

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO

02-013/020

PM 2 2002-04-17 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (direktupphandling).

Kommunförbundet Stockholms län har jämte länsarbetsnämnden samt flera kommuner i länet, lämnat uppdrag avseende utbildningstjänster m.m. till ett statligt bolag, utan någon föregående upphandling genom infordran av konkurrerande anbud på marknaden.

Kommunförbundet Stockholms län har jämte bland annat Järfälla kommun, Nacka kommun, Salems kommun, Nykvarns kommun, Stockholms stad, Tyresö kommun samt Länsarbetsnämnden i Stockholms län (nedan gemensamt angivna som Konsortiet) 1[1] tecknat ett som "KONSORTIALAVTAL" rubricerat kontrakt, innebärande att Konsortiet uppdrar åt det statliga utbildningsbolaget Lernia AB, (tidigare AmuGruppen)2[2], att mot ersättning tillhandahålla utbildningstjänster för ett gemensamt projekt för vuxenutbildning. Projektet syftar enligt en projektbeskrivning till att "...skapa en flexibel modell för vuxenutbildning med inriktning mot vård och omsorg av äldre och personer med funktionshinder och därigenom öka kompetensen hos personalen inom vården. Vidare syftar projektet till att skapa förutsättningar för anställning av de personer som utbildas inom projektet och till att öka mångfalden avseende ålder, kön och etnisk och kulturell bakgrund hos personalen".

Av en icke undertecknad och icke daterad kopia av det aktuella konsortialavtalet som av Kommunförbundet Stockholms län gjorts tillgänglig för Konkurrenskommissionen framgår att avtalet innefattar bl.a. ett uppdrag från Konsortiet till Lernia AB, att tillhandahålla tjänster för utbildning genom (punkten 4.3, stycke A) "att svara för den teoretiska utbildningen. Inom ramen för detta skall Lernia nyttja sin valideringsmetod för att kunna fastlägga en

1[1] I konsortiet ingår även Medihem AB, Svenska kommunalarbetsförbundet samt Lernia AB.

2[2] Lernia AB, ägs av svenska staten genom Näringsdepartementet. År 2000 omsatte Lernia AB 1,7 miljarder kronor. Samma år bytte bolaget firma från AmuGruppen AB till Lernia AB.

individuell utbildningsplan för de som skall utbildas inom projektet. [nytt stycke B] Lernia åtar sig att tillhandahålla, 500.000 timmar/poäng per kalenderår. [nytt stycke C] Lernia skall tillhandahålla ett utbildningspaket. Utbildningspaketet beskrivs närmare i [en bilaga till avtalet]... [nytt stycke D] Lernias tillhandahållande av Utbildningspaketet gäller på de i [en annan bilaga till avtalet] angivna allmänna leveransvillkoren.

Av konsortialavtalet framgår även (punkten 4) att Kommunförbundet Stockholms län skall vara huvudansvarig för projektet, och således svara för administration, ekonomi och marknadsföring av projektet. De i Konsortiet ingående kommunerna garanterar gemensamt³[3] att minst 100 anställda inom vården skall delta i projektet, därjämte garanterar Länsarbetsnämnden i Stockholms län att ytterligare 200 långtidsarbetslösa utbildas i projektet.

Enligt punkten 10 löper Konsortialavtalet från och med den 15 januari 2001 till och med den 15 mars 2002 med möjlighet till förlängning utan begränsning i tiden. Finansiering av projektet skall enligt punkten 5 i avtalet ske genom allmänna medel som tillförs bland annat genom länsarbetsnämnden i Stockholms län samt övriga i Konsortiet ingående parter. Länsarbetsnämnden i Stockholms läns åtagande vad avser finansieringsdelen av kurskostnader begränsas dock att motsvara 25 % av den rörliga delen av för långtidsarbetslösa upp till maximalt 7.225.000 kronor.

