

PM 2 2016-06-14 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direkttilldelning av avtal i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning/in-house-undantag).

En kommun hade ursprungligen direktupphandlat konferenstjänster för mångmiljonbelopp från ett företag som huvudsakligen ägs av privata intressen. Även efter genomförd annonserad upphandling har direktköpen fortsatt, trots att företaget inte placerat sig för avrop i första hand. Högre rangordnade leverantörer har erhållit avrop enbart i mindre omfattning.

Karlstads kommun (Kommunen) hade tidigare, under 2013 och 2014, löpande direktupphandlat konferenstjänster från Visit Karlstad AB (nedan Visit Karlstad) för uppskattningsvis c:a 7,5 miljoner kronor per år.

I början av 2015 genomförde Kommunen en annonserad upphandling avseende ramavtal med flera leverantörer¹ för löpande avrop av tjänster för endags- respektive flerdagskonferenser. I förfrågningsunderlaget² anges inte någon annan fördelningsnyckel för löpande avrop än rangordning. Beslut om tilldelning meddelades den 19 februari 2015. Av Kommunens protokoll med tilldelningsbeslut³ framgår att Visit Karlstad placerade sig på rangordnad elfte plats för avrop av endagskonferenser och på rangordnad andraplats för avrop av flerdagskonferenser.

Trots att Visit Karlstad således inte rangordnats för avrop i första hand inom någon av de båda kategorierna har Kommunen fortsatt att löpande tillgodose sitt behov av konferenstjänster m.m. från huvudsakligen detta bolag. Under perioden den 7 mars 2015 – 7 april 2016 har Kommunen betalat c:a 7,6 miljoner kronor till Visit Karlstad, varav uppskattningsvis c:a 7 miljoner kronor hänför sig köp av avrops- eller på annat sätt upphandlingspliktiga tjänster.⁹ Kommunen har inte några andra upphandlade kontrakt med Visit Karlstad på vilka avrop alternativt kunnat ske.

Från de övriga, således i avropsordningen högre rangordnade, leverantörerna har under samma period Kommunen avropat tjänster för totalt 2.543.548 kronor.⁴ Detta motsvarar c:a 27 procent av den totalt avropade volymen.⁵

Visit Karlstad⁶ ägs med 49 procent av Karlstads kommun och till övriga delar av privata ägare. Bolaget driver en kongress-, kultur- och konsertanläggning, kallad Karlstad CCC,⁷ i centrala Karlstad.

¹ Se 5 kap. 3 § LOU, enligt vilken ramavtal kan ingås med flera leverantörer, vilka i så fall bör vara minst tre.

² Se förfrågningsunderlag "Upphandlingsföreskrifter – Endags- och flerdagskonferenser i Karlstad", dnr. 9925-14.

³ Se Karlstads kommuns protokoll av den 19 februari 2015 med tilldelningsbeslut i upphandlingen Endags- och flerdagskonferenser i Karlstad (dnr. 9925-14).

⁴ Inom kategorin *endagskonferenser* har kommunen köpt tjänster från den rangordnade leverantören 1 för 300.084 kronor, från leverantören 2 för 113.271 kronor, från leverantören 4 för 183.426 kronor, från leverantören 5 för 1.746 kronor, från leverantören 7 för 203.897 kronor, från leverantören 8 för 127.541 kronor, från leverantören 9 för 50.916 och från leverantören 10 för 950.945 kronor. För leverantören 3 se nedan angivna belopp angående *flerdagskonferenser*. Avseende leverantören 6 finns det överhuvudtaget inte några köp eller betalningar registrerade i Kommunens leverantörsreskontra. Inom kategorin *flerdagskonferenser* har Kommunen köpt tjänster från den i första hand rangordnade leverantören, som även är rangordnad leverantör 3 för endagskonferenser, med 611.722 kronor. Vid beloppsuppgiften för leverantören 4 har bortsetts från faktura nr. 51417 eftersom denna inte hänför sig till avrop av konferenstjänster.

