

PM 2 2020-03-05 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direkttilldelning.

En kommun fortsätter att köpa städtjänster trots att det tidigare upphandlade avtalet sedan länge har löpt ut. Hittills har dessa köp uppgått till mer än 26 miljoner kronor.

Sundbybergs kommun (nedan Kommunen) köper för närvarande städtjänster för skolor och förskolor samt vissa övriga kommunala förvaltningsbyggnader¹ i ett icke formaliserat avtal, direkt från ett privat företag (nedan Städföretaget).

Kommunen har tidigare haft offentligt upphandlade avtal med Städföretaget från 2014. Dessa avtal löpte ut den 31 maj 2018, utan möjlighet till ytterligare förlängning.² För tiden herefter har Kommunen dock fortsatt att anlita Städföretaget för aktuella städtjänster. För tiden fram till den 1 januari 2019 är det oklart hur parterna formellt reglerat sina mellanhavanden. Något mellan Kommunen och Städföretaget upprättat skriftligt avtal eller annan motsvarande dokumenterad överenskommelse finns i vart fall inte tillgänglig avseende denna period. I november 2018 tecknade Kommunen dock ett nytt avtal med Städföretaget,³ i vilket parterna varit överens om att med förändrade villkor⁴ ”förlänga gällande avtal avseende städning av verksamheter inom barn- och utbildningsförvaltningen social- och arbetsmarknadsförvaltningen samt kultur och fritidsförvaltningen” för vissa i avtalet specificerade kommunala enheter från och med den 1 januari 2019 till och med den 31 december samma år. För tiden efter den 31 december 2019 då detta nya avtal löpte ut, har Kommunen även fortsatt att köpa aktuella tjänster från Städföretaget. Något formaliserat avtal som reglerar detta utförande finns enligt uppgift dock inte upprättat.⁵ Någon tidsmässig gräns för hur länge dessa köp ska pågå finns heller inte, utan dessa kan förväntas fortgå till dess att Kommunen finner en annan lösning att täcka sitt behov av aktuella städtjänster. Städföretaget har numera konstaterats inte uppfylla Kommunens kvalifikationskrav för att lämna anbud på städtjänster.⁶

Kommunen har för närvarande inte någon pågående upphandling avseende aktuella tjänster. Ett offentligt upphandlingsförfarande påbörjades visserligen⁷ i december 2018. Detta förfarande har senare kommit att avbrytas på eget initiativ av Kommunen eftersom det bedömts ”finnas sådana otydligheter i förfrågningsunderlaget av sådan karaktär att det har varit vilseledande även för rimligt informerade och omsorgsfulla anbudsgivare”. Enligt vad Kommunen uppgivit⁸ har den för avsikt att annonsera en ny upphandling under våren 2020.⁹ Något mellan Kommunen och Städföretaget upprättat skriftligt avtal eller annan motsvarande dokumenterad överenskommelse finns i vart fall inte tillgänglig avseende denna period.

¹ Såvitt kunnat utredas omfattade denna upphandling individuella avtal för totalt 14 skolor och 32 förskolor samt andra lokaler som Barn- och utbildningsförvaltningen i Sundbybergs stad nyttjar.

² De avtal som upphandlades 2014 gällde fram till den 31 maj 2016, med möjlighet till förlängning i två omgångar om vardera ett (1) år till senast den 31 maj 2018, då avtalen löpte ut utan möjlighet till ytterligare förlängning.

³ Avtal den 26 november 2018 mellan Kommunen och Städföretaget rubricerat ”Förlängning av avtal gällande städning av verksamheter inom barn- och utbildningsförvaltningen, social- och arbetsmarknadsförvaltningen samt kultur och fritidsförvaltningen” (dnr.13/7).

⁴ Vari de förändrade villkoren består regleras emellertid inte i avtalet. I det beslut som samtidigt (den 26 november 2018) meddelades av Kommunens tf. upphandlingschef anges dock att förlängningen sker ”...med oförändrade villkor”.

⁵ Kommunen (Stadsledningskontoret) har i beslut den 29 januari 2020 avslagit en begäran om att få ta del av ”nu gällande avtal såvitt avser städning av samtliga skolor och förskolor som drivs av Sundbybergs stad”, med angivande av att Kommunen ”... inte har kunnat återfinna de handlingar som efterfrågas”.

