

Vellinge kommun
235 81 Vellinge

Vellinge kommuns köp av administrativa tjänster m.m.

Konkurrensverkets beslut

Vellinge kommun har brutit mot lagen (1992:1528) om offentlig upphandling genom att år 2008 teckna avtal om köp av administrativa tjänster m.m. utan att ha annonserat enligt 5 kap. 1 §.

Ärendet

Vi har genom vår omvärldsbevakning fått uppgift om att ni utan annonsering har tecknat ett tioårigt avtal med det kommunalt helägda företaget Serkon i Vellinge AB. Avtalet avser köp av administrativa tjänster m.m. En kort tid efter att avtalet slöts har ni sålt Serkon till en privat ägare. Ni ska därefter i enlighet med avtalet ha köpt tjänster direkt från Serkon för cirka 30 000 000 kronor per år.

Vi har valt att titta på perioden mellan den 1 januari 2008 och den 26 november 2013. Under denna period har ni enligt våra uppgifter utbetalat totalt 182 299 264 kronor till Serkon.

Av vår utredning framgår att ni vid årsskiftet 2007/2008 indirekt ägde Serkon genom det kommunala holdingbolaget Vellinge Koncern AB. Den 1 januari 2008 tecknade ni avtal med Serkon avseende köp av administrativa tjänster m.m. för perioden 1 januari 2008 till 31 december 2015 med möjlighet till förlängning med ett år i taget i maximalt två år. Avtalet är daterat den 1 januari 2008. Vi noterar dock att det har registrerats i kommunens diarium först den 10 mars 2008.

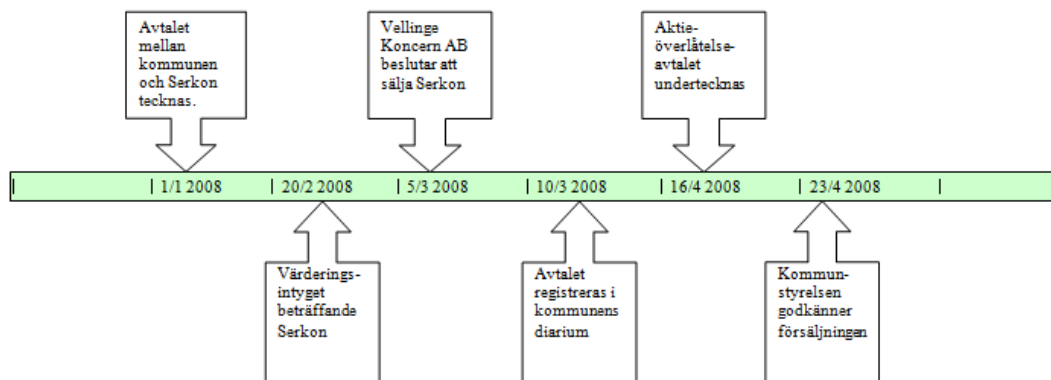
Den 5 mars 2008 beslutade styrelsen för Vellinge Koncern AB att sälja samtliga aktier i Serkon till en privatperson för 11 600 000 kronor. Ett aktieöverlåtelseavtal tecknades den 16 april 2008 och den 23 april 2008 beslutade kommunfullmäktige i Vellinge kommun (KS § 32/08) att inte ha något att invända mot försäljningen.

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

I ett värderingsintyg avseende Serkon daterat den 20 februari 2008 angav värderingsmannen att han vid värderingen utgått från att kommunen *skulle* träffa ett minst femårigt avtal med bolaget.

Ni har, med åberopade av de s.k. Teckalreglerna (in-house-reglerna), uppgett att avtalet har tecknats i enlighet med då gällande upphandlingsregler.

Tidslinje



Ni har även tagit del av vårt utkast till beslut och fått tillfälle att yttra er. Ni berättar bl.a. att ni inför försäljningen inte fick några indikationer på att försäljningen inte överensstämde med lagen om offentlig upphandling men att ni har förståelse för Konkurrensverkets synpunkter. Ni berättar också att ni har valt att inte utnyttja optionen i gällande avtal utan upphandla de aktuella administrativa tjänsterna i full konkurrens.

Skäl för beslutet

Vi bedriver tillsyn över upphandlingslagstiftningen i syfte att öka regelefterlevnaden och att bidra till en effektiv offentlig upphandling. Tillsynen bedrivs bland annat genom tillsynsbeslut eller ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § i 2007 års LOU.

Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift trädde i kraft den 15 juli 2010. Enligt övergångsbestämmelsen gäller äldre bestämmelser för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Det aktuella avtalet är daterat den 1 januari 2008. Det innebär att bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift inte är tillämpliga i detta ärende. Vi har därför valt att gå vidare i granskningen av er upphandling genom ett tillsynsbeslut.

Rättsläget

Syftet med upphandlingsreglerna är bland annat att upphandlande myndigheter ska använda offentliga medel för köp av varor och 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.

Bestämmelserna i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling ska tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling den 1 januari 2008.

En upphandling anses ha påbörjats när den upphandlande myndigheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och ett sådant beslut kommit till kännedom utåt genom kontakter med extern part i syfte att anskaffa det som beslutet avser. Det gäller även om upphandlingsförfarandet leder fram till en otillåten direktupphandling. Detta framgår av Högsta förvaltningsdomstolens dom i HFD 2013 ref. 31.

Som nämnts ovan är det nu aktuella avtalet daterat den 1 januari 2008. Det innebär att upphandlingen måste ha påbörjats senast under föregående år. Bestämmelserna i 1992 års LOU ska därför tillämpas på upphandlingen. Detta innebär dock inte någon skillnad i sak för den fråga vi har att pröva jämfört med om 2007 års LOU istället hade varit tillämplig.

Huvudregeln i 1992 års LOU är att alla kontrakt som omfattas av lagens tillämpningsområde ska annonseras och att alla leverantörer ska få möjlighet att lämna anbud respektive ansöka om att få lämna anbud. En upphandlande myndighet kan dock genom de så kallade in-house-reglerna tilldela kontrakt till en enhet som formellt sett är fristående från myndigheten utan att behöva följa bestämmelserna om offentlig upphandling. In-house-reglerna kallas även för Teckalreglerna efter namnet på en av parterna i det rättsfall där EU-domstolen för första gången slog fast möjligheten till detta undantag från skyldigheten att upphandla.

In-house-reglerna har i sin nuvarande lydelse införts i 2007 års LOU genom en lagändring den 1 januari 2013. Av ändringsförfattningen (2012:391) framgår att bestämmelsen även ska tillämpas i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet. Detta innebär alltså att bestämmelsen gäller även för det aktuella avtalet.

För att in-house-reglerna ska vara tillämpliga i ert fall måste följande två förutsättningar vara uppfyllda samtidigt:

- 1) Ni ska utöva en kontroll över Serkon som motsvarar den som ni utövar över er egen förvaltning (kontrollkriteriet).
- 2) Serkon ska också bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med er (verksamhetskriteriet).

När både kontrollkriteriet och verksamhetskriteriet är uppfyllda omfattas inte ett avtal mellan den upphandlande myndigheten och leverantören av bestämmelserna om offentlig upphandling. Sådana inköp behöver därmed inte upphandlas enligt 1992 års LOU respektive 2007 års LOU.

Det är i sammanhanget viktigt att uppmärksamma att även senare inträffade förhållanden kan beaktas vid bedömningen av om in-house-reglerna är tillämpliga. Detta följer av EU-domstolens avgörande i mål C-29/04, *Mödling*. I målet hade en kommun först slutit avtal med ett helägt kommunalt aktiebolag för att en kort tid därefter sälja en betydande andel av detta bolag till ett privat företag. Den österrikiska regeringen hade till stöd för förfarandet åberopat in-house-reglerna eftersom avtalet med bolaget ingicks medan aktierna helt och hållet ägdes av kommunen. EU-domstolen ansåg dock att det vid aktuella förhållanden inte är den faktiska tidpunkten för tilldelningen av det offentliga kontraktet i fråga som är relevant för bedömningen av huruvida in-house-reglerna skulle tillämpas. När omständigheterna kräver det ska istället tilldelningen bedömas med beaktande av samtliga förevarande moment, samt deras syfte, och inte bara utifrån ett kronologiskt förlopp.¹

Om en myndighet åberopar in-house-reglerna och gör inköp utan upphandling trots att kontroll- och verksamhetskriterierna inte är uppfyllda i ett visst fall, kan det vara att betrakta som en otillåten direktupphandling som kan leda till att avtalet ogiltigförklaras eller att myndigheten tvingas betala upphandlingsskadeavgift.

Konkurrensverkets bedömning

Ni bröt mot upphandlingsreglerna när ni tecknade avtal med Serkon utan föregående annonsering. De så kallade in-house-reglerna är inte tillämpliga under sådana förhållanden som är aktuella i ärendet.

