

## KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 05-014

PM-2 2005-06-15 SLUTLIG BEDÖMNING

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

*Vindelns kommun har utan föregående infordran av konkurrerande anbud på marknaden träffat avtal om byggtreprenadarbeten direkt från ett privat företag.*

Vindelns kommun har genom kontrakt den 27 april 2005 tecknat avtal med Entreprenadföretag B avseende om- och tillbyggnad av Vindelns avloppsreningsverk.<sup>[1]</sup>

Av tillgängliga kontraktshandlingar, rubricerade som ”KONTRAKT för leverans av anläggning enligt ABA 99” framgår att de kontrakterade arbetenas omfattning avser ”Om- och tillbyggnad av Vindelns avloppsreningsverk i enlighet med framtida förfrågningsunderlag / bygghandling som i huvuddrag baseras på tidigare upprättat principförslag avseende tekniska lösningar daterat 2002-03-01 / ombyggnad av process inklusive mottagande av externslam, mark, luft värme & sanitet. Huvuddelar i ombyggnaden är: (1) Maskininstallationer (2) Markarbeten, (3) Byggnadsarbeten (4) Luftbehandlingsinstallationer (5) Värme- och sanitetsinstallationer (6) Elinstallationer (7) Styr och övervakningssystem, samt erforderligt ingenjörsarbete”.

Arbetena skall utföras på löpande räkning<sup>[2]</sup>. Avtalad entreprenadersättning kan emellertid med ledning av avtalad<sup>[3]</sup> betalningsplan och kommunens kostnadsbedömning<sup>[4]</sup> uppskattas till mellan 8,5 och 10,8 miljoner kronor.

Av entreprenadkontraktet framgår vidare att ”Leverantören genomför konkurrensutsatt upphandling av utrustningar och entreprenader i enlighet med gällande regler för offentlig upphandling. Utvärdering av anbud och val av utrustningar sker i samråd med beställaren. Leverantören debiterar ett entreprenörsarvode på 16 % på upphandlade entreprenader, leveranser och tjänster. Arvode debiteras även på tillkommande arbeten. Arvodet avser projektsamordning, entreprenadadministration samt övertagande av genomförandegarantier”.

Vindelns kommun har tidigare upphandlat entreprenadarbeten i samband med förändring och ombyggnad av avloppsreningsverket. Denna anskaffning genomfördes som en förenklad upphandling enligt ett förfrågningsunderlag som upprättades den 12 september 2001. Av underlaget framgår att kommunen avsett att ”genomföra förändringsarbetena etappvis”<sup>[5]</sup> och att ombyggnaden av anläggningens slambehandling planerades som Etapp I av totalt två etapper. Till underlaget fanns upprättat ett principförslag avseende tekniska lösningar, daterat den 1 mars 2002.

Tilldelning avseende Etapp I skedde till en annan leverantör, Entreprenadföretag A, enligt ett ”KONTRAKT för leverans av anläggning enligt ABA 99” som tecknades den 5 augusti 2002. Arbetena enligt Etapp I har numera slutförts. Efter slutförandet har delar av den i arbetet engagerade personalen gått över från Entreprenadföretag A till Entreprenadföretag B.

Den anskaffning, varom nu är i fråga, avser i allt väsentligt den sedan tidigare planerade Etapp II. Något upphandlingsunderlag motsvarande det som utformades för Etapp I har emellertid inte upprättats. Kontraktets hänvisning till ett principförslag avseende tekniska lösningar torde avse samma dokument som ingick i underlaget för upphandlingen av Etapp I.

Upphandlingen av Etapp II har inte annonserats och konkurrerande anbud har aldrig infordrats på den allmänna marknaden. Inte ens något skriftligt förfrågningsunderlag har upprättats. Varken den för Etapp I kontrakterade leverantören (Entreprenadföretaget A) eller

andra entreprenadföretag har således betetts möjlighet att lämna anbud avseende Etapp II i om- och tillbyggnaden av Vindelns avloppsreningsverk.

