

PM 2 2013-03-14 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Uppsala kommun har utan föregående annonserad upphandling och utan stöd av något tidigare upphandlat ramavtal köpt elektrisk materiel direkt från ett på marknaden aktivt verkande företag.

Uppsala kommun, genom Kontoret för samhällsutveckling (nedan Kommunen), köpte i februari 2012 tändmoduler inklusive löpande installationsarbeten 2012 och 2013 direkt från Vattenfall Services Nordic AB (nedan Vattenfall).¹

Kommunen har ett tidigare avtal med Vattenfall² för successiva avrop av ”drift och underhåll av offentlig belysning inom Vattenfalls och Björklinge Energi:s distributionsområde, Uppsala kommun” (nedan Huvudavtalet). Detta avtal har upphandlats genom ett offentligt upphandlingsförfarande som påbörjades i oktober 2006. Beslut om tilldelning av Huvudavtalet fattades i april 2007.³ I Huvudavtalet regleras tjänsternas utförande i fast pris⁴ med, som det får förstås, möjlighet till tilläggsbeställningar av varor och tjänster enligt en som ”Mängdförteckning Belysning 2006-10-01” angiven prislista (nedan Prislisan) som bifogats Huvudavtalet. Avtalsstiden omfattar tre år från och med den 1 augusti 2007 till och med den 31 juli 2010 med möjlighet till förlängning i ytterligare två år (3+2=5) till och med den 31 juli 2012.⁵

I Prislisan specificeras under rubriken ”Material”⁶ ett antal prissatta varor, i form av förbrukningsmateriel, kabelrör, fundament, stolpar, stolpinsats, skarvsats och ljuskällor, av vilka avrop kan ske. I Prislisan anges emellertid inte några prissatta tändmoduler. Någon grund för avrop av tändmoduler av nu aktuellt eller likvärdigt fabrikat föreligger således inte enligt Huvudavtalet och den därtill fogade Prislisan.

Nu aktuellt köp skedde den 22 februari 2012, då Kommunen skickade en som ”Projekt: Gatu-belysning, tändsystem, investering Beställning av inköp och installation” rubricerad beställningskrivelse till Vattenfall avseende totalt 450 tändmoduler av ”typen ARCUB grundpaket AR-133 eller någon likvärdig produkt”. Beställningen, som avsåg installation under 2012 och 2013⁷ till ett totalt pris av c:a 2,925 miljoner kronor, exklusive lagstadgad mervärdeskatt (moms),⁸ har inte föregåtts av någon särskild annonserad upphandling⁹, utan av Kommunen uppgivits utgöra avrop på Huvudavtalet.¹⁰

¹ Vattenfall Services Nordic AB (Vattenfall), med organisationsnummer 556417-0859, bildades den 28 december 1990 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 15 januari 1991. Nuvarande firma registrerades den 5 februari 2009. Tidigare firmor har varit Vattenfall Norrbotten Energiverksgrupp AB, Vattenfall ElnätService AB, Vattenfall Entreprenadservice VESAB AB samt Vattenfall Service Syd AB, varav Vattenfall Service Syd fortfarande utgör registrerad bifirma. Nu gällande bolagsordning registrerades den 12 februari 2009. Bolaget har till föremål för sin verksamhet att ”... direkt eller via hel- och delägda bolag, att bedriva entreprenadverksamhet inom energiområdet samt bedriva annan därmed förenlig verksamhet”. Vattenfall Services Nordic AB ägs till 100 procent av staten genom Vattenfall AB (556036-2138).

² Vattenfall Services Nordic AB (Vattenfall) anges i avtalet med tidigare firma (nuvarande bifirma) Vattenfall Service Syd AB.

³ Förfrågningsunderlaget avser öppen upphandling enligt LOU och är daterat den 1 oktober 2006. Slutlig tilldelning beslutades den 24 april 2007 ske till Vattenfall Services Nordic AB (Vattenfall). Kontrakt i upphandlingen (Huvudavtalet) tecknades mellan parterna i enlighet med den beslutade tilldelningen den 14 juni 2007 (dnr GTN-2007-0241).

⁴ I Huvudavtalet angivet fast pris uppgår till (11.161.198 + 2.534.439 =) 13.695.637 kronor per år, eller (13.695.637 ./ 12 =) 1.141.303 kronor per månad. Därtill kommer eventuella tilläggsarbeten och förbrukningsartiklar ”material” som kan debiteras särskilt, enligt till Huvudavtalet fogade prislistor..

