

PM 2 1999-04-15

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

Stiftelsen Särna-Idre-Grövelsjöfjällen har köpt konsulttjänster för utan föregående upphandling genom infordran av konkurrerande anbud på marknaden.

Stiftelsen Särna-Idre-Grövelsjöfjällen har den 19 november 1998 med två i stiftelsens styrelse ingående ledamöter - varav den ene dessutom är näringslivssekreterare i Älvdalens kommun, tillika stiftelsens ordförande - tecknat avtal om köp av konsulttjänster för organisations och PR-frågor kring projektet "Drömmen om framtiden". Av stiftelsens kontrakt med de båda konsulterna framgår att avtalen gäller från och med den 1 november 1998 till och med den 31 december 1999, med tre månaders uppsägningstid och automatisk förlängning i tremånadersperioder vid utebliven uppsägning. Vidare framgår att den kontrakterade arbetstiden (per konsult) beräknas till i genomsnitt 50 timmar per månad, med en maximal debiterbar arbetstid av 8 timmar per dag, samt att ersättning för utfört konsultarbete utgår med 400 kronor i timmen, exklusive moms.

Stiftelsen Särna-Idre-Grövelsjöfjällen, nedan kallad SIG-stiftelsen^[1], bildades efter beslut av kommunfullmäktige i Älvdalen den 17 november 1986, (KF § 199/86). Stiftelsen har enligt stadgan (§ 4) som ändamål med sin verksamhet "att verka för turismens utveckling i Särna och Idre socknar, att samordna marknadsföringen av området samt nuvarande och tillkommande turist- och rekreationsanläggningar i området, att bidra till produktutvecklingen av området och dess anläggningar, att genom ovanstående verka för en förbättrad situation för övriga företag i området samt därigenom bidra till en förbättrad arbetsmarknad, [samt] att genom Turistbyråerna sälja och förmedla bäddar i Särna och Idre socknar".

Vid bildandet av SIG-stiftelsen anslög Älvdalens kommun 1.700.000 kronor och turistföreningarna i respektive Särna, Idre och Grövelsjöfjällen sammanlagt 400.000 kronor. Därefter har Älvdalens kommun och stiftelsen, den 2 februari 1987, den 27 och 29 april 1990, den 27 juni 1991 samt den 4 april 1995, träffat överenskommelser om ytterligare kommunala tillskott till stiftelsens verksamhet. Enligt nu gällande överenskommelse skall kommunen årligen bidra med upp till 4,5 miljoner kronor till stiftelsen.

Någon formaliserad infordran av anbud i konkurrens på marknaden genom t.ex. annonsering eller skrivelser har enligt uppgift inte föregått de aktuella beställningarna av konsulttjänster.

Det totala månadsvärdet av de aktuella avtalen är 20.000 kronor, beräknad efter uppskattad debiterbar tid, eller 64.000 kronor exkl. moms, utgörande maximal debiterbar tid. Avtalens värde under den fasta löptid som omfattar perioden den 1 november 1998 till och med den 31 december 1999, uppgår således vardera till 280.000 kronor eller högst 896.000 kronor, exkl. moms. Hittills (den 8 mars 1999) har konsulterna fakturerat SIG-stiftelsen med 76.374 respektive 153.360 kronor för utförda tjänster i anledning av de refererade avtalen.

Gällande rätt

I detta ärende aktualiseras två frågor: dels huruvida SIG-stiftelsen faller under upphandlingslagen, dels om så är fallet, huruvida SIG-stiftelsen snedvridit konkurrensen

^[1] Stiftelsen Särna-Idre-Grövelsjöfjällen (SIG-stiftelsen) reg. nr. 884401-3394. Stiftelsen har sitt säte i Idre, Älvdalens kommun, Dalarna län. Styrelsen utgörs av åtta personer, varav två personer utses av kommunfullmäktige i Älvdalen. Övriga sex ledamöter utses med vardera två ledamöter av de tre turistföreningarna i respektive Särna, Idre och Grövelsjöfjällen.

genom att upphandla konsulttjänster till ett icke obetydligt värde, utan någon föregående infordran av anbud i konkurrens på marknaden.

Offentliga upphandlingar som påbörjats efter den 1 januari 1994 regleras i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Förutom statliga och kommunala myndigheter omfattar lagen enligt 1 kap. 2 och 6 §§ även bl.a. stiftelser som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär och vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av en kommun.

