KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 09-001

PM 2 2009-03-04 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direktupphandling i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning – sammanblandning av bidragsgivning med offentlig upphandling).

Haninge kommun har beslutat att inom en kostnadsram av 2.385.000 kronor, utan föregående infordran av konkurrerande anbud, skriva avtal med Studieförbundet vuxenskolan rörande fritidsverksamhet för ungdomar.

Haninge kommun, genom Kultur- och fritidsnämnden, beslutade i december 2008 att ge den kommunala förvaltningen i uppdrag att inom ramen 2.385.000 kronor skriva avtal med Studieförbundet vuxenskolan[1] med innebörden att, i avvaktan av att det av kommunen tidigare planerade ”Ungdomens hus” kommer till stånd, för både flickor och pojkar öppna upp en av förbundet bedriven ungdomsverksamhet som sedan tidigare riktat sig enbart till flickor.

I det generella styrdokument ”Mål och budget 2008 – 2009”, vilket antogs av kommunfullmäktige i Haninge vid sammanträde den 17 oktober 2007 (KF § 228/07), framgår bl.a. följande:

> ”I det goda livet ingår en meningsfull fritid. Ett levande kultur- och föreningsliv är viktigt. I kommunens ansvar ligger särskilt att tillhandahålla anläggningar för idrott och friluftsliv liksom mötesplatser för kultur och föreningsliv. Vi vill tillgodose ungdomarnas behov och inleder nu utvecklingen av ett Ungdomens hus på en central och lättillgänglig plats i kommunen.”[2]

Av kultur- och fritidsnämndens motsvarande styrdokument, ”Mål och budget 2009-2010”, vilket antogs av nämnden vid sammanträde den 15 oktober 2008 (KoFN § 74/08), framgår även följande:

> ”I föreliggande budgetförslag finns […] förslag om ett antal nya satsningar. Det gäller Ungdomens hus, som kommer igång under 2009, en utveckling av verksamheten för barn och ungdomar med funktionsnedsättningar till att också gälla vuxna, ökade resurser till kulturmiljön samt en ökning av stödet till barn- och ungdomsverksamheten…”.[3]

Vid sammanträdet beslutade Kultur- och fritidsnämnden även att avsätta 1,5 miljoner kronor som driftmedel och 1 miljon kronor som investeringsmedel i budgeten för 2009, således totalt 2,5 miljoner kronor som en ram för driften av det planerade Ungdomens hus. Vidare beslutades att en upphandling ska genomföras, där föreningar, företag m.m. får möjlighet att ta sitt ansvar för verksamheten och lämna pris på den, varefter nämnden senare under våren 2009 ska ta ställning till driftformen, olika aktörers ansvar m.m.

Under hösten 2008 inkom Studieförbundet vuxenskolan med en ansökan till Haninge kommun om beviljande av medel för en utvidgning av förbundets verksamhet för ungdomar, i väntan på att Ungdomens hus realiseras. Förbundet hade sedan 2005 (inom ramarna för Musik- och filmföreningen *No remorse*, ideell förening) bedrivit musik- och filmverksamhet för unga kvinnor i

---

1 Studieförbundet Vuxenskolan (med organisationsnummer 915600-2801) bildades 1967 genom en sammanslagning av dåvarande Svenska Landsbygdens Studieförbund (SLS) och Liberala studieförbundet (LiS). De politiska partierna Centerpartiet och Folkpartiet är tillsammans med Lantbrukarnas Riksförbund (LRF) förbundets grundorganisationer. Studieförbundet har c:a 190 avdelningar över hela landet, däribland SV Södertörn, som är organisationens lokalavdelning i Haninge. Under 2007 genomförde förbundet fler än 50.000 studiecirklar med cirka 430.000 deltagare. Varje år arrangeras därutöver i förbundets regi över 25 000 kulturarrangemang med mer än två miljoner deltagare. Verksamheten är delvis intäktsfinansierad, genom bl.a. deltagaravgifter, och riktar sig till allmänheten i konkurrens med andra arrangörer av likartade verksamheter.