⁵ Huvudavtalet förlängdes genom skrivelse från Kommunen till Vattenfall den 22 december 2009 till att avse ytterligare två år, således till och med den 31 juli 2012.

⁶ Angivandet av ”Material” torde vara ett skrivfel och rätteligen avse materiel.

⁷ Av således beställda tändmoduler ska 200 installeras under 2012 medan installation av resterande 250 tändmoduler ska ske under 2013.

⁸ Se Uppsala kommun, Kontoret för samhällsutveckling, beställning av inköp och installation, den 22 februari 2012; Där anges bl.a. följande: ”Budgetpris 2012: 200 stycken a' 6500 kr/modul ink. installation totalt 1,3 mkr. [ny rad] Budgetpris 2013: 250 stycken a' 6500 kr/modul ink. installation totalt 1,625 mkr”.

⁹ Kommunen har, genom ansvarig upphandlare, i ett e-mail av den 14 januari 2012 angivit bl.a. följande ”... den skriftliga beställningen blev sen då jag jobbade med att få fram vilken typ av tändsystem vi skulle ha. Upphandlingen av en ny entreprenör gick inte att genomföra i tid så vi har ”förlängde” avtalet med Vattenfall tills ny entreprenör finns på plats för att inte stå utan driftansvarig (då skulle vi vara tvungna att släcka ner staden).

¹⁰ I samma e-mail som i fotnoten ovan anges bl.a. att ” [e]nligt a'-prislisan (längst ner på listan) så kan vi avropa materiel löpande räkning och entreprenören har rätt att ta 12% på den faktiska kostnaden. Mycket av det material som används i entreprenaden finns inte med i a'-prislisan då material ändras till varje år t.ex. stolpar och belysningsarmaturer”.

Den nu aktuella beställningens kontraktsvärde kan med ledning av vad som ovan redovisats uppskattas till totalt 2,925 miljoner kronor, varav c:a 1,710 miljoner kronor uppskattningsvis¹¹ hänför sig till tändmodulerna i sig (varudelen) medan c:a 1,215 miljoner kronor hänför sig till erforderliga monterings- och installationsarbeten (tjänstedelen).¹²

Gällande rätt

Upphandling av offentliga varu- och/eller byggtreprenadkontrakt som har påbörjats efter den 1 januari 2008¹³ regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.¹⁴ Lagen har kommit till som en följd av bl.a. 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).¹⁵ För upphandling som påbörjats den 1 januari 1994 t.o.m. den 31 december 2007 gäller den äldre lagen (1992:1524) om offentlig upphandling – ÄLOU.¹⁶

Bestämmelserna i LOU är, såvitt några i lagen eller direktivet införda undantag inte anger motsatsen, tillämplig på samtliga kontrakt med ekonomiska villkor som avser byggtreprenader, varor eller tjänster och som ingår av s.k. *upphandlande myndigheter*, däribland kommunala myndigheter. Tillsynsmyndighet för offentlig upphandling är numera Konkurrensverket.¹⁷

Regelverket för på vilket sätt en upphandling ska annonseras och i övrigt genomföras styrs av värdet av det kontrakt som ska upphandlas och av föremålet för upphandlingen. En upphandling som avser tändmoduler och liknande elektriska maskiner, apparater och förbrukningsvaror samt elektrisk utrustning; belysning (CPV 31000000-6)¹⁸ ska upphandlas enligt bestämmelserna i LOU för *varukontrakt* medan underhåll av offentlig belysning och trafikljus (CPV50232000-0) inkluderande underhåll av gatubelysning (CPV50232100-1) och färdigställande av offentliga belysningsanläggningar (CPV50232110-4) ska upphandlas som *A-tjänstekontrakt* (underhålls- och reparationstjänster, kategori 1) enligt bilaga 2 till LOU.

