

Timrå kommun

Skickas enbart per e-post

Tillsyn enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling; Timrå kommuns avtal avseende upphandlingstjänster

Konkurrensverkets beslut

Timrå kommun har brutit mot 10 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) genom att den 16 december 2021 ingå ett avtal med Sundsvalls kommun gällande upphandlingstjänster utan föregående annonsering. Då förutsättningarna för detta saknades, utgör det en otillåten direktupphandling.

Timrå kommun förtjänar kritik för sitt agerande.

Konkurrensverket förutsätter att Timrå kommun, i den mån det inte redan skett, vidtar åtgärder för att säkerställa att de inköp som genomförs sker i enlighet med LOU. Timrå kommuns åtgärder i detta syfte kan komma att följas upp genom förnyad tillsyn.

Ärendet avslutas.



Sammanfattning

1. Timrå kommun (Kommunen) har ingått ett avtal om upphandlingstjänster med Sundsvalls kommun utan föregående annonsering den 16 december 2021. Timrå kommun har inte ingått ett sådant samarbete mellan upphandlande myndigheter som har undantagits från annonsering enligt 3 kap. 17 § LOU.
2. Genom att inte konkurrensutsätta avtalet har Kommunen brutit mot annonseringsplikten i 10 kap. 1 § LOU. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Redogörelse för tillsynsärendet

3. Konkurrensverket fick genom omvärldsbevakning information om att Kommunen ingått ett samarbetsavtal med Sundsvalls kommun avseende upphandlingstjänster (Avtalet).¹
4. Konkurrensverket har utrett om Timrå kommun vid ingåendet av Avtalet har agerat i enlighet med upphandlingslagstiftningen.
5. I det följande redovisas Konkurrensverkets bedömning avseende Avtalets förenlighet med upphandlingslagstiftningen.

Bakgrund och omständigheter

Bakgrund till samarbetet

6. Av utredningen i ärendet framgår att Avtalet med Sundsvalls kommun ingicks den 16 december 2021 utan föregående konkurrensutsättning.
7. I Avtalet anges att Timrå kommun tidigare har samarbetat med Sundsvalls kommun, genom att vara deltagande part i huvuddelen av Sundsvalls upphandlingar.
8. Kommunen ska i enlighet med Avtalet erlägga ersättning till Sundsvalls kommun för upphandlingstjänsterna och Sundsvalls kommun kommer att genomföra upphandlingar till förmån för Timrå kommun. Avtalet uppställer inga ytterligare förpliktelser och innehåller inte heller några ytterligare beskrivningar av samarbetet.
9. Timrå kommun ska erlägga ersättning till Sundsvalls kommun för motsvarande två medarbetares årslöner.

Vad kommunen har anfört under utredningen

10. Timrå kommun anför att Avtalet omfattas av bestämmelserna i 9 kap. 37 § kommunallagen (2017:725) (KomL), om avtalssamverkan. Det har med

¹ Se handlingsnummer 9 i ärendet.

anledning av samarbetets värde inte varit möjligt att inrätta vare sig en gemensam nämnd eller ett kommunalförbund med samma syfte, som i sig skulle innebära en kostsam administration.

11. Samarbetet innebär att Timrå kommun deltar som part i upphandlingarna som Sundsvalls kommun genomför. Därefter tecknar Kommunen egna kontrakt med de tilldelade leverantörerna. Timrå kommun har även möjlighet att beställa upphandlingar som enbart gäller för Kommunens egna behov.
12. Enligt Timrå kommun beslutade kommunstyrelsen under 2019 att inleda en samverkan med Sundsvalls kommun inom ett antal områden i syfte att bedriva de kommunala verksamheterna mer kostnadseffektivt. Samarbetet syftar även till att upprätthålla kvaliteten och sänka kostnaderna på välfärdstjänsterna. Timrå kommun uppger vidare att kommunerna under flera års tid har samverkat genom att Timrå kommun har varit deltagande part i upphandlingarna som Sundsvalls kommun har genomfört.
13. Av delegationsbeslutet för ingående av Avtalet framgår det att Timrå kommun inte har lyckats rekrytera nya medarbetare för att själva kompetensförsörja upphandlingstjänsterna. Kommunen kommer därför genom Avtalet i stället att köpa två upphandlingstjänster av Sundsvalls kommun, men behåller ansvaret för verksamheten och samordningen gentemot de egna förvaltningarna genom en egen upphandlingssamordnare.²
14. Kommunen har under utredningen gjort gällande att Avtalet avser samarbete avseende verksamheter som är underordnade en offentlig tjänst. Upphandlingstjänsten bidrar indirekt till att den offentliga tjänsten utförs och Avtalet omfattas därför av undantaget i 3 kap. 17 § LOU.

