

PM 2 2015-10-14 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom uppdelning av avtal i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning).

En kommun har under 2014 köpt tjänster direkt från ett privat konsultföretag för sammanlagt mer än en miljon kronor. Förfarandet har bl.a. genomförts genom ett öppet redovisat kontrakt precis under direktupphandlingsgränsen med ett dolt tilläggsavtal för överskjutande värde.

Botkyrka kommun (nedan Kommunen) påbörjade den 25 juli 2014 ett direktupphandlingsförfarande för köp av tjänster avseende konsultstöd för förändringsarbete inom Utbildningsförvaltningen.

Ett skriftligt förfrågningsunderlag¹ skickades till i vart fall en leverantör, som här nedan anges som Konsulten. Av detta underlag framgår under rubriken "Omfattning" att upphandlingen avser perioden *den 11 augusti 2014 till och med den 15 juni 2015* och omfattar 600 timmar, för gemensam tidsplanering. Vidare anges under samma punkt (med spärrad stil) att *"timpris för uppdraget ska anges i svar på denna förfrågan"*. Under rubriken "Uppdragsbeskrivning" anges att uppdraget består av tjänster för att stödja förvaltningschefen i framtagning av en långsiktig strategi för utbildningsförvaltningen med tydliga syften och mål, innefattande implementering, vägledning, stöd och uppföljning av denna strategi i de olika verksamhetsområdena samt "beforskning" av utvalda delar av förändringsarbetet innefattande stöd i framtagning av struktur och plan för systematisk löpande uppföljning av implementering av strategin.

Vid anbudstidens utgång den 11 augusti 2014 noterades, såvitt får förstås, i vart fall ett (1) inkommet anbud, som hade lämnats av Konsulten. I detta anbud angavs ett timpris på 1.500 kronor, vilket vid en omfattning enligt anbudsförutsättningarna på 600 timmar motsvarar ett totalt kontraktsvärde på 900.000 kronor.²

Ett kontrakt (nedan Konsultavtalet) tecknades av parterna den 12 augusti 2014. Detta kontrakt kom emellertid att avse en jämfört med anbudsförutsättningarna annan tidsperiod, nämligen *den 12 augusti till och med den 31 december 2014*, till ett fast pris på 500.000 kronor exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).³ I övriga delar, såvitt avser arbetsbeskrivning m.m., hänvisar Konsultavtalet dock till förfrågningsunderlaget och där förekommande villkor.⁴

Vid den aktuella tidpunkten för direktupphandling, i augusti 2014, köpte Kommunen sedan tidigare⁵ även löpande tjänster från Konsulten avseende utvecklingsstöd m.m. till skolor, direkt utan föregående annonserad upphandling. Konsulten har under 2014 löpande fakturerat Kommunen c:a 45.000 kronor per månad, exklusive moms, för dessa tjänster.⁶

Enligt uppgift ur Kommunens leverantörsreskontra har utbetalningar skett till Konsulten till ett sammanlagt värde av 1.002.338 kronor under 2014 och 360.000 kronor hittills under 2015. Vid utbetalningen 2015 har Kommunen särskilt antecknat i ekonomisystemet att denna avser *"Uppdrag i avtalslöst tillstånd efter avgående förvaltningschef som muntligt lovat uppdrag till sista april"*.⁷ Förutom det ovan redovisade Konsultavtalet finns det enligt vad Kommunen uppgivit inte några upphandlade kontrakt eller andra upphandlade avtal som kan ligga till grund för utbetalningarna till Konsulten, vilken således har fakturerat löpande och utan stöd av något dokumenterat avtal.

¹ Kommunens förfrågningsunderlag, "Direktupphandling, Konsultstöd för förändringsarbete Utbildningsförvaltningen" daterat den 25 juli 2014 (dnr. 2014:89).

² Beloppet grundar sig på följande beräkning: 1.500 kr. x 600 timmar = 900.000 kronor, se vidare punkten "Omfattning" i förfrågningsunderlaget.

³ Se Konsultavtalet, punkten 6.1 Priser.

⁴ I Konsultavtalet hänvisas under punkten 2.1, "Allmänt", till att förfrågningsunderlaget med bilagor samt förekommande anbudshandlingar m.m. utgör underlag för kontraktet.

⁵ Kommunen har tidigare betalat Konsulten 542.800 kr. (2011), 520.000 kr. (2012) och 518.000 kr. (2013) avseende tjänster för utvecklingsstöd.