⁵ Uppgiften grundar sig på följande beräkning.: Kommunens avrop från övriga leverantörer adderat med avrop från Visit Karlstad ger $(2.543.548 + 6.957.453) = 9.501.001$ kronor i totala avrop, där avropen från övriga leverantörer motsvarar en andel av $(2.543.548 / 9.501.001) = 0,2671$ eller c:a 27 procent.

⁶ Visit Karlstad, med organisationsnummer 556766-0013, bildades den 2 september 2008 och registrerades av Bolagsverket den 17 september samma år. Nuvarande firma registrerades den 27 februari 2009. Tidigare firma har varit Karlstads Destinations AB och AB Grundstenen 123197. Gällande bolagsordning registrerades den 19 mars 2009, enligt vilken bolaget har till föremål för sin verksamhet att "*bedriva verksamhet bestående i att medverka till samordningen och utvecklingen av regionens attraktionskraft inom besöksnäringen, att marknadsföra regionen som besöksmål, att försälja och utföra uppdrag gällande kongresser och konferenser samt kulturella och andra evenemang som genomförs i regionen samt att driva kultur- och kongressanläggning i Karlstad*".

⁷ Karlstad Congress Culture Centre är en konferensanläggning på c:a 24.000 kvadratmeter med en kapacitet för totalt 4.500 besökare. Den stora kongressalen rymmer drygt 1 600 personer. Därutöver finns ytterligare 17 lokaler i varierande storlek med kapacitet för allt från 8 till 300 personer samt en restaurang för 1.200 sittande gäster jämte en c:a 700 kvadratmeter stor utomhusbrygga. Visit Karlstad hyr lokalerna av KB Mötesplatsen, 969645-9859.

I fastigheten hyr Kommunen även lokaler⁸ och köper anslutande tjänster för reception och städning m.m. från Visit Karlstad.⁹ Under perioden 2012-2015 har Visit Karlstad redovisat en genomsnittlig årsomsättning på c:a 41 miljoner kronor¹⁰ med en genomsnittlig årlig förlust på c:a 2 miljoner kronor.¹¹ Kommunens totala betalningar till bolaget uppgår till i genomsnitt c:a 8 miljoner kronor per år (eller c:a 20 procent av bolagets totala omsättning).¹²

Beloppsvärdena ovan har angivits *inklusive* lagstadgad mervärdesskatt (moms) eftersom momssatserna i här aktuella avseenden varierar mellan 6 och 25 procent, beroende på omsättningens karaktär.¹³

Gällande rätt

Med offentlig upphandling avses förfarandet fram till och med tilldelning av bland annat *offentliga kontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser tillhandahållande av bl.a. tjänster. Karakteristiskt för ett offentligt tjänstekontrakt är att leverantören mot ersättning ska åta sig att utföra tjänster för den upphandlande myndighetens räkning.

Upphandling av offentliga tjänstekontrakt regleras i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Lagen har kommit till som en följd av bl.a. kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt (numera) artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG).¹⁴

Kommunala myndigheter och kommunala beslutande församlingar utgör enligt legaldefinitionen i 2 kap. 19 § LOU sådana s.k. upphandlande myndigheter som obligatoriskt har att iakttäta lagens bestämmelser. Företag som på marknaden tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”*leverantörer*” som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud.

Den närmare bestämningen av ett kontrakt utgår från det gemensamma klassifikationssystem för varor, tjänster och byggentreprenadarbeten inom Europeiska unionen som heter *Common Procurement Vocabulary* eller CPV.¹⁵ Kontrakt för avrop av mötes- och konferenstjänster (CPV 55120000), restaurangserveringstjänster (CPV 55310000), matsalstjänster och catering (CPV 55500000), tjänster för organisering av kongresser (CPV 79950000) eller evenemangstjänster (CPV 79952000) hänför sig alla vid en tillämpning av CPV-systemet till s.k. B-tjänster, hotell- och restaurangtjänster (kategori 17) eller övriga tjänster (kategori 27) enligt bilaga 3 till LOU. Upphandlingen av dylika B-tjänster ska, oavsett värdet, handläggas i enlighet med de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU.

