

PM 2 2011-12-14 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direkttilldelning i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning).

Det kommunala bostadsbolaget Laholmshem AB har under 2010 och 2011 löpande köpt tjänster för fastighetsförvaltning m.m. från ett privat företag utan grund i något upphandlat kontrakt. Detta trots att Laholmshem AB har ett sedan tidigare upphandlat ramavtal med ett annat företag, som dock inte har fått några beställningar från det kommunala fastighetsbolaget. Laholmshem AB har även tecknat kontrakt avseende en "bovärd" utan något formaliserat upphandlingsförfarande.

Det av Laholms kommun helägda kommunala bostadsbolaget Laholmshem AB (nedan Laholmshem)¹ har hittills, under perioden den 1 januari 2010 till och med den 24 oktober 2011 utbetalat sammanlagt 742.183 kronor exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms)² till det privatägda företaget Crendo fastighetsförvaltning AB (nedan Crendo). Utbetalningarna, som har skett i poster från 109 kronor till 42.000 kronor, avser huvudsakligen tjänster för fastighetsförvaltning samt vitvaruleveranser.

Något kontrakt mellan Laholmshem och Crendo föreligger inte, utan aktuella beställningar har i huvudsak skett genom löpande direkttilldelningar.³

I ett nyligen upprättat avtal av den 6 och 7 oktober 2011 (nedan Bovärdsavtalet) har Laholmshem överenskommit om att från Crendo köpa tjänster för en "bovärd" till ett pris av 300 kronor exklusive moms per timme, inkluderat fordon och personal. Inte heller detta avtal har varit föremål för något annonserat upphandlingsförfarande.⁴ Bovärdsavtalet avser perioden från och med den 23 augusti 2011 - 31 december 2011, men löper tills vidare med automatisk förlängning med en månad åt gången vid utebliven uppsägning.

Samtidigt som dessa beställningar genomförts har Laholmshem haft ett i behörig ordning upphandlat⁵ ramavtal med en annan leverantör än Crendo. Detta avtal avser tiden från och med den 1 januari 2010 till och med den 31 december 2011.⁶ Några beställningar i anledning av detta ramavtal har såvitt framkommit hittills (i november 2011) aldrig genomförts.

Kontraktsvärdet av Laholmshems aktuella beställningar från Crendo kan med ledning av hittills genomförd fakturering uppskattas till c:a 741.000 kronor exklusive moms, varav huvuddelen hänförs till utförda tjänster.⁷

¹ Laholmshem AB (Laholmshem), med organisationsnummer 556517-0288, bildades den 29 december 1994 och registrerades av dåvarande Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 4 augusti 1995. Nuvarande firma registrerades den 22 december 1995. Senaste ändring i bolagsordning registrerades 20 april 2010. Bolaget har enligt denna bolagsordning till föremål för sin verksamhet att "... inom Laholms kommun förvärva, avyttra, bebygga och förvalta fastigheter eller tomrätter för att därå uppföra bostadshus med tillhörande affärslägenheter och kollektiva anordningar". Laholmshem ägs med 100 procent av Laholms kommun.

² Utdrag ur leverantörsreskontra för Laholmshem avseende perioden den 22 februari 2010- 24 oktober 2011. Det sammanlagda belopp till vilket betalningar har genomförts från Laholmshem till Crendo uppgår till 927.729 kronor inklusive moms (742.183 kr exklusive moms).

³ Se beslut av verkställande direktören för Laholmshem, av den 31 oktober 2011 avseende utlämnande av allmän handling (dnr. 14/11). Enligt beslutet finns det utöver ovan angivna Bovärdsavtal inte hos Laholmshem förvarat några avtal som reglerar förutsättningarna för förekommande beställningar från Laholmshem till Crendo efter den 1 januari 2010. Däremot finns arbetsorder eller dylikt i varje enskild beställning eller bekräftande serviceorder när beställning skett muntligt via telefon eller med e-post.

⁴ Se ytterligare beslut av verkställande direktören för Laholmshem, av den 3 november 2011 avseende utlämnande av allmän handling (dnr. 14/11). Enligt beslutet har det aktuella Bovärdsavtalet upphandlats genom direktupphandling enligt 15 § 3 § andra stycket LOU eftersom kontraktets värde bedöms inte överstiga beloppsgränsen för när sådan upphandling får ske.

⁵ Den aktuella upphandlingen, avseende Fastighetsunderhåll – Vitvaruservice Laholmshem AB genomfördes av Laholms kommun på uppdrag av Laholmshem. Beslut om tilldelning meddelades den 4 januari 2010, varigenom ett av Laholmshem undertecknat exemplar av ramavtalet (se fotnot nedan) översändes till den tilldelade leverantören, Laholms El S-A Johansson AB.

⁶ Se "AVTAL Ramavtal gällande Fastighetsunderhåll – Vitvaruservice Laholmshem AB", upprättat mellan Laholmshem och Laholms El S-A Johansson AB av den 30 december 2009 och den 7 januari 2010.

⁷ Av det fakturerade beloppet avser uppskattningsvis c:a 250.000 kronor, eller ungefär en tredjedel, varuleveranser av vitvaror m.m. Upphandlingarna ska med tillämpning av den s.k. överviktsprincipen i 2 kap. 18 § LOU således bedömas enligt lagens bestämmelser för A-tjänsteupphandling.

Av således fakturerat belopp hänför sig 57.600 kronor exklusive moms till tjänster som avseende utfört arbete vilket under perioden 30 augusti-16 september 2011 samt den 19 september-30 september 2011, totalt 30 dagar, har utförts inom ramarna för Bovärdsavtalet.⁸

Kontraktsvärdet avseende enbart detta avtal kan härigenom uppskattas till 57.600 kronor per månad eller totalt 2.764.800 kronor i en sådan 48 månadersperiod som framgår av gällande bestämmelser för beräkning av tröskelvärdet vid avtal som löper tills vidare.⁹

Gällande rätt

Offentlig upphandling som har påbörjas efter den 31 december 2007¹⁰ regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Bestämmelserna innefattar bl.a. en implementering av Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).¹¹

Bestämmelserna i LOU är, såvitt något undantag inte anger motsatsen, tillämpliga på ”kontrakt med ekonomiska villkor” av bland annat tjänster, som ingås mellan s.k. *upphandlande myndigheter* och från dessa fristående fysiska eller juridiska personer.