⁶ Totalt hade i augusti 2014 Kommunen således köpt direktupphandlade tjänster från Konsulten för (45.000 kronor x 7 månader =) 315.000 kronor, se utdrag ut Kommunens leverantörsreskontra med angivelse av genomförda utbetalningar till Konsulten.

⁷ Se faktura nr. 01513 från Konsulten till Kommunen. Av fakturan, som är daterad den 4 maj 2015, framgår att den avser tjänster under januari till och med april 2015 till ett sammanlagt pris på 360.000 kronor exklusive moms. I Kommunens ekonomisystem har särskilt antecknats att fakturan avser *"Uppdrag i avtalslöst tillstånd efter avgående förvaltningschef som muntligt lovat uppdrag till sista april"*.

Gällande rätt

Upphandling av offentliga tjänstekontrakt som har påbörjats⁸ efter den 1 januari 2008⁹ regleras i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.¹⁰ Lagen har tillkommit som en följd av bl.a. 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 (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).¹¹ Skyldighet att följa bestämmelserna i LOU omfattar bl.a. kommunala myndigheter, vilka i lagen anges som ”*upphandlande myndigheter*”. Företag som på marknaden tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”*leverantörer*” vilka ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).¹²

Bestämmelserna i LOU är tvingande för upphandlande myndigheter. Lagen gäller emellertid inte för 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.¹³ Av lagen följer även ett undantag för upphandling av varor eller tjänster som omfattas av ensamrätt. Bestämmelserna i LOU är tvingande för upphandlande myndigheter och frågan om grunderna för vilka anbud som ska antas är central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Syftet med de upphandlingsrättsliga reglerna är bland annat att säkerställa den lagliga efterlevnaden av EU-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. Det har därför i 1 kap. 9 § LOU införts ett antal unionsrättsligt grundade principer som oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid offentlig upphandling. Däribland principerna om *likabehandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparens)* innebärande 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.¹⁴

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 och är också ägnade att motverka korruption i den offentliga verksamheten.

Tjänster för undervisning och utbildning (CPV 80000000), inkluderat speciella undervisnings-tjänster (CPV 80340000) och personalutbildning (CPV 80511000)¹⁵ samt chefsutbildning (CPV 80532000-2) utgör sådana s.k. B-tjänster, kategori 24 enligt bilaga 3 till LOU, vilka oavsett värdet¹⁶ ska upphandlas enligt de icke direktivstyrda bestämmelserna i 15 kap. LOU.

Upphandling enligt detta kapitel ska normalt utlysas i ett annonserat förfarande genom antingen *förenklad upphandling* eller *urvalsupphandling*. *Direktupphandling*, där den upphandlande myndigheten utan föregående annonsering vänder sig direkt till vissa leverantörer, tillåts förekomma endast undantagsvis, vid vissa i lagen särskilt angivna förutsättningar (se vidare nedan).

Såvitt något i LOU inskrivet undantag inte kan göras tillämpligt ska upphandling genomföras

⁸ Enligt vad EU-domstolen har fastslagit i dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle och RPL Lochau*, REG 2005, s. I-1 ska en upphandling anses *påbörjad*, och därmed kunna göras till föremål för överprövning i nationell domstol, från och med den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan; se även HFD 2013 ref. 31.

⁹ För upphandlingar som har påbörjats efter den 15 juli 2010 respektive den 1 juli 2014 har i LOU införts vissa ändringar med avseende på bl.a. tillgängliga rättsmedel och möjligheten till direkttilldelning.

¹⁰ 2007 års lag har sedan den 1 januari 2008 ersatt den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. – För övergångsbestämmelser, se lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

¹¹ Klassiska upphandlingsdirektivet ersätter sedan den 31 januari 2006 det tidigare gällande direktivet 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet).

¹² Se 2 kap. 11 § LOU.

¹³ Se 1 kap. 7 § LOU.

¹⁴ 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.

¹⁵ CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska Unionen (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. – 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 - jfr. 2 kap. 5 § samt 1 kap. 2 § sjätte stycket LOU.

¹⁶ Vid kontraktvärdeberäkningen ska enligt 15 kap. 3 a § LOU värdet av det kontrakt som upphandlats uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Förekommande options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjats.

med iakttagande av lagens bestämmelser. Som regel föreligger det en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt, enligt 15 kap. 4 § LOU, offentliggöra sina upphandlingar genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller genom annons i annan form som möjliggör en effektiv konkurrens. Enligt 15 kap. 3 § andra stycket jämförd med 4 kap. 5 § och 7-8 §§ LOU föreligger det vid B-tjänsteupphandling undantag från denna skyldighet vid bland annat följande förutsättningar.

