

PM 2 2016-10-12 SLUTLIG BEDÖMNING

En kommun har löpande sedan 2013 direkttilldelat kontrakt om skötsel av kommunala idrottsytor och -anläggningar till ett bolag som ägs av en lokal idrottsförening. Avtalen avser ett sammanlagt värde på över 15 miljoner kronor.

Växjö kommun, genom Kultur och idrottsnämnden (nedan Kommunen), köper löpande tjänster från Öster Arena AB avseende fastighetsskötsel på Kommunens idrottsytor och -anläggningar.

Kommunen har hittills sedan 2013¹ slutit totalt fyra avtal med Öster Arena AB om bland annat tjänster för daglig skötsel och tillsyn över de kommunala anläggningarnas ytor och byggnader, tillhandahållande av erforderlig maskinell utrustning och material samt vaktmästartjänster.² Som ersättning för i dessa avtal angivna tjänster ska Kommunen betala sammanlagt c:a 15,269 miljoner kronor.³

Ett avtal slöts mellan Kommunen och Öster Arena AB den 17 september 2014 och sträckte sig till och med den 30 september 2016, utan möjlighet till förlängning.⁴ För tiden härefter har Kommunen ingått ett ytterligare avtal, som gäller till och med den 30 september 2017.⁵

Öster Arena AB⁶ ägs av den lokala idrottsföreningen Östers IF och saknar varje ytterligare anknytning till Kommunen. Något offentligt annonserat upphandlingsförfarande har inte föregått något av Kommunens aktuella avtal med bolaget.⁷

Det samlade kontraktsvärdet för avtalen kan med ledning av vad som ovan redovisas uppskattas till över 15 miljoner kronor.³

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).⁸ Kommunala myndigheter och kommunala beslutande församlingar utgör enligt legaldefinitionen i 2 kap. 19 § LOU sådana s.k. upphandlande myndigheter som obligatoriskt har att iakta lagens

¹ Avtalsförhållandet kan ha sitt ursprung i en 2011 genomförd verksamhetsövergång, varigenom personal som varit anställd i Kommunen för drift av kommunens anläggningar i Värendsvallsområdet bland annat övergick till dåvarande Öster IF Service AB, numera Fotbollsfastigheter i Växjö AB, (556529-7461) – se ”Avtal om verksamhetsövergång” mellan Kommunen och Öster IF Service AB den 22 februari 2011. Det kan noteras att detta bolag, Öster IF Service AB, inte är identiskt med nu aktuella Öster Arena AB.

² Se de löpande ”Samarbetsavtal avseende drift och skötsel för Värendsvallen, Tipshallen och övriga ytor inom Arenastaden” som slöts mellan Kommunen och Öster Arena AB den 20 augusti 2013 respektive den 4 april och den 17 september 2014.

³ Enligt samarbetsavtalet från den 20 augusti 2013 ska Kommunen utge ersättning för utförda tjänster med totalt 3,860 miljoner kronor per år. Detta avtal upphörde att gälla den 31 december 2013 (6 månader) och ersattes av liknande samarbetsavtal, daterade den 4 april 2014 respektive den 17 september 2014 samt den 30 september 2016. Enligt dessa avtal ska Kommunen utge ersättning med 3,557 miljoner kronor per år, från och med den 1 januari 2014 till och med den 30 september 2017 (45 månader). Således avtalad ersättning uppgår till sammanlagt $(3,860 \cdot 12 \times 6) \approx 1,930 + [3,557 \cdot 12 \times 44] + \approx 13,339 = 15,269$ miljoner kronor.

⁴ Se ”Samarbetsavtal avseende drift och skötsel för Värendsvallen, Tipshallen och övriga ytor inom Arenastaden” av den 17 september 2014, p. 3.1.

⁵ Se ”Samarbetsavtal avseende drift och skötsel för Värendsvallen, Tipshallen och övriga ytor inom Arenastaden” av den 30 september 2016, samt e-postmeddelande från Kommunen till Konkurrenskommissionen den 6 oktober 2016 (nedan refererat i avsnittet Yttrande).