Skäl för beslutet

Tillämpliga bestämmelser

Rättslig reglering

15. LOU omfattar de åtgärder som vidtas av upphandlande myndigheter i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt och ramavtal.³

² Se handlingsnummer 16 i ärendet.

³ 1 kap. 2 § LOU. Jfr även ordalydelse i artikel 1(2) i den engelska versionen av direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling samt mål C-410/14 Falk Pharma, EU:C:2016:399, p. 37–38 och 40, där EU-domstolen uttalar att upphandlande myndigheters *val* av viss leverantör är ett kriterium för begreppen offentlig upphandling och därmed även offentligt kontrakt.

16. Med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, och avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenad.⁴
17. Med ekonomiska villkor avses att den upphandlande myndigheten erhåller en prestation mot vederlag, och att prestationen är av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten.⁵
18. Med tjänstekontrakt avses avtal med ekonomiska villkor, som ingås mellan en upphandlande myndighet och en leverantör och som avser tillhandahållande av tjänster.⁶
19. Av 3 kap. 17 § LOU följer dock att LOU inte omfattar sådan upphandling mellan två eller flera upphandlande myndigheter som syftar till att upprätta eller reglera formerna för ett samarbete mellan myndigheterna som ska säkerställa att de offentliga tjänster som myndigheterna ska utföra tillhandahålls för att uppnå myndigheternas gemensamma mål. Samarbetet ska styras endast av överväganden som hänger samman med allmänintresset, och som innebär att myndigheterna utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet på den öppna marknaden.
20. Bestämmelsen i 3 kap. 17 § LOU genomför huvudsakligen artikel 12.4 i direktiv 2014/24/EU.

Avtalets karaktär och kravet på föregående annonsering

21. Avtalet har inte föregåtts av annonsering enligt LOU.
22. LOU innehåller särskilda bestämmelser om upphandlingar som undantas från lagens tillämpningsområde.⁷ För att en upphandling ska undantas krav på annonsering förutsätts att en upphandling uppfyller kriterierna i någon av undantagsbestämmelserna.
23. Upphandlingens värde har betydelse för vilka bestämmelser i LOU som är tillämpliga. Om upphandlingens värde överstiger tröskelvärdet (2 197 545 kronor) ska upphandlingen annonseras enligt 10 kap. 1 § LOU och om

⁴ 1 kap. 15 § LOU.

⁵ Se C-451/08, Helmut Müller, EU:C:2010:168, p. 48–49.

⁶ 1 kap. 15 och 21 §§ LOU.

⁷ Se 3 kap. LOU.

värdet överstiger direktupphandlingsgränsen om 615 312 kronor men understiger tröskelvärdet ska annonsering ske enligt 19 kap. 9 § LOU.⁸

24. För sådana upphandlingar som omfattas av LOU är huvudregeln att ingåendet av ett tjänstekontrakt ska föregås av genomförandet av en annonserad upphandling. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska enligt Konkurrensverkets bedömning tolkas restriktivt.⁹

Konkurrensverkets bedömning

Upphandlingens värde

25. Värdet av en upphandling ska enligt 5 kap. 3 § LOU uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i LOU. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.
26. Enligt 5 kap. 13 § LOU ska värdet av en upphandling av en tjänst uppskattas till månadsvärdet multiplicerat med 48, om avtalets löptid är längre än 48 månader eller om löptiden är obestämd. Av Avtalet framgår att det inte finns någon begränsning av avtalstiden utöver att det finns en ömsesidig uppsägningstid om 12 månader. Vidare framgår att det är beräknat att Timrå kommun ska betala 1 372 000 kronor per år.
27. Mot denna bakgrund gör Konkurrensverket bedömningen att värdet av Avtalet uppgår till 5 487 984 kronor¹⁰ exklusive mervärdesskatt (114 333 x 48).
28. Upphandlingen av Avtalet borde därför ha annonserats enligt bestämmelserna i 10 kap. LOU, förutsatt att inget undantag från kraven på annonsering är tillämpligt.

