

Skiljaktig mening i ärende avseende Osby kommuns godkännande av att ett upphandlat kontrakt avseende bevakningstjänster överläts till ny leverantör.

Bakgrund

I det aktuella fallet antog Fastighetsnämnden Safe Partner Syndsvenska ABs (Lev A) anbud den 12 december 2003 för en avtalsperiod om två år med möjlighet till förlängning med ytterligare ett år. Avtalet gällde från den 1 januari 2004 och löpte fram till och med den 31 december 2005. Förlängningen innebar att avtalet kunde löpa fram till 31 december 2006. Den 1 juni 2005 överlät lev A samtliga bevakningsavtal till Safe Partner i Osby AB (Lev. B). Den 25 augusti 2005 beslutar Fastighetsnämnden att med oförändrade villkor förlänga avtalet med Lev B. från 1 januari 2006 till 31 december 2006 och att godkänna byte av avtalspart från lev A. till lev B.

Av klagoskrivelsen framkommer att lev A på egen begäran försattes i konkurs den 12 september 2005.

Möjligheten att överlåta upphandlingskontrakt

LOU är i huvudsak en procedurlagstiftning som reglerar hur en upphandlande enhet tilldelar ett kontrakt till en leverantör. Att det därefter, när kontraktet tecknats med en leverantör, skulle vara fritt för den upphandlande enheten och dennes leverantörer att överlåta avtalet till annan leverantör strider mot regelsystemets grunder. En möjlighet att överlåta upphandlingskontrakt innebär en osäkerhet i anbudsgivningen då leverantörerna inte vet om, och i så fall på vilka grunder, ett kontrakt eventuellt kan komma att överlåtas under avtalstiden. Möjligheten att överlåta ett upphandlingskontrakt måste i första hand ses mot de grundläggande EG-rättsliga principerna och då främst principerna om likabehandling och transparens. Det innebär att parterna inte fritt disponerar över rättigheten att överlåta kontraktet.

I likhet med NOUs tidigare inställning anser vi att möjligheten att överlåta upphandlingskontrakt måste tillämpas mycket restriktivt och att grunden för att en överlåtelse ska kunna ske är att det finns en *identitet* mellan den leverantör som har tecknat upphandlingskontraktet och den leverantör som man avser att överlåta kontraktet till. Denna *identitet* kan exempelvis bestå i att de två leverantörerna har fusionerats eller att den ursprungliga leverantörens hela verksamhet inklusive avtal har sålts till den nye leverantören.

Det kan också uppstå situationer där leverantören som tecknat upphandlingskontraktet inte på objektiva grunder har möjlighet att leverera på därmed inte kan uppfylla sitt åtagande enligt kontraktet. Att leverantören går i konkurs utgör en sådan objektiv grund, ett annat exempel kan vara att en leverantör förlorat de rättigheter som krävs för att kunna leverera enligt kontraktet. När sådana situationer uppstår anser vi att det inte finns grund för att överlåta ett befintligt upphandlingskontrakt om inte identitet mellan leverantörerna kan påvisas. Överlåtelse av upphandlingskontraktet skulle annars strida mot principerna om likabehandling genom att den upphandlande enheten får ett beslutandemandat. Vi anser att den upphandlande enheten i dessa situationer ska genomföra en ny upphandling, där den aktuella situationen måste ligga till grund för val av upphandlingsform. Oberoende av val av upphandlingsform ska dock den upphandlande enheten alltid iakttaga affärsmässighet.

Inte sällan framgår av förfrågningsunderlaget att det kommande avtalet ska innehålla ett villkor om att avtalet bara får överlåtas till annan leverantör under förutsättning att den upphandlande enheten godkänner överlåtelsen. Vår uppfattning är att parterna inte disponerar

över möjligheten att överlåta avtalet. Detta avtalsvillkor står enligt vår mening i strid med LOU och de bakomliggande direktiven och EG-rättsliga principerna. Vi anser att ett avtalsvillkor som ger den upphandlande enheten fri prövningsrätt avseende en eventuell avtalsöverlåtelse strider mot transparensprincipen eftersom leverantörerna inte vid anbudsgivningen kan bilda sig en uppfattning om huruvida det under avtalstiden kommer att vara möjligt att överlåta avtalet.

Mot bakgrunden av ovanstående är det vår uppfattning att det i det aktuella fallet inte framkommit några omständigheter som stödjer att upphandlingskontraktet avseende bevakningstjänster i Osby kommun kunde överlåtas. Detta då det inte finns någon identitet mellan den ursprunglige leverantören och den nye leverantören. Vi anser att kommunen i det aktuella fallet skulle ha valt att gå ut i en ny upphandling. Enligt vår mening bör begreppet identitet användas i samband med bedömning av om det är möjligt att överlåta ett upphandlingskontrakt och vi ser att det hade varit angeläget att precisera de situationer som kan falla in under begreppet.

Den 21 september 2006

Teknologie doktor Börje Hed

Chefsjurist Anna Lefevre Skjöldebrand