

P R O M E M O R I A

Till: STUNS

Från: Advokat Alexander Hantosi, Ramberg Advokater KB

Datum: 170323

Ref: Lena Strömberg

Angående: Strukturfondsmedel och upphandlingskyldighet för SME

1. UPPDRAGET

- 1.1. Denna promemoria behandlar i vilken utsträckning små- och medelstora företag ("**SME**") ska tillämpa bestämmelserna och/eller principerna om offentlig upphandling då de erhåller finansiering från strukturfonderna samt Vinnova.
- 1.2. Syftet är att utreda om SME är skyldiga att upphandla i enlighet med lag (2016:1145) om offentlig upphandling ("**LOU**") och i sådant fall enligt vilka regler och/eller principer. Promemorian behandlar inte specifika undantagna inköp¹ som kan aktualiseras, utan avser om upphandlingskyldighet föreligger och i sådant fall i vilken utsträckning vilka bestämmelser eller principer som ska tillämpas.
- 1.3. För framtagande av detta PM har vi analyserat relevanta nationella och EU-bestämmelser inklusive föreskrifter, direktiv, rättspraxis och övriga relevanta rätts- och tolkningskällor som vi bedömt vara tillämpliga för frågan om upphandlingskyldighet för SME.

2. INLEDNING

- 2.1. Den centrala frågan är om och, i sådant i vilka fall och i vilken uträkning SME ska tillämpa LOU eller specifika principer. Frågan förutsätter att SME erhåller stöd från strukturfonderna och/eller Vinnova, att kostnaderna som sådana är stödberättigande och att kostnaden uppstår hos företaget inom ramen för projektets omfattning.
- 2.2. Med SME förutsätts i detta PM ett sådant företag som inte är ett offentligt styrt organ eller upphandlande myndighet i LOU:s mening.²

¹ Vissa inköp faller utanför LOU:s tillämpningsområde under specifika förutsättningar, se 3 kap LOU. Exv. köp av FoU-tjänster, anställning av personal, förvärv av fastigheter mm.

² Se 1 kap 18 § och 22 § LOU

R

- 2.3. Ett SME är i detta sammanhang en stödmottagare under förutsättning att beslutet om strukturfondsmedel innefattar statligt stöd.³

3. UPPHANDLINGSSKYLDIGHET I PROJEKT FINANSIERADE AV STRUKTURFONDERNA

- 3.1. Strukturfondsmedel är stöd från EU och finansieringen kommer från EU-budgeten, genom så kallad unionsfinansiering. Stödet administreras av Tillväxtverket och kontrolleras gemensamt tillsammans med EU.
- 3.2. Av EU:s strukturfondsförordning (EU) 1303/2013 framgår att projekt finansierade av strukturfondsmedel ska nyttja stödet kostnadseffektivt och i enlighet med unionsrätten.
- 3.3. Kravet på kostnadseffektivitet och förenlighet med unionsrätten har kommit till uttryck i Tillväxtverkets författning och föreskrift samt som villkor för stödet, att upphandlande myndigheter och enheter ska tillämpa LOU för projektets inköp. Upphandlingar ska genomföras i enlighet med de skyldigheter och krav som framgår av LOU. Om en upphandling genomförs i strid med LOU, i något avseende, kan stödet helt eller delvis komma att återkrävas.
- 3.4. Myndigheter ska alltid, oavsett om inköpet finansieras av strukturfonderna, följa upphandlingsbestämmelserna i LOU. Efterlevs inte LOU står ett antal rättsmedel till buds. Leverantörer kan överpröva upphandlingen, föra talan om ogiltighet och yrka på skadestånd. Vidare kan Konkurrensverket föra talan om upphandlingsskadeavgift. Dessa rättsmedel är dock skilda från aktuell fråga.
- 3.5. I 1 kap 2 § LOU anges att "*denna lag gäller för upphandling som genomförs av en upphandlande myndighet*". SME omfattas således inte av upphandlingsbestämmelserna och är inte skyldiga att upphandla enligt LOU.⁴
- 3.6. Enligt strukturfondsbestämmelserna ska emellertid SME tillämpa ett upphandlingsliknande förfarande som iakttar de grundläggande principerna i LOU, vilket redogörs för närmare nedan.

