

Söderköpings kommun
614 80 Söderköping

Överträdelse av upphandlingsreglerna – avtal rörande äldreomsorg i Söderköpings kommun

Söderköpings kommun har brutit mot 15 kap. lag (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) genom att tilldela kontrakt avseende vårdboende för äldre i området Storängen utan att genomföra en upphandling i konkurrens enligt LOU.

Ärendet

Genom artiklar i Norrköpings tidningars webbutgåva den 14 och 20 augusti 2009 uppmärksammade Konkurrensverket att Söderköpings kommun (Kommunen), på grund av att en av Kommunens avtalsparter hade försatts i konkurs, hade för avsikt att inom kort ingå nytt avtal rörande äldreomsorg avseende Storängsområdet. Av artiklarna framgick att Kommunen inte avsåg att genomföra en upphandling. Konkurrensverket beslutade att inleda ett ärende för att granska huruvida Kommunens förfarande innebar ett brott mot upphandlingslagstiftningen.

Av handlingarna i ärendet framkommer bl.a. följande.

Kommunen genomförde under år 2008 en upphandling avseende vårdboende för äldre i Storängsområdet i Söderköping. Avtal tecknades med den vinnande leverantören 3 O Vård & Omsorg AB (3 O) i juni 2008 och driften övertogs per den 1 september 2008. 3 O skulle enligt avtalet sköta driften under initialt fem års tid, med möjlighet till förlängning ytterligare två år.

Den 10 augusti 2009 försattes 3 O i konkurs. I en artikel i Norrköpings tidningars webbutgåva daterad den 14 augusti 2009 framkom att kommunstyrelsens ordförande uppgett att någon förnyad upphandling eventuellt inte behövde genomföras i anledning av konkursen, utan att Kommunen istället övervägde att göra en ny, snabb upphandling utan att ta hänsyn till lagen om offentlig upphandling.

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

I en artikel daterad den 20 augusti 2009 framkom att den tidigare ägaren till 3 O hade startat ett nytt bolag, Geria Äldreomsorg AB (Geria), tillsammans med ett annat bolag, Fyhr Förvaltning AB (Fyhr). Den tidigare ägaren till 3 O och Fyhr skulle gemensamt äga Geria, med Fyhr som majoritetsägare. Den tidigare ägaren av 3 O skulle utses till VD för Geria.

Konkurrensverket har inhämtat yttrande från Kommunen. I yttrande daterat den 4 september 2009 har Kommunen anfört följande. Konkursboet i 3 O har överlåtit verksamheten inklusive avtalet med Kommunen till Geria. Av avtalet följer att en sådan överlåtelse ska godkännas av Kommunen, vilket skedde vid socialnämndens sammanträde den 26 augusti 2009. Kommunen har angett att frågan om överlåtelse av upphandlingskontrakt har undersökts noga och att Kommunen kommit till slutsatsen att sådan överlåtelse är möjlig om:

- den övertagande leverantören klarar de prövningar som den upphandlande myndigheten gjorde av den ursprungliga leverantören,
- verksamheten är väsentligen densamma, och
- det materiella innehållet i avtalet är väsentligen detsamma.

Avtalet har överlåtit på oförändrade villkor. Geria har övertagit samtliga 3 O:s förpliktelser enligt avtalet och verksamheten är oförändrad. Kommunen har gjort samma prövning av Geria som den som gjordes av 3 O och har därvid konstaterat att Geria uppfyller ställda krav. Eftersom avtalet är oförändrat och Geria uppfyller samtliga krav och förutsättningar, så innebär överlåtelsen inte någon ändring av villkoren i avtalet. Det har således inte införts några nya villkor, vilka medfört att det skulle ha varit möjligt att godkänna andra anbudsgivare än den som ursprungligen antogs. Vidare medger avtalet uttryckligen att överlåtelse får ske. Det finns även möjlighet att, efter godkännande från Kommunen, anlita underleverantörer.

Kommunen har tillställt Konkurrensverket kopior av överlåtelseavtal, socialnämndens beslut, det ursprungliga vårdavtalet samt det nya avtalet mellan Kommunen och Geria.