Länsrätten i Västerbottens län har genom ännu inte lagakraftvunnen dom den 3 juni 2005 förordnat att upphandlingen skall göras om.<sup>[6]</sup>

## Gällande rätt

All offentlig upphandling och vad som äger samband med den, regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. [7]

För upphandlingar av bygg- och anläggningsarbeten vars samlade kontraktsvärde understiger det i lagen angivna tröskelvärde 5 miljoner euro eller 46,134 miljoner kronor<sup>[8]</sup>, skall bestämmelserna i 1 kap. 1-6§§ samt 6 kap. LOU tillämpas. För entreprenadupphandlingar som överstiger detta värde eller som avser varor eller vissa tjänster enligt bilaga A till LOU vars värde överstiger 200.000 euro eller 1,845 miljoner kronor, skall däremot de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap., 2, kap., 3 kap. eller 5 kap. LOU tillämpas.<sup>[9]</sup>

Lagens bestämmelser bygger i angivet avseende på Europeiska rådets direktiv om offentlig upphandling<sup>[10]</sup>, och på de principer, bl.a. *likabehandlingsprincipen*, som bär upp den centrala gemenskapsrätten. Enligt denna princip, som är tillämplig på all upphandling såväl över som under tröskelvärdena, skall samtliga tänkbara leverantörer ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta med anbud vid offentlig upphandling. Vissa leverantörer eller grupper av leverantörer får inte ensidigt gynnas.

Skyldighet att följa lagens bestämmelser åvilar samtliga statliga, kommunala och andra myndigheter samt beslutande församlingar i kommuner och landsting, vilka enligt lagens terminologi benämns som ”*upphandlande enheter*”. Med ”*upphandling*” avses samtliga köp av varor, tjänster eller byggentreprenader som upphandlande enheter gör från fristående rättssubjekt.<sup>[11]</sup>

Upphandlingslagens bestämmelser är därvid tvingande för de upphandlande enheterna. Lagens bestämmelser behöver enligt 5 kap. 2 § LOU emellertid inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning, som är förenlig med Romfördraget, har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra dessa. Den omständighet att en upphandlande enhet tror sig veta att enbart viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av vissa tjänster (s.k. faktiska ensamsituationer) medför däremot inte undantag från huvudregeln att upphandling i enlighet med lagens bestämmelser ändå måste genomföras.<sup>[12]</sup>

Oberoende av kontraktsvärdet föreligger det en obligatorisk skyldighet för upphandlande enheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar.<sup>[13]</sup>

Samtliga företag som tillhandahåller den aktuella typen av tjänster (”leverantörer”) skall därvid lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (”anbudsansökan”).

Under följande förutsättningar föreligger vid entreprenadupphandlingar<sup>[14]</sup> enligt 3 kap. 15 § eller 6 kap. 2 § andra stycket samt 2 b § LOU undantag från denna skyldighet:

- om arbetena av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan utföras av endast en viss leverantör,
- om det är absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till den upphandlande enheten, gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett annonserat förfarande,
- om upphandlingen gäller tilläggsarbeten av den ursprungliga leverantören som inte omfattas av det först avsedda projektet eller av en föregående upphandling, men som på grund av oförutsedda omständigheter blivit nödvändiga för arbetets utförande, under förutsättning att tilläggsarbetena inte utan tekniska eller ekonomiska olägenheter kan skiljas från det ursprungliga upphandlingskontraktet, eller att tilläggsarbetena är absolut nödvändiga för att byggentreprenaden skall kunna slutföras, eller
- om upphandlingen gäller nya arbeten som består enbart av en upprepning av arbeten ingående i ett projekt som tidigare varit föremål för öppen eller selektiv upphandling och arbetena tilldelas samma leverantör som tidigare fått upphandlingskontraktet, om dessa nya arbeten beställs inom tre år efter det att det ursprungliga

kontraktet slöts och värdet av de nya arbetena ingått i tröskelvärdeberäkningen och annonserats i samband med det ursprungliga projektet.

Direktupphandling kan vidare tillämpas enligt 6 kap. 2 § LOU, om det föreligger synnerliga skäl, såsom exempelvis lågt värde eller synnerlig brådska som inte kan hänföras till den upphandlande enheten. Någon möjlighet att under andra förutsättningar upphandla entreprenadarbeten direkt från en viss leverantör föreligger inte.