4. UPPHANDLINGSSKYLDIGHET I PROJEKT FINANSIERADE AV VINNOVA

- 4.1. Varken av Vinnovas förordning om statligt stöd till forskning och utveckling samt innovation (SFS 2015:208), bestämmelserna om försumbart stöd (EU) 1407/2013 eller Vinnovas allmänna villkor i 2014 års utgåva, framgår att en

³ Se Strukturfondsforordningen (EU) 1303/2013 artikel 2 punkt 10 och 13 samt 38 § Tillväxtverkets förordning SFS 2014:1383.

⁴ I vissa offentligfinansierade byggtreprenader kan ett företag dock komma att omfattas, se 1 kap 6 § LOU. Vi bedömer att denna situation inte aktualiseras i detta fall.

R

stödmottagare ska tillämpa LOU eller de grundläggande principerna för upphandling.

- 4.2. Vår slutsats är att det inte finns någon författningsreglerad eller villkorad skyldighet för SME att tillämpa LOU eller de grundläggande principerna för inköp i projekt som finansieras enbart genom stöd från Vinnova.

5. UPPHANDLINGSSKYLDIGHET I PROJEKT SAMFINANSIERADE AV VINNOVA OCH STRUKTURFONDERNA

- 5.1. I ett projekt där finansiering erhålls från både Vinnova i form av nationella medel och Tillväxtverket i form av strukturfondsmedel, är både Vinnovas och strukturfondernas bestämmelser tillämpliga parallellt.
- 5.2. Det förhållandet att två regelverk och villkor är tillämpliga i samma projekt och för samma stödberättigande kostnader kan medföra vissa tillämpningssvårigheter och oklarheter både för stödmottagaren och myndigheterna. Emellertid givet ramen för detta PM:s frågeställning har här enbart analyserats fråga om upphandlingsskyldighet för SME.
- 5.3. Vår bedömning är att SME:s samtliga inköp i projektet ska följa strukturfondernas tillämpliga bestämmelser, oavsett hur de stödberättigande kostnaderna samfinansieras. SME har således en skyldighet att tillämpa strukturfondernas bestämmelser om upphandling, oavsett att Vinnovas finansiering inte uppställer sådant krav.

6. STRUKTURFONDERNAS CENTRALA BESTÄMMELSER OCH VILLKOR

- 6.1. Strukturfondsprojekt ska präglas av kostnadseffektivitet. Det innebär att EU-medlen ska användas så effektivt och ändamålsenligt som möjligt, och att alla åtgärder ska genomföras till lägsta möjliga kostnad.
- 6.2. Bestämmelserna om kostnadseffektivitet finns i EU:s budgetförordning, (EU) 966/2012, artikel 30.
- 6.3. Av artikel 4 punkt 8 och artikel 125 punkt 1 i EU-förordningen EU 1303/2013 ("**EU:s strukturfonds**förordning") följer att:

"Kommissionen och medlemsstaterna ska tillämpa principerna om sund ekonomisk förvaltning i enlighet med artikel 30 i budgetförordningen".

- 6.4. I artikel 6 i EU:s strukturfonds

insatser som stöds av de europeiska struktur- och investeringsfonderna ska vara förenliga med tillämplig unionsrätt och med nationell rätt om tillämpningen av denna (nedan kallad tillämplig rätt)".

