

PM 2 2015-04-23 SLUTLIG BEDÖMNING

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

AB Östgotatrafiken har under ett och samma år direktupphandlat personalrekryteringstjänster för i vart fall c:a 617.000 kronor med åberopande av undantaget för lågt värde.

AB Östgotatrafiken (nedan Östgotatrafiken)¹ är ett av landstinget Region Östergötland helägt kollektivtrafikföretag. Bolaget har vid minst fem tillfällen under 2013 direktupphandlat personalrekryteringstjänster i slutna förfaranden utan möjlighet till allmän anbudsgivning.

Den 1 oktober 2013 ingick Östgotatrafiken avtal om köp av rekryteringstjänster för bemanning av en regionbeställningscentral för anropsstyrd s.k. *särskild kollektivtrafik*,² vilken huvudsakligen organiserar transporter för färdtjänst-, sjukrese- och skolskjutsberättigade personer i Östergötlands län.³ Avtalet har föregåtts av en direktupphandling⁴ där Östgotatrafiken inbjudit sex utvalda rekryteringsföretag att lämna anbud med tio dagars svarsfrist.⁵ Vid anbudstidens utgång den 27 september 2013 hade samtliga tillfrågade anbudsgivare inkommit med anbud⁶ vilka prismässigt, under förutsättning av en rekrytering om 50 personer, fördelade sig på mellan 172.500 kronor och 1.200.000 kronor.⁷ Några andra leverantörer än de inbjudna hade dock inte givits möjlighet att lämna anbud.

Det lägsta anbudet på 172.500 kronor hade lämnats av Adecco Sweden AB (nedan Adecco), med vilket kontrakt tecknades den 1 oktober 2013. Östgotatrafiken har därutöver utbetalat 105.026 kronor, således totalt 277.526 kronor till Adecco för utförda rekryteringstjänster enligt avtalet.⁸

Under 2013 har Östgotatrafiken även direktupphandlat personalrekryteringstjänster från andra företag för sammanlagt i vart fall 341.251 kronor.⁹ Det värdemässigt största av dessa direktupphandlingar avser köp av tjänster under första hälften av 2013 för 248.800 kronor. Det totala värdet av Östgotatrafikens under 2013 direktupphandlade personalrekryteringstjänster uppgår således till 618.777 kronor, exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).¹⁰

I dom av den 8 januari 2015 förklarande Förvaltningsrätten i Linköping, efter prövning enligt LOU, att avtalet som ingåtts den 1 oktober 2013 mellan Östgotatrafiken och Adecco beträffande avrop av rekryteringstjänster är ogiltigt. Domen har vunnit laga kraft.¹¹

¹ AB Östgotatrafiken med organisationsnummer 556038-8950, bildades den 17 oktober 1939 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 10 november samma år; Nuvarande firma registrerades 6 april 1981. Tidigare firma har varit AB Kolmårdens Omnibus- och Åbytrafikens Omnibus AB. Nu gällande bolagsordning registrerades den 11 januari 2012, enligt vilken Östgotatrafiken har till föremål för sin verksamhet att ”på den regionala kollektivtrafikmyndighetens uppdrag upphandla, organisera och samordna den regionala kollektivtrafiken i Östergötland”. Bolaget, vars registrerade aktiekapital uppgår till 20 miljoner kronor, helägs av landstinget Region Östergötland, vilket även utser representanter i styrelsen och den verkställande ledningen.

² Med särskild kollektivtrafik avses sådan kollektivtrafik som inte tillhandahålls allmänheten, utan efter behovsprövning enbart en särskild personkrets av berättigade personer enligt exempelvis lagen (1997:736) om färdtjänst eller lagen (1997:735) om riksfärdtjänst.

³ Se ”Avtal beträffande avrop av rekryteringstjänster mellan AB Östgotatrafiken och Adecco Sweden AB”, daterat och undertecknat av parterna den 1 oktober 2013 (dnr. 2013/0351).