Enligt den s.k. *övertviksprincipen* i 2 kap. 21 § andra stycket LOU ska ett blandat kontrakt behandlas som ett varukontrakt även om det omfattar monterings- och installationsarbeten avseende varorna, om värdet av arbetena är mindre än värdet av varorna.¹⁹

Om upphandlingen avser A-tjänster eller varor över tröskelvärde ska denna handläggas i enlighet med de på EU-direktiv grundade bestämmelserna i 1-14 kap. LOU, normalt genom ett öppet eller selektivt förfarande. Ett s.k. förenklat upphandlingsförfarande enligt de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU får vid varu- och/eller A-tjänsteupphandling enbart tillämpas om kontraktsvärdet

¹¹ Priset 3.800 kr / tändmodul ger ett varuvärde på (3.800 x 450=) 1,71 miljoner kronor; och ett tjänstevärde (2,925 - 1.71 =) 1,215 miljoner kronor

¹² Se Uppsala kommun, e-mail den 16 januari 2013 av vilken framgår bl.a. följande ”*Kostnaden 6500 kr är ett budgetpris och inte exakt. Men [fördelar sig på] 3800 kr / tändenhet samt ca 2700 kr i arbete*”.

¹³ För upphandling som påbörjats efter den 15 juli 2010 har i LOU införts vissa ändringar med avseende på bl.a. lagens rättsmedelsbestämmelser.

¹⁴ 2007 års lag har sedan den 1 januari 2008 ersatt den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. – För övergångsbestämmelser, se lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

¹⁵ Klassiska upphandlingsdirektivet ersätter sedan den 31 januari 2006 det tidigare gällande direktivet 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet).

¹⁶ Det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) gäller emellertid med s.k. direkt effekt redan fr.o.m. den 1 februari 2006.

¹⁷ Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret över den offentliga upphandlingen från den tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU) till Konkurrensverket.

¹⁸ 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).

¹⁹ Enligt samma princip ska enligt 2 kap. 18 § andra stycket LOU ett kontrakt som avser varor och som även omfattar A- eller B- tjänster skall behandlas som ett tjänstekontrakt, om värdet av tjänsterna är högre än värdet av varorna.

understiger gällande tröskelvärde, vilket i nu aktuellt avseende uppgår till 1.897.540 kronor.²⁰

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.²¹ Det har därför i 1 kap. 9 § LOU införts ett antal unionsrättsligt grundade principer som oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid offentlig upphandling. Däribland principerna om *likabehandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparens)*.

I fråga om avrop på ramavtal föreskriver LOU alternativa möjligheter. Enligt legaldefinitionen i 2 kap. 15 § LOU ska med *ramavtal*²² förstås sådana avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod.²³

Ramavtal är enligt lagförarbetena²⁴ avsedda att användas på i huvudsak två alternativa sätt. Innehåller ramavtalet samtliga villkor för leverans enligt ramavtalet kan kontrakt tilldelas enligt ramavtalets villkor. Är emellertid inte samtliga villkor fastställda i ramavtalet, kan tilldelning ske först sedan en s.k. *förnyad konkurrensutsättning* har gjorts.

Ramavtal kan tecknas med en eller flera leverantörer.²⁵ Om ramavtal har tecknas med en (1) leverantör ska enligt 5 kap. 2 § LOU förekommande avrop grundas på villkor som fastställts i ramavtalet. Den upphandlande myndigheten är som regel²⁶ inte skyldig att enbart avropa från ramavtalet utan kan välja att gå ut i en ny offentlig upphandling för att täcka vissa behov. Det torde dock inte vara möjligt att genomföra direktupphandling från annan leverantör vid sidan av ett ramavtal som i sig medger möjlighet till avrop.

Avrop på ramavtal som har tecknats med en (1) leverantör²⁷ kan således ske enbart för sådana varor, tjänster eller byggtreprenadarbeten där det av ramavtalet framgår vilka pris- och övriga

²⁰ 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 bl.a. A-tjänster inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten inte är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet) för närvarande till 200.000 euro eller 1.897.540 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 (2011:1575) av tröskelvärden vid offentlig upphandling. För upphandling som påbörjats under 2010 eller 2011 uppgick tröskelvärdet till 1.919.771 kronor och för upphandling som påbörjats 2008-2009 uppgick tröskelvärdet till 1.911.155 kronor - se regeringens tillkännagivanden (2010:53) och (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

²¹ 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).

²² Se legaldefinitionen i 2 kap. 15 § LOU; se även artikel 1.5 i det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG), enligt vilken ”*Ramavtal* [är ett] *ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera ekonomiska aktörer i syfte att fastställa villkoren för tilldelningen av kontrakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, uppskattad kvantitet*”.

