

Stockholms stad
105 35 STOCKHOLM

Stockholms stads tillstånd att överlåta ett upphandlat avtal på en ny leverantör

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar tillsyn över lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) enligt 7 kap. 9 § LOU. NOU erhöll den 16 december 2003 en skrivelse från Anders Björk (Björk) i vilken han ifrågasatte lagligheten av att det avtal som ingåtts mellan Stockholms Stad/Kommentus - MFO Upphandling (staden) och Funeral Transport International AB avseende transport av avlidna, utan en offentlig upphandling enligt LOU, överlåtits till FONUS. Björk angav i sin skrivelse att han ville att NOU skulle granska huruvida överlåtelsen av avtalet skett i enlighet med reglerna i LOU.

NOU beslöt att ta upp ärendet till granskning och staden bereddes tillfälle att yttra sig över den inkomna skrivelsen. Yttrandet inkom till NOU den 10 december 2004.

Den 21 december 2004 har Björk kompletterat sin anmälan till NOU.

Ärendet

Staden tecknade i april 2002 avtal med Funeral Transport International AB avseende transport av avlidna från särskilda boendeformer, efter att ha genomfört en offentlig upphandling enligt LOU. Avtalet löpte på tre år med möjlighet till maximal förlängning om två år.

Under hösten 2003 önskade ägarna till Funeral Transport International AB överlåta avtalet, då de inte ansåg sig kunna fullfölja det. Avtalet överläts då i sin helhet till FONUS, efter godkännande av staden. Staden anser att godkännandet av överlåtelsen inte stred mot LOU.

Stadens motivering till att godkänna överlåtelsen kan sammanfattas enligt följande:

1. Avtalet med Funeral Transport International AB innehöll en överlåtelseklausul, enligt vilken avtalet kunde överlåtas efter godkännande av staden.
2. Staden valde mellan att överlåta avtalet eller göra en otillåten direktupphandling, under den tid det skulle ta att göra en ny upphandling. Den ansåg då att det inte var något reellt alternativ att utföra en otillåten direktupphandling.
3. Fortsatt identitet har gällt vad avser utförande och villkor i själva avtalet.
4. Staden hänvisar till NOU info juni -01. NOU skriver där följande:

”Uppköp av en upphandlad leverantörs företag

NOU får regelbundet frågor avseende avtal med upphandlade leverantörer som, efter det att avtalet trätt ikraft, köps upp av andra leverantörer. Då innehållet i sådana uppköpsavtal varierar kraftigt är det viktigt att bedöma varje situation för sig. Som huvudregel tolkar NOU lagstiftningen så att ett övertagande av samtliga aktier i en upphandlad leverantör, utan att den juridiska personen i sig förändras, naturligtvis inte förändrar avtalssituationen mellan den upphandlande enheten och leverantören. NOU anser inte heller att situationen då den uppköpta leverantörens verksamhet helt uppgår i ett annat bolag är en situation som förändrar det ingångna avtalet, trots att det då blir nödvändigt att ändra namn på avtalssparten i upphandlingskontraktet. Däremot kan den situationen, att endast en viss del av den upphandlade leverantören övertas av ett annat bolag, innebära att en ny upphandling kan bli nödvändig. Den upphandlade leverantören kanske avser att upphöra med produktionen av den berörda varan eller tjänsten och säljer just denna del av bolaget. I det fallet har den nya leverantören inte blivit prövad i upphandlingen vad avser dess ekonomiska och finansiella ställning och förmåga och avtalet får inte överföras till det nya bolaget. Tilldelningen av ett nytt avtal får då ske först efter en ny upphandling.

Det som NOU anser vara av avgörande betydelse, är alltså om det finns en fortsatt identitet mellan det bolag som lämnat anbud, kvalificerat sig i upphandlingen samt tecknat avtal och det bolag som sedan genomför avtalet.

NOU har tidigare i Sammanställning NOU info 93-95 avsnitt 15.3 Överlåtelse av avtal, skrivit att det är möjligt att byta leverantör utan att en ny upphandling genomförs. På grund av nya tolkningar av EG-direktiven om offentlig upphandling och efter diskussioner med EG-

kommissionen, kan NOU inte längre se att ett sådant förfarande skulle vara förenligt med LOU, om inte någon av ovan angivna situationer avseende uppköp föreligger. Frågan har dock inte prövats slutligt av domstol.”

Staden menar att det i det här fallet har gått till så att FONUS köpt transportdelen med verksamhet och fordon av Funeral Transport International AB och att detta inneburit att transportverksamheten helt uppgått i FONUS. Det innebär att det, enligt NOU:s resonemang, fanns identitet mellan den gamla och den nya leverantören vad avser ekonomisk och finansiell ställning och förmåga. Staden kontrollerade att FONUS uppfyller de krav som ställdes på den ursprungliga leverantören.

