

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

En kommun har direkt och utan föregående annonserad upphandling slutit avtal med ett tekniskt konsultföretag om köp av stadsplaneringstjänster för flera miljoner kronor.

Samhällsutvecklingsnämnden vid Knivsta kommun (nedan Kommunen) har löpande köpt tekniska konsulttjänster direkt från ett privat företag (här angivet som Konsultföretaget). Tjänsterna avser biträde till Kommunens tekniska förvaltning med att ta fram underlag för en ny kommunal översiktsplan och samrådshandlingar.

Ett första uppdrag mellan parterna bekräftades genom uppdragsbekräftelse från Konsultföretaget den 12 januari 2017, enligt vilken företaget ska "... leda arbetet med framtagning av en ny översiktsplan för Knivsta kommun under perioden januari-februari 2017" till en beräknad "budgetkostnad" för Kommunen på 211.600 kronor.

Enligt ett andra uppdrag, som bekräftades genom en motsvarande uppdragsbekräftelse den 15 februari 2017, ska Konsultföretaget "ta fram samrådshandlingar av en ny översiktsplan för Knivsta kommun. Samrådet planeras att ske under maj 2017. I uppdraget ingår även hjälp/stöd med framtagning av kommunikationsmaterial och [Konsultföretagets] deltagande under plansamrådet" till en beräknad "budgetkostnad" för Kommunen på 826.500 kronor.

Någon annonserad anbudsinfordran avseende aktuella tjänster har inte genomförts. Istället anger Kommunen att beställningarna har beslutats efter direktupphandling. Någon dokumentation med anteckning om skälen till Kommunens beslut eller annat av betydelse vid upphandlingen finns, såvitt uppgivits, inte förvarad hos Kommunen.¹

Hittills under 2017 har Konsultföretaget fakturerat Kommunen 2.648.148 kronor för utförda konsulttjänster.² Det s.k. kontraktsvärdet av Kommunens avtal med Konsultföretaget kan beräknas uppgå till minst detta belopp.

Gällande rätt

Med offentlig upphandling avses förfarandet fram till och med tilldelningen av bland annat ett *offentligt kontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser tillhandahållande av bland annat tjänster. Karakteristiskt för ett *offentligt tjänstekontrakt* är att en leverantör mot ersättning åtar sig att utföra tjänster för den upphandlande myndighetens räkning.

Upphandling av offentliga kontrakt som har påbörjats före den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.³ Lagen har kommit till som en följd av bl.a. kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt (numera) artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG).⁴

¹ Se Kommunens (Samhällsutvecklingsnämndens) avslagsbeslut av den 26 juni 2017 på en begäran om utlämnade av bland annat Kommunens upphandlingsunderlag, med motiveringen att någon sådan upphandlingsdokumentation inre existerar och av denna anledning inte kan lämnas ut (dnr. SUN-2017/1-60).

² Enligt uppgift ur Kommunens leverantörsreskontra för Konsultföretaget. Beloppet avser genomförda utbetalningar och registrerade fakturor under perioden den 9 februari till och med den 11 oktober 2017.

³ Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU – reglerar upphandlingar som har påbörjats under perioden den 1 januari 2008 till och med den 31 december 2016. Bestämmelserna har numera ersatts genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – NLOU – som trädde ikraft den 1 januari 2017.

⁴ Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster. Direktivet har numera ersatts av det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU), som trädde ikraft den 18 april 2016 med för medlemsstaterna s.k. direkt effekt. Under den därigenom uppkommande mellanperioden mellan direktivets och den nya lagens (NLOU) ikraftträdande ska bestämmelserna i den äldre LOU tillämpas direktivkonformt.

Kommunala myndigheter och beslutande församlingar är enligt 2 kap. 19 § LOU sådana s.k. *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt ska följa lagens bestämmelser. Företag som på marknaden tillhandahåller aktuella tjänster utgör *leverantörer* som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud.

Tekniska planeringstjänster (CPV 71356400-2) innefattande tjänster för *stadsplanering* (CPV 71410000-5)⁵ utgör sådana *arkitekttjänster, tekniska konsulttjänster och integrerade tekniska tjänster, stadsplanering m.fl. tekniska konsulttjänster* vilka kategoriseras som A-tjänster (kategori 12 enligt bilagan 2 till LOU). Om värdet av dessa och dylika tjänster överstiger tröskelvärdet 1.910.323 kronor⁶ ska upphandling genomföras med ledning av de direktivstyrda bestämmelserna i 1-14 kap. LOU. Understiger upphandlingens kontraktswärde gällande tröskelvärdesbelopp ska upphandling istället genomföras med ledning av de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU.

Om det vid upphandling av tjänster inte har fastställts något totalpris ska enligt 3 kap. 12 § LOU det s.k. *kontraktswärdet* beräknas till det totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader, eller av månadsvärdet multiplicerat med talet 48 om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid. Förekommande options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjats.

