

PM 2 2006-04-03

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom upphandling i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direktupphandling).**

*Lysekils kommun har beslutat att direkt från ett enskilt företag och utan föregående infordran av konkurrerande anbud på marknaden, köpa konsulttjänster avseende befattningen som tillförordnad kommunchef.*

Kommunstyrelsen i Lysekil beslutade den 28 februari 2006 (KS § 49/06) att i enlighet med ett till beslutsunderlaget bilagt förslag till "UPPDRAGSAVTAL AVSEENDE FUNKTION SOM TF KOMMUNCHEF" ingå avtal med Björneld Skaftö AB<sup>[1]</sup> om att bolaget genom sin ägare och ställföreträdare (här nedan angiven som LB) skall svara för befattningen som tillförordnad kommunchef.<sup>[2]</sup>

Kommunstyrelsen beslutade samtidigt att jämte uppdragsavtalet även anställa LB på en tjänst motsvarande 20% av heltid med befattning som tf kommunchef, samt att LB därvid utföra den myndighetsutövning som kan komma ifråga för befattningen.

Av kommunstyrelsens beredningsunderlag framgår att kommunfullmäktige tidigare beslutat att uppdra åt kommunstyrelsen att projektanställa en tillförordnadkommunchef för en tid av 18 månader med möjlighet till förlängning i ytterligare sex månader<sup>[3]</sup>. Syftet med rekryteringen skulle vara att genomföra ett förändringsarbete i enlighet med ett tidigare behandlat utredningsförslag.<sup>[4]</sup> Beredningen av den beslutade rekryteringen uppdrogs åt kommunstyrelsens ekonomigrupp.

Enligt kommunstyrelsens protokoll föreslog ekonomigruppen att "Uppdraget är av sådan svårighetsgrad att specifik kompetens erfordras" uppdragsavtal skulle tecknas med Björneld Skaftö AB. Den del av kommunchefstjänsten som innefattar myndighetsutövning bedömdes av ekonomigruppen till högst 20% av enheltidstjänst och i denna del föreslog gruppen att LB skulle anställas enligt ett tidsbegränsat anställningsavtal.

Av sedermera beslutat förslag till uppdragsavtal mellan kommunen och Björneld Skaftö AB, vilket enligt uppgift tecknades den 28 februari 2006, framgår att detta avser perioden den 1 mars 2006 till och med den 28 februari 2007, med möjlighet till förlängning i maximalt tolv månader. Ersättning skall utgå med 40.000 kronor per månad vilket Björneld Skaftö AB skall fakturera kommunen kalendermånadsvis i efterskott. För den avtalade förlängningsperioden skall ersättningens storlek fastställas genom särskilda överläggningar medan övriga ekonomiska mellanhavanden skall regleras enligt Allmänna Bestämmelser för Konsultuppdrag inom arkitekt- och ingenjörsvetksamheten av år 1996 (ABK-96), med undantag för resor, vilka föreföretadesvis skall ske med kommunala tjänstefordon eller, om dessa inte finns att tillgå, ersättas personligen till LB inom ramarna för gällande kommunalt reglemente/avtal. Utbetalning av förekommande resersättningar skall inte ske enligt uppdragsavtalet utan inom

ramarna för anställningsavtalet mellan kommunen och LB personligen. Tvist enligt uppdragsavtalet skall avgöras i svensk domstol och enligt svensk rätt.

Av det samtidigt beslutade anställningsavtalet mellan Lysekils kommun och LB personligen framgår att detta avser tidsbegränsad deltidsanställning som tf kommunchef med placering vid kommunledningskontoret i Lysekil under perioden den 1 mars 2006 till och med den 28 februari 2007, 8 timmar i veckan (fulltid motsvarar 40 tim/vecka). Lön skall utgå med 10.000 kronor per månad (20 procent av grundlönen 50.000 kr/mån) och övriga för befattningen relevanta anställningsvillkor regleras, förutom genom anställningsavtalet, enligt

kollektivavtal samt på området gällande lagar. En särskild befattningsbeskrivning har bifogats anställningsavtalet. Dessutom har i avtalet noterats att detta utgör en integrerad del av det uppdragsavtal som samtidigt tecknats med Björneld Skaftö AB samt att, om uppdragsavtalet hävs, även anställningsavtalet skall upphöra att gälla.