Staden menar för det fall NOU inte skulle anse att det finns tillräckliga skäl för att överlåta avtalet, att det funnits synnerliga skäl för den direktupphandling som gjorts med FONUS.

Björk menar i huvudsak att överlåtelsen av avtalet utgör en otillåten direktupphandling och att staden kunde ha utarbetat ett avtal med Funeral Transport International AB att fortsätta med transporterna till dess ett nytt avtal kunnat tecknas efter en offentlig upphandling. I bolaget arbetade flera anställda, vilka kunde ha utfört det aktuella avtalet. Björk menar även att ett flertal andra leverantörer var intresserade av och hade klarat av att utföra transporter enligt ett kort avtal i avvaktan på en upphandling enligt LOU. Enligt Björk köpte FONUS avtalet av Funeral Transport International AB, som under en längre tid försökt sälja avtalet till andra intresserade leverantörer.

NOU:s bedömning

Frågan om överlåtelse av avtal har inte tidigare varit prövad av NOU. Vad NOU känner till finns det inte heller något rättsfall från vare sig EG-domstolen eller någon svensk dom som behandlar frågan. Det enda som från offentligt håll skrivits i frågan generellt är det av staden åberopade uttalandet i NOU info juni -01 och i sammanställningen av NOU info 93-95.

Det är inte möjligt att i ett avtal upphandlat enligt reglerna i LOU göra förändringar efter det att avtal tecknats. NOU har i ett tidigare ärende uttalat följande¹:

¹ NOU dnr 2000/0292-26 Polismyndighetens i Stockholms län och Stockholms läns landstings upphandlingar av avtal avseende polititransporter.

”Enligt NOU är en 60 % höjning av de upphandlande priserna en så väsentlig ändring av de avtalade förutsättningarna att det inte längre föreligger identitet mellan de avtal som upphandlats och de avtal som tillämpats efter prishöjningarna. De omförhandlade avtalen får anses utgöra nya avtal. Enligt NOU:s mening skall i sådana situationer, om en extern entreprenör behöver anskaffas, en ny upphandling påbörjas omgående. Det gäller oavsett om det upphandlingsförfarande som tillämpats initialt tillåter förhandlingar eller inte.”

Ärendet var ett yttrande avseende förändringar av ett avtal mellan bl.a. Polismyndigheten i Stockholm och en leverantör och avsåg transport av avlidna. NOU hänvisar i ärendet bl.a. till EG-domstolens dom i Store Bælt-målet² (C-243/89) där domstolen uttalar följande: ”... innebär principen om likabehandling av alla anbudsgivare ett krav på att anbudena skall överensstämma med förfrågningsunderlaget. Härav följer att all förhandling, såväl före som efter tilldelningen av kontraktet, vilken berör innehållet av ett anbud som inte överensstämmer med de i förfrågningsunderlaget ställda kraven, och vilken leder till ändringar i underlaget och av anbudspriset, anses strida mot gemenskapens regler om offentlig upphandling.”

NOU anser att då det av ovan lämnade yttranden kan konstateras att det inte är möjligt att förändra innehållet i sak i avtal som tecknats efter en offentlig upphandling, det inte heller kan vara möjligt att byta ut en leverantör i ett sådant avtal. Vad NOU i tidigare yttrande undersökt är i vilka fall en leverantör kan anses ha samma identitet, även om ägarsituationen förändrats. Att helt byta ut en leverantör är enligt NOU:s mening inte möjligt att göra, utan att en ny offentlig upphandling kommer till stånd, eftersom det får ses som en förhandling i sig.

NOU:s ståndpunkt innebär att överlåtelseklausuler i offentliga upphandlingskontrakt, vilka innebär att en annan person, fysisk eller juridisk, kan sättas in i stället för den ursprungligt upphandlade, inte är tillåtna. Avtalsvillkor får inte vara utformade så att LOU sätts ur spel.

Staden menar att den föredrog att byta ut leverantören enligt avtalet framför att genomföra en otillåten direktupphandling. NOU, som är väl medveten om att upphandlande enheter kan hamna i situationer där de inte har annat val än att genomföra en direktupphandling, vill hänvisa till de undantag som finns i LOU, särskilt de som anger att en upphandlande enhet kan genomföra en förenklad upphandling utan annonsering eller en öppen upphandling utan annonsering p.g.a. synnerlig brådska som inte är hänförlig till enheten. NOU anser dock att sådana direktupphandlingar, vilka utgör ett

² EG-domstolens rättsfallssamling 1993 s. I-03353, svensk specialutgåva XIV s. I-00229.

nytt upphandlingskontrakt, inte kan tecknas på längre tid än vad det tar att genomföra en offentlig upphandling med tillägg av tillräcklig starttid för den utvalda leverantören. För det fall avtalet tecknades på längre tid, skulle det innebära att grunden för att få använda de nu nämnda upphandlingsformerna inte är aktuell, eftersom den synnerliga brådskan inte kan existera efter den tid det tar att genomföra en offentlig upphandling enligt huvudreglerna i LOU.