⁸ Hyreskontrakt avseende de aktuella lokalerna avser Kommunen som hyresgäst och KB Mötesplatsen som fastighetsägare och hyresvärd.

⁹ Kommunen har själv redovisat att 3,2 miljoner kronor av aktuella utbetalningar är hänförliga till köp av konferenstjänster, se E-post-meddelande från Kommunen till Konkurrenskommissionen av den 19 maj 2016. Vidare köper kommunen enligt ett separat avtal receptionstjänster, varumottagning och vaktmästartjänster för 453.000 kronor per år. Dessa betalningar har inte inräknats i beloppen ovan. Anmälningsavgifter för deltagande i konferenser samt deltagande med monter i mässor motsvarande 240.000 kronor har heller inte tagits med i beloppet. I beloppet har dock medtagits utbetalningar som hänför sig till köp av luncher, middagar, kaffe och kaffebröd, årligt stöd efter beslut i kommunfullmäktige i Karlstad, köp av projektledartjänster i samband med galor, partneravtal i samband med galor samt kostnader för bland annat artistbokningar och annonser i samband med galor.

¹⁰ Enligt årsredovisning 2015 för Visit Karlstad fördelade sig bolagets årsomsättning enligt följande: 43.862.990 kr. (2015), 37.627.325 kr. (2014), 45.485.263 (2013), samt 37.292.802 kr. (2012). Detta ger en genomsnittlig årlig omsättning på 41.067.095 kronor.

¹¹ I samma årsredovisningshandlingar har bolaget redovisat följande årliga resultat: 233.320 kr. (2015), -3.446.958 kr. (2014), -1.063.669 kr. (2013), samt -3.825.921 kr. (2012). Detta ger ett genomsnittlig årligt resultat (förlust) på -2.025.817 kronor.

¹² Enligt uppgift ur Kommunens leverantörsreskontra 2013-2015, uppgår Kommunens samlade betalningar till Visit Karlstad till 8.653.596 kr. (2015), 7.018.065 kr. (2014) och 8.380.239 kr. (2013).

¹³ Se mervärdesskattelagen (1994:200) enligt vilken mervärdesskatt normalt ska påläggas med 25 procent. Momspåslag ska dock ske med 12 procent på bl.a. omsättning som härrör från rumsuthyrning i hotellrörelse eller liknande och från restaurang- och cateringtjänster m.m. samt med 6 procent på bl.a. entréavgifter till konserter och teater m.m.

¹⁴ 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.

¹⁵ CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. – se 1 kap. 2 § femte stycket och 2 kap. 5 § LOU samt Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), numera i delvis ändrad lydelse sedan 2008.

Syftet med regelverket om offentlig upphandling är att bland annat säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. Det följer därför av 1 kap. 9 § LOU ett antal unionsrättsligt grundade principer vilka oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid offentlig upphandling, däribland principerna om *likabehandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparens)* som innebär att alla leverantörer ska behandlas lika och ges möjlighet till sådan insyn att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud på lika villkor.¹⁶ Bestämmelserna har utformats i syfte att bl.a. försvåra möjligheterna att vid offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Bestämmelserna medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader samt att korruption motverkas.