LB har tidigare innehaft tjänst som bland annat planeringsdirektör vid Uddevalla kommun. Anställningen upphörde den 31 april 2006, varefter LB uppbär s.k. visstidspension. Från sådan pensionsersättning skall enligt gällande villkor avräknas sådan lön eller annan ersättning i pengar eller andra skattepliktiga förmåner som den försäkrade erhåller såsom arbetstagare i allmän eller enskild tjänst.<sup>[5]</sup>

Något offentligt upphandlingsförfarande genom infordran av konkurrerande anbud har inte föregått det aktuella uppdragsavtalet, vilket således tecknades direkt mellan Lysekils kommun och Björneld Skaftö AB. Kontraktsvärdet avtalet kan med ledning av överenskommen ersättning beräknas till minst 960.000 kronor under avtalets giltighetstid, inklusive förlängningsåret.

### Gällande rätt

All offentlig upphandling och vad som äger samband med den, regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.

Administrativa konsulttjänster till ett värde understigande tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,826 miljoner kronor<sup>[6]</sup> skall upphandlas enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU.<sup>[7]</sup>

De grundläggande gemenskapsrättsliga principer, bl.a. principen *omlikabehandling*, vilken bär upp den centrala gemenskapsrätten och kommer till uttryck genom bl.a. EU-fördraget, Europeiska unionens upphandlingsdirektiv samt därtill anslutande praxis, skall tillämpas vid all offentlig upphandling, således även på sådana förfaranden som omfattas av bestämmelserna i 6 kap. LOU.<sup>[8]</sup>

Skyldighet att följa lagens bestämmelser åvilar samtliga statliga, kommunala och andra myndigheter samt beslutande församlingar i kommuner och landsting, vilka enligt lagens terminologi benämns som ”upphandlande enheter”. Tillsyn över lagen om offentlig upphandling utövas av Nämnden för offentlig upphandling (NOU).<sup>[9]</sup>

Upphandlingslagens bestämmelser är tvingande för de upphandlande enheterna. Bestämmelserna behöver emellertid inte tillämpas vid upphandling av tjänster från andra upphandlande enheter vilka på grund av lag eller annan författning som är förenlig med Romfördraget har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra aktuella tjänster (se 5 kap. 2 § LOU). Den omständighet att en upphandlande enhet tror sig veta att enbart viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av efterfrågade tjänster (s.k. faktisk ensamsituation) medför inte undantag från lagens huvudregel att upphandling ändå måste genomföras<sup>[10]</sup>.

Bestämmelserna behöver heller inte tillämpas avseende rena anställningsavtal (jfr 5 kap. 1 § andra stycket punkten 6 LOU). Uppdragsavtal på konsultbasis, där ansvaret för arbetsgivareavgifter och skatter primärt åvilar uppdragstagaren och för vilka exempelvis lagstadgad mervärdesskatt (moms) utgår, kan emellertid inte utgöra anställningsavtal i teknisk mening.

Enligt 1 kap. 5 § LOU skall samtliga avtal som upphandlande enheter ingår med en fristående juridisk person, avseende köp av exempelvis tjänster, betraktas som ”upphandlingar” i enlighet med lagens systematik.

Enligt 6 kap. 2 § LOU skall förekommande upphandlingar normalt genomföras genom s.k. förenklat upphandlingsförfarande eller genom s.k. urvalsupphandling. Direktupphandling – där den upphandlande enheten utan föregående anbudsfordran, formlöst vänder sig till viss leverantör och tecknar avtal direkt med denne – får användas endast om upphandlingens

värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. Enheten skall vid behov fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling.

I Lysekils kommun gäller, enligt riktlinjer fastställda av kommunfullmäktige, att direktupphandling av intellektuella konsulttjänster kan ske upp till ett kontraktsvärde icke överstigande tre basbelopp enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring<sup>[11]</sup>, för närvarande således totalt 119.100 kronor.<sup>[12]</sup>

Vid förenklad upphandling eller urvalsupphandling föreligger enligt 6 kap. 2 § första stycket samt 2a § LOU en obligatorisk skyldighet för upphandlande enheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar. Samtliga företag som tillhandahåller den aktuella typen av tjänster utgör ”leverantörer” i lagens mening och skall lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (”anbudsansökan”).

