

PM 2 2020-03-25 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direkttilldelning.

En kommun har utan föregående annonserad anbudsinfordran köpt upphandlingskonsulttjänster direkt från en fristående konsult som tidigare har varit anställd av kommunen.

Arvidsjaur kommun (nedan Kommunen) har den 21 februari 2019 ingått avtal om köp av löpande tjänster (nedan Konsultavtalet) med en tidigare medarbetare (nedan Upphandlingskonsulten) i dennes enskilda firma.¹ Konsultavtalet uppskattas omfatta 50 timmar per månad, men volymen anges inte vara absolut, utan kan både över- och underskridas.² Avtalet löper från och med den 1 mars 2019 till och med den 30 september 2019² med möjlighet till förlängning på oförändrade villkor med tre (3) månader i sänder.³ Någon gräns för hur länge Konsultavtalet kan förlängas finns inte.⁴ Priset för Upphandlingskonsultens tjänster har avtalats till 675 kronor per timme.⁵ Uppdraget ska utföras på Kommunens arbetsplats och Kommunen ska tillhandahålla nödvändig teknisk utrustning och tillgång till nödvändiga system samt kataloger för uppdragets utförande.⁶

Upphandlingskonsulten har tidigare, under perioden 2002 – 2016, varit anställd hos Kommunen. Fram till 2007 var denne verksam som ”Inköpare” för att därefter övergå till att arbeta som ”Upphandlare”.⁷

Det saknas överhuvudtaget dokumentation som styrker att Konsultavtalet har upphandlats i ett annonserat förfarande med infordran av konkurrerande anbud, och även övrig information om vad som motiverat Kommunens beslut under handläggningen.⁸

För perioden april till och med juni 2019 har konsulten löpande fakturerat Kommunen för i genomsnitt 56.25 arbetade timmar per månad.⁹ Det aktuella kontraktsvärdet av Konsultavtalet kan därmed beräknas uppgå till (56.25 timmar x 675 kr =) 37.968,75 kronor per månad eller, räknat som ett 48-månaderskontrakt,⁴ 1.822.500 kronor. Samtliga priser angivna exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).

Rättslig reglering

Med *offentlig upphandling* avses bland annat förfarandet till och med tilldelning av ett 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 som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU.

¹ Se ”Avtal Upphandlingskonsult” av den 21 februari 2019 (Konsultavtalet).

² Konsultavtalet p. 2.0 och 2.1.

³ Konsultavtalet p. 2.2.

⁴ Kontraktsvärdet av avtal som löper till vidare ska enligt 19 kap. 8 § LOU jämförd med 5 kap. 3 och 13 §§ LOU beräknas som 48-månaderskontrakt.

⁵ Fast pris under kontraktstiden och vid eventuell förlängning, se Konsultavtalet p. 3.0.

⁶ Konsultavtalet, p. 6.0.

⁷ Se e-postmeddelande från Kommunen av den 25 juni 2019, där det framgår att den person som nu anges som Upphandlingskonsulten ”har varit anställd av Arvidsjaur Kommun som Upphandlare under perioden 070208--160630 och som Inköpare perioden 021012--070207”.

⁸ Se e-postmeddelande med Kommunens beslut av den 3 juli 2019, ”Svar på begäran om att ta del av allmän handling” av vilket framgår att inte finns några dokument att redovisa rörande upphandling av kontraktet.

⁹ För mars månad 2019 har Kommunen fakturerats för 58 timmars arbete (faktura 102 ref.nr. AK720), för april månad 53 timmar (faktura 103 ref.nr. AK720), för maj månad 62 timmar (faktura 104, ref.nr. AK721) och slutligen för juni månad 52 timmar (faktura 105, ref.nr. AK721). Detta ger ett genomsnitt av (158 + 53 + 62 + 52 = 225) 225 / 4 =) fakturerade 56.25 arbetstimmar per månad.