R

- 6.5. Strukturfonderna genomförs inom ramen för delad förvaltning mellan EU och medlemsstaterna och därmed tillämpas EU:s budgetförordning 966/2012 vilken delvis gäller även för den nationella förvaltningen.
- 6.6. Närmare bestämmelser om strukturfonderna har meddelats genom förordning (2014:1383) om förvaltning av EU:s strukturfonder ("**TVV:s strukturfondsförordning**") och avser förvaltningen och genomförandet av EU:s strukturfonder.
- 6.7. I 2 kap 20 § 2 st TVV:s strukturfondsförordning anges att:
- En stödmottagare som inte tillämpar lagen (2016:1145) om offentlig upphandling eller lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna ska vid köp, hyra och leasing följa de principer som framgår av 4 kap. 1 § i lagen om offentlig upphandling.*
- 6.8. I allmänna villkor till beslut framgår att Tillväxtverkets föreskrifter (TVFS 2015:1) ("**TVV:s föreskrifter**") och Tillväxtverkets handbok för EU-projekt 2014-2020 version 3.4 ("**Handboken**") ska tillämpas.
- 6.9. Som särskilt villkor gäller att stödmottagaren ska följa lag (2007:1091) om offentlig upphandling. Lagen är numera upphävd och ersatt med SFS 2016:1145.
- 6.10. Vidare gäller särskilda villkor för de statliga stöd som beviljats till SME i projektet. Det statliga stödet till SME har beviljats enligt förordningen (EU) 1407/2013 ("**förordningen om försumbart stöd**") samt förordningen (2015:210) om statligt stöd för att regionalt främja små och medelstora företag ("**förordningen om statligt stöd**").

7. BESTÄMMELSERNAS TILLÄMPLIGHET PÅ SME

- 7.1. Av 2 kap 20 § TVV:s strukturfondsförordning följer att stödmottagare av strukturfondsmedel ska till fullo följa LOU under förutsättning att den är en upphandlande myndighet eller enhet. Är stödmottagaren inte en upphandlande myndighet eller enhet ska den istället följa de grundläggande principerna om upphandling som anges i LOU.
- 7.2. Av 2 kap 38 § 2 stycket TVV:s strukturfondsförordning följer att mottagare av statligt stöd genom strukturfonderna omfattas av skyldigheten att tillämpa principerna om offentlig upphandling i 2 kap 20 § och gäller således trots att stödet lämnas enligt annan förordning. Bestämmelserna om SME:s skyldighet att tillämpa principerna om offentlig upphandling omfattar således även statsstöd.
- 7.3. Ytterligare relevanta bestämmelser återfinns i TVV:s föreskrifter. Det bör nämnas att nedan laghänvisningar i föreskriften avseende LOU och LUF ännu inte uppdaterats. Någon materiell skillnad föreligger dock inte. I 16 § anges:

R

Enligt 2 kap. 20 § förordningen (2014:1383) om förvaltning av EU:s strukturfonder ska projekt bedrivas på ett kostnadseffektivt sätt och stödmottagare ska tillämpa 1. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, eller 2. lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller

3. om dessa lagar inte ska tillämpas, vid köp, hyra och leasing, följa de principer som framgår av 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Följande principer anges i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling: principen om likabehandling, ickediskriminering, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Begreppet stödmottagare