2 Se Haninge kommun, beslut vid sammanträde den 17 oktober 2007 , KF § 228/07, bilaga 298.07. Enligt den av kommunen antagna budgetmodellen ska kommunfullmäktige i juni besluta om mål och budget 2008 och 2009 innefattande kommunfullmäktiges mål, uppdrag och styrtal, ekonomiska ramar för 2008 och 2009, investeringsbudget för 2008 med investeringsram 2009-2010 och ekonomisk plan för 2008-2010. Kommunstyrelseförvaltningens i oktober 2007 antagna förslag till styrdokumentetet ”Mål och budget 2008 – 2009” har utarbetats i enlighet med kommunens angivna styrmodell och med beaktande av kommunfullmäktiges budget 2008 – 2009, vilken fastställdes vid fullmäktiges sammanträde den 11 juni 2007, KF § 156/07.

3 Se Haninge kommun, Kultur- och fritidsnämnden, styrdokumentet ”Mål och budget 2009-2010”, antaget vid nämndens sammanträde den 15 oktober 2008, KoFN § 74/08.

åldrarna 13-25 år. Verksamheten hade finansierats huvudsakligen genom kommunala bidrag[4] samt med stöd från Allmänna arvsfonden. Efter utgången av 2008 är stödet från Allmänna arvsfonden i allt väsentligt slut. Efter att kommunen beslutat att realisera planerna på ett Ungdomens hus ansökte Studieförbundet vuxenskolan om 1,5 miljoner kronor i kommunalt bidrag för att kunna utvidga sin sedan tidigare bedrivna verksamhet i *No remorse* till att omfatta bl.a. även andra ungdomar än kategorin unga kvinnor.[5]

I en tjänsteskrivelse av den 5 december 2008[6] angav kultur- och fritidsförvaltningen ett budgetförslaget på totalt 2.738.623 kronor för driften av verksamheten. Finansiering ska enligt budgetförslaget ske med 188.853 kronor genom ett från 2008 överskjutande belopp från Allmänna arvsfonden samt med 164.770 kronor utgörande Studieförbundet vuxenskolans egen insats. Återstående driftskostnad, på totalt 2.385.000 kronor[7] ska enligt förslaget finansieras genom bidrag från Haninge kommun.[8] Kultur- och fritidsnämnden beslutade vid sammanträde den 10 december 2008 (KoFN § 104/08) att i enlighet med förvaltningens förslag:

> ”… ge förvaltningen i uppdrag att inom ramen 2 385 000 kronor skriva ett avtal med Studieförbundet vuxenskolan rörande en verksamhet i regi av No Remorse, avseende möjligheter att öppna upp verksamhet för fler ungdomar, både pojkar och flickor, som en möjlig introduktion till ett ungdomshus under 2009”.

Detta beslut överklagades till Länsrätten i Stockholms län av bl.a. ett till Studieförbundet vuxenskolan konkurrerande företag. Till grund för överklagandet åberopades att beslutet stred mot förvaltningslagens (1986:223) reglering. I beslut av den 14 januari 2009 avvisade länsrätten överklagandet eftersom rätten tolkade talan som ett s.k. laglighetsbesvär enligt 10 kap. kommunallagen (1991:900) – KL. Till grund för denna utgång åberopade länsrätten den lagvalsregel som finns införd i 16 kap. 4 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU, med innebörden att beslut på vilka LOU är tillämpliga inte får överklagas genom laglighetsbesvär. Länsrätten angav bl.a. följande domskäl.

