

PM 2 2014-12-11 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom tilldelning i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning).

Lunds kommun har direkt från ett privat bolag och utan något föregående offentligt upphandlingsförfarande köpt konsulttjänster för c:a 1,3 miljoner kronor avseende upprätthållandet av funktionen som tillförordnad fastighetschef i kommunen.

Lunds kommun har genom Servicenämnden (nedan Kommunen) slutit avtal i mars 2014 med det privata företaget Fasticon Kompetens AB (nedan Fasticon)¹ om köp av konsulttjänster avseende hyra av fastighetschef till Kommunens serviceförvaltning (nedan Konsultavtalet).²

Konsultavtalet föregicks av att Kommunen den 21 och 28 mars 2014 avtalat om att skilja den dåvarande fastighetschefen från dennes tjänst.³ Avtalet om anställningens upphörande innebar bl.a. att fastighetschefen arbetsbefriades med full lön fram till och med den 24 juli 2014 (fyra månader).⁴

Rekryteringen av en ny, tillförordnad fastighetschef handlades såvitt får förstås av förvaltningschefen (servicedirektören) vid Serviceförvaltningen, vilken även undertecknat Konsultavtalet. Avtalet, som är daterat den 26 mars 2014, har giltighet fr.o.m. den 25 mars t.o.m. den 30 juli 2014, med möjlighet till ytterligare förlängning ”efter samråd” mellan de berörda parterna.⁵ Avtalet har därefter kommit att förlängas till och med i vart fall den 30 oktober 2014.⁶

Den 23 april 2014 informerades Servicenämnden muntligen av förvaltningschefen om att den aktuella konsulten anlitats som tillförordnad fastighetschef.⁷ Konsultavtalet hade inte föregåtts av något annonserat upphandlingsförfarande genom infordran av konkurrerande anbud på marknaden.⁸

Värdet av Konsultavtalet kan med ledning av hos Kommunen hittills registrerade fakturor⁹ beräknas uppgå till i vart fall c:a 1,3 miljoner kronor exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms). Med hänsyn till att något totalpris inte har angivits i Konsultavtalet och detta även kan förlängas på obestämd tid bör med ledning av beräkningsbestämmelserna vid offentlig upphandling avtalets totala s.k. kontraktsvärde kunna uppskattas till c:a 8,8 miljoner kronor.¹⁰

Kommunen har härutöver påbörjat anställningen av en ny fastighetschef genom att även lämna uppdraget att genomföra denna rekrytering direkt till Fasticon till ett uppskattat kontraktsvärde av i vart fall 160.000 kronor.

¹ Fasticon Kompetens AB, med organisationsnummer 556739-2476, bildades den 14 september 2007 och registrerades av Bolagsverket 3 oktober samma år. Nuvarande firma registrerades samtidigt. Bolaget har till föremål för sin verksamhet att ”...bedriva rekrytering och personaluthyrning samt kompetensutveckling inom fastighetsbranschen och därmed förenlig verksamhet”. Fasticon är privatägt och omsatte 2014 totalt 74 miljoner kronor med 35 anställda.

² Se ”Avtal för uthyrning av personal”, undertecknat av företrädare för Lunds Kommun och Fasticon Kompetens AB den 26 mars 2014.

³ Se Kommunens ”Avtal” med den dåvarande fastighetschefen om anställnings upphörande, daterat den 21 och 28 mars 2014 (dnr. 2014/0250).

⁴ Se pp. 1.1 och 1.2 i ovannämnda avtal om anställnings upphörande; Se även artikeln ”Fastighetschef köps ut med en miljon kronor”, införd i Sydsvenskan den 29 mars 2014.

⁵ Se p. 4, enligt vilken Konsultavtalet kan förlängas efter samråd mellan Kommunen, Fasticon och den berörde konsulten.

⁶ Se ”Avtal för uthyrning av personal – Förlängning” av den 9 juni 2014, p. 4.

⁷ Se Servicenämndens protokoll av den 23 april 2014 (SN § 44/14).

⁸ Se Kommunens avslagsbeslut av den 8 oktober 2014 på en begäran av att få ta del av det upphandlingsunderlag som legat till grund för att teckna konsultavtalet med Fasticon (dnr. SN 2014/0185).

⁹ Se Fasticons fakturor till Kommunen, nr: 700024311002052 på 48.000 kr, 70002443700205 på 214.371 kr, 700024533002054 på 185.737 kr, 7000246920029051 på 220.056 kr, 700024778002058 på 172.016 kr, 700024857002052 på 222.874 kr, 700024901002058 på 241.800 kr samt 7000249226002059 på 48.000 kr; sammanlagt 1.352.854 kronor (exklusive moms) avseende utförda konsulttjänster under perioden 25 mars – 30 oktober 2014.

¹⁰ Beräkningen har utförts så att hittills utbetalat belopp på 1.352.854 kr har delats på 7,3 månader, vilket ger ett genomsnittligt månadsvärde på (1.352.854 kr / 7,3) 185.322 vilket räknats om till ett 48-månaderskontrakt (185.322 x 48) 8.895.456 kronor.

