

PM 2 2023-04-03 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direkttilldelning.**

*En kommun har köpt tjänster för i vart fall 720.000 kronor direkt från ett privat konsultföretag, utan föregående annonserad anbudsinfördan.*

Bjuvs kommun (nedan Kommunen) har i mars 2022 slutit avtal<sup>1</sup> direkt med en lokal konsult och hans företag (nedan Konsultbolaget) om köp av tjänster i ett projekt för ökad trygghet inom kommunen.

Projektet syftar till att förändra, förbättra och utveckla eftersatta platser inom Kommunens område med särskilt sikte på privatägda fastigheter, hyresbostäder och dess närmiljö. Konsultuppdraget innefattar i huvudsak åtgärder mot oseriösa fastighetsägare, genom riktade och samordnade myndighetsinsatser. Inom ”Problemområde 1” ska konsulten, i samråd med Kommunen, framställa en kartläggning och analys med fokus på eftersatt underhåll, undermålig miljö, otillåten andrahandsuthyrning och antal boende per lägenhet. På motsvarande sätt ska konsulten inom ”Problemområde 2” identifiera och framställa en analys med förslag på åtgärdsplaner för sådana centralt belägna områden med förbättrings- och utvecklingspotential som sedan tidigare redan finns kartlagda. Konsulten ska bland annat upprätta planer och förslag för aktuellt område, samt identifiera involverade aktörer och samverka med dessa.<sup>2</sup>

Projektet var ursprungligen avtalat att pågå under perioden mars-maj 2022, under vilken tid Kommunen skulle köpa 240 timmar<sup>3</sup> konsulttjänster till ett pris av 1.500 kronor<sup>4</sup> per timme<sup>5</sup> för således sammanlagt 360.000 kronor.<sup>4</sup>

Enligt vad kommunen uppgivit har uppdraget dock kommit att utökas efter avtalets ursprungliga utgångstid. Detta skedde genom en muntlig överenskommelse mellan Kommunen och den anlåtade konsulten, vilket medfört att den sammantagna faktureringen från Konsultbolaget till Kommunen kommit att uppgå till ett belopp som är högre än direktupphandlingsgränsen. Kommunen uppger sig vara medveten om detta, men anser att det var viktigt att avsluta arbetet med samma konsult. Kommunen har också konstaterat att omfattningen i tid inte hade varit tillräcklig för att kunna slutföra arbetet vid den ursprungligen avtalade tidpunkten, men uppger att man missade att uppdatera avtalet.<sup>6</sup>

Något annonserat upphandlingsförfarande har inte föregått Kommunens anskaffning. Såvitt framkommit har Kommunen vidare varken upprättat ett skriftligt förfrågningsunderlag eller kontaktat andra leverantörer än Konsultbolaget, med möjlighet att lämna anbud.<sup>7</sup> Någon diarieförd dokumentation av upphandlingens samtliga skeden finns heller inte upprättad.<sup>8</sup>

Under perioden den 12 april 2022 till och med den 29 september 2022 har Konsultbolaget löpande fakturerat Kommunen 720.000 kronor för utförda tjänster.<sup>9</sup> Upphandlingens aktuella kontraktvärde kan därmed beräknas uppgå till minst detta belopp.

<sup>1</sup> ”Konsultavtal”, daterat och undertecknat av parterna (Bjuvs kommun och Konsultbolaget) den 1 mars 2022 (dnr. Avtal 2022-00035).

<sup>2</sup> Se Kommunens projektbeskrivning ”Bilaga 1; Uppdraget Projekt för ökad trygghet”.

<sup>3</sup> Konsulten ska utföra 80 timmar per månad under tre månader (Konsultavtalet punkten 2 tredje stycket jämförd med 1, andra stycket).

<sup>4</sup> Pris angivet exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).

<sup>5</sup> Se Konsultavtalet punkterna 1 andra stycket, 2 tredje stycket samt 5. Se även Bilaga 1, sid 2 (nederst).

<sup>6</sup> Se e-postmeddelande, ”Begäran om handlingar från Bjuvs kommun”, skickat den 26 oktober 2022 från Kommunen till Helsingborgs Dagblad.

