

## PM 2 2015-03-10 SLUTLIG BEDÖMNING

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

*Bodens kommun har köpt tjänster för anordnande av boende för bl.a. ensamkommande barn för minst 20 miljoner kronor utan föregående annonserad upphandling. Köpet har skett direkt från en leverantör som kommunen tidigare haft ett upphandlat avtal med, men där avtalstiden löpt ut.*

Bodens kommun (nedan Kommunen) har den 18 och 22 december 2014 tecknat ett avtal med en privat leverantör (nedan Leverantören) rubricerat ”Tillägg till avtal av den 2014-04-03” (nedan Tilläggsavtalet). Avtalet som avser köp av sociala tjänster för mottagning av ensamkommande flyktingbarn avser perioden fr.o.m. den 1 januari t.o.m. den 31 december 2015, med möjlighet till förlängning t.o.m. den 28 februari 2017 (1 år + 14 månader).<sup>1</sup>

Avtalet grundar sig på ett avtalsförhållande som ytterst kommit att inledas genom ett avtal från den 9 mars 2010 rubricerat ”Projekt/Uppdrag ENSAMKOMMANDE BARN 2010” (nedan Ursprungsavtalet), till vilket Tilläggsavtalet även hänvisar.<sup>2</sup> Ursprungsavtalet har tilldelats inom ramarna för ett annonserat upphandlingsförfarande,<sup>3</sup> med en avtalstid som sträckte sig maximalt fram till och med den 29 februari 2013. Avtalet har därefter inte gått att förlänga.<sup>4</sup>

För tiden härefter har Kommunen tecknat en serie delvis överlappande avtal om fortsatta köp av aktuella tjänster, varav det senaste av dessa avtal nu utgörs av Tilläggsavtalet.<sup>5</sup> Inget av de avtal som avser perioden efter den 29 februari 2013 har upphandlats genom annonsering i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens.<sup>6</sup> Kommunen har i media uttryckt att det funnits synnerliga skäl för direktupphandling i de aktuella fallen.<sup>7</sup>

Totalt omfattar avtalsförhållandet tio boendeplatser för ensamkommande barn, varav tre platser alltid skulle vara tillgängliga för asylsökande barn.<sup>8</sup> Avtalen avser ett visst antal i förväg abonnerade platser och den löpande ersättningen bestäms i förhållande till om platserna är belagda eller inte. För en belagd plats erhåller Leverantören enligt Tilläggsavtalet ersättning med 1.640 kronor/dygn<sup>9</sup> och för en obelagd plats med 1.295 kronor/dygn.<sup>10</sup> Vidare utgår en årlig ersättning för sådana fritidsaktiviteter som Leverantören ska tillhandahålla utifrån ungdomarnas enskilda behov

1 Tilläggsavtalet, rubricerat ”Tillägg till avtal av den 2014-04-03”, är undertecknat av parterna (Kommunen och Leverantören) den 18 respektive 22 december 2014. I punkten 3, ”AVTALSTID” anges bl.a. följande ”2015-01-01 t.o.m. 2015-12-31 med möjlighet till förlängning dock längst till 2017-02-28. I de fall avtalet inte förlängs upphör det per automatik att gälla vid avtalstidens slut. [...] Sex (6) månaders uppsägning gäller om avtalet förlängs till 2017-02-28. Förhandling vid en eventuell uppsägning ska ske för att successivt kunna göra ett fungerande avslut för placerade asyl- och PUT-platser”.

2 Se Tilläggsavtalet, punkten 1 ”OMFATTNING” andra stycket ”Avtalet innehåll och prioritering i övrigt framgår av följande handlingar. [...] 2. Avtal av den 2010-09-03”.

3 Se anbudsförfrågan av den 12 januari 2010 avseende ”Uppdrag: Upphandling av platser för omsorg och boende för ensamkommande barn” (dnr. KS 2010:47).