Enligt EU-fördraget gäller vidare en allmän princip om likabehandling. Fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, giltighet som svensk lag. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen att "*Den i Romfördraget centrala likabehandlingsprincipen återfinns bl.a. i artikel 6 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Andra uttryckliga likabehandlingsprinciper återfinns i artikel 40 tredje stycket i Romfördraget angående likabehandling mellan producenter och konsumenter inom den gemensamma jordbrukspolitikerna samt i artikel 119 i Romfördraget när det gäller lika lön för kvinnor och män. EG-domstolen har dock slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen*".<sup>[15]</sup> Den allmänna likabehandlingsprincipen får förstås så att en medlemsstats myndigheter inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa (t.ex. inhemska) leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

Vid otillåten direktupphandling, d.v.s. där en upphandling utan lagligen grundade skäl har genomförts direkt från viss leverantör, kan den upphandlande enheten bli skadeståndsskyldig enligt 7 kap. 6 § LOU. En upphandlande enhet som inte följt lagens bestämmelser skall därvid ersätta härigenom uppkommen skada för leverantör. Med "*uppkommen skada*" avses enligt lagens förarbeten inte bara onödiga kostnader m.m. (*damnum emergens*) utan även utebliven vinst på grund av att leverantören går miste om den intäkt som uppdraget skulle ha medfört (*lucrum cessans*).<sup>[16]</sup> Talan om skadestånd kan enligt samma kapitel 8 § väckas av leverantör vid allmän domstol. Talan skall väckas inom ett år från den dag då avtal för upphandlingen slöts.

Otillåten direktupphandling kan även föranleda att en förfördelad leverantör med stöd av 7 kap. 2 § LOU väcker talan om s.k. överprövning i allmän förvaltningsdomstol (länsrätt) i syfte att tvinga fram ett korrekt upphandlingsförfarande. Av 7 kap. 2 § LOU framgår att andra upphandlingar än direktupphandlingar kan överprövas fram till den tidpunkt då ett "upphandlingskontrakt" föreligger. Med "upphandlingskontrakt" avses enligt legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU "*...skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt denna lag*". En upphandling kan således överprövas i domstol fram till den tidpunkt då det (1) föreligger ett kontrakt grundat på en lagligen genomförd upphandling samt (2) tio dagar har förflutit från det att ett meddelande om tilldelningsbeslut enligt 1 kap. 28 § LOU har lämnats.<sup>[17]</sup>

Av specialmotiveringen i propositionen till nuvarande 7 kap. 2 § LOU framgår att "*en ansökan om överprövning vid annan upphandling än direktupphandling får prövas fram till den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt föreligger*" samt att "*Det gäller även i den situationen att det föreligger synnerlig brådska*" samt att "*Om förutsättningar för direktupphandling inte föreligger gäller såväl bestämmelsen i 1 kap. 28 § som tredje stycket i den här aktuella bestämmelsen. Vid otillåten direktupphandling kan en leverantör således begära överprövning av upphandlingen även om avtal slutits med en annan leverantör så länge kraven på upphandlingskontrakt och tidsfrist i tredje stycket inte är uppfyllda*".<sup>[18]</sup>

I enlighet med av Regeringsrätten stadfäst praxis i det s.k. Ryanairmålet (ännu ej publicerat i RÅ).<sup>[19]</sup> skall ett ställningstagande från en upphandlande enhet att vid sidan av

ett offentligt upphandlingsförfarande anlita viss leverantör kunna överprövas i domstol utan begränsning av den omständigheten att avtal redan föreligger.<sup>[20]</sup>

### Yttrande

Vindelns 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.

Av utredningen i ärendet framgår att Vindelns kommun beslutat köpa entreprenadarbeten för ombyggnad av det kommunala avloppsreningsverket direkt från Entreprenadföretag B och utan föregående anbudsinfordran i enlighet med lagen om offentlig upphandling.

Upphandlingen omfattar entreprenadarbeten till ett sådant värde att 6 kap. LOU skall tillämpas. Enligt dessa bestämmelser skall som huvudregel ett skriftligt underlag upprättas innan upphandlingen påbörjas. Upphandlingen skall därefter annonseras på ett sätt som leder till en effektiv konkurrens, varvid samtliga intresserade leverantörer skall ha rätt att lämna anbud.

