

## KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 06-043

PM 2 2007-03-07 SLUTLIG BEDÖMNING

### Fråga om snedvridning av konkurrensen genom underlåtenhet att tillämpa lagen om offentlig upphandling (förtäckt byggtreprenad).

*Östersunds kommun har utan föregående upphandlingsförfarande beslutat att köpa entreprenadarbeten för vissa tätbebyggelseanläggningar i samband med nyexploatering av ett bostadsområde.*

Kommunfullmäktige i Östersund beslutade vid sammanträde den 29 juni 2006 (KF § 110/06) att godkänna ett avtal varigenom kommunen bland annat köper arbeten för anläggning av allmänna platser och anläggningar i samband med exploateringen av ett nytt bostadsområde, Stadsdel Norr (dnr 1220-2006). Exploateringen skall ske på fastigheten Östersund Norr 2:1, före detta Jämtlands fältjägarregementets (I 5) tidigare kasern- och övningsområde.

Det aktuella avtalet, här nedan angivet som Ramavtalet, undertecknades den 24 maj 2006 och villkorades bl.a. av kommunfullmäktiges godkännande. Enligt Ramavtalet skall kommunen samverka med ett för ändamålet inrättat, privatägt företag, Fältjägaren Fastigheter AB (nedan Exploateringsbolaget). Kommunen skall enligt Ramavtalet, från staten g.m. Fortifikationsverket förvärva och till Exploateringsbolaget vidareförsälja visst markområde inom den aktuella fastigheten Östersund Norr 2:1<sup>[1]</sup>. Exploateringsbolaget skall å sin sida exploatera marken i enlighet med fördjupad översiktsplan (FÖP Norr)<sup>[2]</sup> med huvudsakligen bostadsbebyggelse och verksamhetslokaler<sup>[3]</sup>.

Enligt punkten 9.1 i Ramavtalet skall kommunen vara huvudman för att allmänna platser och anläggningar i form av gator, parker och grönområden anläggs inom området. Enligt punkten 9.2. samma avtal skall aktuella anläggningsarbeten utföras av Exploateringsbolaget ”...eftersom de är mycket nära förknippade och integrerade med den planerade bebyggelsen i området”. Utförandet skall vidare ske efter kommunens standard och följa gällande stadsmiljöprogram samt avse fullt färdig anläggning inklusive gatubeläggning, belysning, skyltar och eventuella trafikljus. Projekteringen skall för varje projekt kunna godkännas av kommunens representant och kommunen skall även ha rätt att utöva kontroll över arbetena efter egen bedömning. Efter godkänd slutbesiktning skall anläggningarna övertas av kommunen utan annan ersättning än vad som i övrigt regleras i avtalet.

Som ersättning för utförda anläggningsarbeten enligt Ramavtalet (punkten 9.2 ovan) skall kommunen enligt punkten 9.3 till Exploateringsbolaget utbetala ett ”exploateringsbidrag” på totalt 8,2 miljoner kronor. Om det, utöver vad som kunnats förutses i samband med Ramavtalet, skulle tillkomma ytterligare allmänna platser och anläggningar med kommunalt huvudmannaskap eller om kommunen skulle ställa högre krav på standard än som tidigare överenskommits mellan parterna skall enligt samma punkt i avtalet även ytterligare ”...kostnadsreglering ske”.

Av kommunledningsförvaltningens beredningspromemoria med förslag till kommunfullmäktige att godkänna Ramavtalet framgår bl.a. följande.

*”Merparten av allmänna platser och anläggningar ska utföras av [Exploateringsbolaget]. De är mycket nära förknippade och integrerade med den planerade bebyggelsen i området att kommunen bedömer att undantagsreglerna i 3 kap. 15 § 1 punkten LOU är tillämpliga. Undantagsreglerna innebär att förhandlad upphandling utan föregående annonsering får användas, om arbetena av bl.a. tekniska skäl endast kan utföras av en viss entreprenör. Ett sådant skäl kan vara att de gemensamma anläggningarna bör utföras i takt med bebyggelsen i området i teknisk samordning med exploatörens egna arbeten [Nytt stycke]De gator och vägar etc som skall vara allmän plats och således ägas av kommunen ersätts av kommunen efter en fördelning som gäller för exploateringsprinciper som tillämpas inom andra områden inom kommunen. Sammanlagt*

kommer kommunen att betala netto 8,2 miljoner kronor för de gator och anläggningar som kommunen skall ha et investeringsansvar för”.<sup>[4]</sup>

Ramavtalet är för sin giltighet villkorat av bland annat att kommunens förvärv av aktuellt markområde från staten g.m. Fortifikationsverket fullföljs samt att fastighetsbildning enligt kommunens vidareöverlåtelse av marken till Exploateringsbolaget vinner laga kraft.