4 Se avtal rubricerat ”Projekt/Uppdrag ENSAMKOMMANDE BARN 2010” undertecknat av parterna (Kommunen och Leverantören) den 9 mars 2010. I punkten 3, ”AVTALSTID” anges följande ”2010-05-01 t.o.m. 2012-02-29 Avtalet förlängs automatiskt i 12 månader, om ej någondera part sagt upp avtalet sex (6) månader innan huvudförfallodagen. Därefter upphör avtalet att gälla utan vidare uppsägning”. Se även punkten A 10, ”AVTALSTID OCH NORMAL UPSÄGNING”, i det ovan angivna förfrågningsunderlaget.

5 Sammanlagt har i vart fall två nya avtal kommit att tecknas. Ändringsavtal A ingicks mellan Kommunen och Leverantören den 3 april 2013 och avsåg tidsperioden den 1 mars 2013 t.o.m. den 28 februari 2015. Ändringsavtal B ingicks den 25 februari 2014 och avsåg perioden den 1 mars 2014 t.o.m. den 28 februari 2017. Ändringsavtal A förlängs automatiskt i 12 månaders-perioder om uppsägning inte sker 6 månader före avtalets huvudförfallodag. Därefter tecknade Kommunen Tilläggsavtalet den 18 december 2014, vilket såsom ovan redovisats löper fr.o.m. den 1 januari 2015 till och med den sista december 2015 med möjlighet till förlängning t.o.m. 28 februari 2017.

6 Se bl.a. Kommunens beslut av den 13 februari 2013 med avslag på begäran att få ta del av det upphandlingsunderlag som legat till grund för tecknandet av avtalen. Till grund för avslag angavs följande. ”SKÄL FÖR BESLUTET Till avtalet som tecknades av båda parter den 2014-04-03, avtalet som är diariefört 2014-04-03 samt tilläggsavtalet med giltighetstid från och med 2015-01-01 finns inga skriftliga förfrågningsunderlag upprättade” (dnr. KS 2010-47).

7 Se artikeln ”Synnerliga skäl bakom upphandling”, införd i Norrländska socialdemokraten (NSD) den 6 februari 2015.

8 Se ”Uppdrag: Upphandling av platser för omsorg och boende för ensamkommande barn”, p. B 2.2.

9 Genom Tilläggsavtalet har ersättningen för de belagda platserna ändrats från 1.607 kronor/dygn till 1.640 kronor/dygn. Pris enligt Ursprungsavtalet var 1.545 kr/dygn.

10 Se punkten ”Priser” i de förekommande avtalen.

samt ersättning för studiestöd, inklusive läxläsning.<sup>11</sup> Det samlade kontraktsvärdet för avtalen uppgår till i vart fall ca 20 miljoner kronor, exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).<sup>12</sup>

### 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 flyktingmottagande m.m.

Enligt 2 § första stycket LMA<sup>13</sup> har staten genom Migrationsverket huvudansvaret för mottagandet av vissa i lagen angivna kategorier av utlänningar<sup>14</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>15</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 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>16</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>17</sup>

Med offentlig upphandling avses förfarandet fram till och med tilldelning 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.

---

11 Av punkten ”Fritidsaktiviteter” framgår att Leverantören för avtal A erhåller en årlig ersättning motsvarande 120 000 kronor för utförandet av fritidsaktiviteter. Ersättningen för den aktuella tjänsten höjdes i samband med tecknandet av avtal B och kom därefter att uppgå till 204 000 kronor per år. I samband med att Kommunen tecknade avtal B tillkom även ersättning för studiestöd inklusive läxläsning dr ersättning motsvarande 50 000 kronor per år utgår.

12 Kontraktsvärdet har beräknats utifrån att alla platser är obelagda. Detta ger ett minsta kontraktsvärde motsvarande  $((1.295 * 10) 365 \text{ (dagar per år)}) = 4.726.750 * 4 \text{ (år)} = 18.907.000$ . Inräknat tillkommande ersättning för fritidsaktiviteter samt studiestöd blir i sådant fall den minsta sammanlagda ersättningen  $18.907.000 + 120.000 \text{ (fritidsaktiviteter år 1)} + 204.000 * 3 \text{ (fritidsaktiviteter år 2-4)} + 50.000 * 3 \text{ (studiestöd år 2-4)} = 19.789.000$  kronor, exkl. moms.