⁸ Tröskelvärdet och direktupphandlingsgränsen för kommunala upphandlande myndigheter avser perioden den 1 januari 2020 t.o.m. den 31 december 2021.

⁹ Se bland annat EU-domstolens dom i mål C-199/85 Kommissionen mot Italien, EU:C:1987:115, p. 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland, EU:C:2003:220, p. 58, mål C-385/02 Kommissionen mot Italien, EU:C:2004:522, p. 19, mål C-394/02 Kommissionen mot Grekland, EU:C:2005:336, p. 33 och mål C-26/03 Stadt Halle, EU:C:2005:5, p. 46. Se även prop. 2006/07:128 s. 291 och RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79, RÅ 2009 not 134 samt HFD 2019 ref. 65.

¹⁰ Avtalets värde för 12 månader är 1 372 000 / 12 = 114 333 kronor per månad.



Avtalet utgör inte ett sådant samarbete mellan upphandlande myndigheter som har undantagits från LOU

29. Timrå kommun är upphandlande myndighet för Avtalet.¹¹
30. Timrå kommun har under Konkurrensverkets utredning gjort gällande att Avtalet omfattas av 3 kap. 17 § LOU. Kommunen menar även att undantaget är tillämpligt då Avtalet är en avtalssamverkan i enlighet med bestämmelserna i 9 kap. 37 § KomL, som enligt kommunen medger kommuner att samverka med varandra.
31. Av utredningen framgår att Timrå kommun har haft svårigheter att rekrytera egen upphandlingskompetens och att lösningen har varit att köpa upphandlingstjänster från Sundsvalls kommun.
32. Att en upphandlande myndighet anskaffar tjänster från en annan upphandlande myndighet medför inte i sig att upphandlingen undantas från LOU.¹²
33. Av ordalydelsen i 3 kap. 17 § LOU, och av det bakomliggande direktivet, framgår att begreppet samarbete är centralt för att den aktuella undantagsbestämmelsen ska vara tillämplig.¹³
34. Av skälen till direktivet framgår bland annat att de tjänster som tillhandahålls av de olika deltagande myndigheterna förvisso inte nödvändigtvis måste vara identiska; de kan komplettera varandra. Det framhålls emellertid att en tillämpning av bestämmelsen förutsätter att parternas agerande ska grundas på ett samarbetskoncept. För sådant samarbete krävs inte att alla deltagande myndigheter åtar sig att fullgöra de huvudsakliga avtalsförpliktelserna, men det krävs att det finns åtaganden om att bidra till ett fullgörande av den berörda offentliga tjänsten genom samarbete.¹⁴
35. Avgörande för frågan om Kommunen har kunnat tillämpa den aktuella undantagsbestämmelsen är således om kravet på att det ska röra sig om ett samarbete av något slag är uppfyllt.
36. Av Avtalet framgår enbart att Timrå kommun ska erlagga kostnadsersättning till Sundsvalls kommun motsvarande två heltidstjänster. Någon ytterligare förklaring till hur kommunernas

¹¹ Se 1 kap. 22 § LOU och HFD 2018 ref. 67. Jfr bland annat HovR för Övre Norrlands dom i mål nr T 417-20. Jfr även 5 kap. 4 § LOU samt skäl 20 och art. 5.2 i direktiv 2014/24/EU.

¹² Jfr EU-domstolens dom i mål C-451/08 Helmut Müller, EU:C:2010:168, p. 53.

¹³ Se EU-domstolens mål C-429/19 Remondis, EU:C:2020/436, p. 25–26 och art. 12.4 i direktiv 2014/24/EU.

¹⁴ Se direktiv 2014/24/EU, skäl 33.

samarbete inom ramen för Avtalet ser ut, exempelvis hur parterna bidrar till samverkan, framgår inte.