<sup>7</sup> I e-postmeddelande den 7 november 2022 har Kommunen, som svar på en begäran att få del av Kommunens skriftliga förfrågningsunderlag med uppgift om vilka övriga leverantörer som har kontaktats i upphandlingen samt den övriga dokumentation som ska finnas förvarad, angivit att ”Det finns inte några sådana allmänna handlingar att lämna ut”.

<sup>8</sup> I e-postmeddelande den 8 november 2022, som ytterligare svar på begäran om utlämnande av allmän handling, anger Kommunen att ”Det finns ingen dokumentation i diariet”.

<sup>9</sup> Faktura 2223 och 2225-2229 från Konsultbolaget till Kommunen. Totalbeloppet 720.000 kronor är exkl. 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.

Upphandlingar som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU – och det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU).<sup>10</sup> I fråga om direktupphandling har lagen ändrats genom införande av ett nytt 19 a kap. för upphandlingar som har påbörjats den 1 februari 2022 eller senare.<sup>11</sup>

Lagens bestämmelser är generellt tillämpliga på åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa varor och tjänster genom tilldelning av ett kontrakt.<sup>12</sup> Kommunala myndigheter och beslutande församlingar utgör enligt 1 kap. 22 § LOU sådana *upphandlande myndigheter* som omfattas av upphandlingskyldighet enligt lagen.<sup>13</sup>

Syftet med regelverket är att säkerställa efterlevnaden av de unionsrättsliga bestämmelserna om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna<sup>14</sup> samt att motverka korrupcion i offentlig verksamhet.<sup>15</sup> Det har i 4 kap. 1 § LOU därför införts ett antal grundläggande principer vilka oavsett förfarande ska iakttas vid offentlig upphandling, däribland krav på *likabehandling* och *öppenhet (transparens)*.<sup>16</sup> Av dessa följer att alla leverantörer<sup>17</sup> ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud utifrån samma villkor. Alla på marknaden verksamma leverantörer ska ges samma relevanta information vid samma tillfälle.<sup>18</sup> 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 anges 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 med krav på likabehandling och öppenhet omfattar samtliga förfaranden, således även sådana upphandlingar som ligger utanför det direktivstyrda regelverket och kravet på annonsering.<sup>19</sup>

Om *kontraktsvärdet* av en upphandling bedöms understiga vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde<sup>20</sup> eller avser tjänst av sådant slag som anges i bilagan 2 eller 2 a till LOU, ska förfarandet handläggas enligt de nationella bestämmelserna i 19 och 19 a kap. LOU. Kontraktsvärdesberäk-

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

<sup>11</sup> Se lagen (2021:1110) om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling samt övergångsbestämmelserna punkterna 1 och 2.

<sup>12</sup> Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

<sup>13</sup> 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.

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

<sup>15</sup> Se bl.a. betänkandet SOU 2018:44, jämte där angivna rättskällor.

<sup>16</sup> 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.).

<sup>17</sup> Med *leverantörer* avses enligt 1 kap. 16 § LOU företag som är verksamma med att på marknaden tillhandahålla varor, tjänster eller byggtreprenader.

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> Se 19 kap. 1 § jämförd med 4 kap. 1 och 2 § LOU samt HFD 2018 ref. 60 med särskilt yttrande av justitierådet Nord.

<sup>20</sup> 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 tjänstekontrakt som tilldelas av upphandlande myndigheter som inte är centrala upphandlande myndigheter (bland annat kommuner) uppgår sedan den 1 januari 2022 till 2.236.731 kronor. För sådana tjänstekontrakt som regleras i enligt bilagan 2 till LOU gäller dock istället det *särskilda tröskelvärdet* 7.802.550 kronor - se vidare regeringens tillkännagivande (2022:190) om tröskelvärdet vid offentlig upphandling.

ningen ska ske till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet och en upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå lagens bestämmelser.<sup>21</sup>

