

PM 2 2023-03-29 SLUTLIG BEDÖMNING

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

*En kommun har köpt tjänster för c:a 1,6 miljoner kronor direkt från ett privat konsultföretag, utan föregående annonserad anbudsinfördran.*

Helsingborgs kommun (nedan Kommunen) har i februari 2021 slutit avtal<sup>1</sup> (nedan Avtalet) direkt med ett privat företag (nedan Konsultbolaget) om köp av organisatoriska tjänster, innefattande processledning, förändringsledning, uppföljning och uppgradering av strategiskt utvecklingsarbete för kritisk granskning och uppdatering av kommunens bedömningar inför ett eventuellt lokalt, regionalt, nationellt eller globalt krisläge.<sup>2</sup>

Avtalet är utformat som ett ramavtal, utan fast garanti eller totalpris, för att gälla under perioden den 1 januari 2021 till och med den 31 december 2022 med möjlighet till förlängning i högst tre månader, till och med den 31 mars 2023. Någon övre värde- eller volymgräns för löpande avrop anges inte i Avtalet.

Något annonserat förfarande har inte föregått anskaffningen, som enligt Kommunens dokumentation istället handlagts som en direktupphandling.<sup>3</sup> Såvitt känt finns det inte upprättat något skriftligt förfrågningsunderlag. Kommunen har enligt egen uppgift genomfört ”en omvärldsorientering [...] i dialog med företrädare från andra organisationer för att få en bild över utbud marknad och kvalitet. Denna samlade bedömning, har legat till grund för aktuellt avtal”.<sup>4</sup> Som motivering till valet av leverantör har Kommunen angivit att ”Utifrån referenser bedöms aktuell partner som väl lämpad för aktuella frågeställningar”.<sup>5</sup>

Enligt Kommunens dokumentation<sup>3</sup> av direktupphandlingen ska värdet av kontraktet uppgå till 595.000 kronor. Under perioden den 20 april 2021 till och med den 30 september 2022 har Konsultbolaget dock fakturerat Kommunen c:a 1,6 miljoner kronor för avtalade tjänster.<sup>5</sup> Upphandlingens aktuella kontraktsvärde kan därmed beräknas uppgå till detta belopp.

**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>6</sup> I utredningspromemorian förekommande lagrumshänvisningar avser bestämmelserna i dess lydelse före den 1 februari 2022.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Se upphandlingsdokumentet ”Avtalsvillkor” daterat och undertecknat av parterna den 10 januari (av Konsultbolaget) respektive den 3 februari 2021 (av Kommunen) – dnr. 128/2021.

<sup>2</sup> Konsultföretaget ska enligt punkten 4 i Avtalet ”Utifrån akut krisläge, lokalt, regionalt, nationellt och globalt bistå [Kommunen] i kritisk och konstruktiv granskning för att uppdatera gjorda bedömningar och lärande i syfte att kunna dels bekräfta samt nyorientera utifrån ett förändrat nuläge med tillhörande framtid”. Se även tjänstebeskrivning i statsledningsförvaltningens ”Dokumentation vid direktupphandling”.

<sup>3</sup> Statsledningsförvaltningen ”Dokumentation vid direktupphandling” odaterad ifylld blankett (dnr. 128/2021).

<sup>4</sup> Se e-postmeddelande den 23 februari 2023, från Kommunen till Konkurrenskommissionen.

<sup>5</sup> Angiven fakturering har huvudsakligen skett i dansk valuta, med 1.070.140 danska kronor (DKK) och 131.469 svenska kronor (SEK). Den genomsnittliga valutakursen för DKK uppgick 2021 till 1,36 SEK och 2022 till 1,43 SEK. Omräknad till SEK innefattar angiven fakturering totalt c:a (1.485.324 + 131.469 =) 1.616.793 SEK med en valutavariation på c:a 3 procent. Någon fakturerad mervärdesskatt (moms) ingår inte i detta belopp.

<sup>6</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>7</sup> För upphandlingar som har påbörjats den 1 februari 2022 eller senare har lagen numera ändrats genom införande av nya kapitel 19 och 19 a. med följdändringar i lagens övriga bestämmelser. Upphandlingar som har påbörjats före detta datum regleras enligt äldre bestämmelser - se ändringsförfattningen (SFS 2021:1110), övergångsbestämmelserna punkterna 1 och 2.

Lagen är generellt tillämplig på åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa bl.a. tjänster genom tilldelning av ett kontrakt.<sup>8</sup> Kommunala myndigheter och beslutande församlingar utgör enligt 1 kap. 22 § LOU sådana *upphandlande myndigheter* som omfattas av upphandlingsskyldighet enligt lagen.<sup>9</sup> På motsvarande sätt utgör enligt 1 kap. 16 § LOU näringsidkare som på marknaden tillhandahåller aktuella varor eller tjänster, *leverantörer* som ska ges möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud.

