

PM 2 2012-06-14 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom underlåtenhet att tillämpa det gällande upphandlingsrättsliga regelverket.**

*Ett kommunalt bolag som är verksamt inom försörjningssektorerna har tecknat kontrakt om köp av byggtreprenadarbeten jämte anslutande tjänster för c:a 10 miljoner kronor utan iakttagande av bland annat det upphandlingsrättsliga kravet på annonsering.*

Växjö Energi AB (nedan VEAB) har den 21 december 2011 ingått ett som ”Avrop Servrar Lagring och produktnära tjänster 2007 6864/07” rubricerat avtal (nedan Kontraktet) med det privata företaget Coromatic AB (nedan Coromatic).<sup>1</sup>

Avtalet baserar sig på ett anbud till VEAB från Coromatic, daterat den 16 december 2011. Detta anbud har sedermera fått utgöra avtalsinnehåll mellan parterna, eftersom Kontraktet i allt väsentligt utgör en ren accept som hänvisar till i anbudet angivna villkor.

Enligt vad parterna avtalat ska Coromatic tillhandahålla byggnation och leverans av moduluppbyggd datorhall på c:a 324 kvadratmeter med fyra serverhallar, teknikrum och operatörsrum<sup>2</sup> inklusive leverans och installation av anläggning för klimatkontroll m.m.

Något annonserat upphandlingsförfarande har inte föregått Kontraktet och något huvudavtal, på vilket Kontraktet kan utgöra avrop finns inte. Kontraktet har således tilldelats Coromatic utan föregående anbudsinfordran i konkurrens på den allmänna marknaden.

Det aktuella kontraktsvärdet har i Kontraktet uppgivits till 10,958 miljoner kronor.

Gällande rätt

Bestämmelser om upphandling för bl.a. företag som bedriver verksamhet inom de s.k. försörjningssektorerna finns i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – LUF.

Lagen, som avser upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader för företag vilka tillhandahåller eller driver fasta publika nät i samband med produktion, transport eller distribution av gas, värme, el eller dricksvatten, eller levererar gas, värme, el eller dricksvatten till sådana nät, har kommit till som en följd av bl.a. Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/17/EG) om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (Försörjningsdirektivet).

Den – myndighet eller företag<sup>3</sup> – som är skyldig att iaktta LUF utgör en s.k. *upphandlande enhet*.<sup>4</sup> I detta begrepp ingår såväl offentligt som privat ägda företag som är verksamma inom försörjningssektorerna. Företag som tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”leverantörer” som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (”anbudsansökan”).

<sup>1</sup> Avtal ”Avrop Servrar Lagring och produktnära tjänster 2007 6864/07” daterat den 21 december 2011, undertecknat av verkställande direktören för VEAB.

<sup>2</sup> Enligt specifikation I anbudet fördelar sig ytan enligt följande: serverhallar, 4 st à c:a 48 kvm; korridorer c:a 55 kvm; teknikrum c:a 42 kvm; operatörsrum c:a 35 kvm

<sup>3</sup> Enligt 2 kap. 20 § LUF omfattar lagens bestämmelser varje företag över vilket en upphandlande myndighet har ett direkt eller indirekt bestämmande inflytande till följd av ägarförhållande, finansiellt deltagande eller gällande regler. Ett bestämmande inflytande över ett företag ska anses föreligga om en upphandlande myndighet, direkt eller indirekt, äger större delen av det tecknade kapitalet, kontrollerar röstmajoriteten eller kan utse mer än hälften av medlemmar i ledningsorgan. Bestämmelsen motsvaras av artikel 2.1 i försörjningsdirektivet (2004/17/EG).

<sup>4</sup> Enligt 2 kap. 20 § 1 st. 1 p. och 2 st. LUF avses med upphandlande enhet sådana företag som en upphandlande myndighet kan utöva ett bestämmande inflytande över genom att direkt eller indirekt inneha mer än hälften av andelarna i företaget eller kontrollera majoriteten av rösttalet på grund av aktieäggande eller motsvarande eller kan utse mer än halva antalet ledamöter i företags styrelse eller liknande ledningsorgan. Begreppet *upphandlande enhet* enligt LUF omfattar inte bara myndigheter och offentligt ägda företag, utan även privata företag som bedriver verksamhet inom någon av de s.k. försörjningssektorerna omfattas i detta avseende av regleringen i LUF. Motsvarande beteckning på dem som är skyldiga att inom den klassiska sektorn iaktta lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU – är numera *upphandlande myndighet* och *offentligt styrt organ*.