Syftet med reglerna om offentlig upphandling är att bland annat säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-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. Av de grundläggande principerna om *likabehandling* och *öppenhet (transparens)* följer att alla leverantörer ska behandlas lika och ges möjlighet till en sådan insyn att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud på lika villkor.⁷

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. I EU-lagstiftningen framhålls bl.a. att EU-domstolen betecknat otillåten direkttilldelning som den allvarligaste överträdelsen av unionslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande myndighet kan begå.⁸

LOU är generellt tillämplig på alla åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ramavtal avseende bland annat A-tjänster.⁹ Enligt det s.k. *in-house-undantaget* i 2 kap. 10 a § LOU får dock under vissa förutsättningar en upphandlande myndighet sluta avtal direkt, och utan iakttagande av lagens förfarandebestämmelser, med en fristående juridisk person som myndigheten själv kontrollerar som ägare eller delägare.¹⁰

Enligt 1 kap. 7 § LOU behöver förfarandebestämmelserna heller inte tillämpas vid 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.

⁵ 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. – se 4 kap. 19 § 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.

⁶ Tröskelvärdet för kommunal upphandling av tjänster inom den s.k. klassiska sektorn uppgår sedan den 1 januari 2016 till 1.910.323 kronor – se regeringens tillkännagivanden (2017:223) samt (2016:14) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

⁷ De grundläggande principer som åsyftas följer numera av avdelning IV i EUF-fördraget - tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG.

⁸ Se bl.a. skäl 13 till Europaparlamentets och Rådets direktiv (2007/66/EG) av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

⁹ Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

¹⁰ Se 2 kap. 10 a § LOU. Möjlighet till sådant undantag föreligger dock enbart om följande två förutsättningar samtidigt är uppfyllda, nämligen (1) att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning, och (2) att den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den.

Den omständigheten att en upphandlande myndighet tror sig veta att enbart en viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktisk ensamsituation) medför dock inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.¹¹

Om något undantag från LOU inte kan göras gällande ska upphandling genomföras enligt lagens huvudbestämmelser. I sådant fall ska den upphandlande myndigheten genomföra ett för samtliga leverantörer likvärdigt förfarande med iakttagande av de grundläggande kraven i 1 kap. 9 § LOU.¹²

Vid upphandling av A-tjänster över tröskelvärdet föreligger det som regel en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt att offentliggöra sina upphandlingar genom annons i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.¹³ Om kontraktsvärdet understiger tröskelvärdet räcker det dock med att annonsering sker i en allmänt tillgänglig elektronisk databas eller på annat sätt som möjliggör en effektiv konkurrens.¹⁴ Undantag från denna skyldighet föreligger dock vid följande förutsättningar.¹⁵

- det som ska upphandlas avser ett *lågt värde*, som för närvarande uppgår till maximalt 534.890 kronor (motsvarande 28 procent av gällande tröskelvärde) 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 ingår i tröskelvärdesberäkningen av värdet av det ursprungliga projektet, eller
- det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl kan levereras av endast en viss leverantör.

Undantagen för *synnerliga skäl* och *synnerlig brådska* avser extraordinära situationer. För att dessa överhuvudtaget ska kunna komma ifråga måste det framstå som absolut nödvändigt att tilldela kontraktet. Enligt praxis krävs att det rör sig om en unik situation¹⁶ eller ett brådskande behov av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art.¹⁷ Det ska även framstå som uppenbart att kontraktet omedelbart måste komma till stånd för att det inte annars ska uppstå mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa.¹⁸ Omständigheter som kan rättfärdiga synnerlig brådska måste vidare bero på yttre förhållanden, dvs. saker som ligger utanför det område som den upphandlande myndigheten har kunnat förutse eller påverka. *Egenförvällad brådska* hos den upphandlande myndigheten som kan ha uppkommit till följd av exempelvis bristande planering grundar exempelvis inte möjlighet till undantag, utan i kravet på oförutsebarhet ligger att förhållandena närmast ska ha *karaktären av force majeure*.¹⁹ Tidsnöden måste även vara sådan att det inte har varit objektivt möjligt att hålla tidsfristen vid annonserat förfarande.

Vidare ska enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som inom området för

¹¹ Se EU-domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen *Bockhorn Braunschweig* (C- 20/01 och C- 28/01) EU:C:2003:220 och i det efterföljande målet *kommissionen mot Tyskland* (C- 503/04) EU:C:2007:432.

¹² Se 1 kap. 9 § LOU.

¹³ Databasen Tenders Electronic Daily (TED) är Europeiska kommissionens elektroniska plattform för annonsering av offentlig upphandling.

¹⁴ Se 7 kap. 1 § eller 15 kap. 4 § LOU. Möjligheten att offentliggöra upphandlingen genom annons på annat sätt som möjliggör effektiv konkurrens omfattar dock endast B-tjänster och A-tjänster under tröskelvärdet.

