

PM 2 2018-06-13 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direkttilldelning.

En kommunal förvaltning har tecknat avtal värt c:a 2,4 miljoner kronor direkt med ett privat företag, utan föregående annonserad anbudsinfordran.

Stockholms stad, genom Idrottsförvaltningen (nedan Staden) har den 12 juni 2017 slutit ett avtal angivet som ”Konsulttjänst maritima tjänster” (nedan Avtalet)¹ med det privata företaget Projekt 2.0 Stockholm AB (nedan Leverantören). Avtalet ”omfattar inom verksamhetsområdet (friluftsverksamhet och fritidsbåtssportsverksamhet) förekommande arbetsuppgifter” och gäller från och med den 10 juni 2017 till och med den 30 maj 2018 utan möjlighet till förlängning.²

Avtalet har inte föregåtts av någon föregående annonserad anbudsinfordran. Staden har istället skickat ut en offertförfrågan och på detta sätt infodrat anbud från tre utvalda leverantörer.³

Leverantören inkom den 5 juni 2017 med svar på offertförfrågan, varvid kontraktet tilldelades och Avtalet sedermera tecknades med Leverantören.⁴

Avtalet stipulerar ett timarvode på 900 kronor, exklusive lagstadgad mervärdeskatt (moms). Av Stadens leverantörsreskontra framgår att Leverantören under perioden från och med den 10 juni 2017 till och med den 4 april 2018 har fakturerat tjänster till sammanlagt ett värde av 1.948.800 kronor exklusive moms.⁵ Avtalets samlade kontraktsvärde kan således, med utgångspunkt i genomförd fakturering, beräknas uppgå till i vart fall 1.948.800 kronor; april och maj månads fakturering 2018 därmed oräknad.⁶

Rättslig reglering

Med offentlig upphandling avses förfarandet till och med tilldelning av ett *offentligt kontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser bland annat tillhandahållande av tjänster mot ersättning.

Upphandling av *offentliga tjänstekontrakt* som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU. Lagstiftningen är följd av bl.a. kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt (numera) artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU).⁷ Lagstiftningen är generellt tillämplig på alla åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa tjänster genom tilldelning av kontrakt.⁸

Kommunala myndigheter utgör enligt legaldefinitionen i 1 kap. 22 § LOU sådana *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iaktta lagens bestämmelser.⁹

En tjänsteupphandling som inte avser s.k. *särskilda tjänster* enligt Bilaga 2 till LOU ska om det samlade kontraktsvärdet överstiger gällande *tröskelvärde* handläggas enligt de direktivstyrda bestämmelserna i 1-18 kap. LOU. Det för upphandlingen aktuella tröskelvärdet uppgick (i juni 2017) till 1.910.323 kronor.

Syftet med reglerna om offentlig upphandling är bland annat att säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. Det har därför angivits ett antal unionsrättsligt grundade principer som oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid offentlig upphandling.

¹ Se avtal ”Konsulttjänst maritima tjänster” med dnr 02.04.01/606/2017.

² Se § 5 i Avtalet.

³ Se ”Offertförfrågan konsulttjänst – maritima tjänster” med dnr. 02.04.01/606/2017.

⁴ Se § 3 i Avtalet.

⁵ Enligt utdrag ur leverantörsreskontra för perioden 1 januari 2016 – 21 maj 2017.

⁶ Faktureringen avser 43 veckors arbete. Fakturerat belopp om 1 948 800 kr. /. 900 kr/timme motsvarar dock 2.165,3 timmar, eller (2.165 /. 40) ≈ 54,13 fulla (40 timmars) arbetsveckor (mellankommande helger inräknade).

⁷ Se EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU, av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

⁸ Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU se även 2 kap. 12 § jämförd med 19 § ÅLOU.

⁹ På motsvarande sätt utgör enligt 1 kap. 16 § LOU företag som på marknaden tillhandahåller aktuella tjänster *leverantörer* som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).

Däribland principerna om *likabehandling och icke-diskriminering* samt *öppenhet (transparens)*.¹⁰ Av dessa principer följer att alla leverantörer ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn, att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud utifrån samma villkor. Vissa leverantörer eller grupper av leverantörer får inte ensidigt gynnas, utan samtliga på marknaden verksamma leverantörer ska ges samma relevanta information vid samma tillfälle.¹¹

Vid upphandling av tjänster föreligger det som huvudregel en obligatorisk skyldighet för den upphandlande myndigheten att upprätta ett skriftligt förfrågningsunderlag och offentliggöra upphandlingen. Om anskaffningens kontraktsvärde överstiger tröskelvärdet ska ett meddelande om upphandlingen skickas till Europeiska kommissionen för annonsering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.¹² I övriga fall räcker det med att annonsering sker i en allmänt tillgänglig nationell databas.¹³ Undantag från denna skyldighet föreligger dock endast om någon av följande förutsättningar är uppfyllda.¹⁴

- det som ska upphandlas har *lågt värde* – d.v.s. kontraktsvärdet understiger 534.890 kronor¹⁵ – eller om det föreligger *synnerliga skäl*,
- det föreligger *synnerlig brådska* beroende på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutsägas av upphandlande myndigheten,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några lämpliga anbud eller ogiltiga eller oacceptabla anbud,
- syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller konstnärlig prestation,
- 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 uppskattningen av värdet av det ursprungliga projektet.
- det är fråga om en tjänst som följer på en projekttävling.