- 7.4. Begreppet stödmottagare har en viktig betydelse i sammanhanget. Stödmottagare definieras i EU:s strukturfondsförordning, artikel 2 punkten 10 såsom "ett offentligt eller privat organ ...med ansvar för att inleda eller för att både inleda och genomföra insatser; när det gäller statligt stöd, enligt definitionen i punkt 13 i denna artikel, det organ som tar emot stödet".
- 7.5. Av TVV: strukturfondsförordning 2 kap 20 § följer att beslutets stödmottagare, om denne omfattas av LOU, ska tillämpa LOU för projektets stödberättigande kostnader. I TVV:s handbok gällande samverkansprojekt anges att både stödmottagare och samverkansparter omfattas av beslutets villkor.⁵
- 7.6. Det innebär att för det fall stödmottagaren omfattas av LOU och det inte är statligt stöd, ska samtliga samverkansparter i ett samverkansprojekt göra inköp enligt LOU. Det innebär att även de parter som inte omfattas av LOU ska tillämpa bestämmelserna fullt ut.
- 7.7. Som redogjorts ovan ska SME som mottar statligt stöd, betraktas som stödmottagare. Detta förutsätter att stödet beslutats i särskild ordning. SME ska i detta fall inte tillämpa LOU utan istället följa principerna för offentlig upphandling.
- 7.8. Skulle beslutet om strukturfondsmedel däremot inte särskilt innefatta statligt stöd till SME, så kan det innebära att alla inköp i projektet, oavsett inköpande part, ska tillämpa LOU i sin helhet.
- 7.9. Det är därför av vikt att förvissa sig för det fall beslutet avser stödmottagare som är en upphandlande myndighet eller enhet, att finansieringen till SME ges som statligt stöd.

⁵ TVV:s handbok version 3.4 sidan 61

R

Slutsats

- 7.10. Av EU:s strukturfondsförordning, TVV:s strukturfondsförordning och TVV:s föreskrifter följer således att SME som får statligt stöd i form av strukturfondsmedel ska tillämpa de grundläggande principer som de uttrycks i 4 kap 1 § LOU (tidigare 1 kap 9 §, gamla LOU).

8. DE GRUNDLÄGGANDE PRINCIPERNA FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

- 8.1. Som framgår ovan ska SME tillämpa de grundläggande principerna för offentlig upphandling vid inköpsförfarandet om det avser köp, hyra eller leasing, av varor eller tjänster. Nedan följer vägledning i frågan vilka principer som avses och hur de ska tolkas.

TVV:s handbok

- 8.2. Tillväxtverket har i sin handbok redovisat de principer och förfaranden som stödmottagaren förväntas följa. Nedan återges de relevanta delar av handboken som avser krav på inköpsförfarande av stödmottagare som inte omfattas av LOU.
- 8.3. Inköpsförfarandet ska tillämpas på köp både under och över beloppet för direktupphandling som det framgår av 19 kap 7 § LOU (15 kap. 3 § gamla LOU). Ett köp får inte delas upp i flera mindre köp i syfte att kringgå reglerna. Principerna som ska beaktas är likabehandling, ickediskriminering, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet
- 8.4. Av TVV:s handbok version 3.4 sid 46 f följer:

Köp under beloppet för direktupphandling

- 8.5. För köp under beloppet för direktupphandling krävs ingen konkurrensutsättning. Notera att från 1 januari 2016 är beloppet för direktupphandling 534 890 kronor.
- 8.6. För köp som understiger direktupphandlingsgränsen men som överstiger 100 000 kronor ska dock stödmottagaren skriftligen dokumentera vad parterna kommit överens om. Dokumentationen, som kan vara i form av mail, ska innehålla parternas namn, pris, beskrivning av varan/tjänsten och tid för leverans.

Köp över beloppet för direktupphandling

- 8.7. Köp över beloppet för direktupphandling ska konkurrensutsättas. Stödmottagare ska ställa en skriftlig offertförfrågan till minst två potentiella leverantörer. Samma underlag ska skickas till samtliga leverantörer.
- 8.8. Offertförfrågan och svar från potentiella leverantörer ska vara skriftliga.

R

- 8.9. Stödmottagare ska skriftligen dokumentera vad parterna kommit överens om. Dokumentationen, som kan vara i form av mail, ska innehålla parternas namn, pris, beskrivning av varan/tjänsten och tid för leverans

Beskrivning av principerna

- 8.10. Icke-diskriminering innebär att det är förbjudet att direkt eller indirekt diskriminera en leverantör på grund av omständigheter som exempelvis nationalitet.
- 8.11. Likabehandling innebär att alla leverantörer ska ges samma förutsättningar. Alla leverantörer ska till exempel få tillgång till samma information samtidigt så att ingen leverantör gynnas framför någon annan.