13 Bestämmelsen i 2 § har giltighet från och med den 1 juli 2006, enligt ändringsförfattning, SFS 2006:177.

14 Bestämmelsen i 2 § LMA omfattar utlänningar som (1) har ansökt om uppehållstillstånd i Sverige som flykting 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.

15 Se ändringsförfattningen 2013:755, som trädde i kraft den 1 januari 2014.

16 Se prop. 2012/13:162, Kommunalt mottagande av ensamkommande barn.

17 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.

Förfaranden för upphandling av offentliga tjänstekontrakt som har påbörjats<sup>18</sup> efter den 1 januari 2008 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.<sup>19</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 byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).<sup>20</sup>

Tjänster för social omsorg med inkvartering (CPV 85311000-2) samt barn- och ungdomsomsorg (CPV 85311300-5),<sup>21</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>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.<sup>23</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 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 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.

---

18 En upphandling enligt prop. 2006/07:128, 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.

19 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.

20 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).

21 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).

22 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.

23 Möjlighet till sådant undantag föreligger enbart om (1) 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 – se 2 kap. 10 a § LOU i lydelse efter den 1 januari 2013 (se ändringsförättningen 2012:392).

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

- värdet av det som ska upphandlas har *lågt värde* – d.v.s. kontraktsvärdet understiger 28 procent av gällande tröskelvärde eller 505.800 kronor<sup>24</sup> – eller om det föreligger *synnerliga skäl*,
- 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,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- 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 beräkningen av värdet av det ursprungliga projektet.
- det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl kan levereras av endast en viss leverantör.

Undantaget vid *synnerlig brådska*<sup>25</sup> förutsätter att det är *absolut nödvändigt* att tilldela kontraktet men omständigheter som *inte kunnat förutses* av den upphandlande myndigheten har gjort det omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett annonserat förfarande.<sup>26</sup> För att det ska vara absolut nödvändigt att tilldela ett kontrakt ska det röra sig om upphandling av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art.<sup>27</sup> Av specialmotiveringen framgår vidare att ”sådana omständigheter som är hänförliga till den upphandlande myndigheten torde inte vara omöjliga att förutse för myndigheten”. Egenförvållad brådska grundar således inte rätt till direktupphandling.<sup>28</sup> När det gäller tidsfristen för annonsering ska enligt 15 kap. 9 § LOU anbudssökande och anbudsgivare ges *skälig tid* att komma in med ansökningar respektive anbud. Bedömningen får göras från fall till fall med hänsyn till upphandlingens art, storlek och karaktär samt med beaktande av de grundläggande principerna om bl.a. likabehandling och ickediskriminering i 1 kap. 9 § LOU.<sup>29</sup> I praxis har tidsfrister för anbudsgivning<sup>30</sup> på mellan två och fyra veckor<sup>31</sup> ansetts utgöra *skälig tid*.<sup>32</sup>

Vid bedömningen ska enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta rättspraxis<sup>33</sup> möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EU- fördragen inom området för offentlig upphandling tolkas restriktivt<sup>34</sup> och det ankommer på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar

<sup>24</sup> Under perioden den 15 juli 2010 t.o.m. den 1 juli 2014 uppgick värdegränsen för lågt värde till högst 15 procent av gällande tröskelvärde, vilket medför en värdegräns före den 1 juli 2014 på c:a 284.000 kronor per bokföringsår.

<sup>25</sup> Se 15 kap. 3 § LOU jämförd med 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU.

<sup>26</sup> Den nu gällande undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU har förts över från den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – ÅLOU. Av lagförarbetsuttalanden (prop. 2001/02:142, s. 99) till bestämmelserna i 2 kap. 11 § (varor) och 5 kap. 17 § (tjänster) ÅLOU, vilka således fortfarande är aktuella (se prop. 2006/07:128, s. 429), framgår i fråga om vad som ska anses motivera synnerlig brådska bl.a. följande: ”Regeln är som tidigare avsedd främst för oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling”.