Undantaget på grund av *synnerlig brådska* kan endast komma ifråga vid extraordinära situationer. För att sådant undantag överhuvudtaget ska vara möjligt måste anskaffningen framstå som absolut nödvändig. Enligt praxis ska det röra sig om en brådskande anskaffning av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art¹⁶ och det ska framstå som uppenbart att kontrakt omedelbart måste komma till stånd för att det inte annars ska uppstå mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa.¹⁷

Det som kan rättfärdiga undantaget måste vidare bero på yttre förhållanden, dvs. omständigheter som ligger utanför det område som den upphandlande myndigheten har kunnat förutse eller påverka. *Egenförvållad brådska* som har sin grund i bristande planering från den upphandlande myndighetens sida kan exempelvis inte medföra möjlighet till undantag. I kravet på oförutsebarhet ligger således att förhållandena närmast ska ha *karaktären av force majeure*.¹⁸ Tidsnöden måste också vara sådan att det inte har varit objektivt möjligt att hålla tidsfristen vid annonserat förfarande.

¹⁰ Se 4 kap, 1 § LOU. De grundläggande principer som här åsyftas följer numera av avdelning IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF - tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG. Angående de grundläggande principernas innebörd, se bl.a. prop. 2006/07:128, s. 132 samt prop. 2015/16:195, avsnitt 9.1 (s. 426 ff.) och specialmotiveringen till 4 kap 1 § LOU (s. 972 f.).

¹¹ Se prop. 2006/07:128, s 132, samt EU-domstolens domar i *Succhi di Frutta* (C-496/99), EU:C:2004:236, pp. 108–111, *SIAC Construction* (C-19/00) EU:C:2001:553, p. 42 och i *Cartiera dell'Adda* (C-42/13) EU:C:2014:2345, p. 44, se även domstolens avgörande i *Connexion Taxi* (C-171/15) EU:C:2016:948, pp. 39 och 40.

¹² Se 10 kap. 1 § LOU jämförd med 2 § upphandlingsförordningen (2016:1162).

¹³ Se 19 kap. 9 § LOU.

¹⁴ Se 6 kap. 12-16, 18 och 19 §§ LOU.

¹⁵ Direktupphandlingsgränsen 534.890 kronor har beräknats som 28 procent av tröskelvärdet 1.919.463 kronor, se 19 kap. 7 § tredje stycket jämförd med 5 kap. 1 § LOU samt regeringens tillkännagivande (2017:223) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹⁶ Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i mål nr 7469--7472-11.

¹⁷ I rättspraxis har exempelvis uteblivna livsmedelsleveranser till skolor, förskolor och servicehus ansetts vara av brådskande natur - se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 29 februari 2012 i mål nr. 1446--1452-12. I lagförarbetena anges även att möjlighet till extra förmånliga köp på auktion samt särskilt personrelaterade behov av hälso- och sjukvårdstjänster kan anses medföra synnerliga skäl – se prop. 2001/02:142, s. 99 samt prop. 2006/07:128, s. 429; jfr. även Konkurrensverkets beslut av den 26 maj 2010 i ärende nr. 430/2009.

¹⁸ Se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

När det gäller otillåten direkttilldelning har bland annat EU-domstolen uttalat att detta utgör den ”allvarligaste överträdelsen av unionslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande myndighet kan begå”.¹⁹ Enligt den s.k. försiktighetsprincipen i EU-domstolens fasta praxis,²⁰ ska därmed alla möjligheter till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de unionsrättsliga rättigheterna vid offentlig upphandling tolkas restriktivt²¹ och det ankommer på den som åberopar ett undantag att också bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.²²

Om en upphandlande myndighet har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller mot någon annan upphandlingsrättslig bestämmelse kan en skadelidande leverantör ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att upphandlingen ska rättas eller att den ska göras om.²³ Sådan talan kan föras fram till dess att avtal slutits eller upphandlingen annars avslutats.