Exempel på när en situation kan strida mot principen för likabehandling är när en tidigare anställd eller företrädare för köparen går över till en av leverantörerna, eller om en anställd eller företrädare för köparen har en anhörig som företräder en av leverantörerna eller sitter i leverantörens styrelse. Samma gäller om en anställd eller företrädare för en av leverantörerna sitter i köparens styrelse.

Även nära vänskap eller tidigare köp mellan köpare och säljare kan ligga till grund för att en situation kan anses strida mot likabehandlingsprincipen.

- 8.12. Öppenhet innebär att köparen är skyldig att skapa öppenhet och förutsebarhet om köpet och lämna information om hur köpet ska gå till rent praktiskt. Det innebär bland annat att offertförfrågan ska vara tydlig och innehålla samtliga krav som ställs.
- 8.13. Proportionalitet innebär att kraven på leverantören och på varan eller tjänsten ska ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som ska köpas. De krav som ställs ska vara både lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet med köpet.
- 8.14. Ömsesidigt erkännande innebär att intyg och certifikat, som utfärdats av en myndighet i en EU-medlemsstat, ska vara giltiga också i övriga EU-länder.

Förarbeten

- 8.15. I proposition till LOU, prop. 2015/16:195 s 490 ff., har uttalats följande vad avser de aktuella principerna vid direktupphandling:

Vid en direktupphandling precis som vid all annan upphandling gäller de EU-rättsliga principerna för offentlig upphandling, dvs. principerna om icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet, öppenhet (förutsebarhet och transparens) och ömsesidigt erkännande. [.....]

Vad de EU-rättsliga principerna mera exakt innebär för direktupphandlingar är inte helt klarlagt.

R

Kraven på förfarandet kan av naturliga skäl inte ställas lika högt vid en direktupphandling som vid övriga upphandlingsförfaranden i LOU och en bedömning av vad som krävs måste göras i varje enskilt fall.

Den upphandlande myndighetens val av leverantör måste dock kunna motiveras på objektiv och affärsmässig grund. Har flera anbud eller offerter tagits in ska en objektiv jämförelse mellan dessa göras. Leverantörerna ska också behandlas lika, vilket exempelvis bör innebära att om den upphandlande myndigheten har angivit en tid för att lämna anbud ska ett för sent lämnat anbud inte beaktas.

Likabehandlingsprincipen bör också innebära att en upphandlande myndighet inte kan hindra andra leverantörer än de som tillfrågats att lämna anbud. En offertförfrågan får givetvis inte heller vara diskriminerande och kraven får inte gå längre än vad som är nödvändigt för den aktuella direktupphandlingen.

EU-kommissionens tolkningsmeddelande (EU) 2006 C 179/2

- 8.16. EU-kommissionen har uttalat genom tolkningsmeddelande de principer som ska tillämpas för inköp som inte omfattas av upphandlingsdirektivet. I detta sammanhang redogörs kort för de principer som uttrycks i tolkningsmeddelandet.

Grundläggande principer

- 8.17. EU-domstolen har utvecklat ett antal grundläggande principer för tilldelning av kontrakt som är direkt grundade på EU-fördragets bestämmelser och principer. Principerna om lika behandling och ickediskriminering på grund av nationalitet förutsätter en skyldighet till öppenhet som enligt EU-domstolens rättspraxis⁶ :

"syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska"

Skyldighet till öppenhet

- 8.18. EU-domstolen fastslog i Telaustria-domen att skyldigheten till öppenhet betyder att varje potentiell anbudsgivare skall garanteras att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att marknaden öppnas för konkurrens och att det går att kontrollera att förfarandena är opartiska. Garantin för ett rättvist och opartiskt förfarande är den naturliga följden av skyldigheten att se till att offentliggörandet görs under öppenhet.
- 8.19. Av detta följer också att kontraktet måste tilldelas i enlighet med bestämmelserna och principerna i EU-fördraget, så att man åstadkommer

⁶ Målen C-324/98 Telaustria [2000] REG I-10745, punkt 62, C-231/03 Coname, dom av den 21.7.2005, punkterna 16–19, samt C-458/03 Parking Brixen, dom av den 13.10.2005, punkt 49.

