

Norrköpings kommun
601 81 Norrköping

Norrköpings kommuns köp av boendestöd

Konkurrensverkets beslut

Norrköpings kommun har brutit mot lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) genom att år 2012 ha tecknat ramavtal avseende boendestöd, samt ha tecknat enskilda avtal avseende boendestöd utan att ha annonserat först enligt 15 kap. 4 § LOU.

Ärendet

I april 2014 inkom en anmälan till oss avseende era köp av boendestöd.¹ Av en tidningsartikel framgick att *vård- och omsorgskontoret* i kommunen i september 2012 tecknat ett ramavtal med leverantören Bogruppen i Östergötland AB (härefter Bogruppen) utan att ha annonserat först. Av artikeln framgick att även *socialkontoret* i kommunen hade vänt sig till Bogruppen vid köp av boendestöd.

Vi bad er att redogöra för de inköp som framgick av artikeln.

Ni medgav i svarsskrivelse att *vård- och omsorgskontorets* ramavtal med Bogruppen inte har annonserats. Som skäl för direktupphandling åberopar ni synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU.

Ni anför i huvudsak att ramavtalet har använts för personer med mycket komplexa behov och problematik, där upprepade försök med utförande från kommunalt eller upphandlat boendestöd av olika skäl inte har fungerat. Personerna har psykiska funktionsnedsättningar i kombination med missbruk och

¹ Boendestöd nämns inte i något regelverk och har ingen allmän betydelse (se SOU 2008:77, *Möjlighet att leva som andra. Ny lag om stöd och service till vissa personer med funktionsnedsättning*). Socialstyrelsens terminologiråd definierar dock boendestöd som "bistånd i form av stöd i den dagliga livsföringen riktat till särskilda målgrupper i eget boende" (se <http://app.socialstyrelsen.se/Termbank/Termbank/Insats.ppt>).

annan komplex social problematik. Ni anser att Bogruppens möjlighet att tillhandahålla en bostad inom kommunen är unik. Detta är särskilt viktigt med hänsyn till att det i de aktuella fallen krävs fortlöpande och kontinuerliga uppföljnings- och planeringsmöten.

Socialkontorets köp av boendestöd har skett genom att enskilda avtal har tecknats med Bogruppen för ett flertal individer. Ni anser att även dessa köp har gjorts med stöd av synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU.

Ni har ett ramavtal avseende boendestöd med en annan leverantör än Bogruppen. Avrop mot detta ramavtal har, enligt era uppgifter, inte varit möjligt eller inte fungerat för de personer som placerats hos Bogruppen.

Vi har begärt in en sammanställning av vård- och omsorgskontorets avrop mot ramavtalet, samt en sammanställning över socialkontorets köp av boendestöd via enskilda avtal.

Av lämnad information kan utläsas att ni har anlitat Bogruppen för drygt 33 miljoner kronor för perioden september 2012 till och med april 2014. Det finns totalt ca 60 stycken enskilda avtal samt avrop mot ramavtalet under den här perioden.

Ni har även tagit del av vårt utkast till beslut och fått tillfälle att yttra er. Ni delar inte vår bedömning vad gäller frågan om synnerliga skäl. Er uppfattning är att det har funnits stöd att direktupphandla enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU. I ert yttrande beskriver ni samma omständigheter som tidigare har framförts under utredningen.

Skäl för beslutet

Vi bedriver tillsyn över upphandlingslagstiftningen i syfte att öka regel- efterlevnaden och att bidra till en effektiv offentlig upphandling. Tillsynen bedrivs bland annat genom tillsynsbeslut eller ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU.

Endast ett av avtalen vi har granskat kan vara föremål för en ansökan om upphandlingsskadeavgift. På grund av dess låga värde har vi istället valt att göra en samlad och systematisk bedömning och hantera alla avtal i ett och samma tillsynsbeslut.

Rättsläget

Syftet med upphandlingsreglerna är bland annat att upphandlande myndigheter ska använda offentliga medel för köp av varor/tjänster på bästa sätt, genom att uppsöka och dra nytta av konkurrensen på aktuell marknad. Samtidigt syftar regelverket till att ge leverantörerna möjlighet att tävla på lika villkor i varje upphandling.

LOU innehåller regler om hur en upphandlande myndighet ska agera innan den tecknar kontrakt med privata leverantörer. Offentliga upphandlingar ska som huvudregel annonseras och alla leverantörer ska ha rätt att lämna anbud eller att ansöka om att lämna anbud.

Upphandling av hälso- och socialtjänster är en så kallad B-tjänst (se bilaga tre till LOU). En B-tjänst är av sådan karaktär att det anses svårare att dra nytta av konkurrens från utländska leverantörer och regleras därför i 15 kap. LOU. En upphandlande myndighet som planerar att tilldela ett kontrakt ska som huvudregel annonsera upphandlingen, om inte vissa undantagsfall som är angivna i 15 kap. 3 § andra stycket LOU föreligger.

