

PM 2 2021-10-21 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. Kontraktsvärdet av dessa tjänster motsvarar mer än 43 miljoner kronor.

Sundbybergs kommun (nedan Kommunen) har i december 2020 slutit avtal direkt med ett privat företag (nedan Städföretaget) om köp av tjänster för städning av skolor och förskolor samt vissa övriga kommunala förvaltningsbyggnader.¹ Avtalet gäller maximalt ett år, fram till och med den 31 december 2021.²

Kommunen har tidigare haft avtal med Städföretaget vilka upphandlades 2014.³ Dessa avtal löpte dock ut redan den 31 maj 2018, utan möjlighet till ytterligare förlängning.⁴ För tiden därefter har Kommunen dock, i omgångar, fortsatt att köpa aktuella tjänster direkt från Städföretaget. I en första omgång, för tiden mellan den 31 maj 2018 och den 1 januari 2019, är det oklart hur parterna formellt reglerat sina mellanhavanden. Något skriftligt avtal eller annan dokumenterad överenskommelse finns i vart fall inte tillgänglig avseende denna period. I november 2018 tecknade Kommunen däremot, för en andra omgång, ett direkttilldelat skriftligt kontrakt med Städföretaget,⁵ enligt vilket parterna varit överens om att på vissa villkor⁶ ”förlänga gällande avtal avseende städning av verksamheter inom barn- och utbildningsförvaltningen social- och arbetsmarknadsförvaltningen samt kultur och fritidsförvaltningen” från och med den 1 januari 2019 till och med den 31 december samma år. I en ytterligare tredje omgång, för tiden efter den 31 december 2019 då avtalstiden återigen hade löpt ut, har Kommunen återigen direkttilldelat skriftliga kontrakt, för städning av förskolor respektive skolor fram till och med den 31 december 2020.⁷ Lagligheten av denna tilldelning har prövats av Förvaltningsrätten i Stockholm, vilken i dom av den 30 juli 2020 slagit fast att Kommunen härigenom brutit mot bestämmelserna om offentlig upphandling. Rätten ansåg dock att det under rådande förhållanden,⁸ förelåg ett starkt allmänintresse av att låta avtalen bestå trots att förutsättningarna för avtalsgiltighet annars bedömdes uppfyllda.⁹

Någon ny upphandling påbörjades dock inte i samband med förvaltningsrättens dom. Istället har Kommunen, för en fjärde avtalsomgång, tecknat nu aktuellt kontrakt direkt med Städföretaget. Detta innefattar, såvitt förstås, en förlängning av avtalen från omgång tre till att gälla ytterligare maximalt ett år fram till och med den 31 december 2021.¹ Ett nytt ordinarie upphandlingsförfarande hade då påbörjats av Kommunen, den 21 december 2020, tio dagar innan giltigheten av avtalet för omgång tre löpte ut.¹⁰

¹ Se ”Avtal avseende Lokalvård”, som tecknades den 21 och 30 december 2020 mellan Kommunen och Städföretaget (dnr. KS-0753/2020).

² Under punkten 3, ”Avtalstid” i ovan angivet förlängningsavtal anges detta gälla från och med den 1 januari 2021 till och med den 30 juni 2021 eller tills dess att nytt avtal är på plats, dock senast till och med den 31 december 2021.

³ 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.

⁴ De avtal som upphandlades 2014 gällde fram till den 31 maj 2016, med möjlighet till förlängningar senast till den 31 maj 2018 då avtalen löpte ut utan möjlighet till ytterligare förlängning.

⁵ 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).

⁶ 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”.

⁷ Ett ordinarie upphandlingsförfarande som påbörjades den 11 december 2018 kom sedermera att avbrytas av Kommunen genom beslut den 13 maj 2020 (dnr. GGN-0557/2018 och FN-0214/2018). Med anledning av detta har Kommunen efter stämning om s.k. upphandlingsskadestånd förlikningsvis betalat ersättning till en leverantör – se Solna tingsrätts mål nr. T 6221-20; se även Konkurrenskommissionen tidigare ärende nr. KKO 19-032 och KKO 20-002.

⁸ De särskilda förhållandena ligger i att Kommunens aktuella behov av skolstädning under Covid-19-pandemin har bedömts utgöra en sådan exceptionell omständighet som ska medföra att avtalen får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse – se 20 kap. 14 § LOU.

⁹ Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 30 juli 2020 i mål nr. 10464-20.

¹⁰ Se det meddelande om upphandling - Sverige-SUNDBYBERG: Städning av bostäder och byggnader samt fönsterputsning 2020/S 251-630383 - som skickades den 21 december 2020 till Europeiska unionens publikationsbyrå (OPOCE) för publicering i EUT och i databasen TED.