> ”Kultur- och fritidsnämnden har genom det överklagade beslutet beslutat att ett avtal ska skrivas med Studieförbundet vuxenskolan rörande verksamhet i ett s.k. ”Ungdomshus” under 2009. Avtalet ska skrivas inom ramen 2 385 000 kr. Beslutet att skriva avtal med en särskild aktör, Studieförbundet vuxenskolan, är ett beslut om att upphandla en tjänst rörande ungdomsverksamhet i kommunen. Upphandling av sådana tjänster omfattas av LOU (jfr. 2 kap. 13 § samt 1 kap. 2 § LOU). Som [framgår av 15 kap. 4 § samma lag] får ett beslut på vilket LOU är tillämplig inte överklagas med stöd av 10 kap. KL. Länsrätten är därför förhindrad att ta upp [Klagandenas] överklagande till prövning. Deras överklaganden ska därmed avvisas”. [9]

Det s.k. *upphandlingsvärdet* av Kultur- och fritidsnämndens beslutade avtal med Studieförbundet vuxenskolan kan uppskattas till 2.385.000 kronor.

---

4 Under 2008 uppgick Haninge kommuns bidrag för projektet *”No remorse”* till 480 000 kronor i kontant stöd. samt 405.000 kronor i stöd för en fritidsledartjänst, som disponerades av *”No Remorse”*. Det totala stödet till ”No Remorse” uppgick därmed till 885 000 kronor.

5 Enligt förslaget ska verksamheten med start i januari 2009, med uppehåll från midsommar till och med skolstart, bedrivas tisdagar mellan klockan 11 och 24 till och (från och med april 2009) fredagar mellan klockan 11 och 23 och rikta sig gentemot enbart unga kvinnor tisdagar och onsdagar samt gentemot en mix av unga kvinnor och män torsdagar efter kl. 15 och fredagar.

6 Haninge kommun, Kultur- och fritidsnämnden, tjänsteskrivelse den 5 december 2008 angående ansökan från Studieförbundet vuxenskolan om att öppna upp verksamhet för fler ungdomar (dnr KoFN 62/2008).

7 Av det föreslagna kommunala stödet på sammanlagt 2.385.000 kronor hänför sig 885.000 kronor till medel som tidigare har reserverats för kontant stöd för projektet *”No remorse”*.

8 För verksamheten föreslagna kommunala bidrag till Studieförbundet vuxenskolan utgörs av ”ansökt belopp” med 1.500.000 kronor, ”verksamhetsbidrag ” med 480.000 kronor samt ”en fritidsledartjänst med ”405.000 kronor.

9 Länsrätten i Stockholms län, beslut av den 14 januari 2009 i mål 96-09. Avgörandet har vunnit laga kraft.

Gällande rätt

Offentlig upphandling som har påbörjats efter den 31 december 2007 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Lagen bygger på 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 (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet). Tillsynen över den offentliga upphandlingen utövas av Konkurrensverket.[10]

LOU är tillämplig på kontrakt med ekonomiska villkor som avser byggentreprenader, varor eller tjänster inom den s.k. klassiska sektorn och som ingås av s.k. *upphandlande myndigheter*, däribland kommunala beslutande församlingar och nämnder.[11] Hur upphandling ska genomföras[12] regleras i lagen för samtliga fall.[13]

Tjänster innefattande fritidsledning för barn (CPV 92331210-5) jämte tjänster tillhandahållna av sociala medlemsorganisationer (CPV 98133000-4) eller av ungdomsorganisationer (CPV 98133 110-8), [14] utgör s.k. B tjänster inom kategori 26 (fritids- och idrottsverksamhet samt kulturverksamhet) eller kategori 27 (övriga tjänster) enligt bilaga 3 till LOU (bilaga II B till det klassiska upphandlingsdirektivet). Dessa ska i så fall oavsett värde upphandlas med iakttagande av de nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LOU.

