

Kammarrätten i Sundsvall
Box 714
851 21 SUNDSVALL

Yttrande i Kammarrättens i Sundsvall mål 16-07 mellan Hallstahammars kommun och Länsstyrelsen i Gävleborgs län

Kammarrätten i Sundsvall har anmodat Nämnden för offentlig upphandling (NOU) att yttra sig i rubricerat mål avseende frågan om den i målet aktuella upphandlingen kan anses ha skett till ett lågt värde. NOU gör inte i yttrandet någon bedömning av de regler som gäller för utbetalning av strukturfondsmedel eller i frågan om upphandlingen består av två delar.

Bakgrund

Länsstyrelsen i Gävleborgs län beviljade den 7 april 2005 Hallstahammars kommun strukturfondsmedel ur Regionala fonden med högst 990 000 kr för perioden 1 maj 2005 till 30 april 2006 för projektet ”En väg in i Hallstahammar, etapp II”.

Länsstyrelsen beslutade den 24 februari 2006 att inte godkänna projektets kostnader för bl.a. extern tjänst från en konsult med motiveringen att det var fråga om en otillåten direktupphandling enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Det belopp som är aktuellt uppgår till 209 000 kr.

”En väg in”, Hallstahammars kommun, överklagade länsstyrelsens beslut till Länsrätten i Gävleborgs län, som i dom den 13 december 2006 bedömde att beloppet 209 000 kr, med hänsyn till den upptagna kostnaden inte kan anses vara ett lågt värde.

Kammarrätten i Sundsvall har den 25 januari 2007 meddelat prövningstillstånd i ärendet samt beslutat att yttrande skall inhämtas från NOU.

Rättslig bakgrund

Direktupphandling kan användas enligt 6 kap 2 § LOU om ”upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. Enheten skall vid behov fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling.”

I proposition 1993/94:78 Frågor om offentlig upphandling anges i författningskommentaren att ”huvudregeln om affärsmässighet gäller för all upphandling, även den i 6 kap LOU och att alla åtgärder man vidtar under en upphandling måste avvägas i förhållande till den huvudregeln. Sålunda bör även vid direktupphandling den lägsta kostnaden eller bästa kvaliteten eftersträvas. Prisjämförelser och andra undersökningar är lämpliga förfaringssätt och skall därför om möjligt genomföras.”

Begreppet ”lågt värde” har utretts vid ett flertal tillfällen.

I Slutbetänkande av Upphandlingskommittén Mera värde för pengarna (SOU 2001:31) föreslogs sju prisbasbelopp enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring såsom en lämplig gräns för direktupphandling.

NOU avstyrkte i remissvar Upphandlingskommitténs förslag att i LOU införa en generell gräns om sju prisbasbelopp. NOU menade att regleringen med i LOU angivande av ”lågt värde” som en grund för direktupphandling fungerade bra. Lösningen möjliggör för upphandlande enheter att vid behov fastställa olika gränser för direktupphandling på olika områden. NOU anförde i yttrandet att definitionen på direktupphandling i 1 kap 5 § LOU är upphandling utan krav på anbud, med vilket skall förstås skriftliga anbud. Definitionen innebär inte att en upphandlande enhet därmed automatiskt kan köpa direkt av en leverantör utan att jämföra priser eller begära in flera muntliga anbud. NOU framhöll även att förslaget, om det skulle genomföras, ”ställer mycket höga krav på överblick och samordning inom en upphandlande enhet, eftersom tröskelvärdet för att i stället genomföra en upphandling enligt 2, 3 eller 5 kap. LOU snabbt kan komma att överskridas, för statliga myndigheter redan efter fem sådana direktupphandlingar”. (NOU:s dnr 2001/0094-22.)

I proposition 2001/02:142 Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m. höll regeringen med Upphandlingskommittén om att det vore värdefullt med ett förtydligande i lagtexten om till vilket värde direktupphandling kan medges, men ansåg fem prisbasbelopp vara en rimlig gräns.