Någon upphandling av aktuella entreprenadarbeten i enligt med bestämmelserna i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU – genomfördes aldrig.

Mot kommunfullmäktiges beslut anförde ett antal kommunmedlemmar laglighetsbesvär i domstol. Frågan om det aktuella beslutets (KF § 110/06) laglighet enligt LOU prövades emellertid aldrig av domstolen, utan processen inskränkte sig till en prövning enligt 10 kap. 8 § kommunallagen (1991:900). Enligt 7 kap. 5 § LOU gäller nämligen ett förbud mot laglighetsprövning enligt kommunallagen av beslut på vilka LOU är tillämpliga. Länsrätten fann vid sin prövning att någon överträdelse av enligt 10 kap. 8 § kommunallagen inte skett och avslog därför talan om laglighetsbesvär.<sup>[5]</sup>

### Gällande rätt

Offentlig upphandling regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Bestämmelserna är, såvitt inte några i lagen införda undantag anger motsatsen, tillämplig på samtliga avtal som omfattar köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggentreprenader eller tjänster och som ingås av s.k. *upphandlande enheter*<sup>[6]</sup>. Med upphandlande enhet avses i lagen bland annat kommunala myndigheter.

Hur upphandling skall genomföras regleras i lagen för samtliga fall. Upphandling av bygg- och entreprenadarbeten<sup>[7]</sup> där det samlade upphandlingsvärdet understiger tröskelvärdet 5 miljoner euro eller 45,670 miljoner kronor<sup>[8]</sup> skall alltid handläggas enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU (normalt genom förfarandena *förenklad upphandling* eller *urvals upphandling*). Överstiger det samlade upphandlingsvärdet angivna tröskelvärden, skall handläggning däremot ske enligt bestämmelserna i 1 kap. och 3 kap. LOU (normalt genom förfarandena *öppen upphandling* eller *selektiv upphandling*).<sup>[9]</sup> Vad som skall anses utgöra entreprenadarbeten regleras genom Europeiska rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (bygg- och anläggningsdirektivet) samt bilaga C till LOU (s.k. C-arbeten)

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som huvudregel att upphandling skall genomföras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt på ett affärsmässigt sätt. Upphandling skall således ske genom effektiv konkurrens varvid tänkbara leverantörer skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Därtill hör att anskaffning skall ske under öppna, dokumenterade och förutsebara former som medför lika behandling (se nedan om EG-Romfördraget). Lagens bestämmelser medför bland annat att skattebetalarna skyddas mot onödigt höga kostnader samt motverkar korruption i offentlig sektor.

De centrala gemenskapsrättsliga principer som kommit till uttryck genom bl.a. EU-fördraget, Europeiska unionens upphandlingsdirektiv samt därtill anslutande gemenskapsrättslig praxis, skall äga tillämpning på all offentlig upphandling, således även på sådana förfaranden som omfattas av de nationella bestämmelser som finns införda i 6 kap. LOU.<sup>[10]</sup>

Vid samtliga fall av köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggentreprenader eller tjänster är upphandlingslagens bestämmelser som regel tvingande för de upphandlande enheterna. En förutsättning för att upphandlingslagens bestämmelser skall vara tillämpliga är dock att avtalet innefattar ”ekonomiska villkor”, d.v.s. att något slags vederlag utgår från den upphandlande enheten som motprestation för utförda arbeten.<sup>[11]</sup> Bestämmelser behöver dock inte tillämpas vid upphandling av arbeten från en annan upphandlande enhet som på

grund av lag eller annan författning, som är förenlig med Romfördraget, har ensamrätt (enbart rättsligt grundade monopol)<sup>121</sup> på att utföra dessa.<sup>123</sup>

EG-domstolen har i ett flertal avgöranden uttalat att det följer av artikel 1 c i bygg- och anläggningsdirektivet att frågan huruvida det föreligger ett byggnadsverk skall bedömas med utgångspunkt i den ekonomiska eller tekniska funktion som är resultatet av bygg- och anläggningsarbetena.<sup>124</sup> Fråga om upphandlingsbestämmelsernas tillämpning på kontrakt för tätbebyggelseanläggningar (målet gällde bl.a. iordningställandet av en parkeringsplats) bedömdes av EG-domstolen i bland annat målet *La Scala*(C-399/98).