Undantagsvis kan den upphandlande enheten vända sig till endast en leverantör, om vissa i lagen angivna förutsättningar befinns uppfyllda. Såvitt framkommit av utredningen föreligger emellertid inte skäl till undantag för att upphandla aktuella tjänster direkt från Entreprenadföretag B. De aktuella entreprenadarbetena omfattas inte av någon lagstadgad ensamrätt (s.k. rättsligt monopol). Upphandlingen avser inte lågt värde. Någon synnerlig tidsnöd som inte beror på Vindelns kommun föreligger inte. Tidigare konkurrensupphandling av arbetena i Ettapp II har inte genomförts och det är vare sig fråga om tilläggsbeställningar eller upprepningsarbeten eftersom Entreprenadföretaget B inte är den ursprungliga leverantör som tidigare tilldelats kontrakt avseende liknande arbeten.

Inget av de i lagen om offentlig upphandling förekommande undantagen från kraven på upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden är således tillämpligt i det aktuella fallet, utan upphandling skall genomföras i enlighet med lagens bestämmelser.

Den omständigheten att kommunen funnit det bekvämare att teckna avtal direkt med det företag som för tillfället sysselsätter den personal som tidigare utfört liknande arbeten i Ettapp I motiverar inte annan bedömning.

Det aktuella avtalsförhållandet mellan Vindelns kommun och Entreprenadföretaget B står således i strid mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling. Den för lagen om offentlig upphandling jämte bakomliggande EU-direktiv centrala likabehandlingsprincipen har därmed åsidosatts samtidigt som konkurrensen på den lokala marknaden för entreprenadarbeten har snedvridits.

[1] Av kommunstyrelsens förslag till beslut "Förslag till renhållningstaxa för Köpings kommun" framgår bl.a. att det nya samarbetet i Vafab föranlett de delvis ändrade föreskrifterna i taxan.

[2] Förekommande fast kontraktspris skall enligt det av parterna använda formuläret ABA 99 anges under formulärets punkt 12 "kontraktspris", detta utrymme har i det aktuella kontraktet emellertid lämnats tomt. Hänvisning lämnas till att anläggningskostnad och entreprenörsarvode, övriga kostnader debiteras löpande.

[3] Se Vindelns kommun, som "KONTRAKT för leverans av anläggning enligt ABA 99" av den 27 april 2005, punkten 13, "Betaling". Därjämte tillkommer kostnad för "funktions- och prestandansvar" med 275.000 kronor, samt ett entreprenörsarvode med 16 % på sådana entreprenader, leveranser och tjänster som Byggföretag A enligt kontraktet skall upphandla i underentreprenad.

[4] Se Vindelns kommun, odaterat dokument, "Bedömd kostnad 2005.04 utifrån framräknad anläggningskostnad ..."

[5] Se Vindelns kommun, anbudsfrågan med inbjudan avseende anbud på medverkan vid ombyggnad av Vindelns avloppsreningsverk, daterad den 12 september 2001, sid. 1 och 3