⁶ Se Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 21 januari 2020 i mål nr. 15612-19.

⁷ Upphandlingen ”Lokalvårdsupphandling, utbildningsförvaltningen” (dnr. 2018-157, GGN-0557/2018, FN-0214/2018). Ett meddelande om upphandlingen (nr. 548215-2018) skickades den 11 december 2018 till Europeiska kommissionen för bland annat publicering i databasen TED.

⁸ Uppgift i det ovan angivna avbrytandebeslutet (fotnot 7).

⁹ Kommunens (Stadsledningskontoret) beslut ”Avbrytande av upphandling – Upphandling av lokalvård, utbildningsförvaltningen, ref.nr.2018-157” (2018-157, GGN-0557/2018, FN-0214/2018). Beslutet har såvitt framkommit fattats i strid mot domstols dom, som istället förordnade att upphandlingen skulle rättsas på visst sätt – se Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 23 januari 2020 i mål nr. 15056-19.

I november 2018 tecknade Kommunen dock ett nytt avtal med Städföretaget,¹⁰ i vilket parterna varit överens om att med förändrade villkor¹¹ ”*förlänga gällande avtal avseende städning av verksamheter inom barn- och utbildningsförvaltningen social- och arbetsmarknadsförvaltningen samt kultur och fritidsförvaltningen*” för vissa i avtalet specificerade kommunala enheter från och med den 1 januari 2019 till och med den 31 december samma år.

Enligt leverantörsreskontra har Kommunen hittills utbetalat drygt 26 miljoner kronor eller c:a 1,4 miljoner kronor per månad i olika ersättningar till Städföretaget efter det att det upphandlade avtalet löpt ut. Kontraktsvärdet efter den 31 december 2019 kan därmed uppskattas till totalt (1,4 x 48≈) c:a 70 miljoner kronor (alla belopp exklusive lagstadgad mervärdesskatt - moms).¹²

Rättslig reglering

Med *offentlig upphandling* avses bland annat förfarandet till och med tilldelning av ett kontrakt med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser bland annat tillhandahållande av tjänster mot ersättning.

Upphandling som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU. Bestämmelserna är en följd av bland annat kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU)¹³ och syftar bland annat till att motverka korrupktion i offentlig verksamhet.¹⁴ Lagen är generellt tillämplig på åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet för att anskaffa tjänster genom tilldelning av kontrakt.¹⁵

Kommuner utgör enligt legaldefinitionen i 1 kap. 22 § LOU sådana *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt måste följa lagens bestämmelser.¹⁶ Syftet med lagen är bland annat att säkerställa den fria rörligheten inom EU. Det har därför införts ett antal grundläggande principer i 4 kap. 1 § LOU, vilka oavsett förfarande ska iakttas vid offentlig upphandling. Däribland krav på *likabehandling* och *öppenhet (transparent)*.¹⁷ Av dessa följer att alla leverantörer ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud utifrån samma villkor. Alla leverantörer ska ges samma relevanta information vid samma tillfälle.¹⁸ Enligt vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalat i HFD 2012 ref. 48 är det nämligen en av regelverkets viktigaste funktioner att säkerställa leverantörernas lika förutsättningar att kunna lämna konkurrenskraftiga anbud. I 4 kap. 2 § LOU finns därför en förtydligande bestämmelse enligt vilken en upphandling inte får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

¹⁰ Avtal den 26 november 2018 mellan Kommunen och Städföretaget rubricerat ”*Förlängning av avtal gällande städning av verksamheter inom barn- och utbildningsförvaltningen, social- och arbetsmarknadsförvaltningen samt kultur och fritidsförvaltningen*” (dnr.13/7).

¹¹ Vari de förändrade villkoren består regleras emellertid inte i avtalet. I det beslut som samtidigt (den 26 november 2018) meddelades av Kommunens tf. upphandlingschef anges dock att förlängningen sker ”...med oförändrade villkor”.

¹² Värdet av genomförda utbetalningar och inestående fakturor under perioden 1 juli 2018 – 31 januari 2020 uppgår till 32.837.814 kronor inklusive moms. Detta motsvarar totalt 26.270.241 kronor eller c:a 1,4 miljoner (1.459.458) kronor per månad. Kontraktsvärdet vid en beräkning enligt 5 kap. 13 § LOU uppgår därmed till (1.459.458 x 48≈) 70.053.984 eller drygt 70 miljoner kronor.