Med *upphandling* avses förfarandet fram till och med tilldelningen av ett offentligt kontrakt med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som omfattar bl.a. leverans av tjänster. Begreppet *offentligt kontrakt* ska enligt EG-kommissionen tolkas vidsträckt och omfattar såväl alla former av ersättning som kan kvantifieras i pengar och som en upphandlande myndighet åtar sig att betala till en leverantör, som alla olika sätt på vilka en leverantör, i utbyte mot ersättning, kan åta sig att ställa varor till den upphandlande myndighetens förfogande samt utföra tjänster eller utföra bygg- och anläggningsarbeten för den upphandlande myndighetens räkning. Karakteristiskt för ett *offentligt tjänstekontrakt* är i enlighet med detta att leverantören mot ersättning ska åta sig att utföra tjänster för den upphandlande myndighetens räkning och som myndigheten annars hade svarat för.[15]

I vissa fall har exempelvis kommuner och landsting möjlighet att lämna bidrag till företag och föreningar inom t.ex. kultur- och fritidssektorn och till föreningar som ägnar sig åt frivilligt socialt arbete. I några fall kan det vara svårt att avgöra om det är fråga om bidragsgivning eller offentlig upphandling. Gemensamt för de olika fall där bidragsgivning kan komma ifråga i stället för upphandling är att den bidragsgivande myndigheten dock inte framstår som huvudman eller rättsligt ansvarig för verksamheten eller att bidraget ska lämnas till ett annat offentligrättsligt organ som med stöd av lag eller annan författning och med användande av egna medel tillhandahåller service till allmänheten.[16]

Det går dock inte att kringgå upphandlingsrättsliga regelverket genom att påstå att ett företag eller

---

10 Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret över den offentliga upphandlingen från Nämnden för offentlig upphandling (NOU), som samtidigt lades ned, till Konkurrensverket.

11 Bestämmelserna i LOU omfattar förutom kommunala myndigheter även beslutande församlingar i kommuner och landsting.

12 Med ”klassiska sektorn” avses upphandling av varor, tjänster eller byggentreprenader som inte omfattas av lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – LUF.

13 Se 2 kap. 19 § (och 2 kap. 12 §) LOU.

14 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 kodsystem. Tanken är att systemet skall ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. - Se 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, vilken trädde i kraft den 13 september 2008).

15 Se definitionen av offentligt kontrakt och offentligt tjänstekontrakt i art. 1.2 a) och d) i det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) samt EG-domstolens dom den 12 juli 2001 i mål C-399/98, *la Scala*, REG 2001, s. I-5409, pp. 6 och 51. Jfr även Nämnden för offentlig upphandling (NOU), skrivelse den 16 juni 2005 till Länsrätten i Stockholms län (dnr. 2005/0121-29).

16 Se EG-domstolens dom av den 18 december 2007 i mål C-532/03, *kommissionen mot Irland*, REG 2007, s. I-0000.

en förening får ett bidrag när det i själva verket rör sig om ersättning för tjänster som utförts på uppdrag av det bidragsgivande landstinget eller kommunen (förtäckt upphandling). I betänkandet SOU 2001:31[17] anges följande förutsättningar då bidragsgivning istället för offentlig upphandling kan anses vara möjlig:

1. om verksamheten inte uteslutande eller näst intill uteslutande är beroende av finansiering med offentliga medel,
2. om det bidragsgivande landstinget eller kommunen inte har tagit initiativ till verksamheten,
3. om verksamheten bedrivs huvudsakligen i syfte att tillgodose bidragsmottagarens eget behov av den verksamhet som bedrivs,
4. om verksamheten inte bedrivs i förvärvssyfte,
5. om bidragsmottagaren inte är primärt underkastad landstingets eller kommunens styrning och beslutsrätt (men kan stå under offentligrättsligt reglerad tillsyn),
6. om bidragsmottagaren och landstingets eller kommunens inbördes relation inte är reglerad genom ett civilrättsligt avtal, utan styrs av en offentligrättslig reglering,
7. om bidragsmottagaren inte förutsätts genomföra sitt uppdrag mot ersättning för avtalad prestation utan i stället får ett bidrag till egenfinansiering, som dock kan vara förknippat med vissa villkor.