R

rättvisa konkurrensvillkor för alla ekonomiska aktörer som är intresserade av kontraktet.

- 8.20. Detta kan i praktiken bäst uppnås om följande iakttas:

Icke-diskriminerande beskrivning av föremålet för upphandlingen

- 8.21. Specifikationerna av vad som krävs när det gäller en vara eller tjänst får inte innehålla uppgifter om tillverkare, ursprung eller särskilt framställningsförfarande, och inte heller någon hänvisning till varumärke, patent eller typ, ursprung eller tillverkning, såvida detta inte motiveras av föremålet för upphandlingen och åtföljs av orden "eller likvärdigt". Det är under alla omständigheter lämpligt att använda mer allmänna beskrivningar av utförande och funktioner.

Deltagande på lika villkor för ekonomiska aktörer från alla medlemsstater

- 8.22. De upphandlande enheterna får inte föreskriva villkor som är direkt eller indirekt diskriminerande för potentiella anbudsgivare i andra medlemsstater, såsom t.ex. krav på att det företag som vill delta i upphandlingsförfarandet skall vara etablerat i samma medlemsstat eller region som den upphandlande enheten.

Ömsesidigt erkännande av examensbevis, certifikat och andra officiella intyg som styrker kvalifikationer

- 8.23. Om sökande eller anbudsgivare ombeds lämna in certifikat, examensbevis eller andra slag av styrkande handlingar, måste handlingar, som utfärdats i andra medlemsstater och som garanterar samma kvalifikationsnivå, godtas i enlighet med principen om ömsesidigt erkännande av examensbevis, certifikat och andra officiella intyg som styrker kvalifikationer.

Lämpliga tidsfrister

- 8.24. Tidsfristerna för intresseanmälan och inlämning av anbud skall vara tillräckligt långa för att företag från andra medlemsstater skall kunna göra en tillfredsställande bedömning och utarbeta ett anbud.

Öppet och objektivt tillvägagångssätt

- 8.25. Alla deltagare måste kunna få kännedom i förväg om de regler som gäller för förfarandet och kunna vara säkra på att dessa tillämpas på samma sätt på alla deltagare.

Begränsning av anbudssökanden

- 8.26. De upphandlande enheterna får vidta åtgärder för att begränsa antalet sökande som inbjuds att lämna anbud till en lämplig nivå, förutsatt att detta görs på ett öppet och icke-diskriminerande sätt.

R

- 8.27. De kan till exempel använda sig av objektiva faktorer, som sökandenas erfarenhet i den sektor det gäller, företagets storlek och infrastruktur, deras tekniska och yrkesmässiga kompetens eller andra faktorer. De kan till och med välja lottdragning, antingen som enda urvalssätt eller i kombination med andra urvalskriterier. Under alla omständigheter måste antalet utvalda sökande vara tillräckligt med hänsyn till behovet av tillfredsställande konkurrens.
- 8.28. Alternativt kan de upphandlande enheterna överväga kvalifikationssystem, som innebär att man genom ett offentligt och öppet förfarande upprättar en lista över kvalificerade operatörer. Vid tilldelningen av enskilda kontrakt kan sedan den upphandlande enheten på ett icke-diskriminerande sätt (t.ex. genom ett rotationsförfarande) välja ut de operatörer som skall inbjudas att lämna anbud från listan över kvalificerade operatörer.