Med *upphandling* avses enligt 2 kap. 23 § LUF de åtgärder som vidtas av en upphandlande enhet i syfte att tilldela ett kontrakt<sup>5</sup> eller att ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtjänster. Tillsynen över upphandling enligt LUF utövas av Konkurrensverket.<sup>6</sup>

LUF är tillämplig på upphandlingar som har *påbörjats*<sup>7</sup> efter den 1 januari 2008. För upphandling som har påbörjats efter den 15 juli 2010 har i LUF införts vissa ändringar med avseende på bl.a. regleringen av möjligheterna till s.k. direktupphandling samt tillgängliga rättsmedel. Motsvarande reglering fanns tidigare i 4 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – ÄLOU.

Upphandling till ett kontraktsvärde som understiger gällande tröskelvärde ska genomföras i enlighet med de nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LUF, medan kontrakt vars värde överstiger gällande tröskelvärde ska upphandlas med iakttagande av de på EU-direktiv grundade bestämmelserna i 1-14 kap. samma lag.

Enligt 3 kap. 3 § LUF ska värdet av det kontrakt som ska upphandlas uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet.

I fråga om blandade kontrakt, vars olika delar är så sammanbundna att de inte kan separeras och sålunda bildar en odelbar enhet, ska dessa enligt en inom unionsrätten allmänt tillämpad *övertviktsprincip*<sup>8</sup> kontraktsvärdebestämmas och prövas som en helhet, och vid den rättsliga kvalificeringen bedömas på grundval av de bestämmelser som styr den del som utgör kontraktets huvudsakliga föremål eller dominerande beståndsdel. Ett blandat kontrakt av byggtjänstearbeten och tjänster ska således bedömas som ett byggtjänstearbetskontrakt om dess huvudsakliga föremål eller dominerande beståndsdel utgörs av varudelen och som ett tjänstekontrakt om det är tjänstedelen som utgör det dominerade inslaget.

Vid den aktuella tidpunkten, i december 2011, uppgick tröskelvärdet vid upphandling av byggtjänstearbeten inom de s.k. försörjningssektorerna till 48.193.215 kronor medan motsvarande tröskelvärde för upphandling av tjänster uppgick till 3.849.489 kronor.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Med kontrakt avses enligt 2 kap. 10 § LUF ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera upphandlande enheter och en eller flera leverantörer, avser utförande av byggtjänstearbete, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster och undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

<sup>6</sup> Se 18 kap. LUF jämte förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

<sup>7</sup> I prop. 2009/09:180, s. 374, anges att om ett avtal har slutits utan att upphandlingen har annonserats enligt lagens bestämmelser, får upphandlingen anses *påbörjad* först när avtalet har slutits, såvitt den upphandlande enheten inte kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt.

<sup>8</sup> Av unionsrättslig praxis följer att i fråga om ett blandat kontrakt, vars olika delar i enlighet med meddelandet om upphandling är sammanbundna så att de inte kan separeras och sålunda bildar en odelbar enhet, ska transaktionen prövas i sin helhet vid den rättsliga kvalificeringen och bedömas på grundval av de bestämmelser som styr den del som utgör kontraktets *huvudsakliga föremål eller dominerande beståndsdel*. I dom av den 19 april 1994 i mål C- 331/92, *Gestión Hotelera*, REG 1992, s. I- 1329, pp. 23–26 fann EU-domstolen att ett blandat kontrakt av byggtjänstearbeten och en koncession för drift av spelverksamhet (ett kasino i Las Palmas), att förfarandet skulle betraktas som en koncession i sin helhet, eftersom de bygg- och anläggningsarbeten som skulle utföras i anledning av kontraktet endast var av underordnad betydelse i förhållande till kontraktets huvudsakliga syfte, som bestod i att driva kasinoverksamheten. Upphandlingsbestämmelserna för bygg- och anläggningsarbeten var därigenom inte tillämpliga på kontraktet. Detta synsätt har senare etablerats och utvecklats till att bli en fast praxis - se bl.a. EU-domstolens dom av den 15 oktober 2009 i mål C-196/08 *Acosec*, REG 2009, s. I-9913, p. 45; av den 6 maj 2010 i mål C-145/08, *Club Loutraki*, REG 2010 s. I-0000, p. 48; av den 5 december 1989 i mål C- 3/88, *kommissionen mot Italien*, REG 1989, s. 4035, p. 19; av den 18 januari 2007 i mål C- 220/05, *Auroux*, REG 2007, s. I-385, pp. 36 och 37; av den 21 februari 2008 i mål C-412/04, *kommissionen mot Italien*, REG, s. I-619, p. 47, samt av den 29 oktober i mål C- 536/07, *kommissionen mot Tyskland*, REG 2009, s. I- 0000, pp. 28, 29, 57 och 61). I LUF finns för närvarande övertviktsbestämmelser enbart med avseende på blandade varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggtjänstearbetskontrakt (2 kap. 19 § LUF) samt blandade kontrakt av A-tjänster och B-tjänster (1 kap. 2 § fjärde stycket LUF).