Samtliga dessa förutsättningar behöver emellertid inte vara uppfyllda utan det räcker med att det vid en samlad bedömning framstår som klart att det *inte är fråga om ett uppdrag att utföra en tjänst för det bidragsgivande landstingets eller kommunens räkning*.

Värt att notera är att offentligt finansierad bidragsgivning, i den mån den riktar sig till företag i dess olika former,[18] riskerar att strida mot EG:s statsstödsbestämmelser i artikel 87 EG samt mot förbudet mot stöd till enskild näringsidkare i 2 kap. 8 § andra stycket kommunallagen (1991:900).[19] Det råder i sådana fall en allmän skyldighet enligt artikel 88.3 EG att notifiera (anmäla) sådana stöd till EG-kommissionen, såvitt något undantag från denna skyldighet inte visas. Undantag från notifieringsskyldigheten i artikel 88.3 EG föreligger om det sammanlagda stödet under en period av tre år inte uppgår till 200 000 euro eller om vissa undantagskriterier, de s.k. *Altmark-kriterierna*,[20] är uppfyllda. Även andra undantag som har fastställts av EG-kommissionen kan komma i fråga. [21] Det är i dessa sammanhang den bidragsgivande myndigheten, och ytterst den berörda medlemsstaten, som har bevisbördan för att visa tillräckliga omständigheter till stöd för undantag från anmälningsskyldigheten.

Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller som huvudregel att offentlig upphandling ska genomföras på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt med iakttagande av principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Därav följer att de upphandlande myndigheternas anskaffning ska ske med effektivt konkurrensutnyttjande och under öppna, dokumenterade och förutsebara former samt genom lika behandling av leverantörer (anbudssökande och anbudsgivare) under alla skeden av anbudsförfarandet. Genom lagens bestämmelser och det konkurrenstryck som därmed åstadkoms skyddas skattebetalarna mot onödigt höga kostnader samt motverkas korruption i offentlig sektor.

---

17 Se bl.a. SOU 2001:31, s. 209 f.

18 Med ”*företag*” avses här alla typer av organ som bedriver ekonomisk verksamhet på en marknad. Även ideella föreningar och studieförbund etc. kan således omfattas av begreppet ”*företag*”.

19 Enligt 2 kap. 8 § andra stycket kommunallagen får individuellt inriktat stöd till enskilda näringsidkare lämnas enbart om det föreligger *synnerliga skäl*, jfr även RÅ 1993 ref. 93.

20 Enligt EG-domstolens dom i målet *Altmark Trans* (C-280/00) kan ett avtal om ersättning för att tillhandahålla allmännyttiga tjänster där det mottagande företaget inte har valts ut genom ett offentligt upphandlingsförfarande, under följande fyra förutsättningar (de s.k. Altmark-kriterierna) ändå tillåtas ur statsstödssynpunkt: – (1) om de tjänster som det mottagande företaget ska utföra har definierats ordentligt genom författning eller avtal, (2) om kriterierna för beräkning av ersättning har fastställts i förväg på ett objektivt och öppet sätt, dvs. det finns begränsningar i fråga om förpliktelsernas omfattning, eller beräkningen av ersättning, (3) om ersättningen inte överstiger vad som krävs för att täcka hela eller delar av kostnaderna som har uppkommit i samband med skyldigheterna att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid har erhållits och rimlig vinst (överkompensation), samt (4)om storleken av den nödvändiga ersättningen har fastställts på grundval av en undersökning (s.k. *benchmarking*) av de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag skulle ha haft, innefattande utrymme för en rimlig vinst. – Se EG-domstolens dom av den 24 juni 2003 i mål C-280/00, *Altmark Trans*, REG 2003, s. I-7747, pp.88-94.

21 Jfr EG- kommissionens meddelande 97/C 209/03 av den 10 juli 1997 om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (EUT C 209, s. 3-5).