Kontraktsvärdet av Kommunens köp av städtjänster kan med ledning av vad Kommunens själv uppgivit¹¹ uppskattas till i drygt en miljon kronor per månad eller totalt 13 miljoner kronor per år exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms). Försiktigt räknat kan värdet under de 43 månader som avtalsförhållandet vidmakthållits sedan det ursprungligen upphandlade avtalet löpte ut i maj 2018 således beräknas till c:a 43 miljoner kronor.

Konkurrensverket har under 2021 ansökt hos Förvaltningsrätten i Stockholm om att Kommunen ska betala upphandlingsskadeavgift, som är ett slags böter, om sammanlagt 280.000 kronor.¹² Kommunen har även tvingats betala miljonbelopp upphandlingsskadestånd till en förfördelad leverantör.

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 korruption 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.

¹¹ De avtal som kommit att förlängas är ramavtal som i sig saknar beloppsuppgift. Kommunen har i yttrande till Konkurrensverket (se punkten 18 i verkets ansökan om upphandlingsskadeavgift – fotnot 12) dock angivit det samlade värdet till 13 miljoner kronor per år, exklusive moms.

¹² Konkurrensverket, ansökan om upphandlingsskadeavgift, ingiven till Förvaltningsrätten i Stockholm den 29 januari 2021 (dnr. 75/2021).

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 *Carteria 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 unionens 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, tillåts 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 fördragen inom området för offentlig upphandling vidare tolkas *restriktivt* och det ankommer 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 kommit 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 2018 och 2019 till 2.096.097 kronor. För 2020 och 2021 uppgår tröskelvärdet 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 dock 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 Denna 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. Talan om sådan upphandlingsskadeavgift ska senast vara väckt inom sex månader från lagakraftvunnen dom avtalsogiltighet eller i annat fall senast ett år från den tidpunkt då avtalet slöts.³³

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 ursprungligen haft upphandlade avtal med Städföretaget som löpte ut i slutet av maj 2018. Istället för att i god tid före avtalstidens utgång genomföra ett nytt ordinarie upphandlingsförfarande har Kommunen löpande, i olika omgångar, förlängt avtalsförhållandet med Städföretaget. Detta har skett genom olagliga direkttilldelningar utan iakttagande av lagens krav på annonsering.

En sådan omgång – den tredje i ordningen – syftade till att täcka Kommunens behov fram till och med utgången av 2020. Kommunen har emellertid inte utnyttjat denna frist för ett nytt ordinarie upphandlingsförfarande, som lagen kräver. En sådan upphandling påbörjades först i slutet på december 2020, tio dagar efter det att 2020 års avtal löpte ut. Istället har Kommunen på nytt slutit ett direkttilldelat avtal med Städföretagen för ytterligare maximalt en ettårsperiod.

Lagen om offentlig upphandling innehåller tydliga förfarandebestämmelser som bland annat syftar till att tillvarata befintlig konkurrens och motverka risken för korruption vid den offentliga anskaffningen. Bestämmelserna har i princip funnits sedan 1994 och bör för Kommunen knappast rimligen vara obekanta. Det kan för Kommunen heller inte varit okänt eller svårt att förutse när de ursprungligen upphandlade avtalen skulle löpa ut. Kommunen borde således ha påbörjat ett annonserat offentligt upphandlingsförfarande redan före utgången av maj 2018, när de ursprungligen upphandlade avtalen löpte ut. Så har emellertid inte skett, utan Kommunen har löst sitt behov av aktuella städtjänster genom olika förlängningslösningar, direkt med Städföretaget och utan möjlighet för andra leverantörer att vara med och lämna konkurrerande anbud.

Konkurrensverket har tidigare krävt 280.000 kronor i *upphandlingsskadeavgift* (som är ett slags böter) för att Kommunen direkttilldelat avtal till Städföretaget. Om verket väljer att även ingripa mot 2021 års avtal riskerar Kommunen att få betala ytterligare upp till c:a sju procent av kontraktsvärdet, vilket gör att avgiften kan komma att uppgå till i vart fall miljonbelopp.

Kommunen har förlikningsvis även betalat upphandlingsskadestånd till en förfördelad leverantör, på grund av felaktigheter vid upphandlingen av aktuella städtjänster. Det finns därför anledning att rikta allvarlig kritik mot Kommunen, som på detta sätt snedvridit förutsättningarna för konkurrensen på den lokala städmarknaden. Kommunen bör rimligen se över sin interna upphandlingsorganisation, så att liknade lagöverträdelser inte även fortsätter att upprepas i framtiden.

³⁰ 20 kap. 14 § LOU.

³¹ 21 kap. 1 § första stycket 2 LOU.

³² 21 kap. 4 § LOU.

³³ 21 kap. 7 § LOU