⁶ Öster Arena AB, med organisationsnummer 556835-4939, bildades den 10 december 2010 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 23 december samma år. Nuvarande firma registrerades den 1 mars 2011. Tidigare firma har varit Stiftaren 12198 AB. Gällande bolagsordning registrerades den 14 januari 2011, enligt vilken bolaget har till föremål för sin verksamhet att ”... hyra ut lokaler för idrott, kultur, restauranger och konferenser samt all därmed förenlig verksamhet. Bolagets verksamhet är även att genomföra egna arrangemang inom idrott, kultur och utbildningar samt all därmed förenlig verksamhet”. Bolaget ägs av Östers IF ideell förening (829500-5386).

⁷ Se Kommunens avslagsbeslut av den 16 maj 2016 med anledning av begäran att få ta del av det upphandlingsunderlag som legat till grund för förekommande samarbetsavtal mellan Kommunen och Öster Arena AB.

⁸ Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

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 byggtreprenadarbeten inom Europeiska unionen som heter *Common Procurement Vocabulary* eller CPV.⁹ Kontrakt som avser tjänster för skötsel av idrottsplatser (CPV 77320000-9) eller drift av idrottsanläggningar (CPV 92610000-0) hänför sig vid en tillämpning av CPV-systemet till s.k. B-tjänster, Fritids- och idrottsverksamhet samt kulturverksamhet (kategori 26) enligt bilaga 3 till LOU. En upphandling av dylika B-tjänster ska, oavsett värdet, handläggas i enlighet med de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU.

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.¹⁰ 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.¹¹ Enligt 2 kap. 10 a § LOU får dock undantagsvis en upphandlande myndighet genom s.k. *in-house-undantag* vid vissa förhållanden sluta avtal direkt med en fristående juridisk person som myndigheten själv är ägare eller delägare av, utan att i övrigt iakttas av lagens bestämmelser.

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.¹²

Om något undantag från LOU inte kan göras tillämpligt ska upphandling genomföras enligt lagens bestämmelser. I sådant fall ska enligt huvudregeln i 1 kap. 9 § LOU den upphandlande myndigheten genomföra upphandling på ett likvärdigt och icke-diskriminerande samt öppet (transparent) sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. I den bakomliggande EU-lagstiftningen framhålls bl.a. att otillåten direkttilldelning av EU-domstolen har betecknats som den allvarligaste överträdelsen av unionslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande myndighet kan begå.¹³

Som regel föreligger det en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt, enligt 15 kap. 4 § LOU, offentliggöra sina upphandlingar gen-

⁹ 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 – 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.

¹⁰ 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.

¹¹ Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

¹² 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.

¹³ 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.

om annons i en allmänt tillgänglig elektronisk databas eller genom annons i annan form som möjliggör en effektiv konkurrens.

Vid upphandling av B-tjänster föreligger det enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU undantag från denna skyldighet vid bland annat följande förutsättningar.

- värdet av det som ska upphandlas har *lågt värde* – d.v.s. kontraktsvärdet understiger högst 28 procent av gällande tröskelvärde, motsvarande (numera) 534.890 kronor¹⁴ – 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 selektivt 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 utgör kontraktsvärdet det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet och en upphandling får inte delas upp i syfte att kringgå lagens bestämmelser. Vid värdeberäkningen ska därför även beaktas samtliga direktupphandlingar av samma slag som har gjorts av den upphandlande myndigheten under räkenskapsåret.¹⁵

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 brådskande anskaffning av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art.¹⁶ 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.¹⁷

De omständigheter som kan rättfärdiga *synnerlig brådska* måste vidare bero på yttre förhållanden, dvs. sådant 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*.¹⁸

Härutöver måste den aktuella tidsnöden vara sådan att det inte har varit möjligt att hålla tidsfristerna vid annonserat förfarande, vilka vid upphandling av B-tjänster inom den klassiska sektorn ska motsvara ”*skälig tid*” och som högst mellan 40 och 52 dagar.¹⁹

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta rättspraxis²⁰ 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.²¹

¹⁴ Den angivna beloppsgränsen avser upphandling som har påbörjats under 2016. För 2015 uppgick motsvarande värdegräns till 505.800 kronor (baserad på då gällande tröskelvärde 1.806.427 kronor för den klassiska sektorn). För upphandling som har påbörjats före den 1 juli 2014 var värdegränsen till 15 procent av gällande tröskelvärde eller 270.964 kronor.