Skyldighet att följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling omfattar förutom myndigheter även kommunala företag som är inrättade för allmännyttigt ändamål. Den som är skyldig att iaktta lagens bestämmelser kallas ”*upphandlande myndighet*”.¹²

Företag, eller grupper av företag, som på marknaden tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”*leverantörer*” vilka ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).¹³

För upphandlingar som har påbörjats efter den 15 juli 2010 har i LOU införts vissa ändringar med avseende på bl.a. regleringen av möjlighet till s.k. direktupphandling samt tillgängliga rättsmedel. I prop. 2009/09:180, s. 374, anges att om ett avtal har slutits utan att upphandlingen har annonserats enligt bestämmelserna i LOU, får upphandlingen anses påbörjad först när avtalet har slutits, såvitt den upphandlande myndigheten inte kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt.

Tjänster för fastighetsförvaltning på arvodes- eller kontraktsbasis (CPV 70330000-3)¹⁴ utgör s.k. A-tjänster, fastighetsstädning och fastighetsförvaltning (kategori 14 enligt bilaga 2 till LOU). Under förutsättning att det samlade s.k. kontraktsvärdet av aktuella avrop understiger gällande tröskel-

⁸ Se faktura F 75265 av den 10 september som avser 112 timmars debiterade tjänster å 300 kronor, totalt 33.600 kronor under perioden den 30 augusti-16 september 2011 samt faktura F76504 av den 30 september 2011 som avser 80 timmars debiterade tjänster å 300 kronor, totalt 24.000 kronor under perioden den 19 september-30 september 2011. Således motsvarar Bovärdsavtalet avrop av tjänster motsvarande 192 timmar å 300 kronor, sammanlagt 57.600 kronor per månad, eller totalt 2.764.800 kronor i en 48 månadersperiod (angivna belopp är exklusive moms).

⁹ Se 3 kap. 12 § LOU.

¹⁰ Se övergångsbestämmelserna i lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

¹¹ För närvarande regleras offentlig upphandling av bl.a. varor genom Europeiska rådets och parlamentets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet) vilket trädde i kraft med för medlemsstaterna bindande s.k. direkt effekt per den 1 februari 2006. I Sverige har direktivet numera införlivats genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Motsvarande äldre gemenskapsrättslig reglering, vilken har legat till grund för den tidigare lagen (1992:1528) om offentligt upphandling, återfanns i bl.a. Europeiska rådets direktiv 93/36/EG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor (tjänsteupphandlingsdirektivet).

¹² Genom införande av 2007 års upphandlingslagar har inom den klassiska sektorn beteckningen *upphandlande enheter* mönstrats ut och ersatts med *upphandlande myndigheter*. Med upphandlande myndighet avses inte enbart myndigheter utan även offentligt styrda organ, såsom kommunala bolag, som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. (se 2 kap. 12 och 19 §§ LOU). Beteckningen *upphandlande enhet* förekommer numera enbart på organ verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna.

¹³ Se 2 kap. 11 § LOU.

¹⁴ CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. – Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003 (numera ändrad genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV, vilken trädde i kraft den 13 september 2008).

värde får tjänsterna upphandlas med iakttagande av de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU. Skulle kontraktsvärdet visa sig överstiga tröskelvärdet ska emellertid motsvarande på EU-direktiv grundade bestämmelser i 1-14 kap. LOU tillämpas på upphandlingen.

Om ett tjänstekontrakt upphandlas utan att något totalpris anges, ska enligt 3 kap. 12 § LOU kontraktsvärdet vara det uppskattade totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader och av månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om kontraktet löper på obestämd tid.

I fråga om blandade upphandlingar av varor och tjänster ska enligt den s.k. överviktsprincipen i 2 kap. 18 § LOU ett sådant kontrakt som avser varor och som även omfattar tjänster behandlas som ett tjänstekontrakt, om värdet av tjänsterna är högre än värdet av varorna.

För närvarande uppgår tröskelvärdet för kommunala och landstingskommunala upphandlande myndigheter till 1.919.771 kronor.¹⁵

Frågan om grunderna för vilka anbud som ska antas är central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Syftet med de upphandlingsrättsliga reglerna är bland annat att säkerställa den lagliga efterlevnaden av EU-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna.¹⁶ Det har därför införts i 1 kap. 9 § LOU ett antal unionsrättsliga principer som ska iakttas vid offentlig upphandling, oavsett upphandlingsförfarande. Dessa är principerna om *likabehandling och ickediskriminering, öppenhet (transparens), proportionalitet* samt *ömsesidigt erkännande*.

Vid upphandling av tjänster föreligger det som huvudregel en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar.¹⁷ Om upphandlingen avser A-tjänster under tröskelvärdet räcker det med att upphandlingen kungörs genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig, eller i annan form som möjliggör effektiv konkurrens.¹⁸

Undantagsvis får en upphandlande myndighet enligt 15 kap. 3 § (tidigare 15 kap. 3 och 5 §§) LOU¹⁹ tillämpa *direktupphandling*.

Nämnda undantagsförfaranden innefattar inte något krav på annonsering och får i fråga om A-tjänstupphandling inom den klassiska sektorn tillämpas vid följande förhållanden:

- om det vid ett annonserat, öppet, selektivt eller förenklat förfarande inte har lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller några lämpliga anbud, och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte har ändrats väsentligt, eller
- om det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör, eller
- om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering, eller vid *lågt värde*, d.v.s. om värdet av det som ska upphandlas uppgår till högst 15 procent av gällande tröskelvärde (f.n. c:a 288.000 kronor).²⁰

¹⁵ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Tillkännagivande ska ske angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av varor och tjänster inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten inte är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet), till 193.00 euro eller 1.919.771 svenska kronor – se vidare Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹⁶ De grundläggande principer som åsyftas finns inskrivna i 1 kap. 9 § LOU och följer av tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG (numera avdelning IV Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF).

¹⁷ Avseende annonseringskravet, se 7 kap. 1 § samt 15 kap. 2 § sista stycket samt 4 § LOU. Avseende skriftlighetskravet, se 9 kap. 1 § samt 15 kap. 8 § LOU.

¹⁸ Se 15 kap. 4 § LOU.

¹⁹ Den aktuella regleringen har denna förtydligande lydelse från och med den 15 juli 2010, innebörden är dock densamma som tidigare, se prop. 2009/10:180, s. 287 nederst.