Riksdagen avslög i beslut regeringens förslag i propositionen 2001/02:142 att det skulle vara tillåtet att direktupphandla när upphandlingens värde understeg fem prisbasbelopp och ansåg att effekterna av en fastställd gräns för direktupphandling behövde analyseras ytterligare. Därför behölls tills vidare bestämmelsen som anger att direktupphandling får medges om det är fråga om lågt värde.

I slutbetänkandet av Upphandlingsutredningen 2004 Nya upphandlingsregler 2 (SOU 2006:28) redovisas en enkätundersökning som genomförts i bl.a. landets kommuner. Kommunerna har i enkäten ombetts att upplysa om vilket eller vilka belopp som används som gräns för direktupphandlingsförfarande. Av svaren från kommunerna framgår att gränsen för ett sådant förfarande

varierar mellan 0,5 och 7 prisbasbelopp för varor och tjänster och mellan 0,5 och 10 prisbasbelopp för byggtreprenader. Medelvärdena är 2,5 prisbasbelopp för varor, 3,1 prisbasbelopp för tjänster och 3,7 prisbasbelopp för byggtreprenader.

Utredningen har föreslagit att uttrycket ”lågt värde” som används som grund för direktupphandling skall ersättas av en fast beloppsgräns. Gränsen föreslås avseende varor och tjänster inom den klassiska sektorn vara 10 procent av direktivets tröskelvärde på 236 000 euro, vilket innebär cirka 224 000 kr. Om särskilda skäl föreligger föreslås en gräns avseende varor och tjänster i klassiska sektorn om 20 procent av 236 000 euro, vilket motsvaras av ungefär 448 000 kr.

Enligt förslaget i slutbetänkandet skall de upphandlande enheterna fastställa riktlinjer för direktupphandling. Utredningen påpekar att det står varje myndighet fritt att bestämma lägre värden för direktupphandling och att inom den fastställda gränsen differentiera rätten att direktupphandla beroende på bl.a. vad som skall upphandlas. Utredningen påpekar att dess uppfattning är att det är ”angeläget att de upphandlande myndigheter som inte redan har bestämt riktlinjer för sin upphandling gör klart för sig i vilken omfattning direktupphandling får göras...och inom vilka beloppsgränser.”

NOU har i remissvar rörande Upphandlingsutredningen 2004 Nya upphandlingsregler 2 (SOU 2006:28) uppgett att NOU håller fast vid den tidigare i remissvar rörande Slutbetänkande av Upphandlingskommittén (SOU 2001:31) framställda uppfattningen att nuvarande reglering med ”lågt värde” som grund för direktupphandling fungerar bra. NOU framhåller dock att lagstiftaren bör kräva att varje upphandlande myndighet/enhet fastställer och informerar om sin(a) direktupphandlingsgräns(er). NOU menar att den upphandlande myndigheten/enheten bäst själv bedömer vad som är en rimlig relation mellan värdet av det som skall upphandlas och kostnaden för upphandlingsförfarandet och anpassar den egna gränsen därefter. NOU påpekar även med hänvisning till yttrandet rörande Slutbetänkandet av Upphandlingskommittén (SOU 2001:31) bl.a följande. Ett fastställt högt värde som direktupphandlingsgräns kan få konsekvenser för små och medelstora företag, för vilka även ett uppdrag om värden på den nivå förslagen rör sig kan vara attraktiva uppdrag. Förslaget om att en upphandlings värde skall anses lågt om det understiger sju prisbasbelopp ställer höga krav på överblick och samordning inom en upphandlande enhet, eftersom tröskelvärdena för att istället genomföra en upphandling enligt direktivstyrda regler snabbt kan komma att överträdas. Om en gräns för direktupphandling skulle fastställas i lag, bör upphandlande enheter vid tillämpning av gränsen förvissa sig om att behovet av kontroll är tillgodosett så att inte gränsen för en direktivstyrd upphandling överskrids. NOU påtalade vidare i enlighet med vad som tidigare framhållits i remissyttrandet rörande SOU 2001:31 att det av författningskommentaren bör framgå att förfarandet inte innebär att myndigheter/enheter automatiskt kan köpa direkt av en leverantör utan att

jämföra priser eller begära in flera muntliga anbud, men att detta kan ske formlöst så långt den interna kontrollen och revisionen medger detta. (NOU:s dnr 2006/0091-22.)