Undantagen i Bilaga 2 och 2 a till LOU avser sådana tjänster där det normalt inte finns något gränsöverskridande konkurrensintresse. Vid prövning av om en tjänst ingår i Bilaga 2 eller 2 a ska bedömningen närmast göras utifrån tjänstens karaktär och inte från dess syfte. Väktartjänster och trygghetsvårdar, trygghetslarmbevakning för äldre m.m. utgör typiskt sett sådana tjänster som kan betraktas som ”tjänster för allmän säkerhet”<sup>22</sup> medan exempelvis klottersanering, gatuunderhåll, snöröjning eller elektriska installationsarbeten för upplysning av allmänna platser inte hänför sig till denna kategori, även som syftet som regel är att öka den allmänna tryggheten och säkerheten.

Som huvudregel ska varje upphandling genomföras i ett annonserat förfarande.<sup>23</sup> *Direktupphandling*, där den upphandlande myndigheten utan föregående annonsering tillåts vända sig direkt till en viss leverantör, får användas om värdet av upphandlingen beräknas understiga 700.000 kronor.<sup>24</sup> Direktupphandling av tjänster får undantagsvis komma ifråga även vid följande förhållanden:

- om det vid en tidigare annonserad upphandling inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller de anbud som har lämnats är ogiltiga eller oacceptabla,<sup>25</sup>
- det är på grund av *synnerlig brådska*, som beror på omständigheter som varken kan tillskrivas eller har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, inte möjligt att genomföra upphandlingen i ett annonserat förfarande och anskaffningen är *absolut nödvändig*, eller det annars föreligger *synnerliga skäl*,<sup>26</sup>
- det som ska upphandlas kan på grund av *konstnärliga* eller *tekniska skäl* eller på grund av *ensamrätt* endast tillhandahållas av en viss leverantör,<sup>27</sup>
- det är fråga om en *kompletteringsbeställning* av tidigare upphandlade tjänster<sup>28</sup> eller
- det är fråga om en nödvändig anskaffning för att tillgodose ett angeläget behov som har uppstått till följd av allmän förvaltningsdomstols handläggning av en tidigare (motsvarande) upphandling.<sup>29</sup>

Enligt den allmänna s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis ska möjligheterna till sådant undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i de unionsrättsliga fördragen inom området för offentlig upphandling tolkas *restriktivt* och det ankommer på den upphandlande myndigheten att bevisa de särskilda omständigheter som motiverar undantaget.<sup>30</sup>

En upphandlande myndighet ska enligt en obligatorisk föreskrift i 19 a kap. 11 § LOU dokumentera genomförandet av varje direktupphandling om värdet överstiger 100.000 kronor.

<sup>21</sup> Se 5 kap. 7 a § jämförd med 19 kap. 1 § andra stycket LOU.

<sup>22</sup> Jfr. kategorierna Tjänster för allmän säkerhet, lag och ordning (CPV 75240000), Tjänster för allmän säkerhet (CPV 75241000), Allmän lag och ordning (CPV 75242000) samt Tjänster för allmän ordning (CPV 75242100), vilka alla ingår i Bilagan 2 till LOU.

<sup>23</sup> 19 kap. 6-8 §§ LOU.

<sup>24</sup> Se 19 a kap. 1 § LOU. Om upphandlingen avser tjänster enligt Bilagan 2 till LOU (huvudsakligen hälsovård och socialtjänster) får direktupphandling dock användas om värdet beräknas understiga det särskilda tröskelvärdet 10.403.400 kronor (2022 års tröskelvärde).

<sup>25</sup> 19 a kap. 3 och 4 § LOU.

<sup>26</sup> 19 a kap. 5 § punkterna 1 och 3 LOU. För att en anskaffning ska anses *absolut nödvändig* fodras att det rör sig om ett brådskande behov av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art. 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. Undantaget för *synnerliga skäl* är enligt ursprungliga lagförarbetena begränsat till sådana undantagssituationer där avtal måste komma till stånd utan att ett annonserat förfarande är möjligt att genomföra. Exempelvis nämns möjlighet till extra förmånliga köp på auktion samt särskilt personrelaterade behov av hälso- och sjukvårdstjänsters som sådant som 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.