37. Kommunen har inte heller under utredningen kunnat lämna någon ytterligare förklaring till hur det påstådda samarbetet ser ut och det finns inte heller någon annan skriftlig dokumentation som visar att Avtalet avser ett samarbete.
38. Kravet på att det ska röra sig om ett samarbete innebär att avtalsförhållanden som huvudsakligen består i köp av en tjänst, där den ena partens bidrag enbart består i att ersätta kostnader, inte utgör ett sådant samarbete som undantas från lagens tillämpningsområde enligt 3 kap. 17 § LOU.¹⁵
39. Avtalet innebär i själva verket att Timrå kommun köper upphandlingstjänster av Sundsvalls kommun. Avtalet rör således tjänster av sådan karaktär att de normalt omsätts på en marknad. Konkurrensverket anser att det står klart att det rör sig om tjänster i den mening som avses i LOU. Såvitt framgår av Avtalets ordalydelse, och av det som Timrå kommun anfört, har Avtalet huvudsakligen inneburit att Kommunen köper upphandlingstjänster av Sundsvalls kommun.
40. Med anledning av vad Kommunen har anfört om att Avtalet omfattas av bestämmelsen om kommunal avtalsamverkan i 9 kap. 37 KomL bör följande framhållas. Som anges i förarbetena innebär bestämmelsen inte något undantag från upphandlingslagstiftningen. Syftet med bestämmelsen är inte att kommuner och regioner i högre utsträckning ska konkurrera med det privata näringslivet eller påverka någon marknadsdynamik. Innebörden av detta är att kommuner och regioner inom ramen för avtalsamverkan dessutom måste ta hänsyn till bestämmelserna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet i 3 kap. konkurrenslagen (2008:579).¹⁶ I detta fall kan det därför finnas skäl för den säljande kommunen att bedöma huruvida det överensstämmer med dessa bestämmelser att tillhandahålla de aktuella tjänsterna till andra kommuner.
41. Sammantaget är det mot den bakgrunden inte fråga om ett sådant samarbete som kan undantas från kravet på annonsering.¹⁷ Vad Timrå

¹⁵ Se EU-domstolens mål C-429/19 Remondis, EU:C:2020/436, p. 25–26 och 28–30. Se även Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 7355-16.

¹⁶ Se prop. 2017/18:151 s. 31 f.

¹⁷ Se EU-domstolens mål C-429/19 Remondis, EU:C:2020/436, p. 30.



kommun har anfört om KomL möjlighet till avtalssamverkan påverkar inte den bedömningen.¹⁸

Slutsats

42. Då Avtalet om upphandlingstjänster med Sundsvalls kommun ingicks utan föregående annonsering utgör det en otillåten direktupphandling.

Allmänt om Konkurrensverkets tillsyn

43. Konkurrensverket har i uppdrag att utöva tillsyn på området för offentlig upphandling i syfte att öka regel efterlevnaden och bidra till en effektiv offentlig upphandling.
44. Konkurrensverkets granskning i ett enskilt ärende kan visa att en upphandlande myndighet har agerat i strid med regelverket för offentlig upphandling. Konkurrensverket kan då ansöka om upphandlingsskadeavgift, om förutsättningarna för det är uppfyllda, eller sammanfatta resultatet av tillsynen i ett beslut. Genom att fatta ett tillsynsbeslut kan Konkurrensverket peka på förfaranden hos myndigheten som är i strid med regelverket eller göra andra påpekanden som är motiverade.
45. Ett tillsynsbeslut innebär inte ett förbud eller föreläggande. Det är således inte förenat med en sanktion i sig, men kan ändå få rättsliga följder. Om en upphandlande myndighet genomför upprepade otillåtna upphandlingar kan exempelvis tidigare förseelser utgöra en försvårande omständighet som motiverar en högre upphandlingsskadeavgift vid efterföljande otillåtna direktupphandlingar.

Detta beslut har fattats av generaldirektören Rikard Jermsten. Föredragande har varit sakkunniga juristen Lisa Sommarström Koert.

Beslutsfattandet har dokumenterats digitalt och beslutet saknar därför namnunderskrift.

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats.

Rikard Jermsten

¹⁸ Se prop. 2016/17:171 s. 147–148 där det framgår att krav på upphandling kan utgöra hinder för avtalssamverkan. Se även 9 kap. 37 § KomL som begränsar avtalssamverkan för det fall annan lag avviker från bestämmelserna i paragrafen.



Hur man överklagar

Detta beslut kan överklagas. Om ni vill överklaga ska detta göras skriftligen. Överklagandet ska ställas till Förvaltningsrätten i Stockholm men ges in till Konkurrensverket, gärna via e-post till konkurrensverket@kkv.se. I överklagandet ska ni ange vilket beslut som överklagas och den ändring av beslutet som ni begär. Överklagandet ska ha kommit in till Konkurrensverket inom tre veckor från den dag då beslutet meddelades.

Kopia till

Sundsvalls kommun