

PM 2 2014-12-10 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direkt köp av tjänster i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning - köp genom sponsring).

Bodens kommun har från ett privat företag köpt marknadsföringstjänster m.m. utan föregående annonserad upphandling till ett värde av minst c:a 2,6 miljoner kronor.

Bodens kommun (nedan Kommunen) har den 25 juni 2014 ingått avtal¹ (nedan Samarbetsavtalet) med Norra Norrlands Travsällskap² (nedan NNTS) innebärande att Kommunen under i vart fall fyra år³ ska köpa marknadsföringstjänster av NNTS genom så kallad sponsring.

Av Samarbetsavtalet, som ska börja löpa den 1 januari 2015, framgår att dess syfte är att ”ge Kommunens varumärke en positiv exponering mot en marknadsmässig ersättning”.⁴ Avtalet omfattar bland annat ”exponering och affärsskapande åtgärder” där Kommunen ska äga rättigheterna till arenanamnet Bodentravet samt marknadsföras och verka som NNTS huvudsponsor.⁵ Fakturering med anledning av avtalet ska ske under februari respektive augusti månader.⁶

Samarbetsavtalet har inte föregåtts av en konkurrensutsättning på den allmänna marknaden utan har utan föregående annonsering tecknats direkt med NNTS.

Som ersättning för utförda tjänster enligt Samarbetsavtalet ska Kommunen till NNTS årligen erlagga 700.000 kronor exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).⁷ I det angivna beloppet ingår reklamskatt. Eftersom skattesatsen för reklam uppgår till 8 procent⁸ ska det s.k. kontraktsvärdet av Samarbetsavtalet rätteligen uppskattas till (700.000/1,08 =) 648.148 kronor per år eller c:a 2,6 miljoner kronor under den 48-månadersperiod som framgår av beräkningsregeln vid offentlig upphandling.

För närvarande handläggs ett mål om överprövning av den aktuella upphandlingen med yrkande om ogiltighet av avtalet vid Förvaltningsrätten i Luleå.¹⁰ Kommunen har under den löpande handläggningen av detta mål bl.a. yttrat att Kommunen beslutat avbryta Samarbetsavtalet och mot denna bakgrund inte har något att invända mot att avtalet betraktas som ogiltigt samt överlämnar till förvaltningsrätten att besluta i frågan.⁹ Förvaltningsrätten beslutade följaktligen att ogiltigförklara Samarbetsavtalet i dom av den 9 december 2014.¹⁰

Gällande rätt

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 regleras sedan den 1 januari 2008 i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Lagen har kommit till som en följd av bl.a. Europaparlamentets

¹ Se Samarbetsavtalet, rubricerat ”Samarbetsavtal”, daterat och undertecknat av företrädare för Kommunen och NNTS den 25 juni 2014. Samarbetsavtalet godkändes av kommunfullmäktige i Bodens kommun den 8 september, se sammanträdesprotokoll av den 8 september 2014, § 87.

² Norra Norrlands Travsällskap, org. nr. 898500-1034, är en ideell förening. Föreningen driver enligt sin egen hemsida bland annat det så kallade Bodentravet samt Skelleftetravet.

³ Se Samarbetsavtalet, punkten ”Bakgrund”. Av samma punkt framgår det att avtalet löper på fyra år samt att detta ska sägas upp senast sex månader före avtalstidens utgång. Om sådan uppsägning inte sker förlängs avtalet med tolv månader i taget.

⁴ Se Samarbetsavtalet, punkten ”Bakgrund”.

⁵ Se Samarbetsavtalet, punkten ”Bakgrund”.

⁶ Se Samarbetsavtalet, § 8.

⁷ Se Samarbetsavtalet, § 7.

⁸ Se 12 § första stycket lagen (1972:266) om skatt på annonser och reklam

⁹ Se aktbilaga 4 i nedan angivna mål.

¹⁰ Förvaltningsrätten i Luleå, dom av den 9 december 2014 i mål 2059-14.

och Rådets 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).

Kommunala myndigheter och 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).