<sup>27</sup> 6 kap. 14 § jämförd med 19 a kap. 5 § punkten 2 LOU.

<sup>28</sup> 6 kap. 18 § jämförd med 19 a kap. 5 § punkten 3 LOU. En förutsättning för sådan kompletteringsbeställning är dock att de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett upphandlingsförfarande och att det i samband med den ursprungliga upphandlingen har angetts att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas

<sup>29</sup> 19 a kap. 6 § LOU. Undantaget kan komma ifråga vid ett angeläget behov som har uppstått till följd av att en allmän förvaltningsdomstol antingen (1) handlägger eller har avgjort ett mål om överprövning av en upphandling och avtal inte får ingås, (2) har beslutat att en upphandling ska göras om eller rättas, eller (3) handlägger ett mål om överprövning av ett avtals giltighet och avtalet inte får fullgöras.

<sup>30</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23 jämte där noterad praxis.

Dokumentationen ska vara tillräcklig för att myndigheten ska kunna motivera sina beslut under upphandlingens samtliga skeden. Myndigheten ska enligt samma kapitel 15 § även besluta om riktlinjer för direktupphandling. Dessa bestämmelser återspeglas i Kommunens interna riktlinjer, enligt vilka ett skriftligt förfrågningsunderlag ska upprättas och minst tre leverantörer kontaktas som ska få 2-4 veckor på sig för att komma in med anbud.<sup>31</sup>

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.<sup>32</sup> Ansökan om ogiltighet av avtal ska som huvudregel dock ha kommit in till rätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Efter denna frist kan talan inte längre prövas.<sup>33</sup>

Domstol kan på talan av Konkurrensverket även besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av den upphandlande myndigheten.<sup>34</sup> En sådan straffavgift ska beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor, dock inte högre än tio procent av kontraktsvärdet.<sup>35</sup> Talan om upphandlingsskadeavgift ska vara väckt inom sex månader från lagakraftvunnen avtalsogiltighet eller i annat fall senast ett år från den tidpunkt då avtalet slöts.<sup>36</sup> Därefter kan en sådan talan heller inte längre prövas.

### Yttrande

Kommunen har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet sammanfattningsvis anfört följande. Det konsultuppdrag som utfördes inom ramen för ett projekt för ökad trygghet initierades av kommunstyrelsens lokala Brottsförebyggande råd och hade, som framgår av avtalet, en tydlig koppling till allmän säkerhet och trygghet. Uppdraget utfördes av en konsult som gjort ett liknande projekt i en närliggande kommun. Kommunen menar att upphandlingen därmed ska definieras som *tjänster för allmän ordning* (CPV 75242100) som ingår i Bilaga 2 till LOU och är undantagna från annonseringsskyldighet upp till det särskilda tröskelvärdet 7.802.550 kronor.<sup>20</sup>

I Kommunens interna riktlinjer finns det visserligen krav på att dokumentation av direktupphandlingar över 100.000 kronor ska ske i en direktupphandlingsrapport. Enligt den utbildning och de instruktioner som kommunstyrelsens förvaltning har fått av upphandlingsenheten ska en direktupphandlingsrapport vara tillgänglig när den behövs. Upphandlingsenheten efterfrågar vanligtvis upphandlingsrapporterna årsvis. Det finns inte något formellt krav på att en skriftlig upphandlingsrapport ska upprättas direkt i samband med att upphandlingen genomförs eller när avtal träffas. Även om utgångspunkten är att flera leverantörer ska tillfrågas vid direktupphandlingar finns det dock undantag från denna princip. I den blankett för direktupphandling som används inom kommunen finns möjlighet att kryssa i en särskild ruta och där ange varför undantag från principen att tillfråga flera leverantörer har gjorts. I nu aktuellt fall gjordes undantag därför att den berörde konsulten framgångsrikt hade genomfört ett liknande uppdrag i en närliggande kommun, med liknande frågeställningar som skulle utredas i Bjuv.

### 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 är skyldig att vid sina anskaffningar följa bestämmelserna om offentlig upphandling samt de interna riktlinjer som obligatoriskt ska finnas upprättade enligt lag.