LOU och de bakomliggande unionsrättsliga principerna är generellt tillämpliga på alla åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela kontrakt eller ramavtal avseende bl.a. B-tjänster.¹⁷ Enligt 2 kap. 10 a § LOU får undantagsvis en upphandlande myndighet genom s.k. *in-house-undantag* sluta avtal direkt med en fristående juridisk person som myndigheten själv är ägare eller delägare av, utan att i övrigt iakttas av lagens bestämmelser. Möjlighet till sådant undantag föreligger dock enbart om följande två förutsättningar samtidigt är uppfyllda, nämligen:

- (1) att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning, och
- (2) att den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den.¹⁸

Avseende det s.k. kontrollkriteriet enligt punkten 1 (ovan) påpekas särskilt i anslutande lagförarbeten¹⁹ att om det även finns privat ägande i den fristående juridiska personen, om än i minoritetsställning, är det enligt EU-domstolens praxis²⁰ uteslutet att kravet på kontroll kan anses uppfyllt.

I målet *Stadt Halle* (C-26/03) uttalade EU-domstolen bl.a. följande. "[N]är en upphandlande myndighet avser att ingå ett avtal med ekonomiska villkor avseende [A-tjänster över tröskelvärde] med ett bolag som i förhållande till myndigheten är en fristående juridisk person och ägs av myndigheten tillsammans med ett eller flera privata företag, skall de förfaranden för offentlig upphandling som föreskrivs i nämnda direktiv alltid tillämpas".²¹

I anslutande svensk rättspraxis har bl.a. Kammarrätten i Göteborg funnit att kontrollkriteriet inte kunde anses uppfyllt i fråga om en kommuns köp av marknadsföringstjänster från ett av kommunen delägt bolag som med en tredjedel ägdes av en ideell förening av huvudsakligen privata intressen i den lokala turistnäringen. Kammarrätten beslutade därför att ogiltigförklara kommunens avtal med bolaget.²² Trots att kommunen sedermera förvärvat samtliga aktier i bolaget har i ett senare avgörande av förvaltningsrätt kontrollkriteriet fortfarande inte ansetts uppfyllt, eftersom kommunen samtidigt avtalat bort sin rätt att utse bolagsstyrelsens majoritet.²³

När det sedan gäller det s.k. verksamhetskriteriet enligt punkten 2 ovan har detta tidigare ansetts uppfyllt om den fristående juridiska personens externa försäljning till andra än ägarna enbart är av marginell karaktär.²⁴ Därmed har i unionsrättslig såväl som svensk nationell praxis²⁵ avsetts en

¹⁶ De grundläggande principer som åsyftas följer numera av avdelning IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF - tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG.

¹⁷ Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

¹⁸ 2 kap. 10 a § LOU i lydelse efter den 1 januari 2013 (se ändringsförfattningen 2012:392).

¹⁹ Se prop. 2011/12:106, s. 21 samt SOU 2011:43, s. 89.

²⁰ Se utöver EU-domstolens nedan redovisade avgörande i *Stadt Halle* (C-26/03) även avgörandena i *Mödling* (C-29/04) EU:C:2005:670, p. 46; *Auroux* (C-220/05) EU:C:2007:31, p. 64; *Coditel Brabant* (C-324/07) EU:C:2008:621, p. 30 och *SEA* (C-573/07) EU:C:2009:532, p. 46 – se även EU-domstolens dom i *Coname* (C-231/03) EU:C:2005:487, p. 26 jämförd med *Acaset* (C-196/08) EU:C:2009:628, pp. 53–62.

²¹ EU-domstolens dom i *Stadt Halle* (C-26/03) EU:C:2005:5, p. 52.

²² Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 19 december 2014 i målen 3564–3565-14.

²³ Se Förvaltningsrätten i Göteborgs dom av den 7 april 2015 i målen 1728-15 samt 1735-15; jfr- även förvaltningsrättens dom av den 26 juni 2015 i målen 5319-15 och 5321-15. Avgörandena har vunnit laga kraft.