Kommunförbundet Stockholms län har i en skrift till Konkurrenskommissionen⁴[4] påtalat att det aktuella ”Växahusprojektet” syftar till att skapa en ny modell för utbildning inom äldreomsorgen. Projektet har vuxit fram under ett långsiktigt samarbete mellan berörda parter. Lernia AB har således ingått i arbetet från första början. Någon upphandling har därför inte skett. Projektet är i förhållande till kommunförbundet helt finansierat genom externa medel från bl.a. ESF-rådet, länsarbetsnämnden samt de deltagande kommunerna. Efter att detta har avslutats kommer erfarenheterna från projektet att stå till allmänt förfogande.

Angivna bilagor till Konsortialavtalet har Kommunförbundet Stockholms län inte lämnat ut. Med ledning av tillgänglig information kan upphandlingens värde emellertid beräknas överstiga 30 miljoner kronor per år.

-

Gällande rätt

Offentliga upphandlingar regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Lagens bestämmelser omfattar bland annat statliga och kommunala myndigheter samt ideella föreningar vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av kommuner eller landsting eller

³[3] Ansvaret gäller gemensamt mellan de i Konsortiet ingående kommunerna och Medihem AB.

⁴[4] Skrift från Kommunförbundet Stockholms län den 20 mars 2002 till Konkurrenskommissionen.

vars styrelse till mer än halva antalet ledamöter utses av kommuner eller landsting (1 kap. 6 § LOU). De som omfattas av lagens bestämmelser benämns ”upphandlande enheter”.

Tjänster för utbildning, inkl. yrkesutbildning utgör sådana s.k. B-tjänster^{5[5]} (kategori 24)^{6[6]} som oavsett upphandlingens samlade värde skall handläggas i enlighet med bestämmelserna i 1 kap. 1-6 §§, 6 kap. samt 7 kap. LOU.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som huvudregel att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. I förarbetena^{7[7]} till LOU motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om icke diskriminering (jfr. art. 6 i EG-Romfördraget). Reglerna är bl.a. utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Bestämmelserna medför också att skattebetalarna skyddas mot onödigt höga kostnader.

Vid tidpunkten för den aktuella upphandlingen (således senast den 15 januari 2001) skulle den upphandlande enheten normalt tillämpa något av upphandlingslagens förfaranden antingen för *förenklad upphandling* eller *urvalsupphandling* och därvid upprätta ett skriftligt anbudsunderlag samt inhämta konkurrerande anbud. Vid tidpunkten för upphandlingen gällde att anbud skulle infordras antingen genom en annons eller genom skrivelser till minst tre leverantörer.^{8[8]}

Enligt 6 kap. 2b § LOU kan vid upphandling av tjänster, undantag från skyldigheten att offentliggöra upphandlingen föreligga (i) om det vid en annonserad³ upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud, (ii) det som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör, eller (iii) om upphandlingen avser 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.

5[5] 5 kap. 1 § LOU samt punkt 16 bilaga A till lagen.

6[6] Enligt förordningen (1998:77) om annonser enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling skall det som upphandlas klassificeras med CPV-nummer. Alla annonser i EGT/TED klassificeras också med CPV-nummer även om direktiven fortfarande anger andra klassificeringar (NACE för entreprenader, CPC för tjänster och CPA för varor). EG-kommissionen har dock (1996) rekommenderat användandet av CPV som täcker in de andra nomenklaturerna och därmed uppfyller kraven.

7[7] Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.

8[8] Enligt nu gällande bestämmelser i 6 kap. 2a § LOU skall anbud inhämtas genom annons i en allmänt tillgänglig databas eller genom annons i annan form som leder till effektiv konkurrens. Förfarandet infördes 1 januari 2001 genom ändring i lagen om offentlig upphandling (se SFS 2000:877) och träder enligt punkten 2 i övergångsbestämmelserna i kraft från den 1 juli 2001. Före den 1 juli 2001 kunde anbud enligt äldre bestämmelser, i stället för genom annonsering även inhämtas genom skrivelser till minst tre leverantörer.

Skulle upphandlingens värde vara lågt eller föreligger andra synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten, får upphandlingen enligt 6 kap. 2 §, andra stycket LOU, undantagsvis handläggas enligt bestämmelserna för *direktupphandling*. Skriftliga anbud behöver i sådant fall inte infordras, utan det räcker med en formlös anbudshandläggning.