Skäl

Rättsläget

Lag (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) är enligt 1 kap. 2 § tillämplig på offentlig upphandling av byggtreprenader, varor, tjänster samt byggkoncessioner. En upphandlande myndighet som avser tilldela ett kontrakt inom dessa områden ska genomföra en upphandling i enlighet med upphandlingsregelverket.

Med kontrakt avses enligt 2 kap. 10 § LOU ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer avseende utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster och som undertecknas av parterna. Ett tjänstekontrakt är ett kontrakt som gäller utförande av tjänster enligt Bilaga 2 eller 3 till LOU (A- eller B-tjänster).

Upphandling av hälso- och socialtjänster omfattas av Bilaga 3 till LOU och är således en B-tjänst. För B-tjänster gäller att upphandling ska ske enligt 15 kap. LOU. Enligt 15 kap. 4 och 6 §§ LOU ska en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt annonsera upphandlingen, om inte vissa undantagsfall som är angivna i 15 kap. 5 § LOU föreligger. Undantagen ska tillämpas restriktivt och det är den upphandlande myndighet som avser åberopa en undantagsbestämmelse som har bevisbördan för att det föreligger sådana omständigheter som motiverar ett undantag.¹ Direkttilldelning får enligt 15 kap. 3 § LOU ske om det föreligger synnerliga skäl eller kontraktets värde är lågt. Gränsen för lågt värde är inte fastställd, utan nivån för lågt värde ska avgöras i varje enskild upphandling utifrån föremålet för upphandlingen. Enligt praxis har gränsen antagits ligga omkring fem prisbasbelopp.²

Ändringar av villkor i ett befintligt kontrakt mellan en upphandlande myndighet och en leverantör kan enligt EU-domstolens praxis innebära att en ny upphandling måste genomföras. Upphandlingsplikt föreligger om ändringarna innebär betydande förändringar av villkoren i förhållande till villkoren i det ursprungliga kontraktet.

EU-domstolen har i sin dom *Pressetext*³ fastställt ett antal principer⁴ för att avgöra huruvida en ändring av ett offentligt kontrakt under dess löptid är att anse som betydande. Så kan exempelvis vara fallet om ändringen innebär att det förekommit villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än den som ursprungligen antogs, om ändringen medför att kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utsträckning utsträcks så att det omfattar tjänster som först inte avsågs eller om ändringen medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet. Dessa principer tar främst sikte på ändringar av kontrakt

¹ Se t.ex. C-340/02 pp. 37-38 och de förenade målen C-20/01 och C-28/01 p. 58

² Se Kammarrätten i Göteborgs beslut av den 2 oktober 2007, mål nr. 3475-07 som innebar att sex prisbasbelopp inte ansågs vara lågt värde och Kammarrätten i Sundsvalls dom den 21 november 2007, mål nr. 16-07, vari domstolen fann att fem prisbasbelopp utgjorde lågt värde.

³ C-454/06

⁴ C-454/06 pp. 35-37. Se även C-337/98 pp. 44 och 46.

som även efter genomförda ändringar fortsätter att gälla mellan de ursprungliga avtalsparterna.

I nu aktuellt ärende är situationen dock annorlunda, eftersom en av de tidigare avtalsparterna bytts ut. Enligt ovannämnda dom utgör ett faktiskt byte av medkontrahent i ett upphandlingskontrakt i regel en sådan ändring av ett av de väsentliga villkoren i kontraktet att en ny upphandling ska genomföras, såvida inte detta byte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet genom exempelvis anlitande av underleverantör eller om bytet av medkontrahent är att anse som en intern omorganisation. Enligt domstolen är syftet att säkerställa att möjligheterna till insyn i förfarandena och likabehandling av potentiella anbudsgivare iakttas.