Bestämmelserna är en följd av bland annat kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU).¹⁰ och syftar bland annat till att motverka korruption i offentlig verksamhet.¹¹ Lagen är generellt tillämplig på åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa varor och tjänster genom tilldelning av ett kontrakt.¹²

Kommuner utgör enligt legaldefinitionen i 1 kap. 22 § LOU sådana *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt måste följa lagens bestämmelser.¹³

Syftet med lagen är att bland annat säkerställa efterlevnaden av de unionsrättsliga bestämmelserna om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna.¹⁴ Det har därför i 4 kap. 1 § LOU införts ett antal grundläggande principer, vilka oavsett förfarande ska iaktas vid offentlig upphandling. Däribland krav på *likabehandling* och *öppenhet (transparens)*.¹⁵ Av dessa följer att alla leverantörer¹⁶ ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud utifrån samma villkor. Samtliga leverantörer ska ges samma relevanta information vid samma tillfälle.¹⁷ Enligt vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalat i HFD 2012 ref. 48 är det nämligen en av regelverkets viktigaste funktioner att säkerställa leverantörernas lika förutsättningar att kunna lämna konkurrenskraftiga anbud. I 4 kap. 2 § LOU finns därför en förtydligande bestämmelse enligt vilken en upphandling inte får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. De grundläggande principerna har enligt 4 kap. 1 § LOU införts till att även omfatta förfaranden som annars ligger utanför det direktivstyrda regelverket.¹⁸

Det s.k. *kontraktsvärdet* av en upphandling ska beräknas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de har utnyttjats.¹⁹ Tjänstekontrakt som genom exempelvis en förlängningsklausul har utformats för att löpa tills vidare ska räknas som fyraårsavtal, beräknat till månadsvärdet multiplicerat med 48.²⁰

Om kontraktsvärdet därmed bedöms understiga tröskelvärdet 2.096.097 kronor²¹ eller avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2 till LOU, ska förfarandet handläggas enligt de nationella bestämmelserna i lagens 19:e kapitel. Som regel ska ett annonserat förfarande genomföras.²² *Direktupphandling*, där den upphandlande myndigheten utan föregående annonsering tillåts vända sig direkt till en viss leverantör, får undantagsvis komma ifråga vid följande förhållanden.

¹⁰ Europaparlamentets och Rådets direktiv (2014/24/EU) av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

¹¹ Se bl.a. betänkandet SOU 2018:44, jämte där angivna rättskällor.

¹² Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

¹³ På motsvarande sätt utgör enligt 1 kap. 16 § LOU näringsidkare som på marknaden tillhandahåller aktuella varor eller tjänster leverantörer, som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud.

¹⁴ Kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

¹⁵ De grundläggande principer som här åsyftas följer numera av avdelning IV 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.).

¹⁶ Med *leverantörer* avses enligt 1 kap. 16 § LOU företag som är verksamma med att på marknaden tillhandahålla varor, tjänster eller byggtreprenader.

¹⁷ 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.

¹⁸ Se bl.a. Högsta förvaltningsdomstolens dom av den 19 oktober 2018 i mål nr. 3038-17 med särskilt yttrande av justitierådet Nord – ännu inte refererat i HFD.

¹⁹ Se 5 kap. 3 § och 19 kap. 8 § andra stycket LOU.

²⁰ Se 5 kap. 13 § LOU.

²¹ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärdet* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 5 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Gällande tröskelvärde för varukontrakt som tilldelas av upphandlande myndigheter som inte är centrala upphandlande myndigheter (bland annat kommuner) uppgår 2019 till 2.096.097 kronor - se regeringens tillkännagivande (2018:34) om tröskelvärdet vid offentlig upphandling.

²² 19 kap. 9-13 §§ LOU.