Enligt huvudregeln för all kommunal verksamhet, som den uttrycks i 2 kap. 1 § kommunallagen (1991:900) får kommunerna enbart (direkt eller indirekt i annan organisationsform, t.ex. stiftelser) engagera sig i verksamheter som går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen eller landstinget. Kommunala företag och stiftelser kan till följd av detta således inte vara inrättade för att fullgöra syften av industriell eller kommersiell karaktär. Myndigheter och organisationer som omfattas av lagens bestämmelser benämns *upphandlande enheter*.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som huvudregel att all 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 motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om icke diskriminering^{2[2]} (jfr. art. 6 i EG-Romfördraget). Reglerna är bl.a. anpassade för att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Lagens bestämmelser medför också att skattebetalarna skyddas mot onödigt höga kostnader.

Oavsett värdet av det som skall upphandlas skall en myndighet, företag eller stiftelse som enligt lag utgör en s.k. *upphandlande enhet* normalt infordra anbud på den allmänna marknaden. Anbud kan infordras genom annons eller skrivelser till minst tre leverantörer.

Undantag från skyldigheten att infordra konkurrerande anbud i får ske enbart om upphandlingens *värde är så lågt* att kostnaderna för ett formaliserat upphandlingsförfarande inte är försvarliga eller om det finns synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten eller om tjänsterna som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av juridisk ensamrätt kan utföras endast av en viss, specifik leverantör. Den upphandlande enheten kan i så fall, beroende på upphandlingens art och omfattning, tillämpa förfarandet för *direktupphandling* (enligt 6 kap. 2 § LOU), eller *förhandlad upphandling utan förhandsannonsering* (enligt 5 kap. 17 § LOU). I normalfallet har Nämnden för offentlig upphandling (NOU) angivit ett basbelopp (c:a 37.000 kronor) eller vid upphandling av ”intellektuella tjänster”, två basbelopp (eller c:a 72.000 kronor), som riktmärke för vid vilket lågt värde ett mer formaliserat upphandlingsförfarande inte behöver genomföras^{3[3]}.

Yttrande

Stiftelsen Särna-Idre-Grövelsjöfjällen (SIG-stiftelsen) och Älvdalens kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet. Älvdalens kommun har meddelat att kommunen, med hänvisning till att ärendet prövas av Riksdagens ombudsmän (JO), beslutat att avstå från att avge yttrande i ärendet. SIG-stiftelsen har inte inkommit med något yttrande.

Bedömning

^{2[2]} Prop 1992/93:88, sid. 59-60.

^{3[3]} Se NOUs årssammanställning 1993-95 sid 57.

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.

Stiftelsen Särna-Idre-Grövelsjöfjällen (SIG-stiftelsen) har tillkommit (stiftats) efter initiativ och beslut av bland annat Älvdalens kommun. Mot bakgrund av att stiftelsen har inrättats i syfte att fullgöra uppgifter i det allmännas intresse som varken synes ha eller enligt lag kan ha en industriell eller kommersiell karaktär, samt att stiftelsens kapital huvudsakligen har tillskjutits av Älvdalens kommun, torde stiftelsen utgöra en sådan s.k. upphandlande enhet som är skyldig att följa lagen om offentlig upphandling.

Stiftelsen skall till följd härav som huvudregel genomföra upphandlingar genom infördran av anbud i konkurrens på marknaden. Undantag medges endast vid upphandlingar av ringa värde, vid synnerlig och oförutsedd brådska eller om hinder föreligger på grund av ensamrätt för viss leverantör.

I det aktuella fallet har SIG-stiftelsen, utan att några konkurrerande anbud har infördrats på den allmänna marknaden, upphandlat organisations- och PR-tjänster från två ledamöter i stiftelsens styrelse. Av konsultavtalen framgår att mervärdeskatt (moms) skall debiteras för utförda tjänster. Det är således inte fråga om några anställningsavtal.

Värdet av de upphandlade tjänsterna uppgår till sådant belopp att konkurrerande anbud normalt skulle ha infördrats. Några synnerliga skäl som tekniska, upphovsrättsliga eller andra ensamrätter eller synnerlig brådska, har inte anförts av stiftelsen till stöd för att underlåta att iaktta dessa bestämmelser.

Genom att underlåta att genomföra en upphandling enligt reglerna i upphandlingslagen synes SIG-stiftelsen ha åsidosatt de krav på opartiskhet och likabehandling som uppställs i lagen om offentlig upphandling. Detta har enligt Konkurrenskommissionens mening medfört att konkurrensen på marknaden för sådana konsulttjänster varom fråga varit har snedvridits.