- värdet av det som ska upphandlas har *lågt värde* – d.v.s. kontraktsvärdet understiger 28 procent av gällande tröskelvärde (505.800 kronor) – 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 selektiv 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.

Angående förutsättningarna för direktupphandling framgår det av Kommunens egna interna tillämpningsanvisningar med inköps- och upphandlingspolicy¹⁷ bl.a. följande.

”Direktupphandling innebär upphandling utan att skriftliga anbud infordras. Denna upphandlingsform får endast användas om ramavtal saknas, och att följande beloppsgränser inte överskrids [...]. Direktupphandling får ske i verksamheten och endast om det saknas ramavtal och upphandlingens värde är lågt. Genomförandet bör så långt som möjligt utföras på ett sådant sätt att konkurrenssituationen upprätthålls. Om värdet överstiger ett (1) prisbasbelopp ska pris- och/eller kvalitetsuppgifter från minst tre aktörer tas in om det finns tillräckligt många som kan uppfylla det efterfrågade behovet. Leverantörskontroll enligt gällande lag ska göras. Motiv till direktupphandling, anbudsgivare, motiv till beslut och beslut ska dokumenteras och diarieföras”.

Enligt 15 kap. 3 a § LOU ska kontraktsvärdet uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vidare följer av bestämmelsen att upphandlingen inte får delas upp i syfte att kringgå lagen. Om separata upphandlingar dock måste ske, ska vid beräkningen beaktas samtliga *direktupphandlingar av samma slag* som har gjorts av den upphandlande myndigheten under räkenskapsåret. Det är således inte möjligt att vid en i och för sig sakligt motiverad uppdelning i flera kontrakt åberopa varje kontraktsvärde var för sig, för att därigenom kringgå annonseringskravet i LOU.

Av lagförarbetena framgår att upphandlingar som har ett naturligt samband i tid och innehåll inte bör upphandlas separat. Sådana upphandlingar anses därmed utgöra *direktupphandlingar av samma slag*. I litteraturen anges att upphandlingar av sådana varor, tjänster och bygg- entreprenader som typiskt sett erbjuds av samma leverantörer bör anses vara av samma slag och räknas samman.¹⁸ Denna bedömningsgrund finns numera även införd i det nya upphandlingsdirektivet för den klassiska sektorn (2014/24/EU), där det i skäl 19 anges att begreppet likartade varor vid beräkningen av tröskelvärdena bör förstås som varor som är avsedda för identisk eller likartad användning, till exempel varor som utgörs av ett antal livsmedel eller av olika kontorsmöbler. Som omständighet att ta med vid bedömningen anges även om en ekonomisk aktör som är verksam på det berörda området i typfallet troligen skulle ha sådana varor i sitt normala varuutbud.

I rättspraxis har varor och tjänster som typiskt sett tillhandahålls eller kan tillhandahållas av samma sorts leverantörer ansetts vara av *samma slag*, detta särskilt om de tillhandahålls av samma

¹⁷ Se ”TILLÄMPNINGSANVISNINGAR FÖR BOTKYRKA KOMMUNS INKÖPS- och UPPHANDLINGSPOLICY”, s. 6, punkten ”Direktupphandling”.

¹⁸ Se Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, andra upplagan, s. 383; se även Konkurrensverkets vägledande skrift ”Är inköpen av samma slag? - Hjälpregler för beräkning av kontraktsvärde vid direktupphandlingar av samma slag” - Vägledning från Konkurrensverket nr. 1 (2015).

leverantör och dessutom har ett naturligt samband i tid och innehåll.¹⁹ Bland annat har en kommuns direktupphandlingar av juridiska tjänster inom väsentligt skilda rättsområden, med således helt olika specialinriktningar, befunnits utgöra *direktupphandlingar av samma slag* eftersom dessa och dylika tjänster typiskt sett tillhandahålls av samma slags leverantörer.²⁰

