

PM 2 2013-10-09 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (direkttilldelning).

Bräcke kommun har utan föregående konkurrensutsättning beslutat att hyra fiberkabel för sitt egna behov av datakommunikation direkt från ett privat företag som samtidigt på fördelaktiga villkor har fått överta kommunens befintliga fibernät.

Bräcke kommun (nedan Kommunen) har den 20 augusti 2013 ingått avtal (nedan Fiberhyreskontraktet)¹ med TeliaSonera Skanova Access AB (nedan Skanova) innebärande att Kommunen under en period av 15 år, räknat från tillträdesdagen, ska hyra fiberoptisk kabel, s.k. fiberpar,² för Kommunens eget behov av datakommunikation i förvaltningarna.

Till grund för detta avtal ligger ett samma dag mellan parterna ingånget samarbetskontrakt om drift och förvaltning av den passiva infrastrukturen i Bräcke kommun samt ett överlåtelsekontrakt avseende Kommunens fibernät.³ I överlåtelsekontraktet överlåter Kommunen till Skanova det fibernät med tillhörande kanalisation som tidigare ägdes av Kommunen för en (1) krona. I detta således överlåtna fibernät har de fiberpar som används av Kommunen särskilt förtecknats.

Någon särskild ledningsrättsförrättning har såvitt känt inte föregått Kommunens aktuella förfoganden med Skanova, vilka heller inte innefattar fastighetsöverlåtelse.⁴

*Skanova*⁵ är ett av Telia Sonera helägt dotterbolag som organisatoriskt ingår i affärsområdet Broadband Services. Bolaget beskriver sig på sin internetsida, www.skanova.se, som den ledande leverantören av nätkapacitet på koppar och fiber i Sverige. I ett pressmeddelande av den 20 augusti 2013 anger Skanova bl.a. följande.

”Skanova har tecknat avtal med Bräcke kommun om att bygga ut fibernätet i kommunen. Avtalet innebär att Skanova bygger ut fibernät till kommunala hyresfastigheter och befintligt fibernät för villor, underlättar tillgången av fiberaccesser för företag, privata fastighetsägare och satsar på fiberföreningar i kommunen. Skanova kommer även att ta över kommunens förvaltningsnät och ansluta de kommunala verksamheter som i dagsläget inte har fiber”.

Inget av de aktuella avtalen mellan Kommunen och Skanova har föregåtts av en konkurrensutsättning på den allmänna marknaden.⁶

Det s.k. kontraktsvärdet av Fiberhyreskontraktet uppgår med ledning av överenskommet pris⁷ till minst 249.072 kronor per år eller minst 3.736.080 kronor under avtalets femtonåriga löptid.

¹ Se Fiberhyreskontraktet, rubricerat ”*Avtal om hyra av fiberförbindelser*”, daterat och tecknat av Kommunen och Skanova den 20 augusti 2013.

² *Fiberpar*, är en högeffektiv fiberoptisk kabel för sändare och mottagare (så kallat optopar) som ägs av en nätgrossist, medan utrustningen som ansluts i ändarna ägs av den som hyr kabeln. Fiberpar erbjuder möjligheten för teleoperatörer att ha gemensam infrastruktur, som ett alternativ till att varje operatör lägger ut sin egen fiber. Ett enskilt fiberpar kan rymma upp till 320 separata kanaler med datatrafik, vilka vardera kan transportera 10 Gigabit/s. Detta ger en överföringshastighet på c:a 3,2 Terabit/s per signalbärare.

³ Se ”Samarbetsavtal” respektive ”Avtal om överlåtelse av fibernät”, daterade och tecknade av Kommunen och Skanova den 20 augusti 2013.

⁴ Se 2 kap, 1 § jordabalken samt 1 och 2 §§ ledningsrättslagen (1973:1144); jfr. 1 kap. 6 § LOU.