NOU:s bedömning

Det belopp som det är fråga om i det nu aktuella målet är 209 000 kr för köp som gjorts under år 2005. Prisbasbeloppet för år 2005 var 39 400 kr. 209 000 kr motsvarar därmed för år 2005 5,3 prisbasbelopp.

I enlighet med den utveckling som i praktiken ägt rum avseende beloppsgränser för direktupphandling och som redovisats ovan, skulle NOU i detta enskilda fall ha svårt att påstå att beloppet 209 000 kr eller 5,3 prisbasbelopp, med hänsyn till att upphandlingen avser köp av intellektuella tjänster, inte skulle kunna anses inrymmas i begreppet ”lågt värde”.

NOU anser, i enlighet med vad som anges ovan, inte att definitionen på direktupphandling innebär att en upphandlande enhet normalt kan köpa direkt av en leverantör utan att jämföra priser eller begära in flera muntliga anbud, men att detta kan ske formlöst så långt det medges av den interna kontrollen eller revisionen.

NOU har i *NOU info juni 2002* uppgett att myndigheten anser att myndigheter som genomför direktupphandlingar också ”har behov” att fastställa riktlinjer för sådan upphandling. NOU anser att sådana riktlinjer bör ha ett innehåll som möjliggör för organisationen att ha en överblick över de direktupphandlingar som görs samt garanterar transparens och förutsebarhet gentemot potentiella leverantörer, vilket NOU förordar.

Därutöver bör noteras, såsom NOU påpekat i remissyttrandet över SOU 2001:31, att ”[o]avsett det faktum att EG-direktiven om offentlig upphandling i huvudsak reglerar upphandlingar över vissa tröskelvärden, skall EU:s grundläggande rättsprinciper tillämpas vid all offentlig upphandling. Principerna om likabehandling, transparens, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och icke-diskriminering är således tillämpliga även vid upphandlingar enligt 6 kap. LOU.”

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 15 mars 2007 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, chefsjuristen Hans Ekman, teknologie doktor Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingsansvariga Lisbeth Johnson, verkställande direktören Anna Lefevre Skjöldebrand och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av NOU:s kanslichef Margareta Hentze efter föredragning av jur. kand. Charlotte Brunlid. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Charlotte Brunlid

Bilaga

Avvikande mening lämnad av Lisbeth Edlund, ordförande, Börje Hed och Anna Lefevre Skjöldebrand

Avvikande mening

Lisbeth Edlund, Börje Hed och Anna Lefevre Skjöldebrand har en annan uppfattning och anser att yttrandet skall utformas enligt följande:

Frågan är om den direktupphandling som Hallstahammars kommun gjort av en konsulttjänst är att se som en tillåten direktupphandling till följd av att upphandlingens värde – 209 000 kr – är lågt.

Vad som skall anses med ”långt värde” har varit föremål för bedömning av flera statliga utredningar. Förslag har lämnats om att ”långt värde” borde ersättas med en fast beloppsgräns uttryckt i antal prisbasbelopp.

NOU har i sina yttranden över betänkandena avstyrkt förslagen och anført att regleringen med ”långt värde” som en grund för direktupphandling fungerar bra. NOU har i yttrandet över den av Upphandlingskommittén föreslagna generella gränsen för direktupphandling på sju prisbasbelopp vidare anført bl.a. följande: ”Förslaget skulle få allvarliga följder för svenska små och medelstora företag. För dessa företag utgör de aktuella upphandlingarna en stor marknad vilken skulle undantas från konkurrensutsättning om förslaget genomfördes. För det mindre företaget med några få anställda är ett uppdrag i denna storleksordning ett attraktivt uppdrag. Det finns sannolikt många sådana företag som skulle vilja konkurrera om uppdragen. Att vända sig enbart till ett företag, och i upprepade upphandlingar kanske till samma företag, skapar lätt misstankar om svägerpolitik eller annat otillbörligt beteende.”