De i LOU angivna principerna om likabehandling och icke-diskriminering följer ytterst av EG-fördraget och ska iakttas av upphandlande myndigheter, även i fråga om upphandlingar av B-tjänster.[22] Av kravet på likabehandling och öppenhet (transparens) följer vidare att intresserade leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta med anbud eller ansökningar om att lämna anbud. Samtliga leverantörer måste ges tillgång till för upphandlingen relevant information, vid ett och samma tillfälle och på liknande villkor. Föreskriften om icke-diskriminering innebär också att förutsättningarna för att delta i en upphandling inte får ges någon gynnande eller missgynnande verkan mellan leverantörer.

I EG-domstolens praxis[23] har principen om icke-diskriminering tolkats så att kraven i en offentlig upphandling inte otillbörligt får gynna någon som kommer från viss ort eller har särskild lokal kännedom eller representerar ett visst område, eftersom detta leder till diskriminering av företag från andra områden eller länder. Kravet på icke-diskriminering förutsätter således att vid exempelvis kommunal upphandling leverantörer från andra kommuner eller orter måste behandlas på samma sätt och ges lika information och villkor som exempelvis leverantörer från den egna kommunen eller orten.[24]

Bestämmelserna i LOU och de därmed sammanhängande principerna behöver dock inte tillämpas i fråga om tjänstekontrakt inom den klassiska sektorn som en upphandlande myndighet tilldelar en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) att utföra tjänsten (se 1 kap. 7 § LOU) samt i fråga om vissa i bl.a. 1 kap. 5 och 6 §§ LOU särskilt undantagna områden.[25]

I övriga fall ska de i LOU föreskrivna upphandlingsförfarandena följas. Vid upphandling som inte omfattas av EG:s upphandlingsdirektiv ska som huvudregel, enligt 15 kap. 3 § första stycket LOU, något av de annonserade förfarandena *förenklad upphandling* eller *urvalsupphandling* användas.

Den upphandlande myndigheten ska enligt 15 kap. 4 eller 6 §§ LOU, offentliggöra upphandlingen i en allmänt tillgänglig elektronisk databas eller genom annons i annan form som möjliggör en effektiv konkurrens.[26] Under vissa i lagen särskilt angivna undantagsförutsättningar får myndigheten emellertid underlåta annonsering för att istället infordra anbud genom att vända sig direkt till en eller flera leverantörer. Av 15 kap. 5 § LOU framgår att den upphandlande myndigheten utan föregående annonsering får begära in anbud genom att skicka en skrivelse till endast en leverantör, under förutsättning att:

1. det vid ett annonserat förenklat förfarande inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och under förutsättning att kontraktsvillkoren i förfrågningsunderlaget inte ändras väsentligt,
2. det gäller varor som framställs enbart för forsknings-, utvecklings-, experiment- eller studieändamål och under förutsättning att framställningen inte sker i vinstsyfte eller för att täcka forsknings- och utvecklingskostnader,
3. det som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör, eller

---

22 EG-kommissionen, tolkningsmeddelande (2006/C 179/02/EG) den 24 juli 2006 om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling, EUT C 179/2. Jfr. även EG-domstolens dom av den 13 november 2007 i mål C-507/03, kommissionen mot Irland, REG 2007, s. I-0000.

23 Se EG-domstolens dom av den 20 september 1988 i mål C-31/87, *Gebroeders Beentjes*, REG 1988, s. 4635, samt den 22 juni 1993 i mål C-243/89, *Storebæltsforbindelsen AS*, REG 1993, s. I–3353.

24 Se prop. 2006/07:128, del 1, s. 183.

25 Områden som enligt 1 kap. 5 och 6 §§ LOU undantas från lagens tillämpning är bl.a. den upphandlande myndighetens förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rättighet till fastighet, 2. anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial avsett för radio- och TV-program samt upphandling av sändningstid, 3. skiljemanna- eller förlikningsuppdrag, 4. finansiella tjänster i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument, 5. anställningar, 6. forsknings- och utvecklingstjänster, med undantag för sådana vilkas resultat endast tillkommer en upphandlande myndighet i den egna verksamheten och betalas av myndigheten, eller 7. verksamhet som rör förvaltning av statsskulden eller som avser tjänster från en centralbank.