<sup>27</sup> Jfr. Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 februari 2012 i mål 7469–7472-11. Villkoret om att det ska vara *absolut nödvändigt* att tilldela kontraktet har i en direktupphandling av livsmedelsleveranser till skolor, förskolor och servicehus ansetts uppfyllt då det enligt domstolen var uppenbart att ett upphörande av livsmedelsleveranserna inom en snar framtid skulle få mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa, se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 29 februari 2012 i mål 1446–1452-12.

<sup>28</sup> Se prop. 2006/07:128 I s. 327.

<sup>29</sup> Prop. 2009/10:180 I, s. 347 och prop. 2006/07:128 I, s. 432, se även prop. 2001/02:142 s.99 och prop. 199/200:128 s. 25 ff. och 39.

<sup>30</sup> Fristen för att komma in med anbudsansökningar i ett urvalsförfarande enligt 15 kap. LOU får dock aldrig vara mindre än tio dagar.

<sup>31</sup> För praxis m.m. ifråga om ”skälig tid”, se bl.a. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) Årssammanställning för 1996, avsnitt 14.2, s 39 samt nämndens bedömningar i ärende om Stiftelsen Baldersnäs (dnr. 1998/0166-26) och om Göteborgs stad (dnr 1998/0160-26); se vidare RÅ 1999 not. 1 samt Länsrätten i Stockholms läns dom i mål 4546-94 samt Länsrätten i Västernorrlands läns dom i mål 99-04.

<sup>32</sup> Vid upphandling av A-tjänster över tröskelvärdet uppgår motsvarande frist för en öppen annonserad upphandling, jml. 8 kap. 2 § jämförd med 5–6 §§ LOU, till lägst 40 dagar.

<sup>33</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>34</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.

undantaget faktiskt föreligger.<sup>35</sup> Den upphandlande myndigheten måste exempelvis kunna visa att de skäl som angivits för att motivera ensamrättsundantaget gjort det absolut nödvändigt att kontraktet tilldelas till den särskilda leverantören i fråga.<sup>36</sup>

I rättspraxis<sup>37</sup> har fastlagts 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.

Förfoganden mellan parterna om förlängning av en avtalsrelation där förfogandet saknar stöd av någon uttrycklig bestämmelse i befintligt avtal (förlängningsklausul) eller som går utöver vad som tidigare avtalats om förlängning av avtalet, får betraktas som en ny upphandling som i varje fall skall genomföras enligt lagens formkrav. I sitt informationsmaterial om lagen om offentlig upphandling summerar Nämnden för offentlig upphandling rättsläget på följande sätt ”*Förlängning av avtal får endast ske om det finns en förlängningsklausul i avtalet. När avtalsperioden är slut, efter eventuell förlängning, skall en ny upphandling äga rum*”.<sup>38</sup>

Enligt 16 kap. 13 § LOU ska<sup>39</sup> allmän förvaltningsdomstol på talan av skadelidande leverantör besluta att ett avtal som har slutits direkt mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt om avtalet har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga.<sup>40</sup> Sådan talan om ogiltighet måste dock, jml. 16 kap. 17 § LOU, väckas inom sex månader från det att avtalet slöts. Ett lagakraftvunnet<sup>41</sup> förordnande enligt bestämmelsen om ogiltighet medför retroaktiv verkan (*ex tunc*), varigenom avtalet får en s.k. nullitetsverkan som om det aldrig hade funnits. Detta innebär att parternas samtliga skyldigheter enligt avtalet bortfaller och, enligt huvudregeln, att prestationerna ska återgå. Skulle någon återgång av prestationerna inte vara möjlig är enligt lagförarbetena utgångspunkten att det förmögenhetsläge som gällde innan det ogiltiga avtalet slöts istället ska återställas. Om exempelvis tjänster enligt avtal redan utförts kan parterna få utge ersättning för den nytta de haft av varandras prestationer.<sup>42</sup>

Allmän förvaltningsdomstol kan vidare, på talan av Konkurrensverket, besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av den upphandlande myndighet som utan iakttagande av föreskrifterna om föregående annonsering i LOU har 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 upphandlings-

<sup>35</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>36</sup> EU-domstolens dom i det ovan angivna målet *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) p. 24.