Den upphandlande myndigheten ska vid beräkningen av det totala värdet av ett kontrakt ta hänsyn till inköp av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret. En upphandling får inte delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna i LOU. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Detta framgår av 15 kap. 3a § LOU. Om det totala, uppskattade, värdet av ett kontrakt uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärde som anges i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket LOU, får en upphandlande myndighet använda direktupphandling för sitt köp.² Det följer av 15 kap. 3 § LOU.

Av 15 kap. 3 § LOU framgår även att direktupphandling får användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5-9 §§ är uppfyllda, exempelvis tekniska skäl eller ensamrätt, eller om det finns synnerliga skäl. Detta följer av 15 kap. 3 § andra stycket LOU.

Hur bestämmelserna om synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU ska tolkas, framgår bland annat av prop. 2009/10:180. Där anges exempelvis att vissa vård- och boendalternativ skulle kunna direktupphandlas med stöd av synnerliga skäl. I dessa fall krävs det att det rör sig om särskilda vårdbehov eller anhängiganknytning, och att det därför vore olämpligt att konkurrensutsätta behovet.

Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska enligt EU-domstolens och Högsta förvaltningsdomstolens praxis samt förarbetsuttalanden tolkas restriktivt. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger sådana omständigheter som motiverar ett undantag.³

² Beloppsgränsen för direktupphandling uppgick år 2012 och år 2013 till ca 284 000 sek. Sedan 1 juli 2014 får dock direktupphandling användas om det totala, uppskattade, värdet av ett kontrakt uppgår till högst 28 % av det tröskelvärde som anges i 3 kap. 1 § LOU.

³ Se bl.a. mål 199/85 Kommissionen mot Italien punkt 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland punkt 58, mål C-385/02 Kommissionen mot Italien, punkt 19, mål C-

Konkurrensverkets bedömning

Frågan i ärendet är om förutsättningarna för direktupphandling var uppfyllda när ramavtalet och de enskilda avtalen tecknades med Bogruppen.

Ni har valt att inte tillämpa lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV) för boendestöd, alltså är ni skyldiga att upphandla boendestöd enligt LOU.

Boendestöd är en så kallad B-tjänst. Köp av B-tjänster ska annonseras enligt 15 kap. LOU, om inte förutsättningar för direktupphandling enligt 15 kap. 3 § andra stycket föreligger.

Ni har köpt boendestöd till ett värde som kraftigt överstiger gränsen för direktupphandling, varpå direktupphandling med stöd av den undantagsgrunden inte är tillämpligt i detta fall.⁴

Vård- och omsorgskontoret har, genom direktupphandling, tecknat ett ramavtal avseende boendestöd för en längre tid.

De omständigheter som ni har åberopat som grund för direkttilldelningen kan enligt vår mening inte anses vara synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU.

Det finns ingenting som tyder på att Bogruppen skulle vara den enda aktören på marknaden som skulle kunna erbjuda boendestöd i enlighet med vård- och omsorgskontorets krav. Det har heller inte framkommit några omständigheter som visar på att det har funnits en sådan relation mellan vårdgivare och vård- eller omsorgstagare, att vård- och omsorgskontoret av den anledningen skulle haft möjlighet att, genom direktupphandling, teckna ramavtalet med Bogruppen.⁵

Det finns vissa allmännyttiga tjänster som skulle kunna störas av att tjänsterna konkurrensutsattes. Sådana tjänster skulle kunna direktupphandlas med stöd av synnerliga skäl. Samma sak kan gälla vård- och boendebalternativ som det p.g.a. vissa vårdbehov eller anhöriganknytning skulle vara olämpligt att konkurrensutsätta, och fall där patientens fria val av vårdgivare omöjliggör upphandling enligt reglerna för förenklad upphandling eller urvalsupphandling.⁶

Som ett exempel på en situation då synnerliga skäl kan anses föreligga beskrivs i förarbetena det fall att relationen mellan vårdgivare och vård- eller omsorgstagare

394/02 Kommissionen mot Grekland, punkt 33 och mål C-26/03 Stadt Halle, punkt 46, prop. 2001/02:142 s.99, prop. 2996/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref 10, RÅ 2008 ref 79 och RÅ 2009 not 134.

⁴ Beloppsgränsen för direktupphandling uppgick år 2012 och år 2013 till ca 284 000 sek.

⁵ Se prop. 2009/10:180, del 1, s. 344 f, samt prop. 2001/02:142 s. 99.