¹³ Europaparlamentets och Rådets direktiv (2014/24/EU) av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

¹⁴ Se bl.a. betänkandet SOU 2018:44, jämte där angivna rättskällor.

¹⁵ Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

¹⁶ På motsvarande sätt utgör enligt 1 kap. 16 § LOU näringsidkare som på marknaden tillhandahåller aktuella varor eller tjänster leverantörer, som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud.

¹⁷ De grundläggande principer som här åsyftas följer numera av avdelning IV FEUF – (tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG). Angående de grundläggande principernas innebörd, se bl.a. prop. 2006/07:128, s. 132 samt prop. 2015/16:195, avsnitt 9.1 (s. 426 ff.).

¹⁸ Prop. 2006/07:128, s. 132, samt EU-domstolens domar i *Succhi di Frutta* (C-496/99), EU:C:2004:236, pp. 108–111, *SIAC Construction* (C-19/00) EU:C:2001:553, p. 42 och i *Cantiera dell'Adda* (C-42/13) EU:C:2014:2345, p. 44, se även domstolens avgörande i *Connexion Taxi* (C-171/15) EU:C:2016:948, pp. 39 och 40.

Städning (CPV 90910000) inklusive kontors- och skolstädning (CPV 90919000)¹⁹ innefattar sådana tjänster som om det s.k. *kontraktsvärdet* överstiger tröskelvärdet 2.197.545 kronor²⁰ ska upphandlas med iakttagande av de direktivstyrda förfarandebestämmelser som anges i 1-18 kap. LOU.

Kontraktsvärdet av en upphandling ska beräknas till det totala belopp som ska betalas under kontraktets löptid. Om detta inte anges utan löptiden är obestämd, ska värdet istället uppskattas till månadsvärdet multiplicerat med 48.²¹

Som regel ska ett annonserat upphandlingsförfarande genomföras där den upphandlande myndigheten inforrdrar konkurrerande anbud genom ett meddelande om upphandlingen som ska skickas till Europeiska unionens publikationsbyrå (OPOCE) för publicering i Europeiska unionen officiella tidning (EUT) och i databasen Tenders Electronic Daily (TED).²²

Direkttilldelning, där den upphandlande myndigheten utan föregående annonsering får sluta avtal direkt med en viss leverantör, får komma ifråga endast vid vissa i 6 kap. 12-19 §§ LOU angivna undantagsförhållanden.

Sådant undantag kan exempelvis komma ifråga vid *synnerlig brådska* som inte beror på omständigheter som kan tillskrivas eller har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten och som har gjort det omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid ett annonserat förfarande. För undantag måste i så fall anskaffningen vara absolut nödvändig. Detta gör att undantaget endast kan komma ifråga vid extraordinära situationer. Enligt praxis måste det röra sig om ett brådskande behov av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art²³ där det framstår som uppenbart att ett kontrakt omedelbart måste komma till stånd för att det inte annars ska uppstå mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa.

Som framgår av bestämmelsen måste de omständigheter som åberopas till stöd för *synnerlig brådska* vidare bero på yttre förhållanden, dvs. saker som ligger utanför det område som den upphandlande myndigheten har kunnat förutse eller påverka.²⁴ *Egenförvållad brådska* som exempelvis kan ha uppkommit till följd av bristande planering medför inte möjlighet till undantag.²⁵ I rekvisitet om oförutsebarhet ligger sålunda att förhållandena närmast ska ha *karaktären av force majeure*.²⁶

Enligt den allmänna s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis ska möjligheterna till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i de unionsrättsliga fördragen inom området för offentlig upphandling vidare tolkas *restriktivt* och det ankommer alltid på den upphandlande myndigheten att bevisa de särskilda omständigheter som motiverar ett sådant undantag.²⁷

Avtal som har kommit till genom en s.k. *otillåten direkttilldelning*, utan iakttagande av kravet på annonsering kan förklaras ogiltigt efter beslut av allmän förvaltningsdomstol.²⁸ Ansökan om ogiltighet ska som huvudregel komma in till rätten inom sex månader från det att avtalet slöts.²⁹

¹⁹ CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska Unionen – se 4 kap. 19 § LOU samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

²⁰ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 5 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Gällande tröskelvärdet för varukontrakt som tilldelas av upphandlande myndigheter som inte är centrala upphandlande myndigheter (bland annat kommuner) uppgick 2019 till 2.096.097 kronor. För 2020 uppgår motsvarande värde till 2.197.545 kronor – se regeringens tillkännagivanden (2018:34) och (2020:8) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

²¹ Se 5 kap. 13 § LOU.

