per år, utan begränsning i tiden.

Kommunen är en sådan upphandlande myndighet som är skyldig att iaktta bestämmelserna i LOU. De tjänster som Kommunen nu ska köpa från Kompetenspartner utgör sådana s.k. B-tjänster som omfattas av upphandlingsskyldighet enligt 15 kap. LOU. Någon ensamrätt för Kompetenspartner föreligger inte för att utföra de aktuella tjänsterna och något s.k. in-house-undantag kan inte göras tillämpligt, eftersom det finns ett privat ägarintresse i bolaget och det s.k. kontrollkriteriet därmed inte anses uppfyllt.

Med hänsyn till att det totala kontraktsvärdet av tjänsterna uppgår till mellan 30 och 35 miljoner kronor i ett fyraårsavtal kan det inte anses vara fråga om något sådant lågt värde att direktupphandling är möjlig. Det kan heller inte anses föreligga några synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska, eftersom Kommunen sedan i vart fall juni 2013 har planerat att ingå överenskommelser med Migrationsverket om mottagande av ensamkommande barn och har således haft god tid på sig för att kunna förbereda mottagandet och en eventuell upphandling av boendet m.m. Eftersom Kommunens aktuella mottagning ska börja tillämpas först den 10 maj 2014 fanns det fortfarande i januari 2014 gott om tid för kommunen att hinna genomföra ett annonserat upphandlingsförfarande med tre veckors anbudstid.

Inget av de i LOU förekommande undantagen är således tillämpligt i det aktuella fallet. Annonserad upphandling skulle istället ha genomförts i enlighet med lagens reglering. Kommunens beslut att genom Aktieägaravtalet försöka kringgå denna upphandlingsskyldighet och istället avtala om att köpa aktuella tjänster direkt från Kompetenspartner strider således mot LOU på ett sätt som är ägnat att allvarligt snedvrider förutsättningarna för konkurrensen. Beslutet innebär även att det företag, Arbetslinjen Klippan, som äger aktiemajoriteten i Kompetenspartner och vars ändamål är att främja sina egna medlemmars ekonomiska intressen kan komma att gynnas på ett otillbörligt sätt.

Eftersom Kommunen underlåtit att annonsera upphandlingen av tjänster för anordnande av boende för ensamkommande barn kan, på talan av en konkurrerande leverantör, föreliggande avtal komma att ogiltigförklaras av domstol. Kommunen riskerar även att få betala upphandlingsskadeavgift med upp till 2,5 miljoner kronor, vilket enligt lag eller avtal inte kan ersättas av staten genom Migrationsverket.

---

12, Förvaltningsrätten i Växjö mål nr 286-12, Förvaltningsrätten i Luleå mål nr 2166-11, Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 13115-12, Förvaltningsrätten i Falun mål nr 2643-12, Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 2916-13, Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 22373-12, Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 2922-13 respektive 2987-13 samt Förvaltningsrätten i Karlstad.

<sup>38</sup> Se skrivelse av den 3 mars 2014, från Kommunen till Konkurrenskommissionen.