EG-domstolen hade i målet att bedöma ett förfarande där staden Milano utan föregående offentlig upphandling hade tilldelat ett entreprenadkontrakt avseende vissa tätbebyggelseanläggningar till ett privat byggkonsortium, Konsortiet skulle bl.a. tillhandahålla staden entreprenadarbeten för iordningställandet av en parkeringsplats mot att som ersättning få avräkna vissa stadsplaneringsavgifter som konsortiet annars hade varit skyldigt att erlagga till staden. Möjligheten att sluta ett sådant avtal reglerades i nationell (Italiensk) lagstiftning. EG-domstolen – vilken inledningsvis konstaterade att kvittningen mot stadsplaneringsavgifterna utgjorde vederlag för arbetenas utförande och att entreprenadkontraktet följaktligen innehöll ”ekonomiska villkor” i enlighet med gällande direktivbestämmelse – fastslog att upphandlingsskyldighet avseende arbetenas utförande därmed förelåg. Den omständigheten att det aktuella byggkonsortiet på uppdrag av privata byggherrar genomförde andra och mycket omfattande entreprenadarbeten i området medförde inte annan bedömning. Domstolen anförde bl.a. följande ”...*de tätbebyggelseanläggningar som anges ... [kan] mycket väl anses utgöra offentliga arbeten dels på grund av att de, med hänsyn till sina funktionella egenskaper, avser att uppfylla stadsplaneringskrav som avser mer än enbart individuell boendemiljö, dels på grund av att den behöriga myndigheten på rättslig grund har kontroll över dem och garanteras tillgång i syfte att kunna tillse att samtliga boende i området kan komma i åtnjutande av anläggningarna. Dessa omständigheter är av betydelse eftersom de bekräftar att de anläggningar som skall uppföras, redan från början, var avsedda för offentlig användning*” (pp. 67 och 68).<sup>125</sup>

När en upphandlande enhet uppdrar åt någon annan att mot vederlag (”ekonomiska villkor”) utföra entreprenadarbeten avseende allmänna anläggningar, skall detta således anses som ett offentligt upphandlingskontrakt som måste underkastas ett offentligt upphandlingsförfarande.

Även samarbete genom de nya samarbets- och finansieringsformerna ”offentlig-privata partnerskap”(PPP)<sup>126</sup> eller privat finansiering (PFI) skall om samarbetet innefattar något i lagen beskrivet förfogande (köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggentreprenader eller tjänster) således upphandlas enligt LOU, såvida något uttryckligt undantag inte framgår av lag. Förekomsten av PPP eller PFI medför således inte undantag från gällande bestämmelser.

Oberoende av kontraktsvärdet föreligger det som regel en obligatorisk skyldighet för upphandlande enheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar.<sup>127</sup> Upphandlingar avseende entreprenadarbeten (s.k. C-arbeten) under tröskelvärdet skall enligt huvudregeln i 6 kap. 2 a § LOU annonseras i en allmänt tillgänglig elektronisk databas eller genom annons i annan form som leder till effektiv konkurrens.

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

Under följande förutsättningar föreligger enligt 6 kap. 2 § andra stycket samt 2 b § LOU<sup>128</sup> 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 byggtreprenaden 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.

Avseende undantaget för ”tekniska skäl, konstnärliga skäl eller ensamrätt” framgår av lagförarbetena att aktuella arbeten skall vara av sådant slag att ”...de kan levereras av endast en viss leverantör och detta beror på antingen att leverantören har en ensamrätt eller har vissa konstnärliga färdigheter, som gör att han i praktiken är den ende som kan utföra beställningen”.<sup>[19]</sup>

Som exempel på ”tekniska skäl” anges i doktrinen att ”... den upphandlande enheten söker en viss sakkunskap som bara innehas av en särskild leverantör, om t.ex. en upphandlande enhet ... önskar jämförelsetesta [en viss modell] mot en speciell formel framtagen av viss leverantör, kan detta undantag vara lämpligt”.<sup>[20]</sup> Med ”ensamrätt” avses legala ensamrätter (upphovsrätter eller rättsligt grundade monopol)<sup>[21]</sup>.