⁶ Se prop. 2009/10:180, del 1 S. 344 f, samt prop. 2001/02:142 s. 99.

skulle störas, och vården eller omsorgen därmed försämrats och sådana situationer där det endast finns ett möjligt vård- eller boendevalternativ.⁷

Det har heller inte framkommit några omständigheter som tyder på att vård- och omsorgskontoret hamnat i sådan brådska att direktupphandling på grund av synnerlig brådska skulle kunna bli aktuellt. Av utredningen framgår att vård- och omsorgskontoret haft behov av den typ av boendestöd som Bogrupperna levererar under en längre tid. Det talar för att behovet måste ha varit känt för kommunen och att de därmed borde kunnat ha planerat en regelrätt upphandling enligt LOU i tid.⁸

Synnerliga skäl att direktupphandla kan finnas om det har uppkommit en synnerlig brådska för den upphandlande myndigheten att ingå avtalet. Synnerlig brådska förutsätter i sin tur att det är fråga om en tidsnöd orsakad av omständigheter som myndigheten inte kan råda över. Självförvårdad brådska eller omständigheter som den upphandlande myndigheten känt till sedan tidigare kan inte ligga till grund för direktupphandling.⁹

Socialkontoret har, istället för att teckna ett ramavtal, direkttilldelat ett flertal kontrakt till Bogrupperna. De omständigheter som socialkontoret åberopat som grund för sina direkttilldelningar kan enligt vår mening inte anses vara synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU.

Av den sammanställning som socialkontoret har lämnat framgår att socialkontoret har anlitat Bogrupperna avseende boendestöd för ett stort antal individer och till ett stort värde. Förutom det som nämnts ovan kan synnerliga skäl föreligga om en upphandlande myndighet i *enstaka fall* gör bedömningen att det vore omöjligt att konkurrensutsätta behovet, t.ex. i ett enstaka fall för vård av mycket vårdkrävande patienter.¹⁰ Socialkontoret har, enligt vår bedömning, använt direktupphandling på ett till synes regelmässigt sätt för dessa tjänster under minst två års tid.¹¹ Den omständighet att det endast är en del av socialkontorets samtliga boendestödsplaceringar som placerats hos Bogrupperna, förändrar inte vår bedömning.

Det har, i likhet med vård- och omsorgskontorets avtal, inte framkommit några omständigheter som visar på att det har funnits sådana relationer mellan vårdgivare och vård- eller omsorgstagare, att socialkontoret av den anledningen

⁷ Se prop. 2009/10:180, del 1, s. 344 f, samt prop. 2001/02:142 s. 99.

⁸ Jfr med Konkurrensverkets beslut dnr 430/2009 rörande Stockholms läns landstings kontrakt med BB Stockholm AB, samt Kammarrätten i Jönköpings dom den 13 februari 2012 i mål nr 2972-11.

⁹ Se prop. 2009/10:180, del 1 S. 344 f, samt prop. 2001/02:142 s. 99.

¹⁰ Se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 april 2007 i mål nr 6870-6871-06.

¹¹ Socialkontoret har under perioden 201209–201404 beviljat 295 boendestödsinsatser. En person kan ha fått flera insatser under perioden. Bogruppernas insatser, som uppgår till ca 40 boendestödsinsatser under samma tid, är inte medräknade.

skulle haft möjlighet att direktupphandla boendestöd av Bogruppen i den omfattning som har genomförts.¹²

Eftersom behovet av denna typ av tjänst har varit känt för socialkontoret borde de också ha kunnat planera en regelrätt upphandling enligt LOU i tid.

Det har i utredningen inte framkommit några andra omständigheter som skulle göra att någon av de övriga undantagssituationer som anges i LOU skulle kunna bli tillämpliga.

Slutsats

Vi bedömer att det inte har förelegat några omständigheter som medför att någon undantagsgrund i LOU skulle varit tillämplig i ovan nämnda fall. Vård- och omsorgskontorets ramavtal med Bogruppen samt socialkontorets enskilda avtal med Bogruppen är därmed att anse som otillåtna direktupphandlingar.

Otillåtna direktupphandlingar anses både av unionslagstiftaren och den svenska lagstiftaren i sig vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet. Genom att ni har underlåtit att annonsera ert behov av boendestöd har konkurrensen snedvridits och andra potentiella leverantörer har inte haft möjlighet att tävla om kontrakten.

Endast ett av avtalen vi har granskat kan vara föremål för en ansökan om upphandlingsskadeavgift. På grund av dess låga värde har vi istället valt att göra en samlad och systematisk bedömning och hantera alla avtal i ett och samma tillsynsbeslut.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Sofia Klingensjö.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, bilaga 1.

Dan Sjöblom

Sofia Klingensjö

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats

¹² Se prop. 2001/02:142 s. 99.