²⁴ Se EU-domstolens dom i *Carbotermo* (C-340/04) EU:C:2006:308. Av domen framgår att den fristående juridiska personen ska bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den myndighet (eller de myndigheter) som innehar (kontrollerar) den, och att all annan

extern försäljning som motsvarar en total andel på 10 procent men inte på 20 procent. I det nya upphandlingsdirektivet (2014/24/EU) har verksamhetskriteriet fixerats till att den externa verksamheten ska vara mindre än 20 procent för att in-house-undantag ska kunna komma ifråga.²⁶

Regelverket i LOU behöver vidare, jml. 1 kap. 7 § LOU, inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten. Den omständigheten att en upphandlande myndighet tror sig veta att enbart en viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktisk ensamsituation) medför dock inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.²⁷

Om något undantag från LOU inte kan göras tillämpligt ska ett upphandlingsförfarande genomföras enligt lagens bestämmelser. I sådant fall ska enligt huvudregeln i 1 kap. 9 § LOU den upphandlande myndigheten genomföra upphandlingen på ett likvärdigt och icke-diskriminerande samt öppet (transparent) sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttagas. I preambelerna till den bakomliggande EU-lagstiftningen framhålls bl.a. att EU-domstolen betecknat otillåten direkttilldelning som den allvarligaste överträdelsen av unionslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande myndighet kan begå.²⁸

Som regel föreligger det en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt, enligt 15 kap. 4 § LOU, offentliggöra sina upphandlingar genom annons i en allmänt tillgänglig elektronisk databas eller genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens. För upphandling av B-tjänster föreligger det enligt 15 kap. 3 § andra stycket jämförd med 4 kap. 5 och 7-8 §§ LOU undantag från denna skyldighet vid bland annat följande förutsättningar.

- värdet av det som ska upphandlas har *lågt värde* – d.v.s. kontraktsvärdet understiger 28 procent av gällande tröskelvärde, motsvarande 534.890 kronor²⁹ – eller om det föreligger *synnerliga skäl*,
- det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men *synnerlig brådska*, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- 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 tröskelvärdesberäkningen av värdet av det ursprungliga projektet.
- det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl kan levereras av endast en viss leverantör.

Enligt 15 kap. 3 a § LOU utgörs kontraktsvärdet av det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. En upphandling får inte delas upp i syfte att kringgå lagens bestämmelser. Vid värdeberäkningen ska därför även beaktas direktupphandlingar av samma slag som har gjorts av den upphandlande myndigheten under räkenskapsåret.³⁰

verksamhet får endast vara av marginell karaktär (p. 63). I bedömningen av om så är fallet ska alla omständigheter beaktas, dvs. såväl kvalitativa som kvantitativa (p. 64).

²⁵ Se bl.a. EU-domstolens dom av den 19 april 2007 i *Asemfo vs. Tragsa* (C-295/05) EU:C:2007:227, p. 55. Se även Kammarrätten i Stockholms dom av den 8 november 2011 i mål nr 7089-10 samt Europeiska kommissionens motiverade yttrande till Sverige av den 28 oktober 2010 i klagomålsärendet CHAP 2009/4080.

²⁶ Se art. 12.1 i det nya upphandlingsdirektiv för den klassiska sektorn (2014/24/EU) som antogs av Europeiska rådet och parlamentet den 26 februari 2014. Direktivet träder i s.k. direkt effekt per den 1 februari 2016.

²⁷ Se EU-domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen *Bockhorn Braunschweig* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220 och i det efterföljande målet *kommissionen mot Tyskland* (C-503/04) EU:C:2007:432.

²⁸ Se bl.a. skäl 13 till Europaparlamentets och Rådets direktiv (2007/66/EG) av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

²⁹ Beloppsgränsen avser 2016. För upphandlingar som har påbörjats 2015 uppgår motsvarande gräns till 505.800 kronor (baserad på då gällande tröskelvärde, 1.806.427 kronor för den klassiska sektorn).

³⁰ Se bl.a. Förvaltningsrätten i Linköpings dom av den 8 januari 2015 i mål 7380-14.

