

Tranås kommun

Tillsyn enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling; granskning av Tranås kommuns anskaffning av kommunikationstjänster

Konkurrensverkets beslut

Konkurrensverket har granskat Tranås kommuns (Kommunens) anskaffning av kommunikationstjänster under 2022 och funnit brister som avsett dels en felaktig tillämpning av undantaget för intern upphandling i 3 kap. 12 § LOU vad gäller kontrollkriteriet, dels avsaknad av dokumentation avseende de aktuella anskaffningarna.

Kommunen förtjänar kritik för sitt agerande.

Konkurrensverket förutsätter att Kommunen, i den mån det inte redan skett, vidtar åtgärder för att säkerställa att Kommunens anskaffningar av kommunikationstjänster sker i enlighet med upphandlingslagstiftningen.

Ärendet avslutas.



Ärendet

1. I december 2022 mottog Konkurrensverket ett tips om att Kommunen köpte kommunikationstjänster från Tranås United AB utan föregående annonsering. Enligt tipset ska Kommunen ha gjort detta sedan i tiden omkring åren 2007 och 2008.
2. Det är Kommunens anskaffningar under 2022 som ligger till grund för detta tillsynsbeslut.

Vad kommunen anför

3. Kommunen har under utredningen uppgett bland annat följande.
4. Tranås United AB fungerar som Kommunens näringslivsbolag. Bolaget ansvarar även för att marknadsföra Kommunen och driver Kommunens turistbyrå.
5. Kommunen var med och bildade Tranås United AB, som är ett näringslivsbolag, 2004. Kommunen är också en av stiftarna till stiftelsen, Tillväxt i Tranås, som äger bolaget. Kommunen beslutade 2008 att även lägga över sin kommunikationsavdelning till Tranås United AB, liksom att ge bolaget uppdraget att ansvara för Kommunens informations- och marknadsföringsfrågor, samt besöksnäring.
6. Kommunen och Tranås United AB har en överenskommelse som specificerar och avgränsar de tjänster som bolaget ska utföra inom kommunikationsområdet på uppdrag av Kommunen. Det sammanlagda värdet av Kommunens uppdrag till bolaget uppgick 2022 till 10 845 662 kronor. Köpen har inte föregåtts av någon annonsering.
7. Undantaget för intern upphandling är uppfyllt. Kommunen utövar kontroll över Tranås United AB som motsvarar den kontroll som Kommunen utövar över sin egen förvaltning. Detta görs genom att Kommunen ingår i den stiftelse som äger Tranås United AB och där kommunstyrelsens ordförande också innehar ordföranderollen. Kommunen har även representanter i bolagets styrelse och beslutar om bolagets ägardirektiv. Tranås United AB bedriver den största delen av sin verksamhet för Kommunens räkning.

Skäl för beslutet

Överenskommelsen utgör en otillåten direktupphandling

Överenskommelsens karaktär och upphandlingens värde

8. Med begreppet kontrakt i LOU avses ett avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera



leverantörer och som avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggtreprenad.¹

9. För att det ska föreligga ett kontrakt krävs att det rör sig om en anskaffning.² Begreppet anskaffning ska förstås i vid mening som att få tillgång till fördelarna av de berörda byggtreprenaderna, varorna eller tjänsterna, vilket inte nödvändigtvis kräver att äganderätten överläts till de upphandlande myndigheterna. Ett kontrakt förutsätter att det uppstår ömsesidiga förpliktelser mellan parterna, vars fullgörande går att uppnå genom rättsliga åtgärder.³ Av EU-domstolens praxis följer att begreppet kontrakt ska tolkas på så sätt att direktivens ändamålsenliga verkan säkerställs.⁴ Det är inte den rättsliga beteckningen av en viss transaktion i sig som är avgörande utan i stället innebörden av denna tolkad i funktionella termer. Ett kontrakt uppstår således när det föreligger rättsligt bindande åtaganden om anskaffning som innebär att en leverantör åtar sig att tillhandahålla en tjänst till en upphandlande myndighet och den upphandlande myndigheten i utbyte åtar sig att utge ersättning för tjänsten.⁵
10. Med begreppet ramavtal i LOU avses ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod.⁶ Förekomsten av ett ramavtal förutsätter inte nödvändigtvis att det föreligger ömsesidiga åtaganden.⁷ Eftersom definitionen av begreppet ramavtal förutsätter att det rör sig om villkor för senare tilldelning av "kontrakt" krävs det dock att det i vart fall senast efter avrop uppstår ömsesidiga rättsligt bindande åtaganden om anskaffning som innebär att en leverantör åtar sig att tillhandahålla en tjänst till en upphandlande

¹ 1 kap. 15 § LOU. Av definitionen framgår även att det med ett kontrakt avses ett skriftligt avtal. Vad gäller detta kan emellertid konstateras att även muntliga avtal är upphandlingspliktiga, se bland annat prop. 2015/16:195 s. 318 f och 321 f.