¹⁵ Se 4 kap. 5 § och 7-8 §§ LOU samt, i fråga om upphandling under tröskelvärdet, 15 kap. 3 § andra stycket samma lag.

¹⁶ I lagförarbetena anges även att möjlighet till extra förmånliga köp på auktion samt särskilt personrelaterade behov av hälso- och sjukvårdstjänster kan anses medföra *synnerliga skäl* – se prop. 2001/02:142, s. 99 samt prop. 2006/07:128, s. 429; jfr. även Konkurrensverkets beslut av den 26 maj 2010 i ärende nr. 430/2009.

¹⁷ Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i mål nr 7469--7472-11.

¹⁸ I rättspraxis har exempelvis uteblivna livsmedelsleveranser till skolor, förskolor och servicehus ansetts vara av brådskande natur - se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 29 februari 2012 i mål nr. 1446--1452-12. I lagförarbetena anges även att möjlighet till extra förmånliga köp på auktion samt särskilt personrelaterade behov av hälso- och sjukvårdstjänster kan anses medföra synnerliga skäl – se prop. 2001/02:142, s. 99 samt prop. 2006/07:128, s. 429; jfr. även Konkurrensverkets beslut av den 26 maj 2010 i ärende nr. 430/2009.

¹⁹ Se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

offentlig upphandling ges enligt unionsrätten tolkas restriktivt. Det ankommer också på den som åberopar ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar detta faktiskt föreligger.²⁰

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU kan en skadelidande leverantör ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att upphandlingen ska rättas eller att den ska göras om.²¹ I fall där avtal redan uppkommit kan enligt 16 kap. 13 § LOU²² rätten besluta att avtalet är *ogiltigt*, om det har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga.²³ En sådan ansökan om giltighet av avtal ska dock vara ingiven senast sex månader från det att avtalet slöts.

Konkurrensverket kan även begära att en upphandlande myndighet som har slutit avtal på sätt som strider mot annonseringsbestämmelserna i LOU ska betala en särskild *upphandlingsskadeavgift*. En sådan straffavgift beslutas ytterst av allmän förvaltningsdomstol och ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor.²⁴ 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 kontraktsvärdet²⁵ men en individuell bedömning ska alltid ske med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.²⁶

Yttrande

Kommunen har i yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet hänvisat till att den aktuella frågan hanteras av Konkurrensverket och att Kommunen avvaktar verkets återkoppling i ärendet.

²⁰ Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C- 157/06) EU:C:2008:530, p. 23 samt där noterad praxis.

²¹ Se 16 kap. 4-6 § LOU.

²² Rätten kan jml. 16 kap. 16 § LOU även förordna 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.

²³ Rätten får emellertid, enligt 16 kap. 14 § LOU, besluta att avtalet trots allt får bestå om det skulle föreligga någon tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bevisbördan för sådant undantag åvilar den upphandlande myndigheten.

²⁴ Se Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 10 december 2015 i mål nr. 13345-15.

²⁵ 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.

²⁶ Se HFD 2015 ref. 69.

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.

Knivsta kommun är såsom upphandlande myndighet skyldig att i samband med köp av tjänster iaktta vid varje tidpunkt gällande upphandlingsbestämmelser. Av utredningen framgår att Kommunen med leveransstart under 2017 har köpt tekniska konsulttjänster direkt från Konsultföretaget för i vart fall c:a 2,5 miljoner kronor. Även om avtalet angående dessa tjänster kan ha slutits under 2017 är förhållandena sådana att upphandlingen får anses påbörjad 2016. Till utgångspunkt för bedömningen har därför lagts bestämmelserna i 2007 års LOU.

Eftersom upphandlingen avser A-tjänster väsentligt överstigande tröskelvärdet skulle upphandling i enlighet med lagens direktivstyrda bestämmelser ha tillämpats.

Knivsta kommun utövar inte något sådant ägande eller kontroll över Konsultföretaget att in-house-undantag skulle kunna komma ifråga och företaget har inte något rättsligt monopol på att utföra aktuella tjänster åt Kommunen. Någon omständighet som skulle kunna motivera undantag från kravet på annonserat förfarande har inte framkommit. Vid detta förhållande skulle Kommunen ha infördrat konkurrerande anbud i ett annonserat förfarande enligt LOU. Genom att kringgå denna annonseringsskyldigheten för att istället täcka sitt behov av aktuella tjänster direkt från Konsultföretaget har Kommunen brutit mot LOU på ett sätt som är ägnat att snedvrida förutsättningarna för konkurrensen. Det finns därmed anledning att rikta kritik mot Kommunen, som även riskerar att få betala upphandlingsskadeavgift om Konkurrensverket väljer att ingripa mot förfarandet.