Undantag från skyldigheten att annonsera en förenklad upphandling av tjänster föreligger enligt 6 kap. 2 § andra stycket samt 2 b § LOU endast under följande förutsättningar:

- upphandlingens värde är lågt eller det föreligger synnerliga skäl såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- det som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt<sup>[13]</sup> kan levereras av endast en viss leverantör,
- upphandlingen gäller tilläggstjänster, eller
- upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tjänster ingående i ett projekt som högst tre år tidigare varit föremål för upphandling enligt lagen om offentlig upphandling.

Den allmänna principen om likabehandling som följer av EU-fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, även giltighet som svensk lag. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen att "*Den i Romfördraget centrala likabehandlingsprincipen återfinns bl.a. i artikel 6 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Andra uttryckliga likabehandlingsprinciper återfinns i artikel 40 tredje stycket i Romfördraget angående lika-behandling mellan producenter och konsumenter inom den gemensamma jordbrukspolitikerna samt i artikel 119 i Romfördraget när det gäller lika lön för kvinnor och män. EG-domstolen har dock slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen*".<sup>[14]</sup> Den allmänna likabehandlingsprincipen får förstås så att en medlemsstats myndigheter inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa (t.ex. inhemska) leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

### Yttrande

Lysekils 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.

Kommunfullmäktige och kommunstyrelsen i Lysekil är sådana upphandlande enheter som måste följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling - LOU. Det uppdragsavtal avseende konsulttjänster som kommunen har beslutat att ingå med Björnelid Skaftö AB är utformat på ett sådant sätt att lagen om offentlig upphandling blir tillämplig. Avtalets värde

och övriga omständigheter gör att 6 kap. LOU därvid skall tillämpas. Det samtidigt beslutade anställningsavtalet med LB personligen utgör däremot ingen upphandling enligt LOU.

Enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU skall som huvudregel ett skriftligt underlag upprättas innan upphandling påbörjas. Upphandlingen skall därefter annonseras, varvid samtliga intresserade leverantörer skall beredas möjlighet att på lika villkor delta med anbud.

Lagstadgad ensamrätt som medför att endast Björnelld Skaftö AB kan komma ifråga för det aktuella uppdraget föreligger inte. Någon tidigare konkurrensupphandling har inte genomförts och det är vare sig fråga om tilläggsbeställningar eller upprepningsarbeten. Det är inte heller så att de aktuella konsulttjänsterna av tekniska eller konstnärliga skäl kan levereras endast av Björnelld Skaftö AB. Den omständighet att LB har anställts personligen av kommunen på deltid och att han kan ha ett eget intresse av att under övrig tid, istället för genom anställning, tillhandahålla sina tjänster på konsultbasis medför inte något lagligt skäl för kommunen att teckna avtal direkt med hans bolag. Någon sådan legal ensamrätt som krävs enligt lagen föreligger nämligen inte.

Inget av de i lagen om offentlig upphandling förekommande undantagen från kraven på upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden har därför förelegat. Upphandling måste istället genomföras i enlighet med föreskrifterna i lagen om offentlig upphandling och med iakttagande av de principer som ytterst följer av EU-fördraget, bland annat genom offentlig anbudsinfördan.

Det aktuella uppdragsavtalet mellan Lysekils kommun och Björnelld Skaftö AB står således i strid mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling. Konkurrensen har därvid kommit att snedvridas samtidigt som den för lagen om offentlig upphandling och för gemenskapsrätten centrala likabehandlingsprincipen har åsidosatts.

<sup>[1]</sup> Björnelld Skaftö AB, med organisationsnummer 556656-1527, bildades den 10 december 2003 och registrerades av Bolagsverket den 17 februari 2004; Nuvarande firma registrerades den 14 september 2004. Tidigare firma har varit Aktiebolaget Grogrunden nr 1535. Nu gällande bolagsordning antogs den 7 juni 2004. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 100.000 kronor fördelat på 1.000 aktier med nominellt värde på vardera 1.000 kronor. Föremålet för bolagets verksamhet består enligt gällande bolagsordning av att "bedriva konsultationer inom managementområdet med inriktning främst mot offentlig verksamhet, bedriva handel med värdepapper och fastighetsförvaltning samt idka därmed förenlig verksamhet".