<sup>37</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>38</sup> Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU), broschyren ”Kort om lagen om offentlig upphandling – LOU” sid. 13, punkten 5 ”Förlängning av avtal”.

<sup>39</sup> Rätten kan jml. 16 kap. 16 § LOU även förordna om att ett avtal inte får fullgöras till dess att något annat har bestämts (interimistiskt förbud) men får enligt 16 kap. 16 § andra stycket LOU avstå från ett sådant interimistiskt förbud om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

<sup>40</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>41</sup> Se HFD 2012 ref. 27, enligt vilket en förvaltningsrätts dom att ogiltigförklara ett avtal som slutits efter en offentlig upphandling har ansetts inte vara ett beslut av sådant slag som gäller omedelbart.

<sup>42</sup> Se prop. 2009/10:180, s. 361.

skadeavgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktsvärde<sup>43</sup> men individuell bedömning ska alltid ske med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.<sup>44</sup>

### 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.

Av utredningen i ärendet framgår att Kommunen genom en serie avtal, däribland Tilläggsavtalet från december 2014, successivt har förlängt ett tidigare upphandlat avtalsförhållande till som längst 2017. Avtalsförhållandet, som avser sociala B-tjänster för anordnande av boende för ensamkommande barn, skulle rätteligen ha löpt ut redan den 29 februari 2013 utan någon sådan möjlighet till förlängning. Det aktuella kontraktsvärdet kan uppskattas till i vart fall c:a 20 miljoner kronor.

Kommunen är en sådan upphandlande myndighet som är skyldig att iaktta bestämmelserna i LOU. Som bl.a. framgår av redovisad rättspraxis omfattas avtal om boende för ensamkommande barn av upphandlingsskyldighet enligt 15 kap. LOU. Någon ensamrätt eller något s.k. in-house-undantag som gör att enbart den anlitade leverantören kan komma ifråga för anbudsgivning föreligger inte.

Med hänsyn till att avtalens samlade kontraktsvärde uppgår till ett betydande belopp kan det inte anses vara fråga om något sådant *lågt värde* att direktupphandling har varit möjlig. Kommunen borde som avtalspart och upphandlare ha haft insikt i att Ursprungsavtalet inte gått att förlänga efter den 28 februari 2012 och att ny upphandling för tiden därefter måste genomföras. Kommunen kan sålunda konstateras ha haft god tid på sig för att förbereda och även genomföra upphandling, varför det heller inte kan ha förelegat grund för *synnerlig brådska*. Eftersom Kommunen på detta sätt upprepade gånger har förlängt avtalsförhållandet, nu senast genom Tilläggsavtalet i december 2014, har Ursprungsavtalets avtalstid på tre år kommit att förlängas till totalt sju år på ett sätt som strider mot avtalsvillkoren. Dessa har dessutom ändrats jämfört med Ursprungsavtalet. Det kan med hänsyn till omständigheterna inte föreligga några *synnerliga skäl* för sådana upprepade förlängningar och ändringar mellan parterna.

Eftersom inget av de i LOU förekommande undantagen därmed kan göras tillämpligt skulle en annonserad upphandling ha genomförts i enlighet med lagens reglering. Genom att underlåta ett sådant förfarande har Kommunen brutit mot LOU. Av detta skäl kan Tilläggsavtalet komma att ogiltigförklaras av domstol. Kommunen riskerar även att, på eventuell talan av Konkurrensverket, få betala upphandlingsskadeavgift med upp till 1,4 miljoner kronor.

---

<sup>43</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 1281-12, 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.

<sup>44</sup> Se Högsta förvaltningsdomstolens dom av den 30 oktober 2014 i mål nr. 7121-13, ännu inte publicerad i HFD.