⁴ Se Östgotatrafikens underlag rubricerat ”OFFERT-/ ANBUDSFÖRFRÅGAN Beträffande Rekryteringstjänster i Östergötland” (dnr. 2012/0331)

⁵ Se meddelande om ”Direktupphandling av rekryteringstjänster” införd i Visma TendSigns databas den 16 september 2013 med sista anbudsdag den 27 september 2013. Av meddelandet framgår bl.a. att ”Denna annons är dold och visas därför bara för utvalda leverantörer” (dnr. U241682013).

⁶ Se Östgotatrafikens protokoll från anbudsöppning den 30 september 2013 (dnr. 2013/0331).

⁷ Se Östgotatrafikens protokoll med ”Beslut om tilldelning av kontrakt i direktupphandling av rekryteringstjänster, ref. nr 2013/0028” daterad den 2 oktober 2013. Av en till beslutet bilagd ”Checklista kvalificering och anbudsvärdering – rekryteringstjänster i Östergötland” framgår att vid rekrytering av 50 personer fördelar sig anbud enligt följande: 172.500 kr; 395.000 kr; 417.750 kr; 624.750 kr; 695.000 kr. och 1.200.000 kr. Det genomsnittliga anbudspriset utgör därmed $(3.505.000 / 6 \approx) 584.167$ kronor.

⁸ De aktuella betalningarna avser fakturering fram till och med den 1 juli 2014.

⁹ Övriga under året genomförda direktupphandlingar avser personalrekryteringstjänster för $(10.000+80.000+248.800+2.451=)$ 341.251 kronor.

¹⁰ Beräkningen avser $(277.526+341.251=)$ 618.777 kronor. Härutöver har Östgotatrafiken köpt annonseringstjänster för personalrekrytering till ett värde av 157.128 kronor, vilka dock inte har tagits med i direktupphandlingsunderlaget ovan.

¹¹ Se Förvaltningsrätten i Linköping dom av den 8 januari 2015 i mål 7380-14. Se även tidigare avgöranden under målets aktuella handläggning - Förvaltningsrätten i Linköpings beslut av den 1 oktober 2013 i mål nr. 6463-13; Kammarrätten i Jönköpings beslut av den 27 november, 4 december och 20 december 2013 samt av den 26 februari 2014 i mål nr. 2957-13; Högsta förvaltningsdomstolens beslut av den 20 december

Gällande rätt

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.

Förfaranden för upphandling av offentliga tjänstekontrakt regleras genom antingen lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU - eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster - LUF. Lagarna har kommit till som en följd av bl.a. EG-/EU-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster samt 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 (*klassiska upphandlingsdirektivet*) respektive rådets och parlamentets direktiv (2004/17/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (*försörjningsdirektivet*).

Kommunala bolag som tillgodoser behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär utgör sådana s.k. *upphandlande myndigheter* eller *enheter* som obligatoriskt har att iakttä bestämmelserna om upphandling.¹² Företag som tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”*leverantörer*” som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).

Tjänster för rekrytering och urval av personal, däribland rekryteringstjänster (CPV 79600000)¹³ och bedömningstjänster vid rekrytering (CPV 79635000-4) utgör sådana s.k. B-tjänster (kategori 22 enligt Bilaga 3 till LOU) som oavsett värdet ska upphandlas med iakttagande av de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU eller LUF.

Bestämmelserna i LOU ska dock inte tillämpas på sådan upphandling som avser tillhandahållande eller drift av publika nät till allmänheten¹⁴ i form av tidtabellslagda¹⁵ transporter med järnväg, automatiserade system, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana.¹⁶ I dessa fall ska istället LUF tillämpas. LOU eller LUF gäller vidare inte under vissa förutsättningar för köp som sker från ett hel- eller delägt företag¹⁷ eller i fråga om tjänstekontrakt som tilldelas en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten.¹⁸

Om en upphandling ska genomföras enligt bestämmelserna i LOU, måste 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 den lagstiftade ordningen 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.¹⁹ 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.

2013 och dom av den 20 februari 2014 i mål nr. 8147-13; Förvaltningsrätten i Linköpings dom av den 11 april 2014 i mål nr. 1309-14; Kammarrätten i Jönköpings beslut av den 16 maj 2014 och dom av den 23 oktober 2014 i mål nr. 1164-14.