Den närmare bestämningen av ett kontrakt utgår från ett gemensamt klassifikationssystem för varor, tjänster och byggentreprenadarbeten enligt LOU och inom de europeiska gemenskaperna som heter *Common Procurement Vocabulary* eller CPV.¹¹ Ett kontrakt som avser bland annat marknadsföring kan vid tillämpningen av CPV-systemet hänföras till antingen varor avseende informations- och marknadsföringsprodukter (CPV 39294100-0) eller A-tjänster för marknadsföring (CPV 79342000-3), kategori 11 enligt bilagan 2 till LOU.

Avser upphandlingen tjänster där något totalpris inte anges ska enligt 3 kap. 12 § LOU 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 om kontraktet löper på obestämd tid. Om vid en sådan bedömning det samlade kontraktsvärdet av varor och/eller A-tjänster beräknas överstiga det vid varje tidpunkt gällande tröskelvärdet ska upphandlingen handläggas i enlighet med de på EU-direktiv grundade bestämmelserna i 1-14 kap. LOU. Gällande tröskelvärde för kommunal upphandling inom den s.k. klassiska sektorn uppgår för närvarande till 1.806.427 kronor.¹²

Från regelverket för offentlig upphandling undantas *ren bidragsgivning*. Upphandlande myndigheter har relativt stora möjligheter att ge bidrag till företag och föreningar inom t.ex. kultur- och fritidssektorn och till föreningar som ägnar sig åt frivilligt socialt arbete. Som huvudregel gäller dock att kontrakt som innefattar ömsesidiga (reciproka) förfoganden av olika slag ska föregås av offentliga upphandlingsförfaranden. Även s.k. sponsringsavtal, där det uppkommer ett ömsesidigt värde i form av exempelvis marknadsförings- eller goodwillvärde för bidragsgivaren, ska således som regel anses utgöra upphandlingsskyldiga offentliga kontrakt med ekonomiska villkor.¹³

Från vägledande rättspraxis förtjänar nämnas Högsta förvaltningsdomstolens avgörande som refereras i RÅ 2005 ref. 10. Där bedömdes att ett avtal om riktade marknadsföringsinsatser/nyttigheter i form av reklam och omnämnande av en kommun i samband med ett flygbolags trafikering av en lokal flygplats utgör ett tjänsteavtal i LOU och det bakomliggande direktivets mening. Vidare fann domstolen att den omständigheten att den kontrakterade avtalsmotparten (Ryanair) framstod som enda tänkbara leverantör av marknadsföringstjänster kring den aktuella flygtrafiken inte innebar något undantag för exempelvis ensamrätt.

¹¹ CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska Unionen (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 1 kap. 2 § femte stycket och 2 kap. 5 § LOU samt Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), numera i delvis ändrad lydelse sedan 2008 - jfr. 2 kap. 5 § samt 1 kap. 2 § sjätte stycket LOU.

¹² Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Tillkännagivandet ska ske till exakt belopp angivet i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av bl.a. tjänster inom den klassiska sektorn uppgår sedan den 1 januari 2014, om den upphandlande myndigheten inte är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet) – till 1.806.427 - se vidare regeringens tillkännagivande (2014:5) av tröskelvärden vid offentlig upphandling samt Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden.

¹³ Även rena bytesavtal, s.k. *barteravtal*, där någon bidrar med varor eller tjänster till en upphandlande myndighet och i gengäld av myndigheten erhåller varor eller tjänster omfattas således av lagen. Saknar avtal om leverans av varor eller tjänster ömsesidig förpliktelse för den upphandlande myndigheten, utgör varorna eller tjänsterna däremot gåva, vilken inte omfattas av LOU:s regelverk. För full klarhet huruvida ett avtal ska upphandlas enligt LOU måste den upphandlande myndigheten i varje enskilt fall avgöra vilken typ av avtal som faktiskt är för handen (se Nämnden för offentlig upphandling, (NOU), rapporten LOU:s tillämplighet vid sponsring av varor och tjänster till statliga myndigheter av den 26 augusti 2003 (dnr. 2003/0039-28). Se även NOU:s nyhetsbrev i oktober 2003 s. 3 f.).