Beslutet om tilldelning av kontrakt

- 8.29. Det är viktigt att det slutliga beslutet om tilldelningen av kontrakt görs utifrån de regler för förfarandet som ställts upp från början och att principerna om lika behandling och icke-diskriminering respekteras fullt ut.
- 8.30. Detta är särskilt viktigt vid förfaranden där man använder sig av en lista över utvalda anbudsgivare. Sådana förhandlingar bör organiseras på ett sådant sätt att alla anbudsgivare har tillgång till lika mycket information och att inga ooberättigade fördelar ges åt någon särskild anbudsgivare.

9. SÄRSKILT OM BERÄKNING AV BELOPPSGRÄNSER

- 9.1. Vad gäller beräkning av beloppsgränsen för direktupphandling kan förenklat sägas att enligt LOU ska den upphandlande myndigheten sammanräkna alla inköp av varor eller tjänster av samma slag gjorda under räkenskapsåret.⁷ Om det avser upphandlande enheter som inte agerar självständigt i förhållande till myndigheten, ska dessa räkna samman sina inköp med myndighetens och övriga enheters inköp.⁸
- 9.2. Däremot ska inte upphandlande myndigheter, eller enheter, som agerar självständigt, sammanräkna sina inköp med andra myndigheter eller enheter.
- 9.3. I TVV:s handbok anges dock att om beslutet om strukturfondsfinansiering avser ett samverkansprojekt ska samverkansparterna följa samma villkor, här LOU, som stödmottagaren. Vidare anges att direktupphandlingsbeloppet ska räknas samman för samtliga parter i projektet.⁹

⁷ 19 kap 8 § 3 st LOU

⁸ 5 kap 4 § LOU samt se Kammarkollegiets vägledning 2011:6 s 9-10 samt förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 14042-16

⁹ TVV:s handbok version 3.4 sidan 51 och 61

R

- 9.4. Kravet i TVV:s handbok torde utgå från självständighetskriteriet givet att stödmottagaren är en upphandlande myndighet eller enhet. Man kan betrakta projektet som den upphandlande myndigheten och de inköp som sker däri, som en gemensam och samordnad insats där parterna inte kan agera självständigt i förhållande till varandra, vilket är en följd av strukturfondsbeslutet. Inköpen ska enligt handboken därför sammanräknas, oavsett hos vem kostnaderna uppstår.
- 9.5. Frågan i sammanhanget är om ett SME som får statligt stöd, som inte ska tillämpa LOU, behöver:
- sammanräkna andra SME, SME-delprojektparter eller samverkansparters inköp?
 - sammanräkna inköp som gjorts innan projektet påbörjats?
 - sammanräkna inköp som sker till den ordinarie verksamheten?
- 9.6. Som framgår ovan berör principerna om offentlig upphandling i sig inte beloppsgränser, dock framgår de i visst avseende av TVV:s handbok. Handboken nämner dock inget om sammanräkning som kan klargöra aktuell frågeställning.
- 9.7. Som förutsättning gäller här nedan att inköpen inte sker tillsammans med samverkansparterna i strukturfondsprojektet.
- Sammanräkna inköp av andra SME, SME-delprojektparter eller samverkansparters?**
- 9.8. Med utgångspunkt i LOU:s självständighetskriterium kan sägas att SME självständigt förfogar över sina egna inköp, bestämmer ändamålet, och med egna medel tillsammans med statligt stöd från strukturfondsmedel finansierar inköpet för att genomföra en självständig insats.
- 9.9. I proposition till LOU 2015/16:195 s 987, om 5 kap 4 §, vad som kännetecknar självständiga operativa enheter:
- ”En upphandlande myndighet kan dock tillåta en sådan enhet att själv uppskatta värdet för sin upphandling eller vissa kategorier av denna, om enheten självständigt ansvarar för sin upphandling i de delarna. [...] Detta kan antas vara fallet när den separata operativa enheten självständigt genomför upphandlingar och beslutar om inköp, förfogar över en egen budgetpost för de berörda upphandlingarna, ingår kontraktet självständigt och finansierar det ur en budget som den förfogar över.”*
- 9.10. Med ledning av ovan uttalande kan sägas att SME ingår avtalet självständigt, beslutar utifrån sina egna förutsättningar, förfogar över sin budget och finansiering samt styr sitt syfte med stödet och medfinansieringen.
- 9.11. SME kan således analogt enligt LOU betraktas som en självständig operativ enhet i förhållande till både strukturfondsprojektet och andra SME-deltagare.