Undantaget vid *synnerlig brådska*²¹ förutsätter att det är *absolut nödvändigt* att tilldela kontraktet men omständigheter som *inte kunnat förutses* av den upphandlande myndigheten har gjort det omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett annonserat förfarande.²² För att det ska vara absolut nödvändigt att tilldela ett kontrakt ska det röra sig om upphandling av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art.²³ Av specialmotiveringen framgår vidare att ”sådana omständigheter som är hänförliga till den upphandlande myndigheten torde inte vara omöjliga att förutse för myndigheten”. Egenförvällad brådska grundar således inte rätt till direktupphandling.²⁴ När det gäller tidsfristen för annonsering ska enligt 15 kap. 9 § LOU anbudssökande och anbudsgivare ges *skälig tid* att komma in med ansökningar respektive anbud. Bedömningen får göras från fall till fall med hänsyn till upphandlingens art, storlek och karaktär samt med beaktande av de grundläggande principerna om bl.a. likabehandling och ickediskriminering i 1 kap. 9 § LOU.²⁵ I praxis har frister²⁶ på mellan två och fyra veckor²⁷ ansetts utgöra *skälig tid*.²⁸

Vid bedömningen av annonseringskravet i LOU och de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de grundläggande principerna om öppenhet (transparens) och likabehandling ska enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta rättspraxis²⁹ möjligheten till undantag tolkas restriktivt³⁰ och det ankommer på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.³¹

Enligt 17 kap. 1 § LOU kan³² allmän förvaltningsdomstol på talan av Konkurrensverket även besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av den upphandlande myndighet som utan iakttagande av föreskrifterna om föregående annonsering i LOU har slutit avtal med en leverantör. Den aktuella straffavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 och högst 10

¹⁹ Se Kammarrätten i Jönköpings dom av den 4 februari 2014 i mål nr 2510-13, se även förvaltningsrätten i Linköpings dom av den 8 januari 2015 i mål 7380-14.

²⁰ Se Kammarrätten i Stockholms dom av den 22 maj 2013 i mål nr. 2504-13.

²¹ Se 15 kap. 3 § LOU jämförd med 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU.

²² Den nu gällande undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU har förts över från den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – ÅLOU. Av lagförarbetsuttalanden (prop. 2001/02:142, s. 99) till bestämmelserna i 2 kap. 11 § (varor) och 5 kap. 17 § (tjänster) ÅLOU, vilka således fortfarande är aktuella (se prop. 2006/07:128, s. 429), framgår i fråga om vad som ska anses motivera synnerlig brådska bl.a. följande: ”Regeln är som tidigare avsedd främst för oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling”.

²³ Jfr. Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 februari 2012 i mål 7469–7472-11. Villkoret om att det ska vara *absolut nödvändigt* att tilldela kontraktet har i en direktupphandling av livsmedelsleveranser till skolor, förskolor och servicehus ansetts uppfyllt då det enligt domstolen var uppenbart att ett upphörande av livsmedelsleveranserna inom en snar framtid skulle få mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa, se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 29 februari 2012 i mål 1446–1452-12.

²⁴ Se prop. 2006/07:128 I, s. 327.

²⁵ Prop. 2009/10:180 I, s. 347 och prop. 2006/07:128 I, s. 432, se även prop. 2001/02:142 s.99 och prop. 199/200:128 s. 25 ff. och 39.

²⁶ Fristen för att komma in med anbudsansökningar i ett urvalsförfarande enligt 15 kap. LOU får dock aldrig vara mindre än tio dagar.

²⁷ För praxis m.m. ifråga om ”*skälig tid*”, se bl.a. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) Årssammanställning för 1996, avsnitt 14.2, s 39 samt nämndens bedömningar i ärende om Stiftelsen Baldersnäs (dnr. 1998/0166-26) och om Göteborgs stad (dnr 1998/0160-26); se vidare RÅ 1999 not. 1 samt Länsrätten i Stockholms läns dom i mål 4546-94 samt Länsrätten i Västernorrlands läns dom i mål 99-04.

²⁸ Jfr. 8 kap. 2 § jämförd med 5–6 §§ LOU, där fristen vid en direktivstyrd A-tjänstupphandling uppgår till lägst 40 dagar.

²⁹ Från senare rättspraxis se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C- 157/06), EU:C:2008:530, p. 23.

³⁰ 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.

³¹ 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.

³² Rätten kan jml. 16 kap. 16 § LOU även förordna om att ett avtal inte får fullgöras till dess att något annat har bestämts (interimistiskt förbud) men får enligt 16 kap. 16 § andra stycket LOU avstå från ett sådant interimistiskt förbud om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktsvärdet. I rättspraxis har upphandlingsskadeavgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktsvärde³³ men individuell bedömning ska alltid ske med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.³⁴

Yttrande

Kommunen 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.