Av 1 kap. 1 § mervärdesskattelagen (1994:200) följer att mervärdesskatt (moms) ska betalas vid skattepliktig *omsättning* inom landet av bl.a. tjänster. Med *omsättning av tjänst* förstås enligt 2 kap. 1 § tredje stycket (1) samma lag att en tjänst mot ersättning utförs, överläts eller på annat sätt tillhandahålls någon eller (2) att en tjänst tas i anspråk genom uttag enligt särskilda bestämmelser i lagen. För att en betalning som en myndighet utger ska kunna bli momspliktigt krävs det således att det utgår någon form av motprestation d.v.s. att betalningen, oavsett om den har angivits som ett anslag eller ett bidrag, utgör ersättning för tillhandahållen tjänst. Om anslaget eller bidraget däremot erhålls utan att den fristående enheten har tillhandahållit en motsvarande tjänst, kan omsättning av tjänst enligt mervärdesskattelagen inte anses föreligga. Ett oberoende bidrag föreligger alltså enbart om myndigheten *inte erhåller någon motprestation* från anslagsmottagaren/bidragstagaren, och i sådana fall går det inte att påföra moms på betalningen.¹⁴

Såvitt något undantag från LOU inte kan göras tillämpligt ska ett offentligt upphandlingsförfarande genomföras enligt lagens bestämmelser. I sådant fall ska enligt huvudregeln i 1 kap. 9 § LOU den upphandlande myndigheten genomföra upphandling på ett likvärdigt och icke-diskriminerande samt öppet (transparent) sätt.¹⁵

Syftet med LOU och 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 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, enligt 7 kap. 1 § LOU, offentliggöra sina upphandlingar genom annons. Ett meddelande om upphandlingen ska jml. 2 § upphandlingsförordningen (2011:1040) skickas till Europeiska kommissionen för publicering i Europeiska unionens officiella tidning och i databasen TED.

Enligt 4 kap. 5 § och 7-8 §§ LOU föreligger det vid varu- eller A-tjänsteupphandling över tröskelvärdet undantag från denna skyldighet vid i huvudsak följande förutsättningar.

- om det vid ett annonserat, öppet, selektivt eller förenklat förfarande inte har lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller några lämpliga anbud, och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte har ändrats väsentligt, eller
- om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men *synnerlig brådska*, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering, eller
- det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör.
- det gäller en tilläggsbeställning eller ett utbyte av tidigare upphandlade varor eller tjänster, och ett byte av leverantör skulle oproportionellt svårt.

För att undantaget vid *synnerlig brådska* ska kunna tillämpas gäller att det är *absolut nödvändigt* att tilldela kontraktet i situationer där det är av avgörande betydelse att kontraktet tilldelas inom viss tid och att det är fråga om varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art.¹⁶ En *egenförvällad brådska* hos den upphandlande myndigheten, som kan ha uppkommit till följd av exempelvis myndighetens bristande planering, grundar heller inte rätt till direkttilldelning.

¹⁴ Se bl.a. Flink m.fl. Mervärdesskatt - en kommentar (Norstedts) 2012, samt Mervärdesskatt i teori och tillämpning (Gleerups) 2013.

¹⁵ De grundläggande principer som åsyftas följer numera av avdelning IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt – FEUF, särskilt artiklarna 49 och 56 FEUF om etableringsfrihet och fri rörlighet av tjänster.

¹⁶ Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 29 februari 2012 i mål 1446--1452-12.