R

Någon sammanräkning med inköp gjorda av samverkansparter eller andra SME ska således inte göras.

- 9.12. Skulle däremot två eller flera SME gemensamt ska bedriva ett delprojekt, där båda erhåller statligt stöd från strukturfonderna, ska sammanräkning ske av företagets inköp av samma slag. Däremot, erhåller bara en av SME-parterna i delprojektet strukturfondsmedel ska sammanräkning inte ske.

Sammanräkna inköp som gjorts innan projektet påbörjats?

- 9.13. Som nämnts ovan saknas det bestämmelser och villkor om och hur sammanräkning ska ske. Bestämmelsernas ändamål är att säkerställa sund ekonomisk förvaltning av de beviljade strukturfondsmedlen.
- 9.14. Kostnader som uppkommer i tid innan eller utanför projektet kan inte finansieras av strukturfondsmedel, vilket kommer till uttryck i bestämmelserna om stödberättigande kostnader.
- 9.15. Av 2 kap 18 § punkterna 1 och 3 TVV:s strukturfonds-förordning följer att kostnader är stödberättigande om de uppkommit för att genomföra projektet och uppkommit under den tidsperiod som myndigheten beslutat om.
- 9.16. Motsatsvis, inköp som genomförts utan samband med projektet och eller i tid innan beslutet om stöd fattats, är inte stödberättigande och omfattas således inte av beslutets rättskraft.
- 9.17. Sammanfattningsvis, inköp som inte är stödberättigande ska inte sammanräknas med inköp som är stödberättigande.

Sammanräkna inköp som sker till den ordinarie verksamheten beaktas?

- 9.18. Syftet med kravet på inköpens förenlighet med principerna om upphandling utgår från bestämmelsen om sund ekonomisk förvaltning av strukturfondsmedlen.
- 9.19. Saknar ett inköp samband med det finansierade projektet, exv. inköp till SME ordinarie näringsverksamhet före, under eller efter projektet, föreligger inget samband med strukturfondens bestämmelser, i enlighet med ovan, och det saknas därför rättsliga förutsättningar att tillämpa dessa bestämmelser och villkor på inköp utanför projektet.

Slutsats

- 9.20. SME ska beakta beloppsgränserna avseende de inköp som denne genomför inom ramen för det beslut om statligt stöd genom strukturfondsmedel. Vi har inte funnit stöd i någon bestämmelse att sammanräkning ska ske utöver ovan.

R

10. SAMMANFATTNING

- 10.1. SME är inte skyldiga att tillämpa LOU i sin helhet i de fall de erhåller finansiering från strukturfondsmedel i form av statligt stöd. Däremot ska SME tillämpa principerna om offentlig upphandling. Skyldigheten att tillämpa principerna framgår av både EU-rätt och nationell författning. SME har däremot ingen författningsreglerad skyldighet att tillämpa varken LOU eller principerna för offentlig upphandling då de enbart erhåller finansiering i form av nationella medel från Vinnova
- 10.2. SME ska för inköp inom ramen för det strukturfondsfinansierade projektet beakta följande principer; likabehandling, ickediskriminering, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet.
- 10.3. SME ska även beakta de strukturfondsbestämmelser och villkor som meddelats, avseende beloppsgränser och förfarande, men att sammanräkning av inköp genomförda utanför ramen för projektet ska inte beaktas. Inte heller ska inköp genomförda av andra stödmottagare beaktas.