26 Vid förfarandet *urvalsupphandling* ska upphandlingen alltid annonseras i en allmänt tillgänglig elektronisk databas.

4. det gäller ytterligare leveranser från den ursprungliga leverantören, avsedda antingen som delersättning för eller tillägg till tidigare leveranser och ett byte av leverantör skulle medföra oskäliga tekniska eller ekonomiska olägenheter.

Enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU kan *direktupphandling*, vilket är ett formlöst förfarande där den upphandlande enheten inte inhämtar några skriftliga anbud, komma i fråga om kontraktets värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. Möjligheterna till undantag för direktupphandling ska emellertid tolkas restriktivt[27] och det ankommer på den upphandlande myndigheten att visa tillräckliga skäl för undantag.[28] Brådska till följd av bristande planering hos den upphandlande myndigheten utgör exempelvis inte grund för att sätta åt sidan kravet på bland annat öppenhet (transparens) i form av annonsering av myndighetens anskaffningar. I prop. 2001/02:142 (s. 99) kommenterade regeringen uttrycket *synnerliga skäl* på följande sätt.

> 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. Extra förmånliga köp vid t.ex. auktioner kan göras genom direktupphandling. Den upphandlanden myndigheten måste dock i sådana fall kunna visa att det varit fråga om ett erbjudande väsentligt under marknadsvärdet. Det är således den upphandlande enheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling. Vidare bör vissa hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänster kunna direktupphandlas. Det är främst sådana tjänster där relationen mellan vårdgivare och vård- och omsorgstagare skulle störas och vården eller omsorgen därmed försämras eller sådana situationer där det endast finns ett möjligt vård- och boendealternativ på grund av vårdbehov eller anhöriganknytning. Vidare bör sådana fall där patientens fria val av vårdgivare omöjliggör upphandling enligt reglerna för förenklad upphandling eller urvalsupphandling grunda rätt till direktupphandling.[29]

Föreligger inte skäl till undantag från LOU eller från lagens allmänna annonseringskrav ska som huvudregel konkurrerande anbud infordras genom ett annonserat förfarande, varvid anbudssökande eller anbudsgivande leverantörer ska behandlas på ett likvärdigt sätt.

Ett felaktigt beslut om tilldelning kan angripas genom överprövning enligt 16 kap. 1 § LOU eller genom skadestånd enligt 16 kap. 5 och 6 §§ LOU. Vid upphandling som har genomförts genom ett annonserat förfarande kan överprövning ske fram till dess att kontrakt har tecknats i upphandlingen, dock alltid minst inom tio dagar från det att den upphandlande myndigheten har lämnat underrättelse om tilldelningen enligt 9 kap. 9 § samma lag till anbudssökandena eller anbudsgivarna.[30] Skadestånd kan sökas fram till dess att ett år har gått från tidpunkten enligt ovan. I fråga om kontrakt eller andra avtal som har tilldelats vid sidan av bestämmelserna i LOU, exempelvis genom otillåten direkttilldelning, kan tilldelningen däremot angripas utan någon begränsning i tiden (se RÅ 2005 ref. 10 – *Ryanair*).[31]

Yttrande

---

[27] Se EG-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i målet C 157/06, *kommissionen mot Italien*, REG 2008 s. I-0000, p. 23. Se även domstolens tidigare avgöranden av den 17 november 1993 i mål C–71/92, *kommissionen mot Spanien*, REG 1993, s. I-5923, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249.

[28] Avseende bevisbördans placering, se EG-domstolens dom av den 10 mars 1987 i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, REG 1987, s. 1039, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C–57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 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*, REG 2003 s. I- 3609, p. 58, samt av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005, s. I-1, p. 46.