- värdet av det som ska upphandlas har *lågt värde* – dvs. maximalt 586.907 kronor, motsvarande 28 procent av gällande tröskelvärde²³ - eller om det föreligger *synnerliga skäl*²⁴, eller *synnerlig brådska*.
- det har vid en tidigare genomförd annonserad upphandling inte lämnats några lämpliga anbud, eller enbart ogiltiga eller oacceptabla anbud,
- syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller konstnärlig prestation
- det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens, eller det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt och därför endast kan tillhandahållas av en viss leverantör,
- 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.

Undantag på grund av *synnerlig brådska* kan endast aktualiseras vid extraordinära situationer. För sådant undantag måste anskaffningen framstå som absolut nödvändig. Enligt praxis ska det röra sig om ett brådskande behov av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art.²⁵ Det ska även framstå som uppenbart att ett kontrakt omedelbart måste komma till stånd för att det inte annars ska uppstå mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa.

De omständigheter som åberopas till stöd för *synnerlig brådska* måste vidare bero på yttre förhållanden, dvs. saker som ligger utanför det område som den upphandlande myndigheten har kunnat förutse eller påverka. *Egenförvållad brådska* som exempelvis kan ha uppkommit till följd av bristande planering medför inte möjlighet till undantag.²⁶ I äldre lagförarbeten kommenteras den omständigheten att brådskan inte får vara ”orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten” bland annat med att ”sådana omständigheter [...] torde inte vara omöjliga att förutse för myndigheten”.²⁷ I rekvisitetet om oförutsebarhet ligger sålunda att förhållandena närmast ska ha *karaktären av force majeure*.²⁸

Enligt den allmänna s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis ska möjligheterna till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i de unionsrättsliga fördragen inom området för offentlig upphandling vidare tolkas *restriktivt* och det ankommer på den upphandlande myndigheten att bevisa de särskilda omständigheter som motiverar ett sådant undantag.²⁹

Varje upphandlande myndighet ska enligt lagen besluta om riktlinjer för användning av direktupphandling.³⁰ Vid värden överstigande 100.000 kronor ska genomförandet även finnas dokumenterat på ett sätt som är tillräckligt för att motivera myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeenden.³¹ Av Upphandlingspolicy för Arvidsjaurs kommun³² framgår bland annat följande.

Direktupphandling får tillämpas när ramavtal saknas samt när upphandlingens värde inte överstiger fastställt tröskelvärde enligt LOU. Upphandlingen ska dokumenteras på lämpligt sätt [...]. Till exempel ska prisuppgifter från de tillfrågade leverantörerna (som ska vara tillräckligt många för konkurrens) arkiveras enligt gällande dokumenthanteringsplan och finnas tillgängliga för internkontroll. När dokumentationen är klar ska det lämnas till ekonomi/upphandlaren. Inför all direktupphandling ska upphandlingsenheten kontaktas.

²³ Se regeringens tillkännagivande (2018:34) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

²⁴ 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.

²⁵ Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i mål nr 7469--7472-11.

²⁶ Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien III* (C-385/02) EU:C:2004:522, punkten 38.

²⁷ Se prop. 2006/07:128, s. 327, specialmotiveringen till 4 kap. 5 § LOU.

²⁸ Se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

²⁹ Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23 samt där noterad praxis.

³⁰ 19 kap. 7 § tredje stycket LOU.

³¹ 19 kap. 20 § LOU.

³² Arvidsjaurs kommun/Ärvisjävrén kommunvårdna, Upphandlingspolicy Fastställd av Kommunfullmäktige den 18 juni 2018 § 81 (dnr 71/2018)

Direktupphandling på grund av "synnerliga skäl" gäller akuta ärenden där en normal konkurrenssituation inte kan skapas på grund av tidsbrist. Tidsbrist på grund av dålig planering eller annan orsak som kommunen själv kunnat råda över är inte grund för att kunna åberopa synnerliga skäl.