Den omständigheten att den upphandlande enheten tror sig veta att enbart viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av aktuella arbeten (s.k. faktisk ensamsituation) eller att det framstår som mest lämpligt att aktuella arbeten tillhandahålls av viss leverantör, medför däremot inte något undantag från lagens huvudregel att upphandling ändå måste genomföras.<sup>[22]</sup>

Den upphandlande enheten kan vidare välja att tillämpa så kallad *direktupphandling* enligt 6 kap. 2 § LOU. Upphandling kan under sådant förhållande ske formlöst, direkt från viss leverantör. Detta förfarande får dock enbart användas om det föreligger synnerliga skäl, 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 EG-Romfördraget gäller 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 (se prop. 1994/95:1 sid. 478) 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”. 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 s.k. otillåten direktupphandling, d.v.s. där en upphandling utan lagligen grundade skäl har genomförts direkt från viss leverantör, kan en förfördelad leverantör med stöd av 7 kap. 2 § LOU väcka talan om s.k. överprövning i allmän förvaltningsdomstol (länsrätt) i syfte att tvinga fram ett korrekt upphandlingsförfarande. Av 7 kap. 1 § 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>[23]</sup>

I specialmotiveringen till nuvarande 7 kap. 2 § LOU kommenteras bestämmelsen enligt följande: ”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>[24]</sup> I enlighet med svensk rättspraxis, det s.k. Ryanairmålet (RÅ 2005 ref. 10), skall ett ställningstagande från en upphandlande enhet att vid sidan av ett offentligt upphandlingsförfarande anlita en viss leverantör kunna överprövas i domstol utan begränsning av den omständigheten att avtal redan föreligger.<sup>[25]</sup>

### Yttrande

Östersunds kommun har i yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet uppgivit att kommunen i yttrande till Länsrätten i Jämtlands län har redogjort för att den har tillämnat bestämmelser i LOU. Det aktuella exploateringsbidraget utgör vidare hälften av den beräknade kostnader för denna typ av anläggningar för vilka exploatören delvis bär kostnaden. Andra arbeten, för vilka kommunen skall ansvara ensam, kommer att upphandlas i konkurrens. Kommunens erfarenhet från andra kommuner är vidare att det är vanligt att exploatörer utför även kommunala arbeten för iordningställande av gemensamhetsytor och anläggningar. Östersunds kommun anser således att den vid exploateringen av Stadsdel Norr har iakttagit affärsmässighet och inte snedvridit konkurrensen.

-

### 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.

I det aktuella ärendet har kommunfullmäktige i Östersund ingått en serie överenskommelser innebärande att kommunen till Exploateringsbolaget bland annat skall utbetala ett ”exploateringsbidrag” på totalt 8,2 miljoner kronor mot att bolaget skall utföra sådana tätbebyggelseanläggningar, i form av allmänna platser, gator, parker och grönområden, som kommunen har påtagit sig huvudmannaansvaret för och som är avsedda för offentlig användning.

Såvitt framgår av Ramavtalets reglering jämte övriga underlag för parternas prestationer utgör det avtalade exploateringsbidraget, oaktat sin benämning, ett vederlag för beställda arbeten enligt bilaga C till LOU. Det kommunala uppdrag som har lämnats till Exploateringsbolaget innefattar således köp av entreprenadarbeten. Eftersom kontraktsvärdet understiger gällande tröskelvärde skall förfarandet rätteligen bedömas enligt det nationellt bestämda regelverk som finns infört i 6 kap. LOU.

De avtalade entreprenadarbetena är inte av sådan art att de kan levereras endast av Exploateringsbolaget, det vill säga att detta bolag har en ensamrätt eller besitter vissa konstnärliga eller tekniska färdigheter som gör att bolaget i praktiken är den ende som kan utföra beställningen. Tvärtom är det i samband med större markexploateringar inte ovanligt att kommunala arbeten för iordningställandet av gemensamhetsytor och anläggningar som gator och parker m.m. utförs separat från den övriga byggverksamheten, vilken som regel har privata byggherrar.

Någon av de förutsättningar för undantag som anges i LOU, att aktuella arbeten av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt skulle kunna utföras endast av viss leverantör, är inte uppfyllda i förevarande fall, och den omständigheten att Östersunds kommun möjligen kan ha bedömt det som angeläget ur lämplighetssynpunkt att aktuella arbeten utförs av Exploateringsbolaget medför inte undantag från lagens reglering om att anbud ändå måste inhämtas genom ett annonserat förfarande.