¹² Se legaldefinitionen i 2 kap. 12 § jämförd med 19 § LOU (2 kap. 12 § jämförd med 20 § LUF).

¹³ CPV, *Common Procurement Vocabulary*, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EG-kommissionen, GD XV / B / 4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet skall ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. - Se 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), 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, som trädde i kraft den 13 september 2008).

¹⁴ Enligt 2 kap. 15 § LUF avses med *publikt nät* ett nät som är avsett för att tillhandahålla tjänster för allmänheten inom den aktuella verksamheten

¹⁵ Enligt 1 kap. 8 § andra stycket LUF ska ett *nät för transporttjänster* anses finnas om tjänsten tillhandahålls enligt villkor som fastställts av en behörig myndighet och som avser linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden.

¹⁶ Se 1 kap. 3 § LOU jämförd med 1 kap. 8 § LUF.

¹⁷ Se det s.k. *in-house-undantaget* i 2 kap. 10 a § LOU eller bestämmelserna om *anknutna företag* eller *samriskföretag* i 1 kap.15-17 §§ LUF.

¹⁸ Se 1 kap. 7 § LOU (1 kap. 20 § LUF).

¹⁹ Se 1 kap. 9 § LOU.

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

- värdet av det som ska upphandlas hade *lågt värde* – vilket i oktober 2013 motsvarande 15 procent av gällande tröskelvärde eller 284.631 kronor²⁰ – 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.

När det gäller undantaget på grund av *lågt värde* får en upphandlande myndighet enligt 15 kap. 3 a § LOU inte dela upp sina anskaffningar i flera mindre upphandlingar för att komma under beloppsgränsen för direktupphandling. Det är visserligen inte förbjudet för myndigheten att rent praktiskt dela upp sina anskaffningar, men i sådana fall ska värdet av varje delavtal räknas samman för att avgöra om direktupphandling kan komma ifråga. Vid värdeberäkningen för direktupphandling ska således räknas samman och beaktas även andra *direktupphandlingar av samma slag* som har gjorts av myndigheten under det aktuella räkenskapsåret.

Vad som utgör *direktupphandlingar av samma slag* bör enligt rättspraxis²¹ och i viss mån lagförarbetena²² bedömas utifrån ett leverantörsperspektiv, d.v.s. huruvida en leverantör ensam eller tillsammans med annan typiskt sett kan erbjuda de efterfrågade varorna och/eller tjänsterna på en geografisk produktmarknad, och i konkurrens med andra leverantörer. Ett enskilt kontrakts innehåll och de krav som därvid ställs på leveransen påverkar således bedömningen huruvida ett kontrakt kan anses vara av samma slag som ett annat kontrakt. Om den upphandlande myndighetens kravställning skulle medföra att olika typer av leverantörer konkurrerar om två skilda kontrakt bör dessa i konsekvens härmed inte anses vara två kontrakt av samma slag. I litteraturen har som exempel angivits att kulspeppennor, radergummin och pennvässare trots sina inbördes relativa olikheter utgör upphandlingar av samma slag, eftersom de vanligtvis tillhandahålls av samma slags leverantörer som säljer kontorsmateriel.²³

Från rättspraxis kan nämnas att Kammarrätten i Stockholm²⁴ funnit att direktupphandlingar av juridiska tjänster inom olika rättsområden utgjort ”direktupphandlingar av samma slag” eftersom dessa tjänster som typiskt sett tillhandahålls av samma slags leverantör och därmed bör räknas samman vid beräkning av direktupphandlingsgränsen. I ett annat mål har Kammarrätten i Jönköping kommit till en liknande slutsats och till och med funnit att direktupphandling av samma slag kan anses föreligga även om de olika avtalen avser dels en vara, dels tjänster, om varan och tjänsterna tillhandahålls av samma leverantörer och dessutom har ett naturligt samband i tid och beträffande innehåll.²⁵

²⁰ Värdegränsen för lågt värde uppgick i september 2013 till 15 procent av gällande tröskelvärde eller (1.897.540 kr. x 0,15=) c:a 284.631 kronor per bokföringsår, se 15 kap. 3 § och 3 a § LOU samt regeringens tillkännagivande (2011:575) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Motsvarande värdegräns enligt LUF uppgick i september 2013 till 569.262 kronor.