Direktupphandling med hänvisning till synnerliga skäl ska ske restriktivt och i samråd med upphandlingsenheten. [---]

Alla upphandlingar över 100 000 SEK ska annonseras genom kommunens upphandlingssystem. Upphandlingsenheten ska kontaktas för vägledning innan en direktupphandling påbörjas. Alla dokument som rör upphandlingen ska arkiveras.³³

Ett avtal som har kommit till genom en s.k. *otillåten direkttilldelning*, utan iakttagande av kravet på annonsering, kan förklaras ogiltigt efter beslut av allmän förvaltningsdomstol.³⁴ Ansökan om ogiltighet av avtal ska som huvudregel komma in till rätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Efter denna tidsfrist kan sådan talan inte längre prövas.³⁵

Om det kan motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset ska domstolen istället besluta att avtalet får bestå, även om förutsättningarna för ogiltighet annars är uppfyllda.³⁶ Domstolen kan, på talan av Konkurrensverket, senare även besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av en upphandlande myndighet.³⁷ En sådan straffavgift ska beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor, dock inte högre än tio procent av kontraktsvärdet.³⁸ I rättspraxis har dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet.³⁹ Talan om upphandlingsskadeavgift ska senast vara väckt inom sex månader från lagakraftvunnen dom avtalsogiltighet eller i annat fall senast ett år från den tidpunkt då avtalet slöts.⁴⁰

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.

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.

Kommunen måste som upphandlande myndighet följa bestämmelserna om offentlig upphandling. Av utredningen framgår att Kommunen slutit avtal om köp av upphandlingstjänster direkt från en tidigare anställd, i dennes enskilda firma. Konsultavtalet har utformats så att det löpande kan förlängas med tre (3) månader i sänder utan någon begränsning i tiden. Avtalet ska därmed bedömas som ett 48-månaderskontrakt till ett kontraktsvärde motsvarande 1.822.500 kronor.

Eftersom värdet av upphandlingen överstiger den beloppsgräns då direktupphandling inte längre tillåts komma ifråga och det inte heller har visats föreligga någon annan grund till undantag har Kommunen varit skyldig att annonsera upphandlingen så att även andra leverantörer än Upphandlingskonsulten hade kunnat vara med och lämna anbud.

En sådan föreskrift följer även av Kommunens egen interna Upphandlingspolicy, där det tydligt anges att upphandlingar över 100.000 kronor ska annonseras genom Kommunens upphandlingssystem.

³³ Se ovan angivna Upphandlingspolicy, Bilaga 2 s. 10.

³⁴ 20 kap. 13 § LOU.

³⁵ 20 kap. 17 § LOU.

³⁶ 20 kap. 14 § LOU.

³⁷ 21 kap. 1 § första stycket 2 LOU.

³⁸ 21 kap. 4 § LOU.

³⁹ 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.

⁴⁰ 21 kap. 7 § LOU

Det ska även finnas dokumentation på sätt som lagen föreskriver. Såvitt framkommit i utredningen finns det hos Kommunen dock inte dokumenterat skälen till valet av ett direktupphandlingsförfarande eller vad som i övrigt motiverat Kommunens beslut under upphandlingen.

Kommunen har härigenom brutit mot de lagbestämmelser om offentlig upphandling som bland annat syftar till att motverka korruption. Det framstår som särskilt anmärkningsvärt att Kommunen och den berörda upphandlingskonsulten, som uppenbarligen ska vara expert på offentlig upphandling och väl förtrogen med Kommunens upphandlingsverksamhet, har ingått Konsultavtalet inte bara i strid mot lagen utan även mot Kommunens egen Upphandlingspolicy. Det finns därmed anledning att rikta allvarlig kritik mot Kommunen, som även snedvridit konkurrens på marknaden för upphandlingstjänster. Om Konkurrensverket väljer att ingripa mot förfarandet riskerar Kommunen också att få betala upphandlingsskadeavgift (som är ett slags böter) till ett belopp om sju procent av kontraktsvärdet eller c:a 130.000 kronor.