²³ Enligt det klassiska upphandlingsdirektivets (2004/18/EG) definition syftar ramavtal till att ”fastställa villkoren för tilldelning av kontrakt” medan syftet enligt LOU är att ”fastställa samtliga villkor för avrop”. Användningen i direktivet av den bestämda pluralformen ”villkoren” innebär med vanligt språkbruk detsamma som samtliga villkor. Någon skillnad i sak torde därför inte föreligga mellan direktivet och ÅLOU på denna punkt. se bl.a. SOU 2005:22 s.231.

²⁴ Se prop. 2006/07:128, sammanfattningen, s. 2.

²⁵ Ramavtal torde kunna vara av tre slag. Ett slag är ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare anskaffningar på grundval av ramavtalet och som är ömsesidigt förpliktande för parterna i avtalet och som alltså kan betraktas som upphandlingskontrakt (bindande ramavtal). Ett annat är ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare tilldelning av enskilda kontrakt men som inte är ömsesidigt förpliktande för parterna i avtalet (ej bindande ramavtal). En tredje slags ramavtal är avtal som inte innehåller samtliga villkor för senare tilldelning av enskilda kontrakt genom förnyad konkurrensutsättning, se prop. 200688/09:128, s. 160, nederst.

²⁶ Undantagsvis kan, vid s.k. *exklusivavtal*, den upphandlande myndigheten ha åtagit sig att under ramavtalstiden avropa hela sitt i ramavtalet reglerade behov enbart från den ramavtalskontrakterade motparten.

²⁷ Ska ramavtal i aktuellt avseende istället ingås mellan flera leverantörer (parallella ramavtal) kan den upphandlande myndigheten välja att utforma upphandlingen antingen för avrop i enlighet med villkoren i ramavtalet eller, om ramavtalet inte avser att reglera samtliga relevanta villkor för avrop, genom förnyad konkurrensutsättning. Har den upphandlande myndigheten således tecknat parallella ramavtal med flera leverantörer, där samtliga villkor för avrop inte framgår av ramavtalet, ska parterna enligt 5 kap. 7 § LOU inbjudas att i en s.k. *förnyad konkurrensutsättning* på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet. Förekommande anbud ska i sådant fall lämnas skriftligen varefter den upphandlande myndigheten ska tilldela varje enskilt kontrakt till den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grundval av tilldelningskriterier i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

villkor som ska tillämpas.²⁸ Det är således inte möjligt att avropa exempelvis varor och tjänster med avvikelse från vad som ursprungligen har upphandlats eller att beställa annat än sådant som särskilt regleras i ramavtalet. Det är som regel heller inte möjligt att i efterhand samråda om eller komplettera redan upphandlande ramavtalsvillkor.²⁹

För det fall att avrop på ramavtal inte kan ske, exempelvis eftersom samtliga villkor för avrop inte reglerats, måste som huvudregel ny upphandling utlysas med iakttagande av LOU. Beställningar som ändå genomförs riskerar att betraktas som otillåtna direkttilldelningar.³⁰

I fråga om löpande beställningar som inte reglerats i ett tidigare upphandlat ramavtal, föreligger det normalt en obligatorisk skyldighet att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons³¹ inhämta konkurrerande anbud.³²

Undantagsvis får den upphandlande myndigheten, enligt 4 kap. 5-9 §§ LOU eller 15 kap. 3 § LOU³³ tillämpa *förhandlad upphandling utan föregående annonsering* eller *direktupphandling*, vilket inte innefattar något krav på annonsering. Dylig s.k. direkttilldelning får som huvudregel inom den klassiska sektorn ske endast om följande förutsättningar är uppfyllda:

- värdet av det som ska upphandlas har lågt värde, d.v.s. värdet uppgår till högst 15 procent av gällande tröskelvärde (f.n. c:a 288.000 kronor),³⁴ eller
- 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
- om det finns ”synnerliga skäl”.³⁵

Förhandlad upphandling utan föregående annonsering eller direktupphandling får i fråga om varuupphandling tillämpas även vid följande förhållanden:³⁶

1. det gäller varor som framställs endast för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål,
2. om det gäller kompletterande leveranser av varor från en ursprungligen upphandlad leverantör om a) varorna är avsedda som antingen delvis utbyte av eller tillägg till tidigare leveranser, och b) ett byte av leverantör skulle medföra att den upphandlande myndigheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll,
3. i fråga om varor som noteras och omsätts på en råvarumarknad, eller
4. det är möjligt att anskaffa varorna på särskilt förmånliga villkor i samband med konkursutförsäljning eller motsvarande.