⁵ TeliaSonera Skanova Access AB (Skanova), med organisationsnummer 556446-3734, bildades den 30 mars 1992 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 3 april 1992; nuvarande firma registrerades den 4 december 2007. Tidigare firma har varit AVSTAMPET NR 803 AB, SverigeFakta & Informationssystem AB, Swedline SverigeFakta AB, samt TeliaSonera Payphone AB. Nu gällande bolagsordning antogs den 2 januari 2008. Skanova, som ingår i en koncern med TeliaSonera AB (556103-4249) som koncernmoderbolag, har enligt gällande bolagsordning till föremål för sin verksamhet att ”*äga och förvalta teleledningar med tillbehör, erbjuda telekommunikationstjänster samt bedriva därmed förenlig verksamhet*”. Orsaken till bolagets nuvarande verksamhetsinriktning är att Post- och telestyrelsen (PTS) tidigare krävt att Telia Sonera ska föra över accessnätet i ett eget bolag, som var skilt från moderbolaget, för att garantera andra teleoperatörer lika tillgång till nätet. Skanova har c:a 500 anställda vid sju orter i Sverige, med huvudkontoret i Farsta, Stockholms län. Bolagets omsättning uppgick 2012 till c:a 7 miljarder kronor.

⁶ Av Fiberhyreskontraktet följer även att Kommunen till och med den 31 december 2014 ska kunna avropa nya fiberförbindelser inom kommunen till Kommunens förvaltningar på prisvillkor som fixerats i avtalet, men efter den 1 januari 2015 ska istället de villkor som Skanova erbjuder enligt sitt referenserbjudande tillämpas mellan parterna.

⁷ Av Fiberhyreskontraktet framgår under rubriken ”Hyresavtal” att ”[a]vgiften för Fiberpar ska vara enligt Bilaga 1” samt att ”[a]vgiften gäller under hela avtalstidens längd”. I den till avtalet bifogade ”Bilaga 1 till Avtal om hyra av fiberförbindelser” anges vidare ett antal fasta prisbelopp (kvartalsvis) för kommunens olika förvaltningar, vilka sammantaget ger ett årligt pris på 249.027 kronor.

Gällande rätt

Upphandling av varu- eller tjänstekontrakt som har påbörjats⁸ efter den 31 december 2007 regleras i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Lagen bygger på det nuvarande EUF-fördraget⁹ samt Europeiska rådets och parlamentets direktiv om offentlig upphandling.¹⁰

För upphandling efter den 15 juli 2010 har i LOU vidare införts vissa bestämmelser med avseende på bl.a. regleringen av möjligheterna till s.k. direktupphandling samt tillgängliga rättsmedel.

Med *varukontrakt* avses enligt 2 kap. 21 § LOU ett kontrakt som gäller köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, under förutsättning att kontraktet inte skall anses utgöra ett byggtreprenadkontrakt¹¹ eller ett tjänstekontrakt.¹² Ett kontrakt ska dock behandlas som ett varukontrakt även om det omfattar monterings- och installationsarbeten avseende varorna, om värdet av arbetena är mindre än värdet av varorna. Den närmare bestämningen av ett kontrakt utgår från ett gemensamt klassifikationssystem för varor, tjänster och byggtreprenadarbeten inom de europeiska gemenskaperna som heter *Common Procurement Vocabulary* eller CPV.¹³

Ett kontrakt för hyra av fibernät kan vid tillämpningen av detta system hänföras antingen till varuupphandling av fiberoptiska kablar för dataöverföring (CPV 32562300-3) eller telekommunikationskablar (CPV 32521000-1) eller till upphandling av telekommunikationstjänster för telefon- och dataöverföring (64210000-1) eller gemensamma eller särskilda nättjänster för företag (CPV 64213000-2), vilka utgör A-tjänster, kategori 5, enligt bilaga 2 till LOU.

Om det samlade värdet av ett sådant varu- eller A-tjänstekontrakt som ska upphandlas överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde ska upphandlingen handläggas i enlighet med de på EU-direktiv grundade bestämmelserna i 1-14 kap. LOU. Enbart om det aktuella kontraktsvärdet understiger detta tröskelvärde får upphandlingen genomföras med ledning av de nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LOU.