I fall där avtal redan uppkommit kan rätten istället besluta att avtalet är *ogiltigt*, för det fall att avtalet har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga.²⁴ En sådan talan ska föras inom sex månader från det att avtalet slöts.²⁵ Konkurrensverket kan även, inom ett år från det att avtalet slöts,²⁶ föra talan i allmän förvaltningsdomstol om att den upphandlande myndigheten ska förpliktas betala en särskild *upphandlingsskadeavgift*²⁷ på upp till tio procent av kontraktsvärdet, dock lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor.²⁸

I rättspraxis har upphandlingsskadeavgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet,²⁹ men en individuell bedömning ska alltid ske med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.³⁰

Yttrande

Staden har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet angivit att förvaltningen har mottagit Konkurrenskommissionens skrivelse men avböjer att kommentera den.

¹⁹ Se bl.a. EU-domstolens dom i *Stadt Halle* (C-26/03) EU:C:2005:5, p 37, i framförallt engelsk eller tysk språkversion; se även skäl 13 till Europaparlamentets och Rådets direktiv (2007/66/EG) av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

²⁰ Från senare rättspraxis se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23.

²¹ Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden i *kommissionen mot Spanien* (C-71/92) EU:C:1993:890, *Kommissionen mot Spanien II* (C-328/92) EU:C:1994:178 och *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) EU:C:1995:150.

²² Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens avgöranden i *Kommissionen mot Italien* (C-199/85), *Kommissionen mot Spanien II* (C-328/92) EU:C:1994:178 och *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) EU:C:1995:150. Från senare praxis, se även domstolens avgöranden i de förenade målen *Bockhorn-Braunschweig* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220 och *Stadt Halle* (C-26/03) EU:C:2005:5, p. 46.

²³ Se 20 kap. 4-6 § LOU.

²⁴ Se 20 kap. 13 § LOU. Enligt 20 kap. 16 § LOU får rätten även förordna att ett avtal inte får fullgöras till dess att något annat har bestämts (interimistiskt förbud) men får avstå från detta om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

²⁵ Se 20 kap. 17 § LOU.

²⁶ Se 21 kap. 7 § LOU se även samma kapitel 6 § jämförd med 20 kap. 17 § LOU.

²⁷ Se 21 kap. 2 jämförd med 1 § LOU.

²⁸ Se 21 kap. 4 § LOU. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska enligt samma kapitel. 5 § särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. Av bestämmelsen framgår att i ringa fall ska någon avgift inte beslutas och at avgiften får efterges vid synnerliga skäl. Ett upprepat beteende från den upphandlande myndigheten kan bedömas som en försvärande omständighet som motiverar ett högre straffvärde - se bland annat Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 10 december 2015 i mål nr. 13345-15.

²⁹ Se exempelvis Kammarrätten i Stockholms mål nr. 1305-12, 5426-12 och 5452-12, Kammarrätten i Göteborgs mål nr 7009-12 Förvaltningsrätten i Stockholms mål nr 1281-12, 2916-13, 22373-12, 2922-13 och 2987-13, Förvaltningsrätten i Göteborgs mål nr 13115-12, Förvaltningsrätten i Faluns mål nr 2643-12, Förvaltningsrättens i Växjö mål nr 286-12 och Förvaltningsrättens i Luleå mål nr 2166-11.

³⁰ Se HFD 2015 ref. 69.

Slutlig 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.

Staden omfattas av regelverket i LOU. Av utredningen framgår att Staden har köpt tjänster direkt från Leverantören till ett samlat kontraktsvärde av i vart fall 1.948.800 kronor.

Eftersom det samlade kontraktsvärdet av aktuella tjänster således överstiger det vid tidpunkten gällande *tröskelvärdet* omfattats upphandlingen av de direktivstyrda förfarandebestämmelserna i LOU. Något undantag från annonseringsskyldighet på grund av *lågt värde* föreligger i vart fall inte.

Anbud skulle därmed ha infordrats genom antingen annons i EUT och TED eller i en allmänt tillgänglig nationell databas. Så har emellertid inte skett. Fråga uppkommer därmed om Staden har haft någon laglig grund för att underlåta annonsering enligt LOU.

Konsulttjänster inom verksamhetsområdet för friluftsverksamhet och fritidsbåtsporsverksamhet är knappast av en sådan art att Avtalet mellan Staden och Leverantören omedelbart måste komma till stånd för att det inte annars skulle uppstå mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa. Någon *synnerlig brådska* kan således inte åberopas för att direkttilldela Avtalet till Leverantören. Någon annan enligt LOU tillämplig undantagsgrund finns såvitt framkommit heller inte. Staden har således inte haft någon laga grund för att underlåta annonsering enligt LOU.

LOU och det bakomliggande direktivet syftar ytterst till att motverka korruption, varför det är av största vikt att kontrakt av nu aktuellt värde annonseras i föreskriven ordning. Underlåtenhet att iaktta detta utgör ett brott mot såväl LOU som de unionsrättsliga bestämmelser som Sverige åtagit sig att följa. Det finns därför anledning att riktiga allvarlig kritik mot Staden, som uppenbarligen behöver se över sina upphandlingsrutiner.