Undantaget från kravet på annonsering vid *synnerlig brådska* avser enbart extraordinära situationer. För att undantag överhuvudtaget ska kunna komma ifråga måste det framstå som absolut nödvändigt att tilldela kontraktet. Enligt praxis krävs det att det rör sig om en brådska anskaffning av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art.³¹ Det ska även framstå som uppenbart att kontrakt omedelbart måste komma till stånd för att det inte annars ska uppstå mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa.³²

De omständigheter som kan rättfärdiga synnerlig brådska måste vidare bero på yttre förhållanden, dvs. förhållanden som ligger utanför det område som den upphandlande myndigheten har kunnat förutse eller påverka. *Egenförvållad brådska* hos den upphandlande myndigheten som kan ha uppkommit till följd av exempelvis bristande planering grundar exempelvis inte möjlighet till undantag, utan i kravet på oförutsebarhet ligger att förhållandena närmast ska ha *karaktären av force majeure*.³³ Härutöver måste den aktuella tidsnöden vara sådan att det inte har varit möjligt att hålla tidsfristerna vid annonserat förfarande, vilka vid upphandling av A-tjänster uppgår som högst till mellan 40 och 52 dagar.³⁴

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta rättspraxis³⁵ ska vidare möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som inom området för offentlig upphandling ges enligt unionsrätten tolkas restriktivt.³⁶ Det ankommer också på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.³⁷

I fråga om ramavtal, för successiva avrop av bland annat tjänster, kan den upphandlande myndigheten välja att teckna avtal med flera leverantörer. I sådana fall ska enligt 5 kap. 6 § LOU avrop ske från den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet. Enligt lagförarbetena³⁸ ska det genom angivande av rangordning, eller i övrigt genom utformningen av innehållet i ramavtalet, framgå objektiva grunder för att fastställa i vilken ordning leverantörerna ska ges möjlighet att leverera. Bland annat uttalar regeringen att ”[d]en upphandlande myndigheten har således inte möjlighet att fritt välja mellan leverantörerna i ramavtalet eller att omförhandla ramavtalens villkor”.³⁹ Den i ramavtalet fastställda avropsordningen mellan leverantörerna får enbart frångås om det föreligger *särskilda skäl* med hänsyn till föremålet för upphandlingen.⁴⁰ Grunderna för detta bör enligt lagförarbetena redovisas i förfrågningsunderlaget.⁴¹

³¹ Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i mål nr 7469–7472-11.

³² I rättspraxis har exempelvis uteblivna livsmedelsleveranser till skolor, förskolor och servicehus ansetts vara av brådska natur – se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 29 februari 2012 i mål nr. 1446–1452-12. I lagförarbetena anges även att möjlighet till extra förmånliga köp på auktion samt särskilt personrelaterade behov av hälso- och sjukvårdstjänster kan anses medföra synnerliga skäl – se prop. 2001/02:142, s. 99 samt prop. 2006/07:128, s. 429; jfr. även Konkurrensverkets beslut av den 26 maj 2010 i ärende nr. 430/2009.

³³ Se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

³⁴ Se 8 kap. 2 § jämförd med 4-8 §§ LOU.

³⁵ Från senare rättspraxis se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23.

³⁶ Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden i *kommissionen mot Spanien* (C-71/92) EU:C:1993:890, *Kommissionen mot Spanien II* (C-328/92) EU:C:1994:178 och *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) EU:C:1995:150.

³⁷ Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens avgöranden i *Kommissionen mot Italien* (C-199/85), *Kommissionen mot Spanien II* (C-328/92) EU:C:1994:178 och *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) EU:C:1995:150. Från senare praxis, se även domstolens avgöranden i de förenade målen *Bockhorn-Braunschweig* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220 och *Stadt Halle* (C-26/03) EU:C:2005:5, p. 46.

³⁸ Se prop. 2006/07:128, del 1, s. 175 ff, se även Asplund m.fl., *Överprövning av upphandling*, 2012, s. 221 ff., Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling*, juli 2015 samt Zeteo, kommentaren till 5 kap. 6 § LOU.