Vid kontraktsvärdeberäkningen ska enligt 3 kap. 9 § LOU värdet av ett kontrakt som är avsett att gälla leasing, hyra eller hyrköp av varor (varukontrakt) och som löper på en bestämd tid längre än tolv månader beräknas till den totala kostnaden för kontraktet under löptiden, inklusive uppskattat restvärde. På motsvarande sätt ska värdet enligt 3 kap. 3 § jämförd med 1 § första stycket punkten 2 LOU bestämmas till det belopp som ska betalas enligt kontraktet.¹⁴ Förekommande options- och förlängningsklausuler ska vid tröskelvärdesberäkningen beaktas som om de utnyttjats.¹⁵

För närvarande uppgår tröskelvärdet för bl.a. kommunal upphandling av varor och A-tjänster inom den s.k. klassiska sektorn till 1.897.540 kronor.¹⁶

⁸ En upphandling anses påbörjad när den upphandlande myndigheten eller enheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten eller enheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud (se prop. 2006/07:128, s. 447, jfr. Högsta förvaltningsdomstolens dom av den 17 maj 2013 i mål 5766-12.

⁹ Se det tidigare Fördraget om Europeiska gemenskaperna (EG) samt, från och med den 1 december 2009, Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

¹⁰ Se det tidigare gällande direktivet 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet) samt, från och med den 1 februari 2006, direktivet (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).

¹¹ Med *byggtreprenadkontrakt* avses enligt 2 kap. 3 LOU ett kontrakt som avser utförande eller både projektering och utförande av byggtreprenadarbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1 till lagen eller som medför att ett byggnadsverk realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten.

¹² Med *tjänstekontrakt* avses enligt 2 kap. 18 § ett kontrakt som gäller utförande av tjänster enligt bilagorna 2 eller 3 till lagen och som inte utgör ett byggtreprenadkontrakt eller ett varukontrakt. Ett blandat kontrakt som avser både varor och tjänster skall behandlas som ett tjänstekontrakt, om värdet av tjänsterna är högre än värdet av varorna medan ett kontrakt som avser tjänster och även omfattar verksamhet som hänförs till byggtreprenader, men som är underordnad kontraktets ändamål i övrigt, skall också behandlas som ett tjänstekontrakt.

¹³ *Common Procurement Vocabulary (CPC)*, 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).

¹⁴ Om ett tjänstekontrakt upphandlas *utan att något totalpris anges* ska dock enligt 3 kap. 12 § LOU värdet bestämmas till månadsvärdet multiplicerat med talet 48 om kontraktets löptid är längre än 48 månader.

¹⁵ Se 3 kap. 3 § andra stycket LOU.

¹⁶ 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

Skyldighet att följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling omfattar bl.a. kommunala myndigheter och beslutande församlingar i kommuner och landsting. Den som är skyldig att iakttå lagens bestämmelser utgör enligt legaldefinitionen i 2 kap. 19 § LOU en s.k. ”*upphandlande myndighet*”.¹⁷ Tillsyn över den offentliga upphandlingen utövas numera av Konkurrensverket.¹⁸

Vilka bestämmelser som ska tillämpas beror ytterst på förutsättningarna för avtalet. Dock ska som huvudregel alltid EU-fördragets¹⁹ grundläggande bestämmelser om etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster liksom unionsrättens principer om bland annat *likabehandling och icke-diskriminering* samt *öppenhet (transparent)* tillämpas på kontraktstilldelningen.

Av principen om *likabehandling och icke-diskriminering* följer att alla leverantörer skall ges så lika förutsättningar som möjligt. Alla måste t.ex. få relevant information vid samma tillfälle och på lika villkor. Vissa leverantörer får inte gynnas framför andra. Diskriminerande särbehandling får vidare inte komma ifråga, särskilt inte på grund av nationalitet.