Om en kommun i nära anslutning till privatiseringen av ett eget bolag har åberopat in-house-reglerna för att kunna teckna avtal med bolaget utan föregående annonsering så måste affären bedömas utifrån sitt sammanhang och inte bara utifrån ett kronologiskt förlopp. Även om bolaget formellt sett ägdes av kommunen vid avtalstidpunkten så innebär detta förhållande alltså inte i sig att in-house-reglerna undantagslöst kan anses tillämpligt. En sådan ordning skulle öppna för uppenbara möjligheter att kringgå bestämmelserna om offentlig upphandling.

Under början av 2008 tecknade ni ett tioårigt avtal med Serkon till ett värde som översteg då gällande tröskelvärde för kommunal upphandling av A-tjänster. Avtalstecknandet har med åberopande av in-house-reglerna inte föregåtts av någon annonsering. En kort tid efter avtalstecknandet har emellertid samtliga aktier i Serkon överlåtits till en privat ägare. Utifrån EU-domstolens uttalanden i

¹ Se även t.ex. mål C-573/07 *SEA*.

Mödling-domen bedömer vi att omständigheterna är sådana att tilldelningen ska bedömas utifrån sitt sammanhang och inte bara utifrån ett kronologiskt förlopp. Vi anser mot denna bakgrund att förfarandet objektivt sett måste ses som ett konstlat upplägg i syfte att kringgå upphandlingsreglerna. Vidare framgår det av handlingarna i ärendet att värderingen av Serkon inför aktieöverlåtelsen har varit avhängig att ni tecknade ett minst femårigt avtal med bolaget vilket indikerar att ett avtal då ännu inte hade ingåtts. Det kan också, även om det saknar avgörande betydelse för vår bedömning, pekas på att avtalet med Serkon registrerades i kommunens diarium först efter det att styrelsen i Vellinge Koncern AB fattade beslut om att sälja bolaget. Denna omständighet tillsammans med värderingsintyget talar dessutom för att det verkliga kronologiska förloppet kan ha varit ett annat än vad avtalets datering ger sken av.

Vi bedömer att det skulle stå i strid med syftet bakom upphandlingsreglerna att enbart bedöma affären utifrån situationen vid avtalstecknandet utan att beakta verkningarna av den senare aktieöverlåtelsen. Tilldelningen får därför anses ha skett direkt till Serkon som ett privatägt företag. Det har i utredningen inte heller framkommit några omständigheter som medför att någon av de undantagssituationer som anges i 1992 års LOU skulle kunna bli tillämpliga.

Vid vår bedömning har vi utgått från att ni är skyldiga att följa bestämmelserna i 1992 års LOU och att avtalet i fråga till övervägande del avser sådana administrativa tjänster för redovisning, revision och bokföring samt organisationskonsulttjänster som enligt kategori 9 och 11 i bilagan till 1992 års LOU utgör så kallade A-tjänster. Tröskelvärdet för kommunal upphandling av varor och tjänster som omfattas av 1992 års LOU uppgick år 2007 till 1 826 000 kronor.² Vi har med ledning av de uppgifter som framkommit i ärendet uppskattat avtalets värde till ca 120 miljoner kronor i enlighet med den beräkningsregel som följer av 5 kap. 7 § 1992 års LOU. Vellinge kommuns utbetalningar till Serkon under perioden den 1 januari 2008 till och med den 26 november 2013 uppgår dock enligt våra uppgifter till totalt 182 299 264 kronor, vilket motsvarar cirka 30 miljoner kronor per år.

Slutsats

Vi bedömer att det inte var förenligt med 1992 års LOU att teckna avtal med Serkon med hänvisning till in-house-reglerna. Eftersom det inte heller har framkommit att något av undantagen i lagen var tillämpligt har ni gjort en otillåten direktupphandling. Tjänsterna skulle ha upphandlats genom ett annonserat förfarande.

² Tröskelvärden är de beloppsgränser som avgör om en upphandling ska följa de nationella reglerna eller de direktivstyrda reglerna. Olika regler gäller således beroende på om en upphandlings värde överstiger eller ligger under ett visst tröskelvärde. En upphandlande myndighet/enhet måste därför beräkna det totala värdet av varje upphandling för att se vilka regler som gäller.

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 de aktuella tjänsterna har konkurrensen snedvridits och andra potentiella leverantörer har inte haft möjlighet att tävla om kontraktet.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Patrik Määttä.

Dan Sjöblom

Patrik Määttä

HUR MAN ÖVERKLAGAR, bilaga 1

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats

BESLUT

2015-04-16 Dnr 379/2014 7 (7)