² 1 kap. 2 § LOU och Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2014/24 av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv (EG) 2004/18, skäl 4.

³ Se bland annat EU-domstolens domar i mål C-796/18, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH mot Stadt Köln, EU:C:2020:395, mål C-51/15, Remondis GmbH & Co. KG Region Nord mot Region Hannover, EU:C:2016:985, mål C-451/08, Helmut Müller GmbH mot Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, EU:C:2010:168, punkt 62–63, mål C-107/98, Teckal Srl mot Comune di Viano och Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, EU:C:1999:562, och mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, EU:C:2005:5, jfr även förslag till avgörande av generaladvokat P. Mengozzi i mål C-451/08, Helmut Müller GmbH mot Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, EU:C:2010:168, punkt 78–80.

⁴ Se t.ex. EU-domstolens dom i mål C-399/98, Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi, Piero De Amicis, Consiglio Nazionale degli Architetti och Leopoldo Freyrie mot Comune di Milano, i närvaro av: Pirelli SpA, Milano Centrale Servizi SpA och Fondazione Teatro alla Scala, EU:C:2001:401, punkt 52, 55 och 85.

⁵ Se t.ex. EU-domstolens dom i mål C-220/05, Jean Aurox m.fl. mot Commune de Roanne, EU:C:2007:31, punkt 40.

⁶ 1 kap. 20 § LOU.

⁷ Jfr 1 kap. 20 § LOU och NJA 2021 s. 643.

myndighet och den upphandlande myndigheten i utbyte åtar sig att utge ersättning för tjänsten.⁸

11. Ett ramavtal uppstår således när en upphandlande myndighet och en leverantör avtalar om villkoren för senare avrop avseende viss tjänst, i syfte att senare, vid avrop enligt dessa villkor, tilldela kontrakt i den mening som avses i LOU.
12. Den aktuella anskaffningen rör tjänster som inte är sociala eller andra särskilda tjänster, och som är andra tjänster än sådana som avses i 1 kap. 9 § LOU, dvs. tjänster som hör till byggtreprenadkontrakt.⁹
13. Av huvudregeln i LOU framgår att tjänstekontrakt ska upphandlas genom ett annonserat förfarande. Vilka regler i lagstiftningen som ska tillämpas vid genomförandet av en upphandling avgörs bland annat av upphandlingens värde. Om värdet av en upphandling överstiger tillämpligt tröskelvärde ska upphandlingen, som huvudregel, genomföras enligt de direktivstyrda reglerna i LOU.
14. Enligt 5 kap. 3 § LOU ska värdet av en upphandling uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt de tjänstekontrakt som ingår i upphandlingen. Uppskattningen ska inbegripa värdet av samtliga options- och förlängningsklausuler som om de utnyttjats.
15. I 5 kap. 11 § LOU regleras beräkningen av värdet för varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom viss tid. Enligt bestämmelsen ska värdet uppskattas med ledning av det verkliga totala värdet av en följd av liknande kontrakt som upphandlats under den föregående tolv månadersperioden eller det uppskattade totala värdet av en följd av kontrakt som kommer att upphandlas under den tolv månadersperiod som följer på den första leveransen.
16. Enligt 5 kap. 14 § LOU ska värdet av ett ramavtal uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras inom ramen för ramavtalet under löptiden.

Annonseringsskyldighet

17. LOU är tillämplig på upphandling som genomförs av upphandlande myndigheter. Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt.¹⁰

⁸ Jfr 1 kap. 20 § LOU.

⁹ 1 kap. 21 § LOU.

¹⁰ 1 kap. 2 § LOU.