Med principen om *öppenhet (transparent)* avses främst myndigheternas skyldighet att lämna information om sina upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa samt rätten för leverantörer att kunna få tillgång till sådan information, så att de i förväg kan sätta sig in i vad som gäller för upphandlingen. Myndigheterna är exempelvis skyldiga att tillkännage sina anskaffningar på ett sätt som, med hänsyn till anskaffningens omfattning och art, lämnar möjlighet till konkurrens och inte hindrar handeln mellan medlemsstaterna (samhandelsrekvisitet).²⁰ Det måste av anbudsförutsättningarna vidare framgå vilka krav och kriterier som ska tillmätas betydelse vid anbudsprövning och tilldelningsvärdering samt på vilket sätt detta ska gå till.

Lagens bestämmelser är tvingande för upphandlande myndigheter. Lagen gäller emellertid inte för upphandling av tjänster från en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten.²¹ Den omständigheten att en upphandlande myndighet tror sig veta att enbart en viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktisk ensamsituation) medför däremot inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.²²

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) sedan den 1 januari 2012 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.

¹⁷ Tidigare enligt 1 kap. 5 § ÅLOU användes beteckningen *upphandlande enhet*. Genom införandet av 2007 års lagar om upphandling har inom den klassiska sektorn beteckningen *upphandlande enheter* mönstrats ut och ersatts med *upphandlande myndigheter*. Beteckningen *upphandlande enhet* förekommer numera enbart på organ verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna. Här i den fortsatta framställningen används genomgående beteckningen *upphandlande myndighet*.

¹⁸ Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret avseende offentlig upphandling från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) till Konkurrensverket.

¹⁹ EU fördragen består sedan den 1 december 2009 av Fördraget om Europeiska unionen (FEU), Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) samt Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (stadgan). De grundläggande principer som här avses följer av avdelningarna II och IV FEU om fri rörlighet av varor och tjänster.

²⁰ Det s.k. *samhandelsrekvisitet* har i EU-domstolens fasta praxis givits en tämligen vidsträckt tolkning. Rekvisitet ska anses uppfyllt om det ”*med tillräcklig grad av sannolikhet, på grundval av rättsliga eller faktiska omständigheter, kan förutses att avtalet i fråga direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt kan inverka på handelsflödet mellan medlemsstater, på ett sådant sätt att det kan komma att hindra förverkligandet av en gemensam marknad mellan medlemsstaterna*”, se EU-domstolens dom av den 11 juli 1985 i mål 42/84, *Remia m.fl. mot kommissionen*, REG 1985, s. 2545, p. 22. För liknande bedömningar, se även domstolens avgöranden den 18 juni 1998 i mål C-35/96, *kommissionen mot Italien*, REG 1998, s. I-3851, p. 48 samt den 17 oktober 1972 i mål 8/72, *Vereeniging van Cementhandelaren mot kommissionen*, REG 1972, s. 977, p. 29. Se även prop. 2003/04:80, s. 44.

²¹ Se 5 kap. 2 § ÅLOU och 1 kap. 7 § LOU.

²² Se 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 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). 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 ”*riskan 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

Av det s.k. *teleundantaget* i 1 kap. 4 § LOU följer även ett undantag för teletjänster, enligt vilket LOU inte gäller för kontrakt som huvudsakligen syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät eller att för allmänheten tillhandahålla teletjänster.

Enligt det s.k. *in-house-undantaget* i 2 kap. 10 a § LOU kan vidare en upphandlande myndighet som tilldelar ett uppdrag till en fristående juridisk person som den själv är delägare i under vissa förhållanden göra detta utan att det anses vara fråga om en kontraktstilldelning som ska föregås av annonserat upphandlingsförfarande.

Om upphandling enligt LOU ska genomföras, måste enligt huvudregeln i 1 kap. 9 § LOU den upphandlande myndigheten behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandling på ett öppet (transparent) sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttagas.

Syftet med LOU jämte bakomliggande EU-direktiv och fördragsbestämmelser är att säkra att offentlig upphandling 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 offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensnedvridande sätt. Bestämmelserna medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader samt att korruption motverkas.

Som regel föreligger det en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar. En annons om upphandling ska på snabbast lämpliga sätt sändas till Europeiska kommissionen,²³ för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.²⁴

Företag som tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”*leverantörer*”, som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).