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 2008 genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Lagen har kommit till som en följd av bl.a. Europaparlamentets 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 avtal 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 avtal, såsom det nu förevarande, vilket avser anlitande av en extern konsult för att denne ska upprätthålla funktionen som Kommunens fastighetschef kan vid tillämpningen av CPV-systemet hänföras till antingen tjänster för fastighetsförvaltning på arvodes- eller kontraktsbasis (CPV 70330000), vilket är en s.k. A-tjänst (kategori 14) enligt bilagan 2 till LOU eller till tjänster för personalförmedling (CPV 79610000) eller förmedling av personal, även tillfälligt anställda (CPV 79610000), vilka i sådant fall utgör s.k. B-tjänster (kategori 22) enligt bilagan 3 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 kontraktsvärdet av A-tjänster beräknas överstiga det vid varje tidpunkt gällande tröskelvärdet ska upphandlingen bedömas enligt de på EU-direktiv grundade bestämmelserna i 1-14 kap. LOU. I annat fall, och om det är fråga om s.k. B-tjänster, ska upphandlingen bedömas enligt de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU. Tröskelvärdet för kommunal upphandling inom den s.k. klassiska sektorn uppgår för närvarande till 1.806.427 kronor.¹²

Bestämmelserna i LOU är tvingande för upphandlande myndigheter. Såvitt något i lagen intaget undantag 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.¹³

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 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.

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 har utformats bl.a. i syfte att försvåra möjligheterna att vid offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Lagen 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 § eller 15 kap. 4 § LOU, offentliggöra sina upphandlingar genom annons.¹⁴ Enligt 4 kap. 5 § och 7-8 §§ och 15 kap. 3 § andra stycket LOU föreligger det dock undantag från denna skyldighet vid i huvudsak följande förutsättningar.

- värdet av det som ska upphandlas har *lågt värde* – d.v.s. 270.937 kronor, motsvarande högst 15 procent av gällande tröskelvärde (mars 2014),¹⁵
- 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.

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

¹⁴ Vid upphandling av A-tjänster över tröskelvärdet ska jml. 2 § upphandlingsförordningen (2011:1040) ett meddelande om upphandlingen skickas till Europeiska kommissionen för publicering i Europeiska unionens officiella tidning och i databasen TED. Vid upphandling under detta tröskelvärde eller av B-tjänster räcker det enligt 15 kap. 4 § första stycket LOU emellertid med att annonsering sker i en allmänt tillgänglig elektronisk databas eller på annat sätt som möjliggör en effektiv konkurrens.

¹⁵ Se 15 kap. 3 § LOU i lydelse mellan den 15 juli 2010 och den 31 juni 2014. Där anges värdegränsen till 15 procent av gällande tröskelvärde för andra än statliga myndigheters upphandling. Vid kontraktsvärden under denna värdegräns får *direktupphandling* tillämpas. Det aktuella tröskelvärdet uppgick 2014 till 1.806.427 kronor – se ovan fotnot 13 samt regeringens tillkännagivanden (2014:5) av tröskelvärdet vid offentlig upphandling. Den aktuella gränsen för direktupphandling har därefter kommit att höjas och motsvarar efter ändringen 28 procent av gällande tröskelvärde. Den aktuella höjningen är endast tillämplig på sådana upphandlingar som påbörjats efter den 1 juli 2014, se lag (2014:474) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

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

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.

Vid en otillåten direkttilldelning kan allmän förvaltningsdomstol på talan av Konkurrensverket 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.²⁰ I rättspraxis har upphandlingsskadeavgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktsvärde²¹ men en individuell bedömning ska alltid ske med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.²²

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 framgår att Kommunen köpt konsulttjänster i form av ersättare för den tidigare fastighetschef som Kommunen skilt från sin tjänst, med fyra månaders betald arbetsbefrielse. Konsultavtalet har slutits direkt med det privata företaget Fasticon utan föregående annonserat upphandlingsförfarande.

Kommunen har hittills betalat ut i vart fall drygt 1,3 miljoner kronor med anledning av Konsultavtalet, men avtalets kontraktsvärde bör enligt gällande beräkningsbestämmelser rätteligen kunna uppskattas till c:a 8,8 miljoner kronor eftersom det har tecknats för att kunna förlängas på obestämd tid.

Oavsett detta kan åtminstone konstateras att de hittills utbetalda ersättningarna uppgår till ett så högt belopp att undantaget för *lågt värde* inte har varit tillämpligt för Kommunen att underlåta att annonsera upphandlingen.

Kommunen, som har givits möjlighet att yttra sig i ärendet, har inte ens påstått och än mindre visat att det har en sådan avgörande samhällsekonomisk eller annan betydelse för Kommunen att kunna byta ut fastighetschefen, att det har framstått som absolut nödvändigt att direkttilldela Konsultavtalet utan att kunna avvakta ett annonserat förfarande. Det kan i vart fall konstateras att den således uppkomna brådskan har föranletts av Kommunens beslut att säga upp sin tidigare fastighetschef, och således får anses egenförvållad och därmed inte omöjlig för Kommunen att förutse. Förutsättningarna för direkttilldelning på grund av *synnerlig brådska* kan härigenom inte anses uppfyllda, och några andra skäl för direkttilldelning föreligger inte.

Kommunens kringgående av sin upphandlingsskyldighet strider således mot LOU på ett sätt som är ägnat att snedvrida förutsättningarna för konkurrensen. Det finns därför anledning att rikta allvarlig kritik mot Kommunen. Eftersom Kommunen underlåtit att annonsera den aktuella upphandlingen riskerar den att få betala upphandlingsskadeavgift på i vart fall 91.000 kronor eller mer, beroende på vilket kontraktsvärde som ska läggas till bedömning för beräkningen.

²⁰ Från rättspraxis kan exempelvis nämnas att Förvaltningsrätten i Malmö funnit anledning att även räkna in en avtalad med icke utnyttjad förlängningsoption vid kontraktsvärdesberäkningen av underlaget för upphandlingsskadeavgift – se dom av den 9 juli 2012 i mål 4137-12 E.

²¹ 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.

²² Se Högsta förvaltningsdomstolens dom av den 30 oktober 2014 i mål nr. 7121-13, ännu inte publicerad i HFD.