18. Huvudregeln enligt LOU är att kontrakt och ramavtal ska föregås av annonsering och att alla leverantörer ska få möjlighet att lämna – respektive ansöka om att få lämna – anbud, vilket följer av bland annat 10 kap. 1 § LOU.
19. För att avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen ska kunna ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpligt. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.¹¹

Intern upphandling

20. I 3 kap. 11–16 §§ LOU framgår undantagen för intern upphandling. Bestämmelserna innebär att avtal som ingås internt, mellan t.ex. en kommun och kommunens bolag, under vissa förutsättningar inte behöver upphandlas enligt LOU. Undantagen i fråga kodifierar EU-domstolens avgörande i målet C-107/98 Teckal och den efterföljande rättsutvecklingen.¹²
21. I 3 kap. 12 § LOU regleras situationen då en upphandlande myndighet utövar kontroll över den som tilldelas det aktuella kontraktet.
22. För att en upphandling ska anses vara en intern upphandling enligt 3 kap. 12 § LOU ska följande tre förutsättningar vara uppfyllda.
 - 1) Den upphandlande myndigheten utövar kontroll över motparten motsvarande den kontroll som myndigheterna utövar över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet),
 - 2) motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet för myndigheternas räkning, eller för juridiska personer som myndigheterna utövar kontroll över (verksamhetskriteriet), och
 - 3) det finns inte något direkt privat ägarintresse i motparten.

Avseende kontrollkriteriet anges också att en upphandlande myndighet ska anses utöva kontroll om den har ett avgörande inflytande över motpartens strategiska mål och viktiga beslut.

¹¹ Se bland annat EU-domstolens dom i mål C-199/85, Kommissionen mot Italien, EU:C:1987:115, punkt 14, de förenade målen C20/01 och C-28/01, Kommissionen mot Tyskland, EU:C:2003:220, punkt 58, mål C-385/02, Kommissionen mot Italien, EU:C:2004:522, punkt 19, mål C394/02, Kommissionen mot Grekland, punkt 33, EU:C:2005:336, och mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, EU:C:2005:5, punkt 46. Se även prop. 2006/07:128 s. 291, samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

¹² Jfr prop. 2015/16:195 s. 393 f.



23. Med avgörande inflytande i bestämmelsens mening menas att det ska röra sig om en strukturell och funktionell kontroll, som är faktisk.¹³ En upphandlande myndighet kan som ägare till ett svenskt aktiebolag skapa möjlighet till avgörande påverkan på bolagets strategiska mål och viktiga beslut genom åtgärder som är förenliga med den svenska aktiebolagsrätten. Att ett ägarintresse inte är direkt torde dock inte utesluta att intresset kan ha betydelse i sammanhanget. Det är i så fall ett intresse som framför allt kan komma att påverka bedömningen av kontrollkriteriet.¹⁴ Förhållandena i det enskilda fallet och hur den upphandlande myndigheten i praktiken har utnyttjat de möjligheter att skapa kontroll som finns i den svenska aktiebolagsrätten är dock avgörande för om det ska anses finnas tillräcklig kontroll.¹⁵ Att det finns ett mellanled som utövar kontroll är i sig inget hinder för att kontrollkriteriet är uppfyllt.¹⁶ Men förekomsten av ett mellanled kan försvaga den offentliga myndighetens kontroll.¹⁷ Möjligheterna enligt svensk rätt för en stiftare att utöva ett bestämmande inflytande över en stiftelse torde framstå som små.¹⁸ Stiftelser saknar ägare eller medlemmar och det finns i lägre grad, än för andra organisationsformer, författningsbestämmelser som ger möjlighet till kontroll.¹⁹ Till sist innebär den tredje punkten att om leverantören till någon del ägs av någon annan än en upphandlande organisation så rör det sig inte om en intern upphandling och undantaget kan inte tillämpas.
24. Bestämmelserna om intern upphandling är undantagsbestämmelser och ska därför tolkas restriktivt.²⁰ Det ankommer på den upphandlande myndigheten att visa att det har förelegat förutsättningar att tillämpa ett undantag från upphandlingsskyldigheten enligt upphandlingslagstiftningen.

Dokumentationsplikt

25. Av 12 kap. 14–16 §§ LOU följer bland annat att genomförandet av upphandlingar ska dokumenteras. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeden. Vid upphandling över tröskelvärdet ska en individuell rapport upprättas för varje kontrakt som tilldelas och för varje ramavtal som ingås.²¹

¹³ Se EU-domstolens förenade mål C-182/11 och C-183/11, Econord SpA mot Comune di Cagno m.fl Econord, EU:C:2012:494, punkt 27.