Enligt 15 kap. 3 a § LOU får upphandling inte delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna i LOU. Vid beräkningen om exempelvis *lågt värde* föreligger ska den upphandlande myndigheten beakta samtliga direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret.

Även i sådana fall då direktupphandling kan komma ifråga ankommer det på den upphandlande myndigheten att iaktta de grundläggande principer som framgår av 1 kap. 9 § LOU, däribland principerna om *likabehandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparens)* och i möjligaste mån tillvarata befintlig konkurrens. Av äldre lagförarbeten framgår att vid direktupphandling bör den lägsta kostnaden eller bästa kvaliteten eftersträvas, varvid prisjämförelser och andra undersökningar anges som lämpliga förfaringssätt.²¹ Myndigheten kan exempelvis inte hindra andra leverantörer än de som har tillfrågats från att lämna anbud.

Har den upphandlande myndigheten redan sedan tidigare ingått ramavtal angående aktuella tjänster föreligger det som regel inte någon möjlighet att upphandla från annan leverantör, med mindre än att ramavtalet inte omfattar de tjänster som behöver beställas i det specifika fallet eller den upphandlade ramavtalspartnern har förklarat sig inte kunna leverera enligt avtal.

Det följer vidare av EU-domstolens fasta rättspraxis,²² att varje undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EU-fördragen inom området för offentlig upphandling ska tolkas restriktivt.²³ Det ankommer också på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.²⁴

Den upphandlande myndigheten är också skyldig att dokumentera och lagra uppgifter som rör varje upphandlingsärende på ett säkert sätt. Det huvudsakliga regelverket om dokumentation m.m. finns i arkivlagen (1990:782).²⁵ Vid upphandling under tröskelvärdet ska som huvudregel den upphandlande myndigheten enligt 15 kap. 13 § LOU anteckna skälen för sina beslut och annat av betydelse vid upphandlingen.²⁶

Med stöd av de ändringar som infördes i LOU från och med den 15 juli 2010 ges förfördelade konkurrenter som klagar på en otillåten direkttilldelning möjlighet att få kontraktet ogiltigförklarat i domstol.

Enligt nuvarande 16 kap. 13 § (tidigare 15 §)²⁷ LOU ska rätten, på talan av skadelidande leverantör, besluta att ett avtal som har slutits direkt mellan en upphandlande myndighet och en

²⁰ Se 15 kap. 3 § LOU i lydelse efter den 15 juli 2010. Där anges värdegränsen till 15 procent av gällande tröskelvärde. Vid kontraktsvärden under denna värdegräns får *direktupphandling* tillämpas. Nu gällande tröskelvärde uppgår till 1.919.9771 kronor se tidigare fotnot, jämte regeringens tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

²¹ Se prop. 1993/94:78 till den äldre upphandlingslagen (1992:1528), specialmotiveringen till 6 kap. 2 § LOU, s. 24, vilken utgår från förhållandena i bl.a. det tidigare normalreglementet för kommunal upphandling (UR). Från anslutande rättspraxis kan nämnas dåvarande Länsrätten i Göteborgs och Bohus län, dom av den 25 maj 1994 i mål 1695-94, där rätten med avseende på en tjänstepupphandling uttalade bl.a. att det "[v]id tillämpning av det kommunala upphandlingsreglementet torde [...] ha räckt med att tillfråga tre anbudsgivare vid upphandling inom den s.k. mjuka sektorn vård, socialtjänst, skola etc.". Rätten konstaterade således att till antalet fem tillfrågade, varav två hade samma ägare, skulle anses uppfylla lagens krav på affärsmässighet.

²² Från senare rättspraxis, se EU-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i målet C-157/06, *kommissionen mot Italien*, REG 2008 s. I-0000, p. 23.

²³ Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden av den 17 november 1993 i mål C-71/92, *kommissionen mot Spanien*, REG 1993, s. I-5923, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249.

²⁴ Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens dom av den 10 mars 1987 i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, REG 1987, s. 1039, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249. Från senare års praxis, se också domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28-01, *Kommissionen mot Tyskland*, REG 2003 s. I-3609, p. 58, samt av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005, s. I-1, p. 46.

²⁵ En upphandlande myndighet som inte omfattas av arkivlagens (1990:782) bestämmelser ska enligt 9 kap. 13 § LOU, på ett betryggande sätt förvara anbudsansökningar och anbud med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, protokoll och liknande. Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades.

²⁶ Detta gäller dock inte vid tilldelning av kontrakt under värdegränsen för direktupphandling (f.n. c:a 288.000 kronor).

²⁷ LOU har genom ändringsförfattning (2011:1030) ändrats varigenom en mängd bestämmelser har bytt plats, och följaktligen även numrering i lagen. Ändringarna avser enligt övergångsbestämmelserna enbart upphandlingar som har påbörjats efter ikraftträdandet den 1 november 2011. Äldre numrering gäller således för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga. Rätten får emellertid, enligt 16 kap. 14 (tidigare 16 §) LOU, besluta att avtalet trots allt får bestå om det skulle föreligga någon tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bevisbördan för sådant undantag åvilar den upphandlande myndigheten.

Talan om ogiltighet av avtal kan enligt 16 kap. 14 § LOU föras hos allmän förvaltningsdomstol (förvaltningsrätt) inom sex månader från det att avtal har slutits (se 16 kap. 17 § LOU). I fråga om löpande beställningar torde den angivna sexmånaderspreskriptionen börja löpa i samband med varje beställning som genomförs och faktureras.

Den effekt som därvid uppkommer är s.k. *ursprungsnullitet*, d.v.s. ett retroaktivt, ömsesidigt upphörande av alla avtalsförpliktelser.²⁸ Detta innebär att inte enbart framtida förpliktelser i anledning av ett avtal upphör att äga giltighet; de berörda avtalsparterna ska även bära åter vad de hittills erhållit som prestation. Betalningar är alltid möjliga att återföra. När det gäller andra prestationer som exempelvis redan konsumerade varor och utförda tjänster är det emellertid svårare att verkställa en återgång. En godtroende leverantör kan i dylika fall söka kompensation för sådana direkta kostnader som avtalsförhållandet hittills har inneburit. Av aktuella lagförarbeten framgår bl.a. följande:

”Skadeståndsbestämmelserna i 16 kap. 5 § LOU [...] är till sin ordalydelse tillämpliga även på en sådan situation och det bedöms lämpligt att en leverantör som lidit skada på grund av att ett avtal har förklarats ogiltigt ska kunna ansöka om skadestånd enligt de bestämmelserna. Någon lagändring är därför inte nödvändig. Bestämmelserna om ogiltighet innebär dock att nya situationer kan uppkomma. Det kan tänkas att en leverantör som har ingått ett avtal och börjat fullgöra detta har haft andra kostnader än en leverantör som inte har tilldelats kontraktet. Som exempel kan nämnas att leverantören har ingått hyresavtal eller anställningsavtal som löper med uppsägningstid, oaktat att leverantörens avtal med myndigheten har förklarats ogiltigt. Det kan även uppkomma kostnader med anledning av avtal som ingåtts med underleverantörer. I vilken mån skadestånd ska utgå i ett enskilt fall får även fortsättningsvis bli en fråga för rättstillämpningen.

De kriterier för skadeståndsskyldighet och skadeståndets beräkning som HD fastställt i sin praxis bör kunna ge vägledning även för bedömningen av de nytillkomna fallen. Därav kan utläsas att ersättningen som regel bör utgå med uppskattat skäligt belopp, med hänsyn till bl.a. överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst (se rättsfallen NJA 2000 s. 712 och 2007 s. 349). Vid den skälighetsbedömning som enligt rättspraxis ska göras bör frågan om en leverantör varit i god eller ond tro i förhållande till myndighetens regelöverträdelse kunna beaktas²⁹

Detta innebär att inte ens en godtroende leverantör självklart kan räkna med att hållas skadeslös vid en beslutad avtalsogiltighet, med efterföljande återgång av prestationerna. Kompensation genom skadestånd torde komma ifråga enbart för sådana rörliga kostnader hos leverantören som kan visas hänförliga till det aktuella kontraktet. För det fall den berörda leverantören har varit i *ond tro*, d.v.s. insett eller bort inse att det aktuella kontraktet tillkommit i strid mot annonseringskravet i LOU, torde möjlighet till skadestånd över huvud taget inte komma ifråga.

Den upphandlande myndigheten kan vid otillåten direkttilldelning också förpliktas utge s.k. upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU. Även denna sanktion har införts i LOU med verkan från och med den 15 juli 2010, och innebär att allmän förvaltningsdomstol på talan av Konkurrensverket kan besluta om en särskild straffavgift ska betalas av den upphandlande myndighet som har slutit avtal med en leverantör utan iakttagande av föreskrifterna om föregående annonsering i LOU. Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 kronor och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktets värde.

Yttrande

Laholms hem har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande.

²⁸ Se prop. 2009/10:180 s. 136-137.

²⁹ Se prop. 2009/10:180 s. 226.

Laholmshem konstaterar att bolaget har brustit i hanteringen av påtalade avtal vad gäller regleringen om offentlig upphandling. Bolaget har beslutat att genast vidta rättelser så att korrekt upphandling genomförs avseende vitvaruservice.

När det gäller Bovärdsavtalet förstår bolaget kommissionens resonemang men anser trots detta att direktupphandlingen från första stund avsett en tidsbegränsad period för att tillfälligt lösa en hastigt uppkommen situation. Detta har varit klart för tillfrågade entreprenörer. Dessutom påbörjades en rekryteringsprocess för att nyanställa en bovärd så snart som möjligt, vilken avses avslutas nu under december månad. Det kan dock vara riktigt att även i detta avseende dra lärdom och förbättra rutinerna till nästa upphandlingstillfälle.³⁰

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet, snedvrider konkurrensen.

Laholmshem är såsom kommunalt bostadsbolag en sådan upphandlande myndighet som är skyldig att iaktta regelverket i LOU.

Av utredningen i ärendet framgår att Laholmshem har beställt varor och tjänster från Crendo till ett uppskattat värde av minst c:a 683.400 kronor.³¹

De aktuella beställningarna har genomförts avtalslöst och utanför ordinarie upphandlingsförfarande samtidigt som Laholmshem har haft ett i behörig ordning upphandlat ramavtal med ett annat företag. Detta företag har, trots bindande ramavtal sedan snart två år, ännu inte har fått del av några beställningar från Laholmshem.

Med beaktande av att Laholmshem dels haft ett upphandlat ramavtal från vilket bolaget har kunnat avropa aktuella varor och tjänster, dels att det samlade värdet av bolagets således genomförda beställningar av samma slag, för vart och ett av de aktuella räkenskapsåren överskrider den s.k. riktvärdesgränsen för lågt värde (c:a 288.000 kronor), är de legala förutsättningarna s.k. direktupphandling inte uppfyllda.

De beställningar av varor och tjänster som Laholmshem genomfört direkt från Crendo har således tillkommit i strid mot de grundläggande principerna om likabehandling och icke-diskriminering samt transparens (öppenhet) som följer av 1 kap. 4 § LOU.

Av utredningen framgår vidare att Laholmshem i oktober 2011 har direktupphandlat det s.k. Bovärdsavtalet. Även om avtalet i första hand avser tiden fram till och med den 31 december 2011 har det utformats som ett tillsvidareavtal som utan uppsägning i särskild ordning fortsätter att löpa utan begränsning i tiden. Med tillämpning av den i LOU införda tröskelvärdesregeln i 3 kap. 12 § ska Bovärdsavtalet aktuella kontraktswärde således uppskattas som ett 48 månadersavtal, vars värde med ledning av hittills genomförd fakturering kan uppskattas till c:a 2,7 miljoner kronor. Avtalet skulle därmed rätteligen ha upphandlats med tillämpning av de i LOU angivna förfarandena för annonserad upphandling av varor och A-tjänster över tröskelvärdet. I vart fall har det inte förelegat någon möjlighet för Laholmshem att direktupphandla Bovärdsavtalet direkt från Crendo.

Sammantaget har Laholmshem genom aktuella förfaranden demonstrerat grundläggande brister i fråga om respekt för de regler som ska garantera en fungerande konkurrens till skydd för de boendes och skattebetalarnas medel och som även avser att motverka korrupcion i offentlig sektor. Bolaget förtjänar därför allvarlig kritik.

Med stöd av de rättsmedelsbestämmelser som numera finns införda i LOU, kan Bovärdsavtalet jämte sådana beställningar som har genomförts efter den 15 juli 2010 komma att förklaras ogiltiga

³⁰ Laholmshem, yttrande till Konkurrenskommissionen av den 1 december 2011. Yttrandet avser både ärende nummer KKO 11-041 och 11-042, men har i här aktuellt avseende refererats såvitt det avser ärende nummer 11-041.

³¹ Angivet belopp, 683.400 kronor, utgör summan av de totala utbetalningar som har skett från Laholmshem till Crendo under den aktuella perioden, efter avdrag från sådana betalningar som har fakturerats i anledning av Bovärdsavtalet, d.v.s. 741.000 – 57.600 = 683.400 kronor (angivna belopp exklusive moms).

av allmän förvaltningsdomstol. Detta innebär att parternas prestationer ska gå åter samt att Laholmshem riskerar att komma ådömas att betala en straffavgift på minst tio tusen kronor.

KONKURRENSKOMMISSIONEN

KKO 11-042

PM 2 2011-12-14 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direkttilldelning i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning).

Det kommunala bostadsbolaget Laholmshem AB har löpande, utan grund i något upphandlat kontrakt, köpt byggtreprenadarbeten för golvbeläggning under 2010 och 2011 direkt från ett lokalt företag. Detta trots att Laholmshem AB har genomfört ett offentligt upphandlingsförfarande som sedermera avbrutits enligt uppgift på grund av dålig konkurrens.

Det av Laholms kommun helägda kommunala bostadsbolaget Laholmshem AB (nedan Laholms-hem)³² har hittills, under perioden den 1 oktober 2010 till och med den 24 oktober 2011 utbetalat sammanlagt 1.101.891 kronor exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms)³³ till det privata företaget Söndrums Golv AB (nedan Söndrums). Utbetalningarna, som har skett i poster från 419 kronor till 52.908 kronor, avser huvudsakligen byggtreprenadarbeten för golvbeläggning.

Något skriftligt kontrakt mellan Laholmshem och Söndrums, föreligger inte utan aktuella beställningar har skett genom löpande direkttilldelning.³⁴

Aktuella arbeten har varit föremål för ett offentligt upphandlingsförfarande, där Laholms-hem tillsammans med Laholms kommun gemensamt inhämtade anbud på ramavtal för bl.a. golv-beläggning under perioden den 1 oktober 2010 till och med den 31 december 2011, med möjlighet till förlängning i maximalt två år, således till och med den 31 december 2013 (dnr 09-284). Upphandlingen administrerades av Laholms kommun. Ett första beslut om tilldelning upphävdes av Kammarrätten i Göteborg, vilken i dom förordnade om rättelse, på så sätt det ena av totalt två inkomna anbud avseende golvbeläggning ska förkastas.³⁵

Efter avgörandet i kammarrätten beslutade Laholmshem att för sin del avbryta den aktuella upphandlingen. Till grund härför anfördes bl.a. följande:

”Upphandlingen av ramavtal avseende golvbeläggning avbryts och ska göras om.

Samtliga anbudsgivare underrättas om beslutet enligt 9 kap. 9 § andra stycket lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

Efter Kammarrättens i Göteborg dom den 26 augusti 2010 i mål nr 1589-1590-10 angående nu aktuell upp-handling återstår endast ett anbud att pröva vid den förnyade utvärdering som kammarrätten har förordnat om.

En förnyad utvärdering med endast ett anbud att ta ställning till innebär att upphandlingen inte kan göras med tillvaratagande av den konkurrenssituation som kan finnas. Därmed föreligger sakliga skäl för att avbryta upp-handlingen.

Laholmshem AB kommer att upphandla ramavtal på golvbeläggning på nytt och hoppas Ni har överseende med det merarbete som en ny upphandling kan försäkra Er. Ni hälsas välkommen att lämna anbud i den kommande upphandlingen som annonseras inom kort”.³⁶

³² Laholmshem AB (Laholmshem), med organisationsnummer 556517-0288, bildades den 29 december 1994 och registrerades av dåvarande Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 4 augusti 1995. Nuvarande firma registrerades den 22 december 1995. Senaste ändring i bolagsordning registrerades 20 april 2010. Bolaget har enligt denna bolagsordning till föremål för sin verksamhet att ”... inom Laholms kommun förvärva, avyttra, bebygga och förvalta fastigheter eller tomrätter för att därå uppföra bostadshus med tillhörande affärslägenheter och kollektiva anordningar”. Laholmshem ägs med 100 procent av Laholms kommun.

³³ Utdrag ur leverantörsreskontra för Laholmshem avseende perioden den 1 oktober 2010- 21 oktober 2011. Det sammanlagda belopp till vilket betalningar har genomförts från Laholmshem till Söndrums uppgår till 1.377.364 kronor inklusive moms (1.101.891 kr exklusive moms).

³⁴ Se beslut av verkställande direktören för Laholmshem, av den 17 november 2011 avseende utlämnande av allmän handling (dnr. 17/11). Enligt beslutet finns det hos Laholmshem inte förvarat några avtal som reglerar förutsättningarna för förekommande beställningar från Laholmshem till Söndrums efter den 1 oktober 2010. Inte heller finns förvarat några upphandlingsunderlag i form av förfrågningsunderlag och tilldelningsbeslut varigenom framgår att Laholmshem genomfört ett annonserat upphandlingsförfarande avseende aktuella beställningar från Söndrums.

³⁵ Se Kammarrätten i Göteborg, dom av den 26 oktober 2010 i mål 1598—1590-10. Av domslutet framgår följande: ”Kammarrätten [...] förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att ny utvärdering ska göras varvid [Leverantör X] anbud inte ska utvärderas”.

³⁶ Laholmshem, meddelande till den kvarvarande anbudsgivaren, rubricerat ” Ang upphandling av ramavtal för fastighetsunderhåll avseende golvbeläggning”.

Någon ny upphandling har emellertid aldrig genomförts. Istället har Laholmshem löpande beställt aktuella arbeten direkt från Söndrums.

Det samlade kontraktsvärdet av Laholmshems aktuella beställningar av arbeten för golvvårdsbeläggning från Söndrums kan med ledning av hittills genomförd fakturering uppskattas under den aktuella perioden (13 månader) till c:a 1,1 miljon kronor exklusive moms, vilket motsvarar på årsbasis ett värde av drygt en miljon kronor.³⁷

Gällande rätt

Offentlig upphandling som har påbörjas efter den 31 december 2007³⁸ regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Bestämmelserna innefattar bl.a. en implementering av Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).³⁹

Bestämmelserna i LOU är, såvitt något undantag inte anger motsatsen, tillämpliga på ”kontrakt med ekonomiska villkor” av bland annat byggentreprenadarbeten, som ingås mellan s.k. *upphandlande myndigheter* och från dessa fristående fysiska eller juridiska personer.

Skyldighet att följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling omfattar förutom myndigheter även kommunala företag som är inrättade för allmännyttigt ändamål. Den som är skyldig att iaktta lagens bestämmelser kallas ”*upphandlande myndighet*”.⁴⁰

Företag, eller grupper av företag, som på marknaden tillhandahåller aktuella arbeten utgör ”*leverantörer*” vilka ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller anbudsansökan.⁴¹

För upphandlingar som har påbörjats efter den 15 juli 2010 har i LOU införts vissa ändringar med avseende på bl.a. regleringen av möjlighet till s.k. direktupphandling samt tillgängliga rättsmedel. I prop. 2009/09:180, s. 374, anges att om ett avtal har slutits utan att upphandlingen har annonserats enligt bestämmelserna i LOU, får upphandlingen anses påbörjad först när avtalet har slutits, såvitt den upphandlande myndigheten inte kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt.

Arbeten för golvläggning och -beläggning samt tapetsering (CPV 45432000-4)⁴² utgör sådana bygg- och entreprenadarbeten som under förutsättning att det samlade s.k. kontraktsvärdet av aktuella beställningar understiger gällande tröskelvärde får upphandlas med iakttagande av de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU. För närvarande uppgår tröskelvärdet för kommunala upphandlande myndigheter i fråga om entreprenadarbeten till c:a 48 miljoner kronor.⁴³

³⁷ Förutom aktuella beställningar från Söndrums på totalt 1.101.891 kronor exklusive moms har Laholmshem under perioden även beställt golvvårdstjänster i mindre utsträckning från ett annat företag för totalt 2.757 kronor exklusive moms.

³⁸ Se övergångsbestämmelserna i lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

³⁹ För närvarande regleras offentlig upphandling av bl.a. varor genom Europeiska rådets och parlamentets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet) vilket trädde i kraft med för medlemsstaterna bindande s.k. direkt effekt per den 1 februari 2006. I Sverige har direktivet numera införlivats genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Motsvarande äldre gemenskapsrättslig reglering, vilken har legat till grund för den tidigare lagen (1992:1528) om offentligt upphandling, återfanns i bl.a. Europeiska rådets direktiv 93/36/EG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor (tjänsteupphandlingsdirektivet).

⁴⁰ Genom införande av 2007 års upphandlingslagar har inom den klassiska sektorn beteckningen *upphandlande enheter* mönstrats ut och ersatts med *upphandlande myndigheter*. Med upphandlande myndighet avses inte enbart myndigheter utan även offentligt styrda organ, såsom kommunala bolag, som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. (se 2 kap. 12 och 19 §§ LOU). Beteckningen *upphandlande enhet* förekommer numera enbart på organ som är verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna.

⁴¹ Se 2 kap. 11 § LOU.

⁴² CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. – Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003 (numera ändrad genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV, vilken trädde i kraft den 13 september 2008).

⁴³ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Tillkännagivande ska ske angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för

Frågan om grunderna för vilka anbud som ska antas är central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Syftet med de upphandlingsrättsliga reglerna är bland annat att säkerställa den lagliga efterlevnaden av EU-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna.⁴⁴ Det har därför införts i 1 kap. 9 § LOU ett antal unionsrättsliga principer som ska iakttas vid offentlig upphandling, oavsett upphandlingsförfarande. Dessa är principerna om *likabehandling och ickediskriminering, öppenhet (transparent), proportionalitet* samt *ömsesidigt erkännande*.

Vid upphandling föreligger det som huvudregel en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar.⁴⁵ Om upphandlingen avser byggtreprenader under tröskelvärdet räcker det med att upphandlingen kungörs genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig, eller i annan form som möjliggör effektiv konkurrens.⁴⁶

Undantagsvis får en upphandlande myndighet enligt 15 kap. 3 § (tidigare 15 kap. 3 och 5 §§) LOU⁴⁷ tillämpa *direktupphandling*.

Nämnda undantagsförfaranden innefattar inte något krav på annonsering och får i fråga om upphandling av byggtreprenadarbeten inom den klassiska sektorn tillämpas vid följande förhållanden:⁴⁸

- om det vid ett annonserat, öppet, selektivt eller förenklat förfarande inte har lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller några lämpliga anbud, och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte har ändrats väsentligt, eller
- om det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör, eller
- om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering, i vissa fall där kontraktet gäller kompletterande byggarbeten eller ett nytt kontrakt som innefattar en upprepning av tidigare upphandlade byggarbeten, eller vid *lågt värde*, d.v.s. om värdet av det som ska upphandlas uppgår till högst 15 procent av gällande tröskelvärde (f.n. c:a 288.000 kronor).⁴⁹

Enligt 15 kap. 3 a § LOU får upphandling inte delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna i LOU. Vid beräkningen om exempelvis *lågt värde* föreligger ska den upphandlande myndigheten beakta samtliga direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret.

Även i sådana fall då direktupphandling kan komma ifråga ankommer det på den upphandlande myndigheten att iaktta de grundläggande principer som framgår av 1 kap. 9 § LOU, däribland principerna om *likabehandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparent)* och i möjligaste mån tillvarata befintlig konkurrens. Av äldre lagförarbeten framgår att vid direkt upphandling bör den lägsta kostnaden eller bästa kvaliteten eftersträvas, varvid prisjämförelser och

upphandling av byggtreprenadarbeten inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten inte är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet), till 4.845.000 euro eller 48.193.215 svenska kronor – se vidare Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

⁴⁴ De grundläggande principer som åsyftas finns inskrivna i 1 kap. 9 § LOU och följer av tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG (numera avdelning IV Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF).

⁴⁵ Avseende annonseringskravet, se 7 kap. 1 § samt 15 kap. 2 § sista stycket samt 4 § LOU. Avseende skriftlighetskravet, se 9 kap. 1 § samt 15 kap. 8 § LOU.

⁴⁶ Se 15 kap. 4 § LOU.

⁴⁷ Den aktuella regleringen har denna förtydligande lydelse från och med den 15 juli 2010, innebörden är dock densamma som tidigare, se prop. 2009/10:180, s. 287 nederst.

⁴⁸ Se 15 kap 1 § LOU.

⁴⁹ Se 15 kap. 3 § LOU i lydelse efter den 15 juli 2010. Där anges värdegränsen till 15 procent av gällande tröskelvärde. Vid kontraktsvärden under denna värdegräns får *direktupphandling* tillämpas. Nu gällande tröskelvärde uppgår i här aktuellt avseende (tröskelvärdet för varor och tjänster) till 1.919.9771 kronor se tidigare fotnot, jämte regeringens tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

andra undersökningar anges som lämpliga förfaringsätt.⁵⁰ Myndigheten kan exempelvis inte hindra andra leverantörer än dem som har tillfrågats från att lämna anbud.

Har det i en annonserad upphandling visat sig att det endast återstår en kvarvarande leverantör som uppfyller samtliga för upphandlingen uppställda krav är den upphandlande myndigheten inte tvingad att teckna avtal med denna leverantör. Enligt unionsrättslig praxis kan den upphandlande myndigheten i ett sådant läge välja att avbryta upphandlingen, för att utlysa upphandlingen på nytt.⁵¹ Den upphandlande myndigheten kan däremot inte efter ett avbrytande välja att direkttilldela aktuella kontrakt med hänvisning till uppkommen brådska, eftersom den eventuella tidsnöd som kan ha uppkommit är självförvållad och således hänför sig till omständigheter som har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten (jfr. 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU).

Det följer vidare av EU-domstolens fasta rättspraxis,⁵² att varje undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EU-fördragen inom området för offentlig upphandling ska tolkas restriktivt.⁵³ Det ankommer också på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.⁵⁴

Den upphandlande myndigheten är också skyldig att dokumentera och lagra uppgifter som rör varje upphandlingsärendet på ett säkert sätt. Det huvudsakliga regelverket om dokumentation m.m. finns i arkivlagen (1990:782).⁵⁵ Vid upphandling under tröskelvärdet ska som huvudregel den upphandlande myndigheten enligt 15 kap. 13 § LOU anteckna skälen för sina beslut och annat av betydelse vid upphandlingen.⁵⁶

Med stöd av de ändringar som infördes i LOU från och med den 15 juli 2010 ges förfördelade konkurrenter som klagat på en otillåten direkttilldelning möjlighet att få kontraktet ogiltigförklarat i domstol.

Enligt nuvarande 16 kap. 13 § (tidigare 15 §)⁵⁷ LOU ska rätten, på talan av skadelidande leverantör, besluta att ett avtal som har slutits direkt mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga. Rätten får emellertid, enligt 16 kap. 14 (tidigare 16 §) LOU, besluta att avtalet trots allt får bestå om det skulle föreligga någon tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bevisbördan för sådant undantag åvilar den upphandlande myndigheten.

⁵⁰ Se prop. 1993/94:78 till den äldre upphandlingslagen (1992:1528), specialmotiveringen till 6 kap. 2 § LOU, s. 24, vilken utgår från förhållandena i bl.a. det tidigare normalreglementet för kommunal upphandling (UR). Från anslutande rättspraxis kan nämnas dåvarande Länsrätten i Göteborgs och Bohus län, dom av den 25 maj 1994 i mål 1695-94, där rätten med avseende på en tjänsteupphandling uttalade bl.a. att det "[v]id tillämpning av det kommunala upphandlingsreglementet torde [...] ha räckt med att tillfråga tre anbudsgivare vid upphandling inom den s.k. mjuka sektorn vård, socialtjänst, skola etc.". Rätten konstaterade således att till antalet fem tillfrågade, varav två hade samma ägare, skulle anses uppfylla lagens krav på affärsmässighet.

⁵¹ Se EU-domstolens dom av den 16 september 1999 i C-27/98, *Fracasso och Leitschutz*, REG 1999, s. I-5697, enligt vilken gällande direktivbestämmelser på området för offentlig upphandling ska tolkas så, att den upphandlande myndigheten inte är skyldig att tilldela kontraktet den ende anbudsgivare som har ansetts vara lämpad att delta i förfarandet. Den omständigheten att det finns endast en kvarvarande anbudsgivare medför således saklig grund för att avbryta upphandlingen.

⁵² Från senare rättspraxis, se EU-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i målet C-157/06, *kommissionen mot Italien*, REG 2008 s. I-0000, p. 23.

⁵³ Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden av den 17 november 1993 i mål C-71/92, *kommissionen mot Spanien*, REG 1993, s. I-5923, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249.

⁵⁴ Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens dom av den 10 mars 1987 i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, REG 1987, s. 1039, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249. Från senare års praxis, se också domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28-01, *Kommissionen mot Tyskland*, REG 2003 s. I-3609, p. 58, samt av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005, s. I-1, p. 46.

⁵⁵ En upphandlande myndighet som inte omfattas av arkivlagens (1990:782) bestämmelser ska enligt 9 kap. 13 § LOU, på ett betryggande sätt förvara anbudsansökningar och anbud med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, protokoll och liknande. Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades.

⁵⁶ Detta gäller dock inte vid tilldelning av kontrakt under värdegränsen för direktupphandling (f.n. c:a 288.000 kronor).

⁵⁷ LOU har genom ändringsförfattning (2011:1030) ändrats varigenom en mängd bestämmelser har bytt plats, och följaktligen även numrering i lagen. Ändringarna avser enligt övergångsbestämmelserna enbart upphandlingar som har påbörjats efter ikraftträdandet den 1 november 2011. Äldre numrering gäller således för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Talan om ogiltighet av avtal enligt 16 kap. 14 § LOU kan föras hos allmän förvaltningsdomstol (förvaltningsrätt) inom sex månader från det att avtal har slutits (se 16 kap. 17 § LOU). I fråga om löpande beställningar torde den angivna sexmånaderspreskriptionen börja löpa i samband med varje beställning som genomförs och faktureras.

Den effekt som därvid uppkommer är s.k. *ursprungsnulitet*, d.v.s. ett retroaktivt, ömsesidigt upphörande av alla avtalsförpliktelser.⁵⁸ Detta innebär att inte enbart framtida förpliktelser i anledning av ett avtal upphör att äga giltighet; de berörda avtalsparterna ska även bära åter vad de hittills erhållit som prestation. Betalningar är alltid möjliga att återföra. När det gäller andra prestationer som exempelvis redan konsumerade varor och utförda tjänster eller byggtreprenader är det emellertid svårare att verkställa en återgång. En godtroende leverantör kan i dylika fall söka kompensation för sådana direkta kostnader som avtalsförhållandet hittills har inneburit. Av aktuella lagförarbeten framgår bl.a. följande:

”Skadeståndsbestämmelserna i 16 kap. 5 § LOU [...] är till sin ordalydelse tillämpliga även på en sådan situation och det bedöms lämpligt att en leverantör som lidit skada på grund av att ett avtal har förklarats ogiltigt ska kunna ansöka om skadestånd enligt de bestämmelserna. Någon lagändring är därför inte nödvändig. Bestämmelserna om ogiltighet innebär dock att nya situationer kan uppkomma. Det kan tänkas att en leverantör som har ingått ett avtal och börjat fullgöra detta har haft andra kostnader än en leverantör som inte har tilldelats kontraktet. Som exempel kan nämnas att leverantören har ingått hyresavtal eller anställningsavtal som löper med uppsägningstid, oaktat att leverantörens avtal med myndigheten har förklarats ogiltigt. Det kan även uppkomma kostnader med anledning av avtal som ingåtts med underleverantörer. I vilken mån skadestånd ska utgå i ett enskilt fall får även fortsättningsvis bli en fråga för rättstillämpningen.

De kriterier för skadeståndsskyldighet och skadeståndets beräkning som HD fastställt i sin praxis bör kunna ge vägledning även för bedömningen av de nytillkomna fallen. Därav kan utläsas att ersättningen som regel bör utgå med uppskattat skäligt belopp, med hänsyn till bl.a. överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst (se rättsfallen NJA 2000 s. 712 och 2007 s. 349). Vid den skälighetsbedömning som enligt rättspraxis ska göras bör frågan om en leverantör varit i god eller ond tro i förhållande till myndighetens regelöverträdelse kunna beaktas”⁵⁹

Detta innebär att inte ens en godtroende leverantör självklart kan räkna med att hållas skadeslös vid en beslutad avtalsogiltighet, med efterföljande återgång av prestationerna. Kompensation genom skadestånd torde komma ifråga enbart för sådana rörliga kostnader hos leverantören som kan visas hänförliga till det aktuella kontraktet. För det fall den berörda leverantören har varit i *ond tro*, d.v.s. insett eller bort inse att det aktuella kontraktet tillkommit i strid mot annonseringskravet i LOU, torde någon möjlighet till skadestånd över huvud taget inte komma ifråga.

Den upphandlande myndigheten kan vid otillåten direkttilldelning också förpliktas utge s.k. upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU. Även denna sanktion har införts i LOU med verkan från och med den 15 juli 2010, och innebär att allmän förvaltningsdomstol på talan av Konkurrensverket kan besluta om en särskild straffavgift ska betalas av den upphandlande myndighet som har slutit avtal med en leverantör utan iakttagande av föreskrifterna om föregående annonsering i LOU. Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 kronor och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktsvärdet.

⁵⁸ Se prop. 2009/10:180 s. 136-137.

⁵⁹ Se prop. 2009/10:180 s. 226.

Yttrande

Laholmshem har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande. Laholmshem konstaterar att bolaget har brutit i hanteringen av påtalade avtal vad gäller regleringen om offentlig upphandling. Bolaget har beslutat att genast vidta rättelser så att korrekt upphandling genomförs avseende golvarbeten.⁶⁰

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet, snedvrider konkurrensen.

Laholmshem är såsom kommunalt bostadsbolag en sådan upphandlande myndighet som är skyldig att iaktta regelverket i LOU.

Av utredningen i ärendet framgår att Laholmshem har beställt byggentreprenadarbeten till ett uppskattat värde av minst c:a 1,1 miljon kronor.⁶¹ Beställningarna har skett direkt från ett lokalt företag, Söndrums, med vilket Laholmshem inte har haft något upphandlat avtal.

Detta trots att Laholmshem hade genomfört ett formellt upphandlingsförfarande av aktuella arbeten tillsammans med Laholms kommun, där Laholmshem med återopande av bristande konkurrens valde att inte teckna avtal med den enda kvarvarande anbudsgivaren.

Således återopad bristande konkurrens ger inte rätt till direktupphandling, utan ny upphandling ska genomföras. Så har dock aldrig skett.

De golvbeläggningsarbeten som Laholmshem har beställt direkt från Söndrums har således avtalats i strid mot de grundläggande principerna om likabehandling och icke-diskriminering samt transparens (öppenhet) som följer av 1 kap. 4 § LOU.

Konkurrenskommissionen har i en tidigare utredning kritiserat Laholmshem för liknande överträdelser av det upphandlingsrättsliga regelverket i fråga om köp av fastighetsservice (se KKO 11-041).

Laholmshem har genom de nu beskrivna förfogandena ånyo demonstrerat sin bristande respekt för de regler som ska garantera en fungerande konkurrens till skydd för de boendes och skattebetalarnas medel och som även avser att motverka korrupcion i offentlig sektor. Bolaget förtjänar därför upprepad allvarlig kritik.

Med stöd av de rättsmedelsbestämmelser som numera finns införda i LOU, kan sådana beställningar som har genomförts efter den 15 juli 2010 komma att förklaras ogiltiga av allmän förvaltningsdomstol. Detta innebär att parternas prestationer ska gå åter samt att Laholmshem riskerar att komma ådömas att betala en straffavgift på minst tio tusen kronor.

⁶⁰ Laholmshem, yttrande till Konkurrenskommissionen av den 1 december 2011. Yttrandet avser både ärende nummer KKO 11-041 och 11-042, men har i här aktuellt avseende refererats såvitt det avser ärende nummer 11-041.

⁶¹ Angivet belopp, 683.400 kronor, utgör summan av de totala utbetalningar som har skett från Laholmshem till Credo under den aktuella perioden, efter avdrag från sådana betalningar som har fakturerats i anledning av Bovärdsavtalet, d.v.s. 741.000 – 57.600 = 683.400 kronor (angivna belopp exklusive moms).