²⁸ Enligt artikel 32.3 första stycket i det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) ska kontrakt som bygger på ett ramavtal som ingåtts med en enda leverantör tilldelas i enlighet med villkoren i ramavtalet.

²⁹ Av artikel 32.2 tredje stycket i det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) framgår att parterna inte får väsentligen ändra villkoren i ett ramavtal när tilldelning av kontrakt som bygger på ramavtalet sker.

³⁰ Se bl.a. EU-domstolens dom av den 19 juni 2008 i mål nr C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur*, REG 2008, s. I-4401.

³¹ Avseende annonseringskravet, se 15 kap. 2 § sista stycket samt 4 § LOU. Avseende skriftlighetskravet, se 15 kap. 8 § LOU.

³² Vid upphandling av varor och A-tjänster under tröskelvärdet eller av B-tjänster räcker det enligt 15 kap. 4 § LOU med att upphandlingen kungörs i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens.

³³ 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.

³⁴ 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 1.897.540 kronor se tidigare fotnot, jämte regeringens tillkännagivande (2011:1575) av tröskelvärdet vid offentlig upphandling.

³⁵ Undantaget vid ”synnerliga skäl” är tillämplig bara vid upphandling enligt de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU, för upphandlingar under tröskelvärdet eller av B-tjänster (se 15 kap. 3 § LOU).

³⁶ Se 4 kap. 7 § LOU.

Undantaget vid synnerlig brådska gäller enbart oförutsedd brådska³⁷ Sådan egenförvällad brådska hos den upphandlande myndigheten som kan ha uppkommit till följd av exempelvis bristande planering, grundar sålunda inte rätt till direktupphandling. Vidare ska enligt EU-domstolens fasta rättspraxis³⁸ möjlighet till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EU- fördraget inom området för offentlig upphandling tolkas restriktivt³⁹ och att det ankommer på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.⁴⁰

Med stöd av ändringar som införts i lagen från och med den 15 juli 2010 ska enligt 16 kap. 13 § LOU 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 föreliggande.⁴¹ Talan om sådan avtalsogiltighet måste dock, enligt 16 kap. 17 § LOU, väckas inom sex (6) månader från det att avtalet slöts.

Den upphandlande myndigheten kan i fall av otillåten direkttilldelning även förpliktas utge s.k. upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU. Även denna sanktion har införts 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.

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 kontraktetsvärde. I rättspraxis har avgiften som regel kommit att bestämmas till omkring 7 procent av det aktuella kontraktetsvärde.⁴²

En upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i LOU ska också ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör. Skadeståndet ska bestämmas så att den som kan visa rätt till skadestånd ska försättas i samma läge som om ett anbudsförfarande hade fullgjorts på ett riktigt sätt, d.v.s. full kompensation för utebliven samkostnadstäckning och handelsvinst.⁴³

I fall där den upphandlande myndigheten felaktigt underlåtit att infordra anbud, låter det sig emellertid inte lika enkelt fastställas vilken leverantör som skulle ha fått kontraktet, om anbud hade infordrats och kriterierna hade preciserats i beställarens uppfordran (hypotetisk upphandling). Ofta kan det inte beträffande någon leverantör sägas att denne skulle ha fått kontraktet. För att inte skyldigheten att infordra anbud skall urholkas, bör enligt rättspraxis den leverantör som i en sådan

³⁷ Den nu gällande undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU har förts över till från den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling - ÅLOU. Av lagförarbetsuttalanden (prop. 2001/02:142, s. 99) till bestämmelserna i 2 kap. 11 § (varor) och 5 kap. 17 § (tjänster) ÅLOU, vilka således fortfarande är aktuella (se prop. 2006/07:128, s. 429), framgår i fråga om vad som ska anses motivera synnerlig brådska bl.a. följande: ”Regeln är som tidigare avsedd främst för oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling”.

³⁸ Se RÅ Från senare EU-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.

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.

⁴¹ Rätten får emellertid, enligt 16 kap. 16 § (numera 16 kap. 14 §) 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.