¹⁴ Se prop. 2015/16:195 s. 400.

¹⁵ Se prop. 2011/12:106 s. 42.

¹⁶ Jfr 3 kap. 12 § andra stycket 2 LOU.

¹⁷ Se EU-domstolens dom i mål C-340/04, Carbotermo SpA och Consorzio Alisei mot Comune di Busto Arsizio och AGESP SpA, EU:C:2006:308, punkt 39.

¹⁸ Se prop. 2015/16:195 s. 397.

¹⁹ Se prop. 2011/12:106 s. 44.

²⁰ Se prop. 2015/16:195 s. 396.

²¹ Av 19 kap. 30 § LOU framgår att om upphandlingens värde är högre än 100 000 kronor ska den upphandlande myndigheten dokumentera genomförandet av upphandlingen.



Konkurrensverkets bedömning

26. Överenskommelsen mellan Kommunen och Tranås United AB är att se som ett kontrakt eller ramavtal i upphandlingsrättslig mening eftersom den ger uttryck för rättigheter och skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär bestående i bland annat att Tranås United AB är skyldigt att leverera kommunikationstjänster till Kommunen och att Kommunen är skyldig att utge ersättning till Tranås United AB för denna prestation.²²
27. Kontraktet eller ramavtalet rör således en anskaffning av tjänster i upphandlingsrättslig mening.
28. Enligt Kommunen uppgår värdet av upphandlingen under 2022 till 10 845 662 kronor. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta uppgiften.
29. Eftersom värdet av upphandlingen – oavsett om mervärdesskatt är inkluderad eller exkluderad – överskrider såväl 2022 års direktupphandlingsgräns som tröskelvärdet för tillämpliga tjänster, skulle anskaffningen som huvudregel ha föregåtts av en annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU. Frågan är om det har funnits förutsättningar att göra undantag från huvudregeln.

Undantaget för intern upphandling

30. Kommunen har anfört att undantaget för intern upphandling är tillämpligt.
31. De omständigheter som Kommunen har framfört är dock inte sådana som motiverar avsteg från annonseringsskyldigheten enligt detta undantag. Kontrollkriteriet är inte uppfyllt. Grunden för Konkurrensverkets bedömning utvecklas i nedanstående punkter.
32. Förekomsten av mellanledet stiftelsen Tillväxt i Tranås försvagar Kommunens påstådda kontroll av Tranås United AB, eftersom möjligheterna för Kommunen att utöva ett bestämmande inflytande över stiftelsen är små och omständigheterna som Kommunen framfört i det enskilda fallet inte visar att Kommunen har en faktisk strukturell och funktionell kontroll över Tranås United AB.
33. Det framgår av Kommunens egna uppgifter att det finns ett i vart fall indirekt privat ägarintresse i Tranås United AB. Kommunen uppger att bolaget ägs av en stiftelse som i sin tur stiftades av kommunen och privata aktörer. Det har inte framkommit annat än att Kommunen och de privata

²² Se prop. 2015/16:195 s. 941. Se även bland annat EU-domstolens dom C-451/08, Helmut Müller GmbH mot Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, EU:C:2010:168, EU-domstolens dom C-220/05, Jean Auroux m.fl. mot Commune de Roanne, EU:C:2007:31, punkt 45–47, och EU-domstolens dom C-51/15, Remondis GmbH & Co. KG Region Nord mot Region Hannover, EU:C:2016:985, punkt 43.

aktörerna har haft lika rätt att tillsätta den första styrelsen. Kommunen har på sin hemsida uttryckt detta som att stiftelsen "ägs" av till lika delar Kommunen samt Tranåsbygdens näringslivsförening, Tranås handel, Tranås fastighetsägare för tillväxt, IF Metall Höglandet, och Tranås hantverks- och småföretagarförening.²³ Detta anges också i ägardirektivet till Tranås United AB.²⁴ Det framgår inte heller av stiftelseurkunden att Kommunen har haft mer kontroll över stiftelsen än övriga stiftare (se närmare om detta nedan i p. 35).²⁵