- [6] Länsrätten i Västerbottens län, dom i mål 861-05 E, meddelad den 3 juni 2005.
- [7] Tidigare gällde för kommunerna ett normalreglemente för kommunal upphandling (UR), vilket under början av 1970-talet utarbetades med biträde av Svenska kommunförbundet och senare antogs av respektive kommun genom beslut av kommunfullmäktige. Enligt detta reglemente skall upphandling ske genom infordran av konkurrerande anbud (4-6 §§ UR). Upphandling direkt från viss leverantör får enligt 7 § UR endast ske i sådana fall där administrationskostnaderna eller tidsutdräkten vid ett mer formbundet upphandlingsförfarande inte skulle stå i rimligt förhållande till upphandlingens värde. Direktupphandling är enligt UR således möjlig endast vid upphandling av vara, arbete eller tjänst till smärre belopp samt när anbud på grund av brådskande och oförutsedda behov inte hinner införas. Denna huvudregel omfattade även köp från egna (kommunala) bolag, exempelvis renhållningsföretag, som bolaget själv skall utföra arbetet eller tjänsten som upphandlas.
- Direktupphandling utan stöd av särskilda skäl har i ett flertal avgöranden i praxis bedömts strida mot kommunalt upphandlingsreglemente. I ett avgörande från 1994 fann Kammarrätten i Stockholm att ett beslut av en kommunal fullmäktige-församling, att utan föregående infordran av anbud i konkurrens uppdrar åt en viss entreprenör att utföra renhållningen inom kommunen stred mot det kommunala upphandlingsreglementet.
- [8] Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från och med den 15 februari 2004, vid upphandlingar av varor och tjänster.
- [9] Avseende upphandling av varor, tjänster och byggentreprenadarbeten som görs av en upphandlande enhet för sådan av enheten bedrivna verksamhet som består av bl.a. drift eller tillhandahållande av fasta nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om produktion, transporter, distribution eller försörjning med dricksvatten, elektricitet, gas eller värme eller av leverans av sådana nyttigheter till fasta nät, skall istället för 2, 3 och 5 kap. LOU bestämmelserna i 4 kap. LOU tillämpas om kontraktets värde av upphandlingen övertiger angivna tröskelvärden.
- [10] Se Europeiska rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (det s.k. tjänsteupphandlingsdirektivet), direktivet 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor (det s.k. varuupphandlingsdirektivet) samt direktivet 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (det s.k. bygg- och anläggningsdirektivet).
- [11] Se legaldefinitionen på "upphandling" enligt 1 kap. 5 § LOU.
- [12] Se EU-domstolens dom den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, Kommissionen / . Förbundsrepubliken Tyskland. Målen gällde bl.a. fråga om upphandling av omhändertagande av avfall. Central rättsfråga i målen utgjorde huruvida en upphandlande enhet kan lägga sin subjektiva 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 EU:s upphandlingsdirektiv stadgade villkoren för att underlåta anbudsinfordran 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).
- 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 skall ske i konkurrens" (se punkterna 62 och 63). Förbundsrepubliken Tyskland fälldes således av EU-domstolen för att ha åsidosatt EU:s upphandlingsdirektiv 92/35/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 EU-kommissionen pressmeddelande den 25 oktober 2004- IP/04/1294 jfr även pressmeddelande den 31 mars 2004 – IP/04/428).
- [13] Se 3 kap. 10 §, 2 kap. 7 § eller 5 kap. 12 § samt 6 kap. 2 § första stycket och 2a § LOU.
- [14] För motsvarande undantag vid tjänsteupphandling, se 5 kap. 17 och 19 §§ eller 6 kap. 2 § andra stycket samt 2 b § LOU.
- [15] Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478
- [16] Skulle talan om överprövning vinna framgång kan den upphandlande enheten såsmåningom befinna sig i en situation där två avtal har kommit att träffas avseende samma leverans. För detta fall av dubbel avtalsbundenhet har lagförarbetena angivit följande: "Om civilrättslig avtalsbundenhet uppstår ... riskerar en upphandlande enhet att bli skadeståndsskyldig gentemot den leverantör som först tilldelats upphandlingskontraktet. Om allmän förvaltningsdomstol beslutar att upphandlingen skall göras om kan enheten inte rimligtvis fullfölja det första avtalet", således förväntas den upphandlande enheten honorera den senare, korrekt upphandlade, avtalet och möjligen skadeståndsvägen kompensera den tidigare leverantören för det avtal som felaktigt har direktupphandlats genom ett otillåtet förfarande, se prop. 1992/93:88, sid. 103.
- [17] Av aktuella lagförarbeten (prop. 2001/02:142 sid. 102) framgår därför att "Vid otillåten direktupphandling kan en leverantör således begära överprövning av upphandlingen även om avtal slutits med en annan leverantör så länge kraven på upphandlingskontrakt och tidsfrist i tredje stycket inte är uppfyllda".
- [18] Se prop. 2001/02:142 sid. 101 -102.
- [19] Se Regeringsrättens dom den 21 mars 2005 i mål nr. 8466-03 (Ryanair).
- [20] Se prop. 2001/02:142 sid. 78.