Enligt 4 kap. 5 § och 15 kap. 3 § LOU²⁵ föreligger i undantag från denna skyldighet under följande förutsättningar.

- 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),²⁶ eller
- om det vid ett annonserat, öppet, selektivt eller förenklat förfarande inte har lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller några lämpliga anbud²⁷, och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte har ändrats väsentligt, 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 är fråga om en upphandling under tröskelvärdet och det föreligger *synnerliga skäl*.

I fråga om varu- eller A-tjänsteupphandling föreligger vidare enligt 4 kap. 7-8 §§ och 15 kap. 3 § LOU även undantag från skyldigheten att genomföra ett annonserat upphandlingsförfarande under följande förutsättningar.

- 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 fråga om varor som noteras och omsätts på en råvarumarknad, eller

Föbundsrepubliken 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).

²³ Se 2 § upphandlingsförordningen (2011:1040).

²⁴ 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).

²⁵ Den aktuella regleringen har sedan den 15 juli 2010 sammanförts till 15 kap. 3 § LOU, i delvis ny lydelse.

²⁶ 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 tröskelvärden vid offentlig upphandling.

²⁷ Om de anbud som har lämnats vid ett öppet eller ett selektivt förfarande eller vid en konkurrenspräglad dialog är ogiltiga eller inte kan godtas får dock, enligt 4 kap. 6 § LOU, den upphandlande myndigheten avstå från att på nytt annonsera upphandlingen, om den i ett förhandlat förfarande bjuder in endast den eller de anbudsgivare som uppfyller kvalifikationskrav enligt lag och som tidigare i ett föregående annonserat förfarande har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven vid upphandlingen.

- det är möjligt att anskaffa varorna på särskilt förmånliga villkor i samband med konkursutförsäljning eller motsvarande, eller
- det gäller varor som framställs endast för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål, eller
- 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.

Undantaget vid *synnerlig brådska* i 4 kap. 5 § första stycket punkten 3 LOU gäller enbart om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.²⁸ Sådan *egenförvållad brådska* hos den upphandlande myndigheten som kan ha uppkommit till följd av exempelvis bristande planering grundar således inte rätt till direkttilldelning enligt detta lagrum.

Någon annan möjlighet att upphandla tjänster direkt från en viss leverantör föreligger som regel inte. Exempelvis kan en marknadsanalys som visar att det enbart finns en enda möjlig leverantör på marknaden inte lagligen läggas till grund för att den upphandlande myndigheten ingår avtal direkt med denne leverantör.²⁹

Vidare ska enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta rättspraxis³⁰ möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EG/EU-fördragen inom området för offentlig upphandling tolkas restriktivt.³¹ Det ankommer på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.³²

I fråga om upphandling av nyttjanderätt till fasta nät för datakommunikation kan från rättspraxis nämnas ett avgörande från Länsrätten i Stockholm, som förordnade att ett kommunalt bostadsbolags upphandling av avtal om hyra av fibernät skulle göras om.³³

Med stöd av de ändringar som har införts i LOU från och med den 15 juli 2010 ska rätten enligt 16 kap. 13 § LOU, på talan av skadelidande leverantör, besluta att ett avtal som har slutits direkt mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga.³⁴

Rätten kan även enligt 16 kap. 16 § LOU förordna om att ett avtal inte får fullgöras till dess att något annat har bestämts (interimistiskt förbud).³⁵ Talan om ogiltighet måste dock, enligt 16 kap. 17 § LOU, väckas inom sex månader från det att avtalet slöts.

²⁸ Den nu gällande undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU har förts över 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 myndigheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling".

²⁹ Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i ett avgörande den 1 april 2003 avseende en tjänsteupphandling enligt då gällande bestämmelser om offentlig upphandling uttalat att "Något undantag för det fall en upphandlande myndighet känner till marknaden så väl att den kan avgöra att endast en leverantör kan uppfylla dess krav finns inte i kapitlet".

³⁰ Från senare rättspraxis se EU-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i målet C-157/06, *kommissionen mot Italien*, REU 2008 s. I-7313, p. 23.