Syftet med regelverket är att säkerställa efterlevnaden av de unionsrättsliga bestämmelserna om etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster<sup>10</sup> samt att motverka risk för korruption i offentlig verksamhet.<sup>11</sup> Det har därför i 4 kap. 1 § LOU införts ett antal grundläggande principer vilka oavsett förfarande ska iakttas vid offentlig upphandling, däribland krav på *likabehandling* och *öppenhet (transparens)*.<sup>12</sup>

Av dessa följer att alla på marknaden verksamma leverantörer<sup>13</sup> ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn att de i konkurrens med varandra kan lämna anbud utifrån samma villkor. Alla leverantörer ska ges samma relevanta information vid samma tillfälle.<sup>14</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 som ligger utanför det direktivstyrda regelverket eller kravet på annonsering.<sup>15</sup>

Tjänster för allmän organisationsrådgivning (CPV 79411000)<sup>16</sup> ska om det samlade kontraktsvärdet – beräknat till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet<sup>17</sup> – understiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde (här 2.197.545 kronor)<sup>18</sup> handläggas enligt de nationella förfarandebestämmelserna i 19 kap. LOU.<sup>19</sup> Enligt dessa bestämmelser ska som regel ett annonserat upphandlingsförfarande genomföras där den upphandlande myndigheten inhämtar konkurrerande anbud genom annons i en nationell elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.<sup>20</sup>

<sup>8</sup> Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

<sup>9</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>10</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>11</sup> Se bl.a. betänkandet SOU 2018:44, jämte där angivna rättskällor.

<sup>12</sup> Angående de grundläggande principernas innebörd, se bl.a. prop. 2006/07:128, s. 132 samt prop. 2015/16:195, s. 426 ff.

<sup>13</sup> Med *leverantörer* avses enligt 1 kap. 16 § LOU företag som är verksamma med att på marknaden tillhandahålla varor, tjänster eller byggtrenader.

<sup>14</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>15</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>16</sup> CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, är fastställt som ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska unionen – se 4 kap. 19 § LOU samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

<sup>17</sup> Se 19 kap. 8 punkten första stycket LOU, jfr. 5 kap. 13 § LOU – för direktupphandling se även fotnot 25.

<sup>18</sup> Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* 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) uppgick under perioden den 1 januari 2020 till och med den 31 december 2022 till 2.197.545 kronor - se regeringens tillkännagivande (2020:8) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>19</sup> Det nationella regelverket i 19 kap. LOU ska även tillämpas på tjänster av sådant slag som anges i bilagan 2 eller 2 a till LOU, oavsett värde.

<sup>20</sup> Se 19 kap. 9-13 §§ LOU.

*Direktupphandling*, där den upphandlande myndigheten utan föregående annonsering tillåts vända sig direkt till en viss leverantör, får enligt 19 kap. 8 § LOU undantagsvis komma ifråga vid något av följande förhållanden.

- det som ska upphandlas har *lågt värde* – dvs. maximalt 615.313 kronor, motsvarande 28 procent av gällande tröskelvärde<sup>21</sup> - eller om det föreligger *synnerliga skäl*<sup>22</sup>, eller *synnerlig brådska*.<sup>23</sup>
- 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.

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis ska alla möjligheter till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges inom området för offentlig upphandling tolkas *restriktivt* och det ankommer på den upphandlande myndigheten att *visa* sådana särskilda omständigheter som motiverar undantaget.<sup>24</sup>

Värdet av en upphandling ska enligt 19 kap. 8 § LOU uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. Förfarandet får inte delas upp i avsikt att kringgå lagens bestämmelser och vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Vid värdeberäkningen ska den upphandlande myndigheten även beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret.<sup>25</sup>

Vid upphandling av ramavtal ska vidare den upphandlande myndigheten i förväg ange en viss maximal kvantitet upp till vilken avrop kan ske. När denna gräns väl nåtts ska avtalet inte längre ha någon verkan.<sup>26</sup> Regeln är bland annat ägnad att medföra en kontrollmekanism att avtal som har tecknats utan fast pris eller volym håller sig inom de värdegränser som styr valet av upphandlingsförfarande.<sup>27</sup>

<sup>21</sup> För uppgift om tröskelvärdet, se fotnot 18.

<sup>22</sup> Se 19 kap. 7 § tredje stycket LOU. Av lagförarbetena framgår 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.