NOU har i sitt yttrande också anført att definitionen på direktupphandling i LOU är upphandling utan krav på anbud, att med anbud skall förstås skriftliga anbud och att definitionen inte innebär att en upphandlande enhet därmed automatiskt kan köpa direkt av en leverantör utan att jämföra priser eller begära in flera muntliga anbud.

Bedömning av vad som kan anses vara ”långt värde” måste ske mot bakgrund av syftet med den aktuella lagstiftningen nämligen att åstadkomma dels god hushållning med offentliga resurser dels spelregler för konkurrensen mellan leverantörerna. Lagstiftningen bygger bl.a. på grundprincipen om förutsägbarhet för leverantörerna. Förutsägbarheten skall omfatta hela upphandlingsprocessen, även beslutet om vilka upphandlingar som skall anses omfattas av begreppet ”långt värde”.

Att det inte i lagstiftningen anges en fast beloppsgräns för "lågt värde" beror på att omständigheterna i det enskilda fallet av lagstiftaren har ansetts vara avgörande. Frågan är då vilka omständigheter som bör tillmätas betydelse.

En omständighet som är väsentlig är karaktären av den tjänst eller vara som upphandlas liksom den aktuella marknaden. Om det finns ett flertal leverantörer som kan förväntas vara intresserade och ha möjlighet att leverera, talar detta för att ett mer formaliserat upphandlingsförfarande krävs. Detta leder då till en beloppsmässigt relativt sett lägre bedömning av var gränsen för "lågt värde" går.

Marknader där typiskt sett småföretag är verksamma bör särskilt beaktas. För dessa företag kan upphandlingar som av den upphandlande enheten kan anses ha "lågt värde" vara helt avgörande för företagets fortlevnad. Även dessa företag ska ha tillträde till den offentliga marknaden med rättssäkra spelregler.

En annan omständighet som är väsentlig är vad den upphandlande enheten vidtagit för åtgärder för att garantera transparens och förutsägbarhet. Riktlinjer för upphandlingar av "lågt värde" kan t ex ha fastställts i enlighet med 6 kap 2§ LOU. Om dessa riktlinjer är så utformade att det även vid upphandlingar av "lågt värde" sker en rimlig konkurrensutsättning kan gränsen för "lågt värde" sättas relativt sett högre. Sådana riktlinjer kan t ex innefatta krav på skriftlig anbudsbegäran som riktas till flera leverantörer och krav på dokumentation av upphandlingsbeslut.

I det nu aktuella fallet framgår det av utredningen att Hallstahammars kommun upphandlat konsulttjänster. Detta synes vara tjänster som till sin karaktär inte kan anses vara specialiserade utan kan utföras av ett flertal företag. Det synes också vara tjänster som typiskt sett utförs även av småföretag. Det framgår vidare av utredningen att kommunen valt att inte fastställa någon gräns för direktupphandling eller några riktlinjer för sådan upphandling.

Den nu aktuella upphandlingen uppgår till 209 000 kr eller ca 5,3 prisbasbelopp. Beloppet är enligt vår uppfattning något för högt för att i alla sammanhang kunna sägas vara ett "lågt värde". Frågan om beloppet i förevarande fall bör anses som lågt får därför bedömas med beaktande av samtliga omständigheter i ärendet. Hänsyn bör därvid främst tas till att kommunen inte fastställt några riktlinjer för direktupphandling samtidigt som konkurrensutsättning ändå synes ha skett genom att offerter till viss del inhämtats från i vart fall två tänkbara leverantörer.

Lisbeth Edlund
Börje Hed
Anna Lefevre Skjöldebrand