<sup>[2]</sup> Kommunstyrelsen i Lysekil, beslut den 28 februari 2006 (§ 49/06) "att sluta avtal med Björnelld Skaftö AB, Fiskebäckskil, att genom [LB] svara för tf kommunchefsbefattning enligt upprättat förslag till avtal, att förordna [LB] att som anställd enligt särskilt upprättat anställningsavtal motsvarande 20% av heltid sköta den myndighetsutövning som läggs på tf kommunchefen, att fastställa tf kommunchefens uppdrag i enlighet med upprättad beskrivning samt att uppdra åt kommunstyrelsens ordförande att underteckna avtalet.

<sup>[3]</sup> Kommunfullmäktige i Lysekil beslut vid sammanträde den 20 oktober 2005 (KF § 93/05).

<sup>[4]</sup> Utredningen om kommunstyrelsens administrativa organisation framlades och behandlades vid kommunstyrelsen sammanträde den 28 september 2005 (KS § 179/05). En särskild befattningsbeskrivning upprättades samtidigt.

<sup>[5]</sup> Se § 10, PA-KL, kollektivavtal om pension enligt Svenska Kommunförbundets rekommendationer. Uppbär den försäkrade förvärvsinkomst skall visstidspensionen minskas enligt särskilda i de aktuella försäkringsvillkoren, § 10 mom. 3 "angivna beräkningsgrunder. Med förvärvsinkomst skall – enligt en hänvisning i försäkringsvillkoren till tidigare gällande bestämmelser jml. 11 kap. 2 och 3 §§ lagen (1962:381) om allmän försäkring – bland annat sådan "lön eller annan ersättning i pengar eller andra skattepliktiga förmåner som en försäkrad har fått såsom arbetstagare i allmän eller enskild tjänst".

<sup>[6]</sup> Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från och med den 1 januari 2006, vid upphandlingar av varor och tjänster.

<sup>[7]</sup> Här aktuella konsulttjänster utgör enligt lagens systematik antingen sådana s.k. A-tjänster (kategori 11) enligt bilaga A till lagen om offentlig upphandling, som om det samlade kontraktsvärdet understiger tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,826 miljoner kronor skall upphandlas enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU eller "Andra tjänster" enligt bilaga B (kategori 27), vilka oavsett värdet skall upphandlas enligt samma kapitel (gällande tröskelvärde vid upphandling av varor och tjänster från den 1 januari 2006 - se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling).

<sup>[8]</sup> Se EG-domstolens dom av den 3 december 2001 i mål C-59/00 (Vestergaard). Domstolen fastslog därvid att "även om vissa avtal inte omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsdirektiven på området för offentlig upphandling är de upphandlande myndigheter som ingår sådana avtal ändå skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler" (punkt 20) - för ett liknande resonemang, se även EG-domstolens dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98 (Telaustria et Telefonadress), punkt 60.

<sup>[9]</sup> Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.

<sup>[10]</sup> Se EG-domstolens dom den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01.

<sup>[11]</sup> Gällande basbelopp enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring uppgår enligt förordningen (2005:650) om prisbasbelopp och förhöjt prisbasbelopp för år 2006 till 39.700 kronor.

<sup>[12]</sup> Kommunfullmäktige i Lysekil beslut den 16 december 2004 (KF § 141/04), innebärande att "Direktupphandling får ske med tillämpning av LOU upp till ett värde av 1 – 2 basbelopp på varor samt 1- 3 på intellektuella tjänster ... "

- <sup>[13]</sup> Med ”ensamrätt” skall enligt föreskriften i 6 kap. 2b § LOU på samma sätt som enligt motsvarande föreskrift i 5 kap. 17 § LOU förstås ett rättsligt monopol, d.v.s. att den aktuella tjänsten av legala skäl kan levereras enbart av viss leverantör (se bl.a. Hentze och Sylvén, lagbokskommentaren om offentlig upphandling, Norstedts 1998, sid. 285 – se även prop. 1992/93:88, sid. 77 gm. sid. 99 och 84).
- <sup>[14]</sup> Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478.
-