²¹ Se förutom de båda nedan redovisade avgörandena från kammarrätterna i Stockholm respektive Jönköping även Förvaltningsrättens i Linköping nu i ärendet aktuella dom den 8 januari 2015 i mål 7380-14, s. 13 f.

²² Se prop. 2013/14:133 s. 25 som i allt väsentligt hänvisar till Kammarkollegiets skrift Direktupphandling – Vägledning (2011:6), s. 7, nederst och s. 8 med samma innebörd som tidigare redovisats i rättspraxis.

²³ Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Oxford University Press (OUP), 2:a upplagan 2005, s. 383.

²⁴ Se Kammarrätten i Stockholms dom av den 15 oktober 2013 i mål 1965-13 – jfr. även kammarrättens dom av den 22 maj 2013 i mål nr. 2504-13.

²⁵ Se Kammarrätten i Jönköpings dom av den 4 februari 2014 i mål 2510-13.

Undantaget vid *synnerlig brådska*²⁶ 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.²⁷ För att det ska vara absolut nödvändigt att tilldela ett kontrakt ska det röra sig om upphandling av varor eller tjänster av stor samhälls-ekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art.²⁸ Av specialmotiveringen framgår vidare att ”sådana omständigheter som är hänförliga till den upphandlande myndigheten torde inte vara omöjliga att förutse för myndigheten”. Egenförvällad brådska grundar således inte rätt till direktupphandling.²⁹ 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.³⁰ I praxis har tidsfrister för anbudsgivning³¹ på mellan två och fyra veckor³² ansetts utgöra *skälig tid*.³³

Vid bedömningen av om det föreligger tillräckliga skäl för direktupphandling ska vidare, enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta rättspraxis,³⁴ varje möjlighet till undantag från de regler som annars avser att säkerställa effektiviteten av EU- fördragets rättigheter på området för offentlig upphandling tolkas restriktivt³⁵ och det ankommer på den som avser att åberopa ett sådant undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.³⁶

Enligt 16 kap. 13 § LOU ska³⁷ 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.³⁸ Ett lagakraftvunnet³⁹ förordnande enligt bestämmelsen om

²⁶ Se 15 kap. 3 § LOU jämförd med 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU.

²⁷ 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”.

²⁸ 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.

²⁹ Se prop. 2006/07:128 I s. 327.

³⁰ 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.

³¹ Fristen för att komma in med anbudsansökningar i ett urvalsförfarande enligt 15 kap. LOU får dock aldrig vara mindre än tio dagar.

³² 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 Kammarrätten i Stockholms dom i mål 928-10, Länsrätten i Stockholms läns dom i mål 4546-94 och Länsrätten i Västernorrlands läns dom i mål 99-04.

³³ 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.

³⁴ 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.

³⁵ 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.

³⁶ 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.

³⁷ 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.

³⁸ Rätten får enligt 16 kap. 14 § LOU emellertid 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.

ogiltighet medför retroaktiv verkan (*ex tunc*), 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 anger lagförarbetena att utgångspunkten ska vara att det förmögenhetsläge som gällde innan det ogiltiga avtalet slöts istället ska återställas.⁴⁰ Om exempelvis vissa tjänster enligt ett sedermera ogiltigförklarat avtal redan har hunnit utföras kan leverantörens ha rätt till ersättning för sina utlägg men inte för samkostnadstäckning och vinst.