Staden hänvisar till vad NOU uttalat i NOU info juni-01 och menar att överlåtelsen av avtalet och transportfordon till FONUS innebar att den ursprungliga leverantören uppgick i den nya. NOU har inte fått några indikationer på att så varit fallet. Tvärtom verkar den ursprungliga leverantören fortfarande vara verksam. Det aktuella fallet faller snarare in under vad NOU har beskrivit som att en leverantör vill sluta med en del av sin verksamhet, vilket då skulle innebära att en ny offentlig upphandling var nödvändig, eftersom offentlig upphandling är tilldelning av offentliga kontrakt.

NOU ser en klar risk att LOU kringgås för det fall det skulle vara möjligt att överlåta upphandlade offentliga kontrakt till nya leverantörer. Offentliga kontrakt riskerar att bli handelsvaror, utbudna på marknaden till högstbjudande. Företag kan specialisera sig på att vinna offentliga upphandlingar för att sedan tjäna pengar på någon slags inofficiell upphandlingsmarknad. De upphandlande enheterna har att välja mellan att ta den nya leverantören eller att genomföra en ny upphandling, vilken både tar tid och resurser. Risken är överhängande att högstbjudande då får kontraktet utan upphandling. Leverantörer vilka erhållit kontrakt med upphandlande enheter kan utsättas för press, då den upphandlande enheten hellre vill ha avtal med någon annan leverantör. Vad nu har sagts är inte en utveckling som NOU förespråkar. Att generellt tillåta byten av leverantörer i offentligt upphandlande kontrakt riskerar att slå tillbaka både på upphandlande enheter och på leverantörer.

NOU anser därmed att Stockholms stad genom att tillåta att dess avtal med Funeral Transport International AB överläts i sin helhet till FONUS, utan begränsning till den tid det tagit att genomföra en offentlig upphandling, brutit mot LOU, särskilt mot huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU avseende utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 15 mars 2005, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, chefsjuristen Hans Ekman (skiljaktig mening, se bilaga), teknologie doktorn

Börje Hed och chefsjuristen Dan Holke. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze efter föredragning av chefsjuristen Michael Slavicek. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Michael Slavicek

Bilaga:

Hans Ekmans skiljaktiga mening

För kännedom:

Anders Björk
Box 91
575 21 EKSJÖ

Revisorerna i Stockholms stad

Bilaga

Hans Ekman

Avvikande mening i ärendena om överlåtelse av avtal (Stockholms stad resp. AMS)

Enligt min mening får upphandlande enhet medge att leverantör överlåter avtalet på annan om det kan anses förenligt med enheten intressen.

Överlåtelse av avtal är att betrakta som en naturlig affärsmässig åtgärd i vissa situationer. Det finns ingenting som pekar på att avsaknaden av bestämmelser om överlåtelse av avtal i LOU innebär att en förändring var avsedd i förhållande till det som tidigare gällt under lång tid.

Det finns inte heller någon rättpraxis som stöder uppfattningen att en överlåtelse som sker med den upphandlande enhetens godkännande skulle vara otillåten.

I avsaknad av uttryckliga regler i LOU om överlåtelse av avtal måste en tolkning ske med utgångspunkt från huvudregeln om affärsmässighet. Av regeln måste anses följa att den upphandlande enheten har att tillse att den nya leverantören uppfyller minst samma kvalifikationskrav som den ursprungliga och att förhandlingar med den nye leverantören om ändrade materiella villkor under avtalstiden inte kan ske utöver vad som var tillåtet i förhållande till den ursprungliga leverantören. Vidare skall identiteten mellan det som gällde enligt avtalet med den ursprungliga leverantören och det som gäller enligt avtalet med den nya leverantören bibehållas.

Av principerna om affärsmässighet och likabehandling måste också anses följa att den nya leverantören måste uppfylla de krav på registreringsskyldighet samt betalning av skatter och avgifter som gäller för de som efter upphandling ingår avtal med upphandlande enheter.

Om nya hinder införs för upphandlande enheter att godkänna överlåtelse av avtal innebär det att den redan idag tyngande och svårtillämpade upphandlingslagstiftningen ytterligare kompliceras och än mer försvårar att ett affärsmässigt agerande från upphandlande enheter. Om sådana hinder likväl önskas införas är det en fråga som måste prövas av lagstiftaren och inte av NOU.