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta rättspraxis¹⁷ ska vidare 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.¹⁸ Det ankommer också på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.¹⁹

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.²⁰ Sådan talan om ogiltighet måste dock, enligt 16 kap. 17 § LOU, väckas inom sex månader från det att avtalet slöts.²¹

Allmän förvaltningsdomstol kan på talan av Konkurrensverket även besluta att en särskild straffavgift, kallad *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av en upphandlande myndighet som utan iakttagande av föreskrifterna om föregående annonsering i LOU slutit avtal med en leverantör. Den aktuella straffavgiften 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 upphandlingsskadeavgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktsvärde²² men en individuell bedömning ska alltid ske med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.²³

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 såsom upphandlande myndighet skyldig att iaktta bestämmelserna i LOU. Av utredningen i ärendet framgår att Kommunen har slutit Samarbetsavtalet om köp av A-tjänster för marknadsföring direkt från NNTS utan föregående annonserat upphandlingsförfarande enligt LOU.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

²⁰ Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska jml. 16 kap. 14 § LOU rätten emellertid besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet annars är uppfyllda. Denna undantagsmöjlighet ska enligt lagförarbetena endast komma ifråga vid ”exceptionella omständigheter” såsom hänsyn till allmän ordning och säkerhet, skydd för människors liv och hälsa, folkhälsa etc. (se prop. 2009/10:180, s. 138-139 och 362, jfr. Kammarrätten i Göteborgs dom av den 29 februari 2012 i mål 1446--1452-12). Bevisbördan för sådana omständigheter åvilar den upphandlande myndigheten (se prop. s. 139 överst). Om avtalet trots allt får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse kan den upphandlande myndigheten tvingas betala en särskild straffavgift (upphandlingsskadeavgift) jml. 17 kap. 1 § första stycket 1 och 2 samt 2 § LOU.

²¹ Rätten kan enligt 16 kap. 16 § LOU även förordna att ett avtal inte får fullgöras till dess att något annat har bestämts (interimistiskt förbud). Vid bedömningen ska dock göras en skadeavvägning där rätten får avstå från ett interimistiskt förbud om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

²² 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 1281-12, 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, 22373-12, 2922-13 och 2987-13.

²³ Se Högsta förvaltningsdomstolens dom av den 30 oktober 2014 i mål nr. 7121-13, ännu inte publicerad i HFD.

Enligt beräkningsregeln vid offentlig upphandling uppgår Samarbetsavtalets kontraktsvärde till c:a 2,6 miljoner kronor och överstiger därmed gällande tröskelvärde.

Den omständigheten att de i Samarbetsavtalet reglerade tjänsterna angivits ingå i ett åtagande för s.k. sponsring av NNTS kan inte medföra något undantag från lagens tillämpning eftersom Kommunen samtidigt erhåller en motprestation i form av momsbelagda tjänster för marknadsföring m.m. från NNTS. Således har det mellan parterna uppkommit ett köp i civilrättslig mening och därmed även upphandlingsskyldighet enligt LOU.

Vid detta förhållande ska, såvitt något i lagen förekommande undantag inte medför annat, upphandling genomföras i enlighet med de direktyrda bestämmelserna i 1-14 kap. LOU.

Eftersom Samarbetsavtalet ingicks redan i juni 2014 och ska börja gälla den 1 januari 2015 har Kommunen haft gott om tid för att upphandla avtalet. Det är vidare inte fråga om en sådan situation där det har varit absolut nödvändigt för Kommunen att tilldela avtalet inom viss tid. Någon *synnerlig brådska* som gjort det omöjligt för Kommunen att hålla tidsfristerna vid ett annonserat upphandlingsförfarande har härigenom inte förelegat.

Inte heller något av de övriga i LOU förekommande undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingen är tillämpliga. Upphandlingen skulle därför ha annonserats i enlighet med lagens huvudregel. Genom att kringgå denna skyldighet och istället sluta samarbetsavtalet direkt med NNTS har Kommunen brutit mot LOU och de bakomliggande upphandlingsrättsliga direktiven på ett sätt som är ägnat att snedvrیدا förutsättningarna för konkurrensen. Den omständigheten att Kommunen, efter det att förfarande tagits till domstol, numera beslutat avbryta Samarbetsavtalet medför inte att Kommunen kan undgå allvarlig kritik för det inträffade. Avtalet kan komma att ogiltigförklaras av domstol och Kommunen riskerar även få betala en upphandlingsskadeavgift på upp emot 182.000 kronor.