34. Kommunen har uppgett att kommunstyrelsens ordförande innehar ordförandeposten i stiftelsens styrelse, att Kommunen även har representanter i Tranås United AB:s styrelse och att Kommunen beslutar om bolagets ägardirektiv.
35. Konkurrensverket konstaterar att stiftelser i juridisk mening inte kan vara föremål för ägande.²⁶ Därför kan inte Kommunen utöva samma kontroll över bolaget som om Kommunen ägde bolaget. Konkurrensverket konstaterar mot bakgrund av stiftelseurkundens och bolagsordningens innehåll, samt aktiebolagslagens bestämmelser om beslutande och ändring av desamma, att Kommunen inte utövar kontroll över Tranås United AB motsvarande den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning. Av stiftelselagen följer att vanliga röstregler gäller, dvs. att ordförandens röst är utslagsgivande endast vid lika röstetal, såvida det inte i stiftelseförordnandet föreskrivs en särskild röstmajoritet.²⁷ En sådan föreskrift saknas.²⁸ Bolagsordningen behöver beslutas på bolagsstämman för att bli bindande och detsamma gäller ändring av denna.²⁹ Varken aktieägares rösträtt eller särskild röstmajoritet vid styrelsebeslut är särskilt föreskrivna i bolagsordningen, varför aktiebolagslagens röstbestämmelser gäller och det endast är bolagsstyrelsens ordförande som har utslagsröst.³⁰
36. Mot bakgrund av det ovanstående saknas anledning att pröva om verksamhetskriteriet är uppfyllt.
37. Inte heller omständigheterna i övrigt medför att något annat undantag från annonseringsskyldigheten för anskaffningen var tillämpligt.

²³ Se handl.nr 17, Om Tranås United. 2023. Tranås. Hämtat 2023-08-04.

²⁴ Se handl.nr. 14, Ägardirektiv för Tranås United AB 2020-.

²⁵ Se handl.nr. 15, Stiftelseurkund.

²⁶ 1 kap. 2 § första stycket, 11 kap. 1 § och 11 kap. 3 § stiftelselagen (1994:1220).

²⁷ 2 kap. 12 § stiftelselagen (1994:1220).

²⁸ Se handl.nr. 15, Stiftelseurkund.

²⁹ Se handl.nr. 16, Bolagsordning Tranås United AB, och 3 kap. 4 § och 7 kap. 42 § aktiebolagslagen (2005:551).

³⁰ Se handl.nr. 16, Bolagsordning Tranås United AB, och 7 kap. 8 § och 8 kap. 22 § aktiebolagslagen (2005:551).



Dokumentationsplikt

38. Vad gäller anskaffningen som har utretts har det inte varit möjligt att ta del av någon fullständig dokumentation. Bristen på dokumentation har gjort det svårt att fastställa det närmare innehållet i Kommunens avtalsförhållande med Tranås United AB.
39. Brister i eller avsaknad av dokumentation om direktupphandlingar medför en ökad risk för oegentligheter och otillbörlig påverkan. En sådan brist försvårar också avsevärt möjligheten för en upphandlande myndighet att göra uppföljningar av inköp och att avgöra om inköp överstiger direktupphandlingsgränsen eller inte. Bristande dokumentation försvårar även tillsynsmyndigheternas arbete med att genomföra utredningar.

Sammanfattning

40. Sammanfattningsvis bedömer Konkurrensverket att inget undantag från annonseringsskyldigheten varit tillämpligt vid ingåendet av kontraktet eller ramavtalet. Upphandlingen skulle därmed ha annonserats i enlighet med 10 kap. 1 § LOU.
41. Kommunen har inte heller dokumenterat sin anskaffning av kommunikationstjänster tillräckligt. Kommunen har därmed även agerat i strid med 12 kap. 14–16 §§ LOU.

Allmänt om Konkurrensverkets tillsyn

42. Konkurrensverket har i uppdrag att bland annat utöva tillsyn på området för offentlig upphandling i syfte att öka regelefterlevnaden och bidra till en effektiv offentlig upphandling.
43. Konkurrensverkets granskning i ett enskilt ärende kan visa att en upphandlande myndighet har agerat i strid med regelverket för offentlig upphandling. Konkurrensverket kan då 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.

Detta beslut har fattats av generaldirektören Rikard Jermsten. Föredragande har varit sakkunniga juristen Mylaine Hedreul.

Beslutsfattandet har dokumenterats digitalt och beslutet saknar därför namnunderskrift.

Rikard Jermsten

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats.

Eventuellt överklagande

Om ni vill överklaga beslutet 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. Konkurrensverket prövar om överklagandet har kommit in i rätt tid och förvaltningsrätten tar ställning till beslutets överklagbarhet.