[29] Se bl.a. prop. 2001/02:142, s. 99, till uttalandet hänvisas även i förarbetena till 2007 års LOU, prop. 2007/08:128, s. 429.

[30] Den överprövningssökande leverantören måste inom den aktuella tiodagarsfristen ha yrkat och erhållit beslut av allmän förvaltningsdomstol (länsrätt) om verkställighetsförbud i upphandlingen. Annars kan målet om överprövning komma att avskrivas på grund av att kontrakt har hunnit tecknats med tilldelad leverantör.

[31] Regeringsrätten fastslog i RÅ 2005 ref. 10 (Ryanair) med hänsyn till knäsatt gemenskapsrättslig praxis (EG-domstolens dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005 s. I-1) att det förhållandet att kontrakt redan hade tecknats direkt med en viss leverantör inte utgjorde hinder för att förfarandet ändå kunde överprövas. Regeringsrätten uttalade bl.a. följande: *”Avtalet [...] innefattar ett ställningstagande från [den upphandlande myndighetens] sida att vid sidan av ett offentligt upphandlingsförfarande anlita [kontrakterad]leverantör. Vid sådant förhållande utgör den omständigheten att avtal redan föreligger inte hinder för överprövning enligt LOU (jfr prop. 2001/02:142 s. 78 och 102)”*.

Haninge kommun 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.

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.

Kultur och fritidsnämnden i Haninge kommun är såsom upphandlande myndighet skyldig att följa gällande bestämmelser i lagen om offentlig upphandling - LOU. Av utredningen framgår att nämnden har beslutat att inom en kostnadsram på 2.385.000 kronor ingå avtal med Studieförbundet vuxenskolan rörande fritidsverksamhet för ungdomar.

Som kommunen själv konstaterat ingår i det kommunala ansvaret att tillhandahålla anläggningar för idrott och friluftsliv, liksom mötesplatser för kultur och föreningsliv. Den verksamhet som det aktuella avtalet med Studieförbundet Vuxenskolan avser skulle alternativt ha tillhandahållits av kommunen i egen regi, inom ramarna för det planerade Ungdomens hus. Vid en samlad bedömning framstår det således som klart att avtalet avser ett uppdrag att utföra en tjänst för Haninge kommuns räkning. I enlighet med vad bl.a. Länsrätten i Stockholms län tidigare har konstaterat skulle offentlig upphandling därför ha genomförts enligt LOU. Såvitt kan utläsas av kultur- och fritidsnämndens ovan refererade protokoll av den 15 oktober 2008, synes kommunen dessutom tidigare ha förutsatt att upphandling skulle genomföras, så att föreningar, företag m.m. får möjlighet att ta sitt ansvar för verksamheten och lämna pris på den.

Eftersom det aktuella förfarandet har påbörjats efter den 31 december 2007 och avtalet avser B-tjänster skall upphandlingen handläggas i enlighet med de nationellt reglerade bestämmelser som finns införda i 15 kap. LOU (2007 års lag).

Något lågt värde eller sådan synnerlig brådska som kan motivera att kommunens behov av fritidsaktiviteter för ungdomar *direktupphandlades* har inte förelegat. Upphandlingen omfattas inte heller av något annat undantag i LOU. Tidigare upphandling har aldrig genomförts och de aktuella tjänsterna omfattas inte av något rättsligt monopol eller av någon teknisk eller konstnärlig ensamrätt som gör att de kan levereras endast av Studieförbundet vuxenskolan. Upphandlingen avser heller inte ytterligare leveranser från en ursprungligt upphandlad leverantör, avsedda antingen som delersättning för eller tillägg till tidigare leveranser.

Det beslutade avtalsförhållandet mellan Haninge kommun och Studieförbundet Vuxenskolan avseende musik- och filmverksamhet för ungdomar har således kommit till i strid mot lagen om offentlig upphandling jämte bakomliggande gemenskapsrättsliga grundprinciper. Konkurrensen på marknaden för dylika tjänster riskerar därmed att snedvridas.