Domstolen fann målet *Pressetext* att upphandlingsskyldighet på grund av vissa särskilda omständigheter inte förelåg. I målet överfördes ett upphandlingskontrakt från ett moderbolag till ett dotterbolag. Dotterbolaget var helägt till 100 procent och moderbolaget ägde rätt att ge instruktioner till dotterbolaget. Vidare fanns det mellan de två enheterna ett avtal om överföring av vinster och förluster som moderbolaget svarade för. Det framgick även att en person som ägde rätt att företräda moderbolaget hade försäkrat den upphandlande myndigheten att moderbolaget efter överlåtelsen av kontraktet skulle svara solidariskt med dotterbolaget och att det inte skulle ske någon ändring av tjänsten i dess helhet. Med hänsyn tagen till dessa särskilda omständigheter ansåg domstolen inte att överlåtelsen av upphandlingskontraktet utgjorde en sådan omorganisation som utlöste en upphandlingsplikt. För det fall ägarandelarna i dotterbolaget senare skulle komma att överlåtas till tredje man under upphandlingskontraktets löptid, skulle upphandlingsplikt utlösas vid denna tidpunkt.⁵

Sammanfattningsvis uttalade EU-domstolen att upphandlingsskyldighet inte föreligger i en situation där tillhandahållandet av tjänster övertas av en annan leverantör, om den ursprungliga leverantören är den enda aktieägaren och kontrollerar den nya leverantören genom att lämna instruktioner samt förutsatt att den ursprungliga leverantören alltjämt svarar för att de skyldigheter som föreskrivs i upphandlingskontraktet iakttas.⁶

Bedömning

Det avtal om drift avseende vårdboende som Kommunen upphandlade år 2008 är ett tjänstekontrakt avseende en B-tjänst. Offentlig upphandling av sådana kontrakt regleras enligt 15 kap. LOU.

Kommunen har inte anfört att något av de undantagsfall då upphandling kan genomföras utan annonsering skulle vara tillämpligt, utan har i stället angett att

⁵ Anförd dom pp. 40-48. Se även C-29/04 pp. 38-42, enligt vilken överlåtelse av 49 procent av andelarna i ett dotterbolag ansågs tillräcklig för att utlösa upphandlingsskyldighet.

⁶ Anförd dom p. 54

det under vissa angivna förutsättningar skulle vara möjligt att genomföra ett partsbyte bestående i en överlåtelse av avtalet.

Vid överlåtelsen av avtalet från 3 O genom sitt konkursbo till Geria har Kommunens medkontrahent i avtalet bytts ut. Enligt domen *Presstext* innebär en sådan åtgärd en väsentlig förändring vilken i regel medför upphandlingsplikt. De särdrag som enligt EU-domstolen kan motivera undantag från kravet på ett förnyat upphandlingsförfarande föreligger inte i detta fall. Medkontrahenten 3 O har inte genomfört någon intern omorganisation utan har genom konkursen upphört att existera, varefter verksamheten efter överlåtelse övergått till ett nytt bolag. Av överlåtelseavtalet framgår att Geria, d v s köparen, inte har några rättigheter eller skyldigheter avseende intäkter eller kostnader för tiden före den i avtalets fastställda tillträdesdagen. 3 O kommer således inte svara solidariskt med Geria.

EU-domstolen ansåg vidare att helägandet av dotterbolaget till 100 procent, moderbolagets instruktionsrätt och kontraktet om överföring av vinster och förluster var av avgörande betydelse för möjligheten att genomföra ett partsbyte utan upphandlingskyldighet.

Geria ägs till viss del av samma ägare som 3 O. Det har dock framgått av ovan nämnda artiklar att majoritetsägandet i Geria ligger hos annan part än den tidigare ägaren till 3 O. Detta innebär att mer än 50 procent ägs av annan än 3 O:s ägare, vilket inte kan anses vara förenligt med EU-domstolens betoning på helägande. Enligt EU-domstolens dom C-29/04 ansågs en överlåtelse av 49 procent av andelarna i ett dotterbolag tillräcklig för att utlösa upphandlingskyldighet avseende de upphandlingskontrakt som dotterbolaget ingått. Ägarförhållandena kan därmed inte sägas vara sådana att möjlighet till undantag föreligger.

Med hänsyn till att 3 O efter avslutad konkurs kommer upphöra att existera föreligger ingen rätt att ge instruktioner eller någon möjlighet att dela vinster och/eller förluster. Inte heller dessa förutsättningar föreligger således.