Uppdraget att utföra kommunala tätbebyggelseanläggningar i samband med nyexploateringen av Stadsdel Norr omfattas inte av någon lagstadgad ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) för Exploateringsbolaget och upphandlingen avser inte något sådant lågt värde att s.k. direktupphandling kan komma ifråga. Någon tidsnöd som inte beror på Östersunds kommun eller något annat synnerligt skäl för direktupphandling har heller inte visats föreligga. Upphandlingen skulle således rätteligen ha annonserats i enlighet med huvudregeln i 6 kap. 2 a § LOU. Genom att underlåta detta har Östersunds kommun brutit mot kravet på affärsmässighet enligt 1 kap. 4 § samma lag samt snedvridit konkurrensen.

<sup>[1]</sup> Enligt Ramavtalet punkten 1 andra stycket pågår förhandlingar mellan kommunen och staten om förvärv av c:a 225 hektar mark av bl.a. I 5:s tidigare övningsområde. Delar av detta område skall enligt Ramavtalet, samma punkt, sjätte stycket samt punkten 5.1. kommunen vidareförsälja till Exploateringsbolaget för en överenskommen köpeskilling av 11 miljoner kronor.

<sup>[2]</sup> Ett förslag om fördjupad översiktsplan för området Stadsdel Norr (FÖP Norr) antogs av kommunfullmäktige i Östersund vid sammanträdet den 29 juni 2006 (KF § 109/06).

<sup>[3]</sup> Enligt Ramavtalet punkten 2 andra stycket skall Exploateringsbolaget, om marknaden så medger och förutsatt att de inte uppstår förseningar som inte bolaget råder över, senast år 2010 inom kasernområdet ha byggt c:a 200 bostäder samt inom övningsområdet ha exploaterat ett 100-tal tomter för enbostadshus.

<sup>[4]</sup> Östersunds kommun, Kommunledningsförvaltningen, ”TJÄNSTEMANNAFÖRSLAG Ramavtal Stadsdel Norr”, upprättat 2006-05-27 och reviderat 2006-06-01 (dnr 1220-2006), sid, 2 tredje stycket.

<sup>[5]</sup> Länsrätten i Jämtlands län, dom den 5 december 2006 i mål 697-06, Prövningen gällde förutom det nu aktuella beslutet, under § 110, även ett beslut som fattades under § 111. Avseende detta senare beslut framgick av domskälen bl.a. följande ”Vad härefter angår kommunfullmäktiges beslut under § 111 har klagandena som grund för talan, förutom den omständighet som åberopats till deras talan under § 110 även gjort gällande att kommunens förfarande står i strid mot bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling (LOU)”.

<sup>[6]</sup> Se 1 kap. 5 § samt 1 kap. 2 § LOU.

<sup>[7]</sup> Med byggtreprenad avses enligt lagen:

- (1.) utförande eller såväl projektering som utförande av arbeten som kan hänföras till någon i bilaga C till LOU angivna verksamhet, eller
- (2.) resultatet av ett bygnads- och anläggningsarbete i dess helhet, vilket i sig självt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk enhet (enligt Nord i specialkommentaren i Karnov är definitionen delvis otydlig men torde innebära att ett arbete, vars färdiga resultat inte självständigt har någon funktion att fylla inte är en byggtreprenad), denna punkt saknas dock i definitionen av bygg- och anläggningsarbeten inom försörjningssektorerna, eller
- (3.) utförande av vad slag det vara må, av bygg- och anläggningsarbete som motsvarar de av den upphandlande enheten angivna kraven (översättningen här av engelskans ”the execution, by whatever means, of a work corresponding to the requirements specified by the contracting authority” överensstämmer inte helt med den som finns i direktivet på svenska). Sistnämnda punkt har inte tagits in i definitionen i LOU.

<sup>[8]</sup> Se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Gällande tröskelvärde från och med den 1 januari 2006..

<sup>[9]</sup> 6 kap 1 § 1 stycket, 3 mom., LOU.

<sup>[10]</sup> Se EG-domstolens dom av den 3 december 2001 i målet Vestergaard (C-59/00). Domstolen fastslog därvid att ”även om vissa avtal inte omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsdirektiven på området för offentlig upphandling är de upphandlande myndigheter som ingår sådana avtal ändå skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler” (punkt 20) - för ett liknande resonemang, se även EG-domstolens dom av den 7 december 2000 i målet *Telaustria et Telefonadress*(C-324/98), punkt 60, samt med avseende på annat än upphandling (konsessioner) *Parking Brixen*, (C-458-03).

<sup>[11]</sup> Se artikel 1 a i Europeiska rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten.