³⁹ Se prop. 2006/07:128, s. 337 f.

⁴⁰ Avsteg från rangordning har i vissa situationer ansetts möjlig i fråga om enskilda brukares fria val, se prop. 2006/07:128 s.175) – se även Kammarrätten i Stockholms dom av den 16 februari 2010 i mål nr 7433-09, Kammarrätten Jönköpings dom av den 12 april 2010 i mål nr. 229-10 samt Kammarrätten i Göteborgs dom av den 27 februari 2014 i mål nr. 7585-13

⁴¹ Som exempel sådana *särskilda skäl* för att frånga en i förväg fastställd avropsordning anger lagförarbetena (prop. 2006/07:128, del 1, s. 175 ff.) upphandlingar av produkter vars priser ofta ändras eller då en jävssituation föreligger. Vidare anges att det i förekommande fall bör framgå av ramavtalet att särskilda skäl av sådant slag som nu nämnts kan komma att åberopas.

I vägledande rättspraxis (RÅ 2010 ref. 97) har Högsta förvaltningsdomstolen uttalat att kravet på likabehandling innebär bl.a. att tilldelningskriterierna enligt ett ramavtal inte får ge den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet och att kravet på transparens får anses innebära att en leverantör som tar del av förfrågningsunderlaget ska få klart för sig hur tilldelningen av kontrakt enligt ramavtalet kommer att ske.⁴²

Vidare har rangordningskravet i LOU kommit att bedömas i samband med allmänna domstolarnas praxis om skadestånd.

Svea hovrätt hade att bedöma ett förfarande där en kommun frångått rangordningen och delvis avropat B-tjänster (sociala tjänster) från lägre rangordnade leverantörer än den som rangordnats i första hand. Hovrätten fann, liksom tingsrätten, att kommunen inte hade rätt att frånga rangordningen och dömde kommunen att betala skadestånd till den i första hand rankade leverantören för utebliven inkomst av de avrop som denne inte tilldelats.⁴³

Svea hovrätt har även bedömt ett förfarande där en kommun avropat A-tjänster (måleritjänster) delvis från en annan leverantör än den i första hand rangordnade. Kommunen hade tillämpat en fördelningsnyckel som tillät avrop från andrahandsleverantören så länge huvuddelen av avrop skedde från den i första hand rangordnade leverantören. Hovrätten, liksom tingsrätten, fann att denna ordning kunde godtas eftersom fördelningsnyckeln var klart och tydligt angiven i förfrågningsunderlaget. Fördelningsnyckeln ansågs inte i sig strida mot LOU och det bakomliggande upphandlingsdirektivet. Något skadestånd utdömdes därmed inte.⁴⁴

Avrop utanför gällande avropsordning (antingen rangordning eller en i förväg redovisad fördelningsnyckel) anses medföra fall av otillåten direkttilldelning.⁴⁵

Om en upphandlande myndighet brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU kan en skadelidande leverantör ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att upphandlingen ska rättas eller att den ska göras om.⁴⁶ Om avtal redan har slutits kan rätten på talan av leverantör besluta att detta är ogiltigt.⁴⁷

Allmän förvaltningsdomstol kan även, på talan av Konkurrensverket, besluta att en upphandlande myndighet som bland annat slutit avtal på sätt som strider mot annonseringsbestämmelserna i LOU ska betala en särskild *upphandlingsskadeavgift*. En sådan straffavgift ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor.⁴⁸ Avgiften får dock inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. I rättspraxis har upphandlingsskadeavgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktsvärde⁴⁹ men en individuell bedömning ska alltid ske med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.⁵⁰

Yttrande

Kommunen har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats, men skriftligen meddelat att kommunen inte avser att avge något yttrande i ärendet.