<sup>9</sup> Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärdet* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LUF, löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Tillkännagivande ska ske angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av A-tjänster inom försörjningssektorerna uppgår för närvarande till 387.000 euro eller 3.849.489 svenska kronor; se vidare regeringens tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärdet vid offentlig upphandling jämte 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 tröskelvärdet som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden.

Vid upphandling inom försörjningssektorerna ska enligt en generalklausul i 1 kap. 24 § LUF den upphandlande enheten behandla leverantörer likvärdigt och icke-diskriminerande samt genomföra sina upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 1 kap. 20 § LUF behöver regelverket inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en upphandlande myndighet<sup>10</sup> som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten.

Den omständigheten att en upphandlande enhet tror sig veta att enbart en viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. *faktisk ensam situation*) medför dock inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.<sup>11</sup>

Av EU-domstolens fasta rättspraxis<sup>12</sup> framgår att varje undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EG-/EU-fördragen inom området för de upphandlingsrättsliga regelverken ska tolkas restriktivt<sup>13</sup> och att det ankommer på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att sådana särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.<sup>14</sup>

Syftet med LUF och det bakomliggande klassiska direktivet jämte aktuella fördragsbestämmelser är att säkra att upphandlingar inom de samhällsviktiga försörjningssektorerna sker genom en effektiv konkurrens samt att leverantörer och deras ansökningar och anbud behandlas på ett likvärdigt och förutsebart sätt. Reglerna är utformade bl.a. i syfte att försvåra möjligheterna att vid anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Bestämmelserna medför också att den betalande allmänheten på sikt skyddas mot onödigt höga priser och avgifter samt att korruption motverkas.

Som regel föreligger det en obligatorisk skyldighet för upphandlande enheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar. En annons om upphandling ska på snabbast lämpliga sätt sändas till Europeiska kommissionen<sup>15</sup> för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.<sup>16</sup>

I fråga om upphandling av byggentreprenader och tjänster föreligger undantag enligt 15 kap. 3 § jämförd med 4 kap. 2 § LUF från skyldigheten att annonsera under följande förutsättningar:

<sup>10</sup> För definition avseende vad som utgör *upphandlande myndighet*, se 2 kap. 21 § LUF.

<sup>11</sup> Jfr. EU-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. I domen behandlas bl.a. en upphandling av omhändertagande av avfall där en central rättsfråga var huruvida en upphandlande myndighet kan lägga sin uppfattning att inga andra leverantörer rent faktiskt kan komma ifråga till grund för att underlåta infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden. Förbundsrepubliken Tyskland medgav att de i EG:s upphandlingsdirektiv stadgade villkoren för att underlåta anbudsinfördran från flera företag inte hade uppfyllts, men hänvisade till att den valda leverantören rent faktiskt var det enda företag som i praktiken kunde tilldelas kontraktet och att en ny upphandling inte skulle ändra detta förhållande (se punkten 57). EU-domstolen, som emellertid inte fann att detta kunde utgöra tillräckligt skäl för att underlåta upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden, uttalade bl.a. att ett förfarande som används på grund av att det föreligger skäl för undantag (i målet var det ett tekniskt skäl som åberopades) måste vara förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen och att ”risken för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte ska ske i konkurrens” (se punkterna 62 och 63). Förbundsrepubliken Tyskland fälldes således av EU-domstolen för att ha åsidosatt EU:s upphandlingsdirektiv 92/50/EEG (tjänsteupphandlingsdirektivet). Efter domstolens avgörande har Europeiska kommissionen inlett ett nytt förfarande gentemot Förbundsrepubliken Tyskland i syfte att även tvinga fram omedelbart upphörande av de avtal som tecknats i den kritiserade upphandlingen (se Europeiska kommissionens pressmeddelande av den 25 oktober 2004- IP/04/1294 jfr även pressmeddelandet den 31 mars 2004 – IP/04/428).