Som riktmärke för ett sådant *lågt värde* under vilket ett mer formaliserat upphandlingsförfarande inte behöver genomföras utan direktupphandling istället kan tillämpas, har Nämnden för offentlig upphandling (NOU) för en normal upphandlande enhets upphandling av enstaka intellektuella konsulttjänster angivit en övre gräns på två basbelopp (numera: ”prisbasbelopp”) enligt 1 kap. 6 § lagen (1962:381) om allmän försäkring eller c:a 74.000 kronor (se NOU-info, årsammanställningen för år 1993-95, sid. 57). Upphandlingsvärden överstigande detta belopp bör således inte kunna motivera att undantagsbestämmelsen om direktupphandling tillämpas.

Yttrande

Kommunförbundet Stockholms län har inkommit med ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet. Kommunförbundet har därvid hänvisat vad det tidigare redovisat till Konkurrenskommissionen under hand^t, och inte anfört något ytterligare i sak.

-

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en privat expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att sammanblanda myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Inom ramarna för ett projekt avseende arbetsmarknadsutbildning av långtidsarbetslösa samt kompetensförstärkning inom vården har Kommunförbundet Stockholms län och ett antal kommuner samt Länsarbetsnämnden i Stockholms län (här kallat Konsortiet) köpt tjänster i form av ett ”utbildningspaket” omfattande bl.a. 500.000 utbildningstimmar per kalenderår.

Köp av tjänster som genomförs av myndigheter och föreningar över vilka kommuner har ett rättsligt bestämmande inflytande skall genomföras enligt bestämmelser i lagen om offentlig upphandling. I fråga om utbildningstjänster skulle vid tidpunkten för det aktuella köpet förfarandet för förenklad upphandling (eller urvalsupphandling) ha tillämpats varvid upphandlingen skulle ha annonserats eller anbud eljest ha inhämtats genom skrivelser till minst tre leverantörer.

Konsortiet är i sig själv inte någon juridisk person eller självständig upphandlande enhet. Däremot utgör såväl Kommunförbundet Stockholms län som de i Konsortiet ingående kommunerna samt Länsarbetsnämnden i Stockholms län sådana upphandlande enheter som är skyldiga att iaktta upphandlingslagens bestämmelser. Av tillgängliga handlingar framgår att Konsortiet internt avtalat att Kommunförbundet Stockholms län skall vara huvudansvarig för administration, ekonomi och marknadsföring m.m. av det projekt i vilken den nu aktuella

upphandlingen ingår. Det kan mot denna bakgrund antas att kommunförbundet har haft det yttersta ansvaret för den aktuella upphandlingens handläggning.

De aktuella utbildningstjänsterna finansieras av allmänna medel, antingen direkt genom bidrag från bl.a. länsarbetsnämnden i Stockholm eller indirekt genom de deltagande kommunernas samt länsarbetsnämndens rörliga ersättning per deltagare.

Någon upphandling genom infordran av flera anbud har emellertid inte genomförts. Istället har uppdraget att tillhandahålla de aktuella utbildningstjänsterna lämnats direkt till det statliga utbildningsföretaget Lernia AB, utan konkurrens av andra utbildningsföretag.

Den omständighet att Lernia AB själv ingår som en del i Konsortiet medför inte något undantag från lagen om offentlig upphandling. Några synnerliga skäl såsom att upphandlingen avser enbart ett ringa värde, att det förelegat synnerlig brådska som inte kunnat förutses eller att de aktuella utbildningstjänsterna på grund av ensamrätt kan levereras av endast av Lernia AB har inte åberopats till stöd för att direktupphandla tjänsterna. Det är heller inte fråga om någon tilläggsbeställning av tjänster som tidigare har upphandlats i enlighet med lagens bestämmelser.

Enligt Konkurrenskommissionens bedömning har upphandlingen därmed genomförts i strid mot lagen om offentlig upphandling. Detta har medfört att konkurrensen på marknaden för utbildningstjänster snedvrids samtidigt som förtroendet för upphandlingskompetensen i Kommunförbundet Stockholms län och de i Konsortiet ingående kommunerna samt Länsarbetsnämnden i Stockholms län har undergrävt.