⁴² Se även Förvaltningsrätten i Göteborgs dom av den 1 juli 2011 i de förenade målen 2580-11 och 2614-11 där en fördelningsnyckel ansågs ge den upphandlande myndigheten ett för stort utrymme för fritt skön. Domen överklagades till Kammarrätten i Göteborg, som inte meddelade prövningstillstånd (kammarrättens beslut den 18 oktober 2011 i mål nr 4945-11 och 4946-11).

⁴³ Svea hovrätts dom av den 24 april 2012 i mål nr. T 3850-11.

⁴⁴ Svea hovrätts dom av den 14 december 2015 i mål nr. T 10286-14. Avgörandet har vunnit laga kraft.

⁴⁵ Se bl.a. Asplund m.fl., *Överprövning av upphandling*, 2012, s. 223.

⁴⁶ Se 16 kap. 4-6 § LOU.

⁴⁷ Se 16 kap. 13 § LOU.

⁴⁸ Se Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 10 december 2015 i mål nr. 13345-15.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ Se HFD 2015 ref. 69.

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 såsom upphandlande myndighet skyldig att iaktta bestämmelserna i LOU. Såvitt framgår av utredningen har Kommunen köpt B-tjänster i form av bl.a. en- och flerdagskonferenser direkt från Visit Karlstad. Detta har skett genom direktupphandling, utan föregående annonsering, under perioden 2013-2014 samt genom avrop utan stöd av gällande avropsordning under tiden härefter.

Visit Karlstad ägs av Kommunen tillsammans med privata delägare och bedriver enbart c:a 20 procent av sin verksamhet tillsammans med Kommunen. Varken *kontrollkriteriet* eller *verksamhetskriteriet* för s.k. *in-house-undantag* enligt 2 kap. 10 a § LOU kan därmed komma ifråga vid Kommunens köp från bolaget.

Fråga uppkommer därefter om någon annan i LOU förekommande undantagsbestämmelse medger grund för Kommunen att köpa aktuella tjänster direkt från Visit Karlstad. Det sammanlagda beloppsvärdet till vilket Kommunen köper konferenstjänster överstiger vida den värdegräns då direktupphandling kan ske. Förutsättningarna för direktupphandling på grund av lågt värde är därmed inte uppfyllda.

Kommunens behov av att löpande kunna avropa konferenstjänster har knappast en sådan kvalificerad natur att lagens krav på annonsering överhuvudtaget kan frångås. Några *synnerliga skäl* såsom *brådska*, till följd av icke självförvällad tidsnöd, som har gjort det omöjligt att genomföra ett annonserat upphandlingsförfarande har heller inte förelegat, utan Kommunen har haft god tid på sig att även före 2015 planera och genomföra en annonserad upphandling. I det annonserade förfarande som Kommunen genomförde 2015 har det inte angivits någon alternativ fördelningsnyckel eller annan grund för avsteg från den rangordning som leverantörerna sinsemellan tilldelats för löpande avrop. Som framgår av lagförarbetena har upphandlande myndigheter inte någon laglig möjlighet att fritt välja mellan leverantörerna i ett upphandlat ramavtal eller att omförhandla ramavtalens villkor. Det har således inte varit lagligen möjligt för Kommunen att avropa tjänster från Visit Karlstad om inte därförinnan samtliga högre rangordnade leverantörer tillfrågats och även avböjt att leverera. Några sådana förhållanden har inte ens påståtts föreligga. Det har heller inte visats något annat undantag från LOU, varken från att annonsera upphandlingen eller från att frångå rangordningen vid avrop.

Kommunens nu aktuella förfarande, att direktupphandla sitt behov av konferenstjänster från Visit Karlstad, strider således mot LOU. Förfarandet innebär även att de privata ägarna av Visit Karlstad har kommit att gynnas på ett otillbörligt sätt. Mot denna bakgrund och med beaktande av att Kommunen även olagligen köper marknadsföringstjänster direkt från Visit Karlstad (se Konkurrenskommissionens utredning KKO 16-016) finns det anledning att rikta allvarlig kritik mot Kommunen.