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 upphandlingsskadeavgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktsvärde⁴¹ men individuell bedömning ska alltid ske med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.⁴²

Yttrande

Östgötatrafiken har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet anfört sammanfattningsvis följande. Bolaget finner anledning att ifrågasätta Konkurrenskommissionens opartiskhet eftersom föredraganden i kommissionen har varit ombud för den klagande leverantören i det mål om överprövning som behandlats vid bl.a. Förvaltningsrätten i Linköping, samt med anledning av detta biträtt med anspråk på Östgötatrafiken. Mot bakgrund av detta finner inte Östgötatrafiken det meningsfullt att lämna något yttrande i ärendet då Konkurrenskommissionens självpåtagna roll som domstol får betraktas som en nullitet. Vidare har Östgötatrafiken, med anledning av det mål i Förvaltningsrätten som redovisats i promemorian, uppmärksammat de brister i organisationen som möjliggjort direkttilldelning av tjänstekontrakt utöver tillåtna tröskelvärden. Bolaget arbetar nu med att införa rutiner för bättre kontroll över de direktupphandlingar som görs inom organisationen.

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.

Östgötatrafiken är i sin kapacitet av landstingsägt kollektivtrafikbolag skyldigt att iaktta LOU eller LUF vid sina anskaffningar. Valet av lagbestämmelser styrs av ändamålet med upphandlingen.

Bolaget har i september 2013 direktupphandlat personalrekryteringstjänster för bemanning av en regionbeställningscentral för anropsstyrd särskild kollektivtrafik. Eftersom härigenom rekryterad personal inte huvudsakligen ska befatta sig med sådan trafik i fasta nät som betjänar allmänheten är det bestämmelserna i LOU och inte i LUF som ska tillämpas på upphandlingen. Enligt dessa bestämmelser gällde vid tidpunkten för Östgötatrafikens genomförda direktupphandling ett lägsta värde för direktupphandling på 284.631 kronor. Om den upphandlande myndigheten även har gjort andra direktupphandlingar av samma slag under verksamhetsåret ska också dessa läggas till grund för värdebedömningen.

³⁹ 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.

⁴⁰ Se prop. 2009/10:180, s. 361.

⁴¹ 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.

⁴² Se HFD 2014 ref. 69.

Av utredningen framgår att Östgötatrafiken under 2013 har direktupphandlat personalrekruterings-tjänster för i vart fall 618.777 kronor. Den största av dessa upphandlingar avser ett värde på 248.800 kronor och genomfördes under första halvåret 2013. När upphandlingen för regionbeställningscentralen senare påbörjades, i september samma år, var det således uppenbart att det inte gick att genomföra ytterligare direktupphandling av sådana tjänster eftersom värdegränsen enligt LOU därmed skulle komma att överskridas.

Några synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska, för att direktupphandla de aktuella tjänsterna har inte förelegat utan Östgötatrafiken borde i samma ordning som direktupphandlingen nu genomförts även kunnat inbjuda även andra leverantörer än de sex särskilt tillfrågade företagen att vara med och lämna anbud. Inte heller något annat av de i LOU angivna kriterierna för direktupphandling är uppfyllt. Av dessa skäl skulle ett annonserat förfarande ha genomförts med iakttagande de grundläggande principerna om likabehandling och insyn (transparens). Genom att underlåta detta har Östgötatrafiken brutit mot LOU och de bakomliggande EU-fördragen. Det kan även konstateras att värdegränsen för direktupphandling enligt LUF har kommit att överskridas. Mot denna bakgrund finns det anledning att rikta kritik mot Östgötatrafiken.

I sådana ärenden som innefattar bevisvärdering har Konkurrenskommissionen som rutin att låta frågan först prövas i domstol, för att med ledning därav sedan gå vidare med en egen utredning och bedömning av ärendet. Kommissionens nu aktuella utredning bygger i allt väsentligt på ett laga-kraftvunnet avgörande av Förvaltningsrätten i Linköping där Östgötatrafiken har fått avtalet med Adecco ogiltigförklarat. Med ledning av detta framstår det som uppenbart att Östgötatrafiken har överträtt LOU och de bakomliggande unionsrättsliga bestämmelserna på sätt som redovisas i promemorian. Bolaget har nu att vidta erforderliga åtgärder för att inrätta sig i enlighet med domstolens avgörande, så att förmögenhetsläget mellan parterna återställs som om det ogiltiga avtalet aldrig hade funnits. Bolaget riskerar även att på en eventuell talan av Konkurrensverket få betala upphandlingsskadeavgift.