

PM 2 2000-06-07 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom åseende av för högt riktvärde för direktupphandling vid offentlig upphandling.

Rikspolisstyrelsen har beslutat att som generella riktvärden fastställa tre resp. fyra basbelopp som sådana låga värden vid vilket direktupphandling, utan infordran av konkurrerande anbud, kan ske.

Rikspolisstyrelsen har genom beslut den 11 maj 1998 fastställt ett internt reglemente (Rikspolisstyrelsens föreskrifter och allmänna råd om upphandling i polisväsendet - FAP) med riktlinjer för upphandling inom myndigheten och underställda myndigheter, FAP 939-1. Av reglementets 5 § framgår bland annat att ”Gränsen för direktupphandling inom polisväsendet är tre basbelopp för varor och fyra basbelopp för tjänster”.

Med ”basbelopp”, torde i den citerade bestämmelsen förstås gällande prisbasbelopp enligt 1 kap. 6 § lagen (1962:381) om allmän försäkring. Detta belopp är för närvarande fastställt till 36.600 kronor. Bestämmelsen innebär således att direktupphandling utan anbudsförfarande i särskild ordning kan ske inom Rikspolisstyrelsen och dess underställda myndigheter, om upphandlingens värde understiger 109.800 kronor avseende varor och 146.400 avseende tjänster (ospecificerat).

Gällande rätt

Sedan den första januari 1994 regleras all offentlig upphandling genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Enligt lagens huvudregel skall all upphandling ske med utnyttjande av de konkurrensmedel som står till buds och under iakttagande av affärsmässighet och objektivitet. Lagen skiljer sedan mellan två typer av upphandlingar; sådana som överstiger respektive inte överstiger vissa i lagen angivna tröskelvärden. För de förra gäller i huvudsak ett till Sveriges avtal med de Europeiska gemenskaperna (EES-avtalet) anpassat förfarande med bl.a. obligatorisk annonsering i en officiell EU-publikation. För de senare gäller ett något förenklat, formaliserat förfarande. De senare upphandlingarna regleras i huvudsak genom upphandlingslagens sjätte kapitel som anger två alternativa förfaranden som skall tillämpas: förenklad upphandling eller direktupphandling. Som huvudregel skall förfarandet för förenklad upphandling tillämpas.

Vid *förenklad upphandling* skall enligt 6 kap. 4 § LOU skriftliga anbud alltid infordras genom annons eller skrivelser. Lagen innehåller inga bestämmelser om hur många leverantörer som skall tillfrågas vid förenklad upphandling eller hur dessa skall väljas ut. När det gäller andra former av upphandling föreskriver lagen ett minsta antal av tre tillfrågade leverantörer vid förfarandet för *förhandlad upphandling utan föregående annonsering*¹ och minst fem tillfrågade leverantörer vid förfarandet för *sektiv upphandling*². Enligt förarbetsuttalanden³ bör för förenklad upphandling emellertid de rutiner som tillämpats med stöd av den på området tidigare gällande upphandlingsförordningen i allt väsentligt gälla även i fortsättningen. Enligt tolkning i praxis bör detta innebära att den upphandlande enheten vid upphandling av s.k. mjuka tjänster skall tillfråga minst tre leverantörer.⁴

¹ 5 kap. 18 § LOU.

² 5 kap. 15 § LOU.

³ Prop 1992/93:88 s 42.

⁴ För tidigare praxis angående tillämpningen av UR, se Regeringsrättens avgörande refererat i RÅ 1980 Ab 124 där domstolen slog fast att tre anbudsgivare var tillfyllest vid upphandling av flygtrafik. Från senare praxis, se bl.a. mål nr. 1615-94 vid Länsrätten i Göteborgs

Med *direktupphandling* avses enligt lagen ett mer formlost förfarande utan infordrande av skriftligt anbud (1 kap. 5 § LOU). Definitionen skall inte tolkas så att något anbud inte behöver infordras. Det allmänna kravet på affärsmässighet enligt 1 kap. 4 § LOU gäller även vid direktupphandling. I förarbetena till 6 kap. 2 § LOU beskrivs förhållandet på följande sätt: *"Sålunda bör även vid direktupphandling den lägsta kostnaden eller bästa kvaliteten eftersträvas. Prisjämförelser och andra undersökningar är därvid lämpliga förfaringssätt och skall därför om möjligt genomföras"*.⁵ Förfarandet får förekomma endast undantagsvis *"om upphandlingens värde är lågt eller det finns synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten"* (6 kap. 2 § 1 stycket 2 momentet LOU). Vid behov skall den upphandlande enheten *"fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling"* (6 kap. 2 § 2 stycket LOU). Upphandlingsförfarandet är som framgått avsedd för sådana fall där de administrativa kostnaderna och tidsutdräkten inte står i rimlig proportion till upphandlingens värde. Lagens användning av uttrycket *"synnerliga skäl"* avser enligt lagförarbetena⁶ att markera att direktupphandling är ett undantagsförfarande som bör tillämpas restriktivt.