<sup>31</sup> Se ”Riktlinjer för direktupphandling” såsom dessa antagits av kommunstyrelsen i Bjuv den 22 april 2022 (KS § 60/20, dnr. 2020-00209).

<sup>32</sup> 20 kap. 13 § LOU.

<sup>33</sup> 20 kap. 17 § LOU.

<sup>34</sup> 21 kap. 1 § första stycket 3 LOU.

<sup>35</sup> 21 kap. 4 § LOU. I rättspraxis har dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktsvärde.

<sup>36</sup> 21 kap. 7 § LOU

Av utredningen framgår att Kommunen har betalat totalt 720.000 kronor för att en konsult ska kartlägga och analysera eftersatta områden inom kommunen med fokus på eftersatt underhåll, undermålig miljö, otillåten andrahandsuthyrning och antal boende per lägenhet samt initiera kontakter med berörda fastighetsägare. Konsulten ska även identifiera och framställa en analys med förslag på åtgärdsplaner för sådana i Kommunen centralt belägna områden med förbättrings- och utvecklingspotential som sedan tidigare redan finns kartlagda. Allt detta inom ett projekt som syftar till att åstadkomma ökad trygghet.

Avtalet mellan Kommunen och det anlitate Konsultbolaget har inte föregåtts av någon annonserad upphandling eller annan infordran av konkurrerande anbud. Kommunen synes istället göra gällande att anskaffningen avser sådana tjänster för allmän ordning som ingår i Bilagan 2 till LOU och vid den nu aktuella beloppsnivån är undantagna från kravet på annonsering.

Rent allmänt gäller i detta avseende att möjligheten till undantag ska tillämpas med försiktighet och att det ankommer på den upphandlande myndigheten att bevisa de särskilda omständigheter som motiverar undantag i varje enskilt fall. Den omständigheten att konsultens arbete syftar till att inventera behovet av trygghetsskapande åtgärder medför inte i sig att det skulle röra sig om tjänster för allmän säkerhet. För detta krävs som regel att själva karaktären på tjänsten har en sådan utformning som kan vara i fråga vid exempelvis köp av väktartjänster och anlitage av trygghetsvärdar m.m.

Lagen medger ett ganska generöst utrymme för upphandlande myndigheter att direktupphandla varor och tjänster upp till en värdegräns på 700.000 kronor utan att behöva inleda ett annonserat förfarande. Viss formalia, som myndigheten närmare får reglera själv, måste dock alltid iakttas om värdet av anskaffningen överstiger 100.000 kronor. Enligt Kommunens interna riktlinjer ska i dessa fall ett skriftligt förfrågningsunderlag upprättas och minst tre leverantörer kontaktas som ska få mellan två och fyra veckor på sig för att komma in med anbud. Dessa bestämmelser har visserligen utformats internt inom Kommunen, men följer ytterst av de grundläggande kraven på likabehandling och öppenhet, som enligt vad Högsta förvaltningsdomstolen tydliggjort<sup>19</sup> gäller för alla upphandlingar, även sådana där kontraktsvärdet understiger gällande värdegränser för direktupphandling eller av andra skäl omfattas av de nationella bestämmelserna.

Kommunen ska enligt lag även dokumentera upphandlingen på ett sätt som är tillräcklig för att kunna motivera sina beslut under förfarandets samtliga skeden. Så har emellertid inte skett, utan Kommunen har utan närmare dokumentation slutit avtalet direkt med Konsultbolaget, och sedan fortsatt att avropa på avtalet så att den sammanlagda faktureringen har kommit att överskrida värdegränsen för direktupphandling.

Kommunen har därigenom brutit mot de upphandlingsbestämmelser som ytterst har kommit till för att underlätta konkurrensen och främja en effektiv användning av offentliga medel, men även syftar till att motverka korrupcion i offentlig verksamhet. Det finns därför anledning att rikta kritik mot Kommunen. Om Konkurrensverket väljer att ingripa mot förfarandet riskerar Kommunen att få betala upphandlingsskadeavgift – som är ett slags böter – med upp till c:a 50.000 kronor.