¹⁵ Se bl.a. Förvaltningsrätten i Linköpings dom av den 8 januari 2015 i mål 7380-14.

¹⁶ Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i mål nr 7469--7472-11.

¹⁷ I rättspraxis har exempelvis uteblivna livsmedelsleveranser till skolor, förskolor och servicehus ansetts vara av brådskande 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.

¹⁸ Se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

¹⁹ 15 kap. 9 § LOU; se även 8 kap. 2 § jämförd med 4-8 §§ LOU. I rättspraxis anbudsfrister på c:a tre veckor ansetts medföra *skälig tid*.

²⁰ Från senare rättspraxis se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23.

²¹ 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.

Det ankommer också på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.²²

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller mot någon annan bestämmelse i LOU kan leverantör som anser sig därmed ha lidit skada ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att upphandlingen ska rättas eller att den ska göras om.²³ Har avtal redan slutits kan rätten på talan av skadelidande leverantör besluta att detta är ogiltigt.²⁴

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.²⁵ Avgiften får dock inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. I rättspraxis har upphandlingsskadeavgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktsvärde²⁶ men en individuell bedömning ska alltid ske med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.²⁷

Yttrande

Kommunen har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande. Skötselavtalet med Öster Arena AB är förlängt från och med den 1 oktober 2016. Avtalet löper i minst tre månader och högst tolv månader. Kommunen har påbörjat arbetet med att se över om verksamheten ska återgå i egen regi eller upphandlas. Det blir sannolikt en upphandling. I avtalet har skrivits in att avtalet upphör omedelbart om och när annan entreprenör utses efter upphandling alternativt om och när det återgår i egen regi.

Preliminär 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 framkommit vid utredningen har Kommunen köpt B-tjänster i form av skötsel och drift av kommunala idrottsanläggningar från Öster Arena AB. Detta har skett genom direkttilldelning av kontrakt under perioden den 1 juli 2013 till och med den 30 september 2017. Den överenskommelse som nu i september 2016 har träffats mellan kommunen och Öster Arena AB utgör, till skillnad från vad kommunen söker göra gällande i sitt yttrande, inte någon förlängning av tidigare avtal från 2014 utan ett nytt självständigt avtal, eftersom det tidigare avtalet var tidsbegränsat utan möjlighet till förlängning.

Fråga uppkommer därmed om någon i LOU förekommande undantagsbestämmelse medger grund för Kommunen att på detta sätt köpa tjänster direkt från Öster Arena AB. Bolaget ägs inte av Kommunen och utgör heller inte någon upphandlande myndighet som har ensamrätt att utföra aktuella tjänster. Det sammanlagda kontraktsvärdet på över 11 miljoner kronor överstiger vidare den värdegräns, på för närvarande 534.000 kronor, då direktupphandling är tillåten. Inte heller en bedömning av varje kontrakt, var för sig, skulle kunna medföra anledning till direktupphandling på grund av lågt värde.

²² 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.

²³ Se 16 kap. 4-6 § LOU.

²⁴ Se 16 kap. 13 § LOU.

²⁵ Se Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 10 december 2015 i mål nr. 13345-15.

²⁶ 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.

²⁷ Se HFD 2015 ref. 69.

Vidare kan Kommunens aktuella behov av tjänster för drift och service av sina idrottsanläggningar knappast omfattas av en sådan stor samhällsekonomisk betydelse eller av sådan viktig art att lagens krav på annonserad upphandling av detta skäl kan underlåtas. Några *synnerliga skäl* såsom *brådskas* till följd av en icke självförvårdad tidsnöd, som gjort det omöjligt för Kommunen att genomföra en annonserad upphandling, har heller inte förelegat utan den kommunala förvaltningen har haft god tid på sig att planera och genomföra ett annonserat förfarande. Det har heller inte visats föreligga något annat skäl för Kommunen att göra undantag från öppenhetsprincipen och annonseringskravet i LOU.

Kommunens nu aktuella förfarande strider således mot LOU. Mot denna bakgrund finns det anledning att rikta allvarlig kritik mot Kommunen. Kommunen riskerar även att få nu gällande avtal med Öster Arena AB ogiltigförklarat samt att få betala upphandlingsskadeavgift uppgående till motsvarande sju procent av avtalets samlade kontraktsvärde.