Fråga om vad som kan anses utgöra rimligt riktvärde för direktupphandling har varit föremål för bedömning av Nämnden för offentlig upphandling (NOU), vilken enligt 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling, skall utöva tillsyn över lagens efterlevnad. För en normal upphandlande enhet har nämnden, vid upphandling av varor och normala tjänster, angivit ett (1) basbelopp enligt lagen om allmän försäkring (numera "prisbasbelopp": 36.600 kronor) som riktmärke för ett sådant *lågt värde* under vilket ett mer formaliserat upphandlingsförfarande inte behöver genomföras, utan direktupphandling istället kan tillämpas. Vid upphandling av enstaka *"intellektuella tjänster"*, har nämnden fastställt två (2) basbelopp (eller 73.200 kronor), som riktmärke för sådant *lågt värde* (se NOU-info, årssammanställningen för 1993-95, sid 57). Nämnden har även nyligen bedömt ett fall där en myndighet angivit fyra (4) basbelopp som riktvärde för direkt -upphandling av "intellektuella tjänster med inslag av idéskapande, gestaltande eller konstnärlig karaktär".⁷ I sitt nyhetsbrev har nämnden därvid angivit att *"Generella beloppsgränser på ... fyra basbelopp för direktupphandling av intellektuella tjänster med inslag av idéskapande, gestaltande eller konstnärlig karaktär är enligt nämndens mening för höga. Den i Sammanställningen NOU-info 93-95, sid 57 rekommenderade gränsen för dessa typer av direktupphandlingar är två basbelopp. I de generella reglerna kan ingå att bestämmelsen att högre beloppsgränser kan användas vid specifika upphandlingar"*.

I den statliga Upphandlingskommitténs delbetänkande "Effektivare offentlig upphandling..." SOU 1999:139 förs ett resonemang om generella riktvärden för direktupphandling. Av delbetänkandet (sid. 284 f.) framgår följande: *"De beloppsgränser [för direktupphandling] som fastställs bör utgå från den upphandlande enhetens kostnader för upphandlingsförfarandet. Vid fastställandet av beloppsgränserna bör även vägas in små och medelstora företags intresse av att delta i offentlig upphandling. För små företag kan ett upphandlingskontrakt på två eller tre basbelopp representera en ansevärd del av företagets omsättning. Att sådana företag mer eller mindre systematiskt utestängs från den offentliga upphandlingen måste undvikas. En stor upphandlande enhet bör inte nödvändigtvis ha högre*

och Bohus län (dom avkunnad i Göteborg den 25 maj 1994) där länsrätten angående en upphandling av begravnings-tjänster uttalade att det "[v]id tillämpning av det kommunala upphandlingsreglementet torde [...] ha räckt med att tillfråga tre anbudsgivare vid upphandling inom den s.k. mjuka sektorn vård, socialtjänst, skola etc.". Rätten konstaterade således att till antalet fem tillfrågade, varav två hade samma ägare, skulle anses uppfylla lagens krav på affärsmässighet.

⁵ Se specialmotiveringen till 6 kap. 2 § LOU, prop. 1993/94:78, sid 24.

⁶ Reg.prop. 93/94:78 sid 24.

⁷ NOU:s ärende dnr. 1999/0098-21.

beloppsgränser än en mindre enhet. Karaktären av det som upphandlas bör snarare vara avgörande för vad som skall anses vara 'lågt värde' ”.