⁴² Se bl.a. Förvaltningsrätten i Malmö, dom av den 9 juli 2012 i mål 4137-12, där Malmö kommun förpliktades att utge upphandlingsskadeavgift på 170.000 kronor motsvarande 7,5 procent av kontraktetsvärde samt Förvaltningsrätten i Umeå, dom av den 30 mars 2012 i mål 3834-11, där Luleå tekniska universitet (LTU) förpliktades att utge upphandlingsskadeavgift med 100.000 kronor, motsvarande c:a 8,5 procent av det aktuella kontraktetsvärde.

⁴³ Se NJA 1998 s. 873 (*Arkitektjänst i Uppsala ./. Heby kommun*) samt NJA 2007 s. 349 (*Rederi AB Ishavet ./. Göteborgs kommun*).

situation sannolikt skulle ha lämnat ett anbud, och som därvid skulle ha haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet, kunna få skadestånd. Detta kan enligt vad Högsta domstolen uttalat i NJA 2007 s. 349 behöva uppgå till mer än nerlagda kostnader, varför en skönsässig bedömning ska kunna ske där skadeståndet fastställs till ett skäligt belopp.⁴⁴ Det kan i dylika fall dock inte krävas att det varit sannolikt att leverantören vid en korrekt upphandling hade fått kontraktet, för att leverantören skall kunna få skadestånd med ett högre belopp än som motsvarar de kostnader som denne haft.⁴⁵

Yttrande

Uppsala kommun 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.

Kommunen är en sådan upphandlande myndighet som är skyldig att iaktta regelverket i LOU. Som framgår av utredningen har Kommunen beställt tändmoduler för leverans och installation utan annonserad upphandling. Av beställningens aktuella kontraktsvärde på totalt c:a 2,925 miljoner kronor hänför sig huvuddelen (1,71 miljoner kronor) till leverans av själva tändmodulerna (varuvärdet). I vart fall denna leverans omfattas inte av Kommunens tidigare upphandlade Huvudavtal med Vattenfall och kan därför heller inte avropas på detta avtal utan ny upphandling.

Med beaktande av att det samlade kontraktsvärdet överstiger tröskelvärdet för direktivstyrd upphandling på c:a 1,9 miljoner kronor skulle i första hand ett annonserat upphandlingsförfarande rätteligen ha genomförts med iakttagande av de på EU-direktiv styrda bestämmelserna i 1-14 kap. LOU. Alternativt skulle en ren varuupphandling ha genomförts enligt de nationella bestämmelserna under tröskelvärdet, varefter Kommunen, om möjligt, kunde ha avropat erforderliga installationsarbeten enligt Huvudavtalet. Upphandlingen skulle i vart fall ha genomförts genom ett annonserat förfarande enligt LOU, eftersom det inte är fråga om något sådant lågt värde att direktupphandling kan komma ifråga.

Genom att istället beställa aktuella tändmoduler direkt från Vattenfall har Kommunen således brutit mot LOU och de grundläggande principerna om likabehandling och öppenhet (transparens) som ytterst följer av EU-fördragen. Konkurrensen på området för försäljning av tändmoduler har härigenom snedvridits.

Någon möjlighet till undantag på grund av synnerlig brådska kan knappast ha förelegat eftersom eventuell brådska måste anses egenförvållad på grund av bristande planering. Några synnerliga skäl eller annan grund för direkttilldelning, såsom föreliggande ensamrätt föreligger heller inte.

Eftersom det numera har gått mer än sex månader sedan den aktuella beställningen genomfördes och avtal därmed slöts, kan avtalet inte längre förklaras ogiltigt med stöd av de rättsmedelsbestämmelser som numera finns införda i LOU.

Däremot riskerar Kommunen att kunna dömas att betala en straffavgift (upphandlingsskadeavgift) på i vart fall omkring 120.000 kronor. Kommunen riskerar även att tvingas betala skadestånd till leverantör som kan visa att denne sannolikt skulle ha lämnat anbud och därvid även ha haft en realistisk möjlighet att erhålla det aktuella kontraktet på leverans av 450 tändmoduler.

⁴⁴ Se ovannämnda avgörande NJA 2007 s. 349; jfr. NJA 2000 s. 712 (*Tvättsvamparna ./ Ekerö kommun*).

⁴⁵ Se ovannämnda avgörande NJA 2007 s. 349; jfr. även art. 1.3 i det första rättsmedelsdirektivet (89/665/EG) samt ingressen till och art. 2.7 i det andra rättsmedelsdirektivet (2007/66/EG), vari talas om risk för skada respektive realistisk möjlighet att få kontraktet.