Kommunen utgör en sådan upphandlande myndighet som i samband med sina anskaffningar har att iaktta regelverket i LOU. Av utredningen framgår att Kommunen köpt B-tjänster direkt från Konsulten. Detta har skett genom att Konsulten fakturerat Kommunen för löpande utvecklingsstöd med 45.000 kronor per månad samt, efter tilldelning av Konsultavtalet, även ett fast arvodesbelopp på 500.000 kronor.

Av utredningen framgår vidare att förutsättningarna för Kommunens direktupphandling av Konsultavtalet har kommit att justeras vid tilldelningen av Kontraktet, så att avtalstiden förkortats från att ursprungligen löpa fram till och den 15 juni 2015 till att avse enbart perioden fram till och med den 31 december 2014. Ersättningen har därmed kommit att bestämmas till ett belopp precis under värdegränsen för direktupphandling på 505.800 kronor. Samtidigt har Konsulten genom en muntlig överenskommelse uppenbarligen utlovats ersättning från Kommunen med ytterligare 360.000 kronor för fortsatta leveranser av tjänster fram till och med april 2015.

Inräknat även den dolda förlängningsöverenskommelsen hamnar kontraktsvärdet av Konsultavtalet på 860.000 kronor, och överstiger därmed värdegränsen för direktupphandling med betydande belopp.

Vid en tillämpning av bestämmelserna om undantag på grund av lågt värde ska även beaktas direktupphandlingar av samma slag som Kommunen har genomfört under räkenskapsåret.

Av utredningen framgår att Kommunen har direktupphandlat konsulttjänster för utvecklingsstöd m.m. vilka fakturerats av Konsulten med c:a 45.000 kronor i månaden. Eftersom dessa tjänster har ett naturligt samband i tid och beträffande sitt innehåll och som dessutom tillhandahålls av samma leverantör som i Konsultavtalet måste de anses vara av *samma slag*. Värdet av dessa upphandlingar ska således läggas samman vid en bedömning av om direktupphandling kan komma ifråga på grund av lågt värde.

Det således samlade värdet av Kommunens betalningar till Konsulten under 2014 uppgår till 1.002.338 kronor. Därutöver har Kommunen utbetalat 360.000 kronor för Konsultavtalets förlängning fram till och med april 2015. Det har därigenom inte varit lagligen möjligt för Kommunen att sluta Konsultavtalet direkt med Konsulten under återopande av undantaget för direktupphandling på grund av lågt värde, särskilt inte som denna möjlighet ska tillämpas med försiktighet.

Någon annan laglig grund för att direktupphandla Konsultavtalet har inte framkommit. Genom att sålunda underlåta föreskriven annonserad upphandling har Kommunen brutit mot LOU och de grundläggande principerna om likabehandling och öppenhet (transparens).

³³ 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.

³⁴ Se HFD 2014 ref. 69.

När det sedan gäller de löpande tjänster för utvecklingsstöd m.m. för skolor som Kommunen under en rad år, sedan i vart fall 2011 köpt från Konsulten har inte heller dessa varit föremål för något annonserat upphandlingsförfarande. Även dessa köp av tjänster överstiger vid varje tidpunkt gällande värdegräns för direktupphandling och har således tillkommit i strid mot annonseringskravet i LOU.

Det förhållandet att det rör sig om löpande och upprepat återkommande tjänster under flera år medför, mot bakgrund av förbudet i LOU mot att dela upp kontrakt i syfte att underskrida de legala beloppsgränserna, att upphandlingarna inte ska bedömas årsvis. Istället ska kontraktsvärdet avseende dessa tjänster beräknas som ett 48-månaderskontrakt till ett sammanlagt värde av således 2.160.000 kronor.³⁵ Även genom att underlåta annonsering avseende dessa tjänster har Kommunen sålunda brutit mot LOU och de grundläggande principerna.

Det finns därmed anledning att rikta allvarlig kritik mot Kommunen för bristande upphandling av aktuella tjänster och Kommunens uppenbara försök att medvetet kringgå den rättsliga reglering som ytterst är till för att motverka korruption i offentlig sektor. Kommunen riskerar även att på talan av Konkurrensverket få betala upphandlingsskadeavgift.

³⁵ Beloppet grundar sig på följande beräkning: 45.000 kr. x 48 månader = 2.160.000 kronor - se 3 kap. 12 § LOU.