Hentze och Sylvén anger i sin kommentar till den aktuella bestämmelsen i 6 kap. 2 § 2 stycket LOU att ”... Ett för högt belopp är att anse som ett kringgående av regelsystemet”.⁸

Yttrande

Rikspolisstyrelsen har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande: Rikspolisstyrelsen tolkar inte direktupphandling som att anbud inte behöver infordras. Upphandlingslagens allmänna krav på affärsmässighet gäller enligt myndigheten även vid direktupphandling. Rikspolisstyrelsen anser att det är viktigt att direktupphandling inte förväxlas med att man undantagsvis begär in anbud från endast en leverantör. Myndigheten har därför i maj 2000 fastställt beställningsrutiner av vilka framgår att den som direktupphandlar skall ”tillfråga minst två leverantörer när så är möjligt”. Vidare är det enligt myndigheten av stor vikt att anbudsgivarens seriositet bland annat avseende skatter och allmänna avgifter kontrolleras.

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.

I det aktuella ärendet har Rikspolisstyrelsen angivit generella riktlinjer på tre basbelopp enligt lagen om allmän försäkring (109.800 kronor) för varor, eller fyra basbelopp (146.400) för tjänster, under vilka riktvärden direktupphandling får ske. Någon specifikation eller inskränkning av det högre riktvärdet till att gälla enbart intellektuella tjänster har inte lämnats, utan beloppsgränsen gäller allmänt för kategorin tjänster. Av Rikspolisstyrelsens yttrande till Konkurrenskommissionen framgår att myndigheten nyligen har ändrat sina rutiner så att direktupphandling innefattar att minst två leverantörer skall tillfrågas ”när så är möjligt”.

Enligt upphandlingslagen skall myndigheternas upphandling ske affärsmässigt och befintliga konkurrensmöjligheter utnyttjas. I praxis har detta definierats så att anbud som regel alltid skall inhämtas från minst tre leverantörer. Så kallad *direktupphandling* är definierad i lagen och avser ett förfarande där anbud får infordras formlöst, men där kravet på affärsmässighet fortfarande gäller och viss prisjämförelse skall förekomma ”om möjligt”. Förfarandet får förekomma endast undantagsvis, bland annat då fråga är om sådant lågt värde att kostnaden för ett mer formbundet upphandlingsförfarande inte står i ett rimligt förhållande till värdet av upphandlingen.

De upphandlande enheterna skall själva ange interna riktvärden för när direktupphandling kan tillämpas. Som norm för vad som generellt kan anses utgöra sådant lågt värde har Nämnden för offentlig upphandling (NOU) inom ramarna för sin tillsynsverksamhet angivit riktvärdet ett basbelopp (f.n. 36.600 kronor) eller, undantagsvis, för upphandlingar av enstaka intellektuella tjänster, två basbelopp (f.n. 73.200 kronor). Nämnden har i ett nyligen avgjort tillsynsärende uttalat, att riktvärdet fyra basbelopp avseende tjänster inte kan anses överensstämma med kravet på affärsmässighet i lagen om offentlig upphandling. I det aktuella avgörandet hänvisar nämnden till sin tidigare fastställda norm för riktvärden vilken med ledning av uttalanden i andra sammanhang, bland annat av den statliga upphandlingskommittén, synes omfatta en utifrån gällande lag generellt skäligen avvägning.

⁸

M. Hentze - H. Sylvén lagbokskommentar till lagen om offentlig upphandling, Norstedts 1998, sid. 411 (gula upplagan).

De av Rikspolisstyrelsen i det interna upphandlingsreglementet angivna beloppsgränserna för direktupphandling på tre basbelopp för varor och fyra basbelopp för ospecificerade tjänster överstiger avsevärt de generella riktvärden som Nämnden för offentlig upphandling (NOU) lagt fast för direktupphandling. Enligt förarbetena till LOU utgör de tilläggsdirektiv som Rikspolisstyrelsen har utfärdat, att minst två leverantörer skall tillfrågas, endast en komplettering av reglementets regler om direktupphandling. Trots tilläggsdirektiven reglerar reglementet alltså alltjämt direktupphandling.

Genom sitt beslut den 11 maj 1998 om det interna upphandlingsreglementet har Rikspolisstyrelsen följaktligen åsidosatt kraven på affärsmässighet och konkurrens i myndighetens och underordnade myndigheters upphandling. Reglementet innebär, att upphandlingsansvariga inom Rikspolisstyrelsens egen organisation och inom underordnade myndigheter riskerar att löpande kringgå gällande regelsystem. Med hänsyn till att polisväsendet är en rättsvårdande organisation är detta inte godtagbart.

Rikspolisstyrelsen bör därför justera sitt interna reglemente så att det överensstämmer med generellt angivna riktvärden för direktupphandling.