²² Se 10 kap. 1 § LOU samt 2 § upphandlingsförordningen (2016:1162).

²³ Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i mål nr 7469--7472-11.

²⁴ Som en icke egenförvållad brådska kan enligt HFD 2019 ref 65, p. 52 anses försening som uppkommit på grund av en utdragen överprövningsprocess.

²⁵ Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien III* (C-385/02) EU:C:2004:522, punkten 38.

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

²⁷ Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23 samt där noterad praxis. Se även HFD 2017 ref. 66 jämte där anmärkta rättsfall.

²⁸ 20 kap. 13 § LOU.

²⁹ 20 kap. 17 § LOU.

Om det kan motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset ska domstolen besluta att avtalet får bestå, även om förutsättningarna för ogiltighet annars är uppfyllda.³⁰ Domstolen kan i så fall, på talan av Konkurrensverket, senare besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av den upphandlande myndigheten.³¹ En sådan straffavgift ska beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor, dock inte högre än tio procent av kontraktsvärdet.³² I rättspraxis har dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet.³³ Talan om sådan upphandlingsskadeavgift ska senast vara väckt inom sex månader från lagkraftvunnen dom avtalsogiltighet eller i annat fall senast ett år från den tidpunkt då avtalet slöts.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.

Slutlig 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 måste som upphandlande myndighet följa bestämmelserna om offentlig upphandling. Av utredningen framgår att Kommunen har haft från 2014 upphandlade avtal med Städföretaget som dock löpte ut i slutet av maj 2018. Något nytt eller nya avtal har inte upphandlats för att ersätta dessa avtal. En ny upphandling påbörjades visserligen i december 2018, omkring ett halvår efter det att 2014 års avtal redan hade löpt ut, men har senare kommit att avbrytas på grund av ett vilseledande och otydligt förfrågningsunderlag.

För närvarande löser Kommunen sitt behov av aktuella tjänster i direkttilldelade avtal med Städföretaget och har gjort så sedan juni 2018. Hittills har Kommunen betalat drygt 26 miljoner kronor i ersättning till Städföretaget i sådana avtal och fortsätter att betala omkring 1,4 miljoner kronor i månaden för utförda tjänster.

Lagen om offentlig upphandling innehåller tydliga förfarandebestämmelser som bland annat syftar till att tillvara befintlig konkurrens och motverka risken för korruption vid den offentliga anskaffningen. Bestämmelserna har i princip funnits sedan 1994 och kan för Kommunen därmed knappast vara obekanta. Det kan för kommunen heller inte varit okänt eller svårt att förutse att de tidigare upphandlade avtalen skulle löpa ut i maj 2018. Kommunen borde således ha påbörjat ett annonserat offentligt upphandlingsförfarande vid en sådan tidpunkt att ett nytt eller nya avtal kunde vara på plats när 2014 års avtal löpte ut utan möjlighet till förlängning. Så har emellertid inte skett, utan Kommunen har löst sitt behov så att uppdrag har lämnats Städföretaget i olika förlängningslösningar där andra leverantörer inte har fått vara med och konkurrera. Den upphandling som påbörjats har inletts för sent och har dessutom utformats på ett sådant sätt att Kommunen ansett sig behöva avbryta förfarandet. Mot denna bakgrund finns det anledning att rikta allvarlig kritik mot Kommunen.

Om Konkurrensverket väljer att ingripa mot förfarandet riskerar Kommunen att få betala *upphandlingsskadeavgift* (som är ett slags böter) till ett belopp om sju procent av kontraktsvärdet vilket gör att avgiften kan komma att uppgå till i vart fall miljonbelopp.

³⁰ 20 kap. 14 § LOU.

³¹ 21 kap. 1 § första stycket 2 LOU.

³² 21 kap. 4 § LOU.

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 och Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr. 2916-13, 22373-12, 2922-13 och 2987-13.

³⁴ 21 kap. 7 § LOU