<sup>23</sup> Se 19 kap. 7 § tredje stycket jämförd med 6 kap. 15 § LOU. För undantag på grund av *synnerlig brådska* krävs att det ska föreligga yttre, oförutsebara omständigheter som varken kan tillskrivas eller har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten och som har gjort det omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid ett ordinarie annonserat förfarande (inklusive påskyndat förfarande). Enligt 10 kap. 11 § LOU kan en annonserad upphandling genomföras i ett *påskyndat förfarande* med en minsta anbudsfrist på 15 dagar, varvid det i så fall inte föreligger någon *synnerlig brådska*.

<sup>24</sup> För den s.k. *försiktighetsprincipen*, se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23 jämte där noterad praxis; se även HFD 2017 ref. 66.

<sup>25</sup> Av lagförarbetena (prop. 2009/10:180, s. 293) framgår bland annat följande. ”Reglerna bör förhindra att en upphandling [...] delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i denna lag. Bestämmelsen bör således förbjuda uppdelningar av upphandlingar som görs i avsikt att undanskrida tillämpliga beloppsgränser. Den innebär naturligtvis inget förbud mot att dela upp en upphandling i delkontrakt. Upphandlingar som har ett naturligt samband i tid och beträffande innehåll bör dock inte upphandlas separat. Den upphandlande myndigheten eller enheten ansvarar således för att se till att de upphandlingar som görs inom myndigheten respektive enheten inte överskrider direktupphandlingsbeloppen. Det innebär vidare att en upphandlande myndighet måste ha kontroll över vilka upphandlingar som görs inom myndighetens samtliga avdelningar. Samtliga upp-handlingar av samma slag inom samma upphandlande myndighet bör läggas till grund för beräkningen av kontraktets värde”. I specialkommentaren till 19 kap. 8 § LOU (prop. 2015/16:195, del 2, s. 1141) anges vidare att ”De direktupphandlingar som ska beaktas enligt tredje stycket är direktupphandlingar gjorda inom den upphandlande myndighetens samtliga avdelningar [...]. Detta gäller även om en avdelning är en sådan separat operativ enhet hos myndigheten som får beräkna tröskelvärdet särskilt. Enheten ska beakta direktupphandlingar gjorda av hela myndigheten när den avgör om direktupphandling får användas eller om en offentlig upphandling ska göras med användning av något annat förfarande enligt detta kapitel”, se även HFD 2017 ref. 74.

<sup>26</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom i *CoopService* (C-216/17) EU:C:2018:1034, p. 61.

<sup>27</sup> Se bl.a. ”Konkurrensverkets ställningstagande om maximal omfattning av ramavtal och öppenhetsprincipen” (2022:2), av den 29 april 2022, dnr 625/2021.

De upphandlande myndigheterna ska dokumentera genomförandet av sådana direktupphandlingar där värdet överstiger 100.000 kronor. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att myndigheten ska kunna motivera sina beslut under upphandlingens samtliga skeden. Myndigheten ska även besluta om interna riktlinjer för direktupphandling.<sup>28</sup> Dessa bestämmelser återspeglas i Kommunens interna riktlinjer, enligt vilka målet är att direktupphandlingar ska genomföras på ett effektivt och professionellt sätt. Sund konkurrens, öppenhet och affärsmässighet ska vara Kommunens ledord vid alla direktupphandlingar. Det är enligt riktlinjerna därför ofta lämpligt att tillfråga minst tre leverantörer att lämna offert. Direktupphandlingar där det samlade avtalsvärdet överstiger 100.000 kronor ska alltid dokumenteras.<sup>29</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>30</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>31</sup>

Domstol kan på talan av Konkurrensverket även besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av den upphandlande myndigheten.<sup>32</sup> En sådan straffavgift ska beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor, dock inte högre än tio procent av kontraktswärdet.<sup>33</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>34</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 bl.a. anfört följande.

*”Köp av tjänster har gjorts utifrån genomförd direktupphandling. En direktupphandling där det också framgår en motivering till vald leverantör. Det framgår även hur processen har varit inför vald leverantör med tillhörande avtalstecknande.*

*Ett totalbelopp beskrivs och inom detta belopp finns olika direktupphandlingar, olika organisatoriska enheter, olika köp av tjänst. Inom detta belopp finns också belopp som kan beskrivas som vidare fakturering och ej betrakta som köp av konsulttjänst. Detta reducerar det belopp som nämnts i underlaget från [Konkurrenskommissionen].*

*Utöver ovanstående, med tillhörande avräkning på totalbeloppet, är ändå gränsen för direktupphandling överskriden. Detta är inte optimalt. Överblicken för tidsperioden, överblicken under tidsperioden samt uppföljningen under avtalstiden har inte varit optimal. Att överblicka behovet av dessa tjänster har varit svårt, dels utifrån en extra ordinär tid med exempelvis global pandemi samt organisatoriska utmaningar.*

*Med facit i hand hade en kombination av olika upphandlingsformer varit mer eftersträvarsvärd då man i dag kan överblicka två intensiva verksamhetsår. Aktuella tjänster, aktuellt konsultstöd, har varit av mycket god kvalitet, med god förståelse, god precision och hög leverans relevans och med tillhörande nöjdhet hos kunden”.<sup>35</sup>*

<sup>28</sup> Se 19 kap. 30 § LOU.