<sup>12</sup> Från senare rättspraxis, se EU-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i målet C-157/06, *kommissionen mot Italien*, REG 2008 s. I-7313, p. 23.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> Se 2 § förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

<sup>16</sup> Tenders Electronic Daily (TED) är Europeiska unionens databas för annonsering av bl.a. offentlig upphandling. Databasen utgör ett tillägg till Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och publicerar annonser som har skickats till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE).

- upphandlingens värde är lågt<sup>17</sup> eller det föreligger synnerliga skäl såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör,
- upphandlingen gäller vissa nödvändiga och brådskande kompletterande arbeten eller tjänster, eller
- upphandlingen gäller nya arbeten eller tjänster som består enbart av en upprepning av arbeten och tjänster som tidigare varit föremål för öppen eller selektiv upphandling från samma leverantör och värdet av det nya kontraktet ingått i tröskelvärdesberäkningen av värdet av det ursprungliga projektet.

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

### Yttrande

VEAB har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, men meddelat att bolaget beslutat avstå från att avge yttrande i denna fråga.

### 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.

VEAB är en sådan upphandlande enhet som har att tillämpa LUF. Såvitt framgår av utredningen i ärendet avser det kontrakt som har slutits mellan VEAB och Coromatic ett blandat kontrakt där förekommande bygg- och anläggningsarbeten utgör det huvudsakliga föremålet eller den dominerande beståndsdelen med anskaffningen.

Den aktuella upphandlingen ska därför bedömas utifrån de i LUF och försörjningsdirektivet (2004/17/EG) angivna bestämmelserna för upphandling av byggtreprenadarbeten. Eftersom upphandlingens kontraktsvärde understiger gällande tröskelvärde ska upphandlingen bedömas med ledning av de nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LUF. Under sådant förhållande ska som huvudregel upphandlingen genomföras genom ett annonserat *förenklat förfarande*, eller genom *urvalsupphandling*. Det nu aktuella förfarandet, *direktupphandling*, varigenom VEAB har tecknat avtal direkt med Coromatic får endast tillämpas under särskilda i LUF angivna undantagsförhållanden. Dessa förutsättningar är emellertid inte uppfyllda i det aktuella fallet.

Det aktuella kontraktet avser inte något lågt värde och det föreligger inte synnerliga skäl som kan motivera tillämpning av direktupphandling enligt LUF. Någon lagstadgad ensamrätt, som skulle medföra att endast de tillfrågade leverantörerna kan komma ifråga för anbudsgivning föreligger inte och någon synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses och inte beror på VEAB, har inte ens påstått. Det är heller inte så att de aktuella arbetena utgör en tillägsbeställning eller upprepning av tidigare upphandlade arbeten.

Inget av de i LUF förekommande undantagen från kraven på annonserad upphandling är således tillämpligt i det aktuella fallet. Genom att varken annonsera upphandlingen eller i övrigt tillämpa de principer om bl.a. likabehandling och icke-diskriminering samt öppenhet (transparens) som följer av det unionsrättsliga regelverket på området för upphandling inom försörjningssektorerna har VEAB brutit mot lag och EU-fördragets bestämmelser på ett sätt som snedvridit eller riskerar att snedvrider konkurrensen på marknaden för byggarbeten.

---

<sup>17</sup> Med *lågt värde* avses enligt LUF ett kontraktsvärde uppgående till högst 15 procent av gällande tröskelvärde, vilket ifråga om tjänstepphandling inom försörjningssektorerna medger direktupphandling av aktuellt tjänsteslag upp till maximalt 577.424 kronor per bokföringsår, se 15 kap. 3 § andra stycket LUF.