<sup>[12]</sup> Se prop. 1992/93:88 s. 96: ”Den ensamrätt som avses ... är en författningsbestämd ensamrätt, dvs. i praktiken ett monopol. Den situation som möjligen kan tänkas för svensk del skulle vara att upphandling skulle behövas göras av bilprovningstjänster eller vissa anläggningsprovningstjänster”.

<sup>[13]</sup> Se 5 kap. 2 § LOU. Den aktuella undantagsbestämmelsens avser enbart upphandlingar av tjänster. Frågan om liknande tillämpning avseende entreprenadarbeten enligt 3 kap. LOU är för närvarande föremål för bedömning av EG-domstolen i målet *Auroux*(C-220/05). Någon dom föreligger ännu inte, men domstolens generaladvokat har avgivit yttrande i målet.

<sup>[14]</sup> Se EG-domstolens dom av den 27 oktober 2005 i de förenade målen *Kommissionen mot Italien* (C-187/04 och C-188/04) samt domstolens dom den 18 januari 2007 i målet *Auroux* (C-220/05).

<sup>[15]</sup> EG-domstolen, dom den 12 juli 2001 i mål C-399/98, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi m.fl. / . Comune di Milano m.fl.* (La Scala-målet) – REG I-5409.

<sup>[16]</sup> Offentligt privata partnerskap eller Public Private Partnership (PPP) har sitt ursprung i Storbritannien, där begreppet skapades. I Storbritannien upphandlas regelbundet PPP-avtal i enlighet med nationell lagstiftning. PPP är således ursprungligen inte avsett för att kringgå offentlig upphandling. Avseende svenska förhållanden har Nämnden för offentlig upphandling (NOU) i juni 2004 avgivit yttrande avseende PPP till Regeringen med dnr. 2004/0143-22. I yttrandet definieras PPP som sådana offentliga kontrakt som i dag inte

omfattas av gällande upphandlingslagstiftning. Förekomsten av PPP kan således inte i något avseende medföra undantag från gällande upphandlingsbestämmelser.

<sup>[17]</sup> Se 3 kap. 10 §, 2 kap. 7 § eller 5 kap. 12 § samt 6 kap. 2 § första stycket och 2a § LOU.

<sup>[18]</sup> Bestämmelsen motsvaras av ett likartat stadgande för upphandlingar över tröskelvärdet som finns införd bl.a. i 3 kap. 15 § punkten 1 LOU och till vilken aktuella lagförarbeten hänvisar, se prop. 1999/2000:128 s. 38.

<sup>[19]</sup> Se prop. 1992/93:88 s. 77 g.m. hänvisning på s. 84.

<sup>[20]</sup> Hentze och Sylvén, Lagbokscommentaren till LOU, Norstedts, andra upplagan, 1998, s. 194.

<sup>[21]</sup> Se prop. 1992/93:88 s. 96 (g.m. prop. 1999/2000:128 s. 38): ”Den ensamrätt som .. avses kan vara av många slag t.ex. upphovsrättsligt grundad”, se även Hentze och Sylvén, Lagbokscommentaren till LOU, Norstedts, andra upplagan, 1998, s. 194.

<sup>[22]</sup> Av EG-domstolens avgörande den 10 april 2003 i de förenade målen *Kommissionen mot Tyskland* (C-20/01 och C-28/01) framgår att uppgivna ensamsituationer som inte grundas på legal ensamrätt, inte medför undantag från skyldigheten att annonsera upphandlingen och åtminstone försöka att infordra konkurrerande anbud genom ett offentligt upphandlingsförfarande. Av avgörandet framgår vidare att den omständigheten att civilrättsligt bindande avtal har hunnit träffas inte utgör hinder för att upphandlingen ändå skall göras om.

<sup>[23]</sup> 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”.

<sup>[24]</sup> Se prop. 2001/02:142 sid. 101 -102.

<sup>[25]</sup> Se prop. 2001/02:142 sid. 78. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har med ledning av EG-domstolens praxis vidare konstaterat att det förhållandet att ett civilrättsligt bindande avtal kan ha uppkommit mellan en upphandlande enhet och en leverantör inte kan tillåtas inverka på den upphandlande enhetens skyldigheter att följa en domstols avgörande i mål om överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) – se NOUyttrande till Riksdagens ombudsmän (JO) den 12 december 2006, dnr. 2006/0114-29, jfr. även EG-domstolens (ovan under fotnot 18 refererade) dom den 10 april 2003 i de förenade målen *Kommissionen mot Tyskland* (C-20/01 och C-28/01) samt den 18 november 2004 i målet *München Nord* (C-126/03).

---