<sup>29</sup> ”Tillämpningsanvisningar till Helsingborgs stads upphandlingspolicy”, avsnitt 3 ”Direktupphandling”, s. 4-5 (dnr. 673/2017).

<sup>30</sup> 20 kap. 13 § LOU.

<sup>31</sup> 20 kap. 17 § LOU.

<sup>32</sup> 21 kap. 1 § första stycket 3 LOU.

<sup>33</sup> 21 kap. 4 § LOU. I rättspraxis har dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktswärde.

<sup>34</sup> 21 kap. 7 § LOU.

<sup>35</sup> Yttrande från Kommunen till Konkurrenskommissionen, rubricerat ”Frågeställning från Stiftelsen den nya Välfärden – Konkurrenskommissionen”, daterat den 3 oktober 2022 (sic!) och skickat med e-post den 27 mars 2023.

### **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 jämte sådana interna riktlinjer som ska finnas upprättade enligt lag.

Av utredningen framgår att Kommunen i februari 2021 tecknat ramavtal om köp av organisatoriska konsulttjänster med Konsultbolaget. Avtalet har direktupphandlats och därmed varken föregåtts av en annonserad upphandling eller annan formaliserad infordran av konkurrerande anbud.

Det har i avtalet inte skrivits in någon fast värde- eller volymgräns som garanterar att värdet håller sig inom den lagstadgade värdegränsen 614.000 kronor då direktupphandling tillåts komma ifråga. Istället har Kommunen avropat tjänster på Avtalet för omkring 1,6 miljoner kronor, vilket överstiger värdegränsen för då detta är tillåtet med mer än 160 procent. Någon annan grund för att tillämpa direktupphandling har inte framkommit eller ens påståtts föreligga i det aktuella fallet.

I yttrande till Konkurrenskommissionen menar Kommunen att det belopp som har betalats enligt avtalet med Konsultbolaget skulle kunna reduceras, eftersom det – såvitt förstås – inom detta belopp finns olika direktupphandlingar av olika organisatoriska enheter inom Kommunen som innefattar olika köp av tjänster. Fakturerat belopp innefattar även vidarefakturerade poster som enligt Kommunen inte skulle vara att betrakta som köp av konsulttjänster.

Någon dylik möjlighet att dela upp en upphandling i mindre delar för att därmed komma under värdegränsen för direktupphandling föreligger emellertid inte. Som framgår av LOU och dess förarbeten ska kontraktsvärdet beräknas med beaktande av alla direktupphandlingar av samma slag som under görs eller har gjorts inom myndighetens samtliga avdelningar. Detta inbegripet även upphandlingar som görs av sådana avdelningar och separata operativa enheter som får beräkna tröskelvärdet särskilt. Det hade således inte varit tillåtet att, på sätt Kommunen söker göra gällande, dela upp den aktuella anskaffningen i mindre separata kontrakt som vart och ett understiger värdegränsen för direktupphandling. Vid kontraktsvärdebedömningen ska alla sådana kontrakt ändå räknas samman.<sup>25</sup> Någon uppdelning har heller inte skett, utan Kommunen har tecknat ett enda kontrakt med Konsultbolaget, utifrån vilket avrop har skett för mer än 1,6 miljoner kronor. Upphandlingens aktuella värde ska enligt lagen uppskattas till det totala belopp som har betalats enligt detta kontrakt.<sup>17</sup> Värdeberäkningen ska sålunda göras även med beaktande av varor och tjänster som Konsultbolaget har köpt i underentreprenad och sedan vidarefakturerat Kommunen.

Kommunen har brutit mot de upphandlingsbestämmelser som ytterst kommit till för att underlätta konkurrensen och främja en effektiv användning av offentliga medel, men även för att motverka korruption i offentlig verksamhet. Det ovan redovisade svarsyttrande där Kommunen påstår att värdet av upphandlingen borde kunna reduceras till ett lägre belopp eftersom den består av olika direktupphandlingar av olika organisatoriska enheter vittnar om en djupgående brist i Kommunens upphandlingsrättsliga kunskaper och kompetens. Det finns därmed anledning att rikta allvarlig kritik mot Kommunen.