Det kommer möjligen inte ske någon ändring av tjänsten i dess helhet, men denna omständighet kan inte ensam motivera ett undantag från upphandlingsplikten. En sådan tolkning skulle medföra att partsbyte i upphandlingskontrakt kunde genomföras i stort sett utan inskränkning, vilket inte är förenligt med EU-domstolens uppfattning att partsbyte i regel ska utlösa en upphandlingsplikt.

Enligt Kommunens avtal avseende vårdboende med 3 O ägde bolaget rätt att överlåta kontrakt efter medgivande från Kommunen. Det finns även en omförhandlingsklausul innebärande att båda parterna får påkalla omförhandlingar av bestämmelser för det fall ändrade förhållanden gör att bestämmelsen väsentligt motverkar de förutsättningar som förfrågningsunderlaget bygger på.

EU-domstolen uttalade visserligen i domen *Presstext* att upphandlande myndighet skulle kunna tillåta ett byte av medkontrahent i ett upphandlingskontrakt utan att det ska ses som en ändring av ett av de väsentliga villkoren i kontraktet, om ett sådant byte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet, exempelvis genom anlitan av underleverantör. En sådan rätt till partsbyte kan dock inte tolkas alltför långtgående. EU-domstolens exempel att med partsbyte avses anlitan av underleverantör visar på att omfånget av detta undantag från huvudregeln är begränsat. Denna tolkning överensstämmer även med rådande praxis att undantag från upphandlingsreglerna ska tolkas restriktivt. Om en underleverantör anlitas svarar huvudleverantören för dennes arbete såsom för sitt eget och förblir bunden av kontraktet. Huvudleverantören fortsätter således att svara för att skyldigheterna enligt kontraktet iakttas, vilket var en av de av EU-domstolen angivna förutsättningarna för att kunna genomföra ett partsbyte.⁷ En restriktiv praxis gällande denna fråga motiveras enligt EU-domstolen av syftet att säkerställa att möjligheterna till insyn i förfarandena och likabehandling av potentiella anbudsgivare iakttas och syftar enligt Konkurrensverket därmed också till att hindra medvetna kringgåenden av upphandlingsreglerna, vilket skulle kunna bli effekten om byte av motpart tilläts i alltför stor omfattning.

Om en leverantör av en tjänst som en upphandlande myndighet är i omedelbart behov av går i konkurs försätts den upphandlande myndigheten ofta i en svår situation. Den upphandlande myndigheten kan under sådana omständigheter åberopa att det föreligger synnerlig brådska och med stöd av 15 kap. 3 § 2 stycket LOU genomföra en direktupphandling för att täcka behovet av tjänsten under en begränsad period. Vid behov som sträcker sig under en längre period kan tjänster direktupphandlas för en period fram till dess en ny upphandling kunnat genomföras och ett nytt kontrakt har kunnat tecknas.

Kommunen kunde i detta fall inte förutse den inträffade konkursen och kan således inte lastas för att det uppstått ett behov av tjänster som omedelbart måste täckas. Kommunen har dock i förevarande fall inte haft någon avsikt att enbart täcka sitt omedelbara behov under tiden det tar att genomföra en ny upphandling, utan har istället överlåtit kontraktet på likalydande villkor. Den avtalstid som återstår av det överlåtna kontraktet är ca 3,5 år samt en möjlighet att förlänga avtalstiden med ytterligare två år. Det är en så lång återstående avtalstid att det inte kan anses orimligt att Kommunen skulle ha förberett och genomfört en förnyad upphandling, vilket sannolikt inte skulle ta längre tid än högst ett år i anspråk.

⁷ C-454/06 p. 54

BESLUT

2010-03-03 Dnr 456/2009 7 (7)

Kommunen har således brutit mot 15 kap. LOU genom att tillåta det genomförda partsbytet utan att genomföra en förnyad upphandling, vilket innebär en otillåten direktupphandling. Ett sådant agerande utestänger andra anbudsgivare från att begära överprövning avseende tilldelningen av återstoden av kontraktet. Förfarandet kan därför förta dessa leverantörer från möjligheten att konkurrera på lika villkor, vilket kan innebära skada för dem och i förlängningen för konkurrensen i stort.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Malin de Jounge.

Dan Sjöblom

Malin de Jounge

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats