

PM 2 2011-03-17 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Malmö stad har tecknat avtal om köp av vissa snöröjningstjänster utan föregående infordran av konkurrerande anbud.

Malmö stad (nedan Kommunen) har, genom serviceförvaltningen, den 24 september 2010 tecknat kontrakt med MM Minigräv AB¹ (nedan Entreprenören), avseende vad som beskrivs som ”Vinterberedskap”, innefattande tjänster för snöröjning m.m. under perioden den 15 november 2010 till och med den 31 mars 2011, med option på förlängning årsvis, dock högst 1+1 säsong. (1+1+1 = 3 säsonger)². Därefter ska, enligt vad som anges i kontraktet, ”ny förhandling göras”.

Något annonserat upphandlingsförfarande genom infordran av konkurrerande anbud har aldrig genomförts.³

Under rubriken ”Maskintyp” i kontraktet framgår att detta avser bl.a. tillhandahållande av ”4 st miljögodkända fyrhjulingar 1000 m³ fullt vinterutrustade med spridare och plog”. Vidare, under rubriken ”Kostnad”, framgår att ersättning ska betalas med vissa angivna belopp per fordon, dock med en garanterad ersättning om minst 3.000 kronor per vecka och maskin i s.k. ”Beredskapsersättning”.⁴ Angivna belopp är fasta t.o.m. den 31 mars 2011, därefter kan omräkning ske enligt index.⁵

Malmö stad har under perioden 2009 till och med 2011 budgeterat i genomsnitt c:a 20 miljoner kronor per år för vinterväghållning. Under 2010 utföll stadens faktiska kostnad till 60,6 miljoner kronor. För 2011 har budgeterats 22,5 miljoner kronor för vinterväghållningen.⁶ Stadens faktiska utbetalningar till Entreprenören under perioden den 24 september 2010 till och med den 6 mars 2011 uppgår till 1.265.018 kronor.⁷

Den aktuella upphandlingens kontraktsvärde⁸ kan – med utgångspunkt i gällande bestämmelser om kontraktsvärdesberäkning samt med beaktande av uppgiven beredskapsersättning och stipulerad kontraktstid (inklusive förlängningsår) – uppskattas till minst 1.745.018 kronor.⁹ Enbart den garanterade ersättningen uppgår till 720.000 kronor.

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

1 I kontraktet uppges kontraktspartnern som MM Minigräv Öved AB, bolagets organisationsnummer är emellertid detsamma som den registrerade firman MM Minigräv AB.

2 Varje säsong, den 15 november – 31 mars, omfattar c:a 20 veckor.

3 Se skrivelse av den 21 februari 2011, från Malmö stad till Konkurrenskommissionen, av vilken framgår att varken annons eller skriftligt förfrågningsunderlag finns avseende kommunens kontrakt med Entreprenören.

4 Beredskapsersättning ska enligt kontraktet inte utgå vid faktisk körning.

5 Enligt punkten ”Indexreglering” i kontraktet ska ”Indexreglering [ske] enligt E 84 Anläggningsmaskinindex Tabell 3.5 med basmånad sep 2010. All reglering sker mot baspriser”.

6 Se e-mail av den 23 februari 2011, till Konkurrenskommissionen från Malmö stad, av vilken framgår att stadens budgeterade kostnad för vinterväghållning 2009 uppgick till 17,8 mkr medan utfallet uppgick till 23,4 mkr. För 2010 budgeterades 29,4 mkr, medan utfallet uppgick till 60,6 mkr. För 2011 har budgeterats 22,5 mkr; utfallet är dock ännu inte känt.

7 Se skrivelse av den 9 mars 2011, till Konkurrenskommissionen från Malmö stad, av vilken framgår att stadens samlade utbetalningar till Entreprenören under perioden den 24 september 2010 till och med den 6 mars 2011 uppgår till 1.265.018 kronor.

8 Kontraktsvärdet ska enligt lag uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats, se 3 kap. 3 § och 15 kap. 3 a § LOU.

9 Angiven beräkning grundar sig i faktiska betalningar under säsong 1 motsvarande 1.265.018 kronor jämte garanterad ersättning under säsong 2 och 3. Beräkningen har utgått från i kontraktet angiven ”Beredskapsersättning” motsvarande 4 fyrhjulingar à 3.000 kr à 20 veckor per säsong x 2. säsonger (4 x 3.000 x 20) x 2 säsonger: 480.000 kr; således totalt 1.265.018 + 480.000 = 1.745.018 kronor.

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

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. Med *upphandlande myndighet* avses i LOU bl.a. statliga, kommunala och andra myndigheter samt beslutande församlingar i kommuner och landsting.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 snöröjning (CPV 90620000-9) och isröjning (CPV 90630000-2)¹⁴ utgör sådana s.k. A-tjänster, avlopps- och renhållningstjänster, sanering och liknande tjänster (kategori 16 enligt bilaga 2 till LOU) vilka under förutsättning att det samlade värdet av aktuella avrop överstiger gällande tröskelvärde ska upphandlas med iakttagande av de av EU-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. – 14 kap. LOU. Endast för det fall att det samlade kontraktsvärdet understiger detta värde tillåts upphandling genomföras med tillämpning av de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU. 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*.

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 Se 2 kap. 19 § LOU. Även vissa andra organ, såsom offentligt styrda företag, kan enligt samma kapitel 12 § omfattas av begreppet *upphandlande myndighet*.

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).

¹⁵ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärdet* 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 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).

Vid upphandling av A-tjänster över tröskelvärdet föreligger det som huvudregel en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar.¹⁷ En annons om upphandling ska på snabbaste lämpliga sätt sändas till Europeiska kommissionen¹⁸ för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.¹ Vid upphandling 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.¹⁹

Undantagsvis får en upphandlande myndighet, enligt 4 kap. 5-6 §§ och 8 § eller 15 kap. 3 § (tidigare 15 kap. 3 och 5 §§) LOU²⁰ tillämpa *förhandlad upphandling utan föregående annonsering* eller *direktupphandling*. Nämnade 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 värdet av det som ska upphandlas uppgår till högst 15 procent av gällande tröskelvärde (f.n. c:a 288.000 kronor).²¹

Undantagsförfarandena får enligt 4 kap. 8 § LOU i fråga om A-tjänstupphandling tillämpas även om något av följande förutsättningar är uppfyllda.

1. Det gäller *kompletterande* tjänster som inte ingår i det ursprungliga projektet eller ingår i det ursprungliga kontraktet om :
 - a) kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras,
 - b) de ska utföras av den ursprungliga leverantören,
 - c) de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande myndigheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, eller
 - d) de kan avskiljas och är absolut nödvändiga för att kontraktet ska kunna fullföljas, eller²²
2. Det gäller en *ny tjänst* som är en upprepning av tidigare tjänster under förutsättning av:
 - a) att de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett öppet eller selektivt förfarande,
 - b) att arbetena tilldelas samma leverantör,
 - c) att det nya kontraktet är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet,
 - d) att värdet av det nya kontraktet ingått i beräkningen av värdet av det ursprungliga projektet enligt bestämmelserna i 3 kap., samt
 - e) att det i samband med den ursprungliga upphandlingen annonserats att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas. ²³

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 2 § förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

¹⁹ Se 15 kap. 4 § LOU.

²⁰ 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.

²¹ 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.

²² Det sammanlagda värdet av kontrakt avseende kompletterande tjänster (punkten 1) får inte överstiga hälften av det ursprungliga kontraktets värde.

²³ Undantaget för anskaffning av nya tjänster som är en upprepning av tidigare tjänster (punkten 2) får tillämpas under högst tre år efter det att det ursprungliga kontraktet slöts.

Även 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.²⁴ Myndigheten kan exempelvis inte hindra andra leverantörer än de som har tillfrågats från att lämna anbud.

Det följer vidare av EU-domstolens fasta rättspraxis,²⁵ 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.²⁶ Det ankommer också på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.²⁷

Bestämmelser om beräkning av en upphandlings kontraktsvärde finns i 3 kap. respektive 15 kap. LOU, beroende på hur upphandlingen klassificeras.²⁸ Av 3 kap. 3 - 4 §§ respektive 15 kap. 3 a § LOU följer att värdet av tjänstekontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet under dess fulla löptid (det s.k. kontraktsvärdet) samt att eventuellt förekommande options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjats.²⁹

Av 3 kap. 5 § respektive 15 kap. 3a § LOU följer vidare att som huvudregel en planerad anskaffning av t.ex. en viss mängd tjänster inte får delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i LOU. Av aktuella lagförarbeten framgår bl.a. följande:

”Bestämmelsen bör således förbjuda uppdelningar av upphandlingar som görs i avsikt att underskrida tillämpliga beloppsgränser. Den innebär naturligtvis inget förbud mot att dela upp en upphandling i delkontrakt. Upphandlingar som har ett naturligt samband i tid och beträffande innehåll bör dock inte upphandlas separat. Den upphandlande myndigheten eller enheten ansvarar således för att se till att de upphandlingar som görs inom myndigheten respektive enheten inte överskrider direktupphandlingsbeloppen. Det innebär vidare att en upphandlande myndighet måste ha kontroll över vilka upphandlingar som görs inom myndighetens samtliga avdelningar. Samtliga upphandlingar av samma slag inom samma upphandlande myndighet bör läggas till grund för beräkningen av kontraktets värde.”³⁰

²⁴ 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.

²⁵ 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.

²⁶ 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.

²⁷ 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.

²⁸ För tjänsteupphandling över tröskelvärdet gäller i detta avseende 3 kap. LOU; om det samlade kontraktsvärdet understiger gällande tröskelvärde regleras upphandlingen istället enligt 15 kap. LOU.

²⁹ I fråga om *ramavtal* över tröskelvärdet ska enligt 3 kap. 13 § LOU kontraktsvärdet beräknas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga de kontrakt som planeras under ramavtalets löptid. Vidare ska enligt 3 kap. 9 § LOU värdet av ett kontrakt som är avsett att gälla leasing, hyra eller hyrköp av varor och som löper på en bestämd tid om högst tolv månader beräknas till den totala kostnaden för kontraktet under löptiden. För tjänstekontrakt som avser längre löptid ska värdet beräknas till den totala kostnaden inklusive varans uppskattade restvärde och för tjänstekontrakt som löper på obestämd tid eller vilkas löptid inte kan bestämmas ska värdet beräknas till månadskostnaden multiplicerad med talet 48. Vid upphandling under tröskelvärdet ska enligt 15 kap. 3a § LOU den upphandlande myndigheten vid värdeberäkningen beakta samtliga direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret. Beräkningen ska enligt 3 kap. 4 och 10 § LOU utgå från värdet vid den tidpunkt då en annons om upphandlingen skickas ut eller, om en sådan annons inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten bjuder in leverantörer till anbudsgivning och värdet av kontraktet ska beräknas exklusive lagstadgad mervärdesskatt.

³⁰ Se prop. 2009/10:180, s. 293 jämte specialmotiveringen till 15 kap. 3a §, s. 345-346, där det även anges att vid behov av vägledning för tolkningen av bestämmelsen får stöd sökas i motiven för och praxis avseende motsvarande bestämmelser över tröskelvärdena (i denna del, se bl.a. prop. 2007/07:128, specialmotiveringen till 3 kap. 5 §, s. 316).

Skulle det emellertid i något fall framstå som sakligt motiverat att dela upp en planerad anskaffning av likartade tjänster i flera kontrakt, ska enligt en sammanvägningsprincip som framgår i 3 kap. 7 § LOU, det sammanlagda värdet av dessa delkontrakt beaktas vid beräkningen av kontraktsvärdet. Om i sådant fall tröskelvärdet riskerar att överskridas, ska varje enskild upphandling av delkontrakt genomföras enligt bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i 1 – 14 kap. LOU.

Undantag gäller dock för delkontrakt vars värde understiger 80.000 euro (motsvarande c:a 795.760 kronor)³¹ eller ifall sammanlagda värdet av alla delkontrakten inte överstiger 20 procent av det totala kontraktsvärdet. I sådant fall ska bestämmelserna i 15 kap. LOU tillämpas.

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).³² Vid upphandling över tröskelvärdet ska den upphandlande myndigheten härutöver upprätta ett upphandlingsprotokoll, som ska finnas tillgängligt för bl.a. Europeiska kommissionen.³³

Enligt en motsvarande bestämmelse för upphandling under tröskelvärdet, i 15 kap. 13 § LOU, ska den upphandlande myndigheten anteckna skälen för sina beslut och annat av betydelse vid upphandlingen. Detta gäller dock inte vid tilldelning av kontrakt under värdegränsen för direktupphandling (f.n. c:a 288.000 kronor).

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 16 kap. 15 § 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 4 kap. 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.

Den effekt som därvid uppkommer är s.k. *ursprungsnulitet*, d.v.s. ett retroaktivt, ömsesidigt upphörande av alla avtalsförpliktelser.³⁴ 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

³¹ Beräkningen har utgått från den kronkurs relativt euron som har fastställts av Europiska kommissionen i 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 (1.919.771 kr/193.000 euro = 9,947 kr).

³² 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.

³³ Se 9 kap. 12 § LOU enligt vilken det av protokollet ska framgå skälen till att (1) ett anbud som ansetts vara onormalt lågt har förkastats, (2) ett kontrakt eller ramavtal inte har tilldelats en leverantör, och (3) varför (i förevarande fall) ett förhandlat förfarande har tillämpats. Se vidare 14 § förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

³⁴ Se prop. 2009/10:180 s. 136-137.

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 beaktas³⁵

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 kontraktsvärdet.

Yttrande

Malmö stad har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

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.

Malmö stad är en sådan upphandlande myndighet som är skyldig att iaktta regelverket i LOU. Av utredningen i ärendet framgår att staden har tecknat avtal om köp av A-tjänster för löpande vinterunderhåll och snöröjning, utan vare sig föregående annonsering eller något annat iakttagande av lagen om offentlig upphandling, LOU. Såvitt inget annat visats får den aktuella upphandlingen anses påbörjad vid kontraktsdatum, den 24 september 2010.

Avtalet, som kan löpa under åtminstone tre säsonger, är avfattat så att Entreprenören garanteras en inkomst ("Beredskapsersättning") på c:a 240.000 kronor per år, eller minst c:a 720.000 kronor under hela den stipulerade kontraktstiden, inklusive förlängningsperioder. Det är således inte fråga om något lågt kontraktsvärde, ens om några tjänster över huvud taget aldrig skulle avropas enligt avtalet. Undantag för direktupphandling enligt 15 kap. 3 § LOU kan således inte komma ifråga för kontraktet.

Staden har budgeterat kostnader för löpande vinterhåll som väsentligt överstiger gällande tröskelvärde för offentlig upphandling av tjänster. Aktuella tjänster ska därför som huvudregel upphandlas med iakttagande av lagens direktivstyrda bestämmelser i 1 – 14 kap. LOU, genom annonsering i bl.a. Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.

Det är som regel inte tillåtet att kringgå dessa bestämmelser genom uppdelning i delkontrakt på belopp som var för sig understiger tröskelvärdet.

Även om en sådan uppdelning skulle kunna komma i fråga, ska dock varje delkontrakt upphandlas med iakttagande av de direktivstyrda bestämmelserna, såvitt det individuella kontraktsvärdet inte understiger 80.000 euro eller c:a 796.000 kronor. Värdet av det avtal som Staden har tilldelat

³⁵ Se prop. 2009/10:180 s. 226.

Entreprenören uppgår till minst 1.745.018 kronor. Kontraktet skulle därmed ha upphandlats med iakttagande av upphandlingslagens direktivstyrda bestämmelser.

Det föreligger i det aktuella fallet varken någon synnerlig brådska, som inte kan hänföras till Staden, eller någon annan grund för undantag, t.ex. ensamrätt, som kan motivera användning av förhandlad upphandling utan föregående annonsering eller direktupphandling.

Stadens nu aktuella tilldelning skulle därmed ha föregåtts av ett annonserat upphandlingsförfarande. Genom att tilldela det aktuella kontraktet direkt till Entreprenören har Staden brutit mot LOU, jämte bakomliggande EU-direktiv samt de grundläggande principer som ytterst följer av EU-fördragen

De berörda parterna, Malmö stad och Entreprenören riskerar inte enbart att det aktuella avtalet förklaras ogiltigt, med allt vad detta innebär i form av återgång av prestationer med mera. Malmö stad riskerar även att ådömas att betala särskild straffavgift (upphandlingsskadeavgift) till följd av sitt lagstridiga agerande.

Sammantaget har Malmö stad genom det aktuella förfarandet demonstrerat en grundläggande brist på respekt för de regler som ska garantera en fungerande konkurrens till skydd för skattebetalarnas medel och som även avser att motverka korrupcion i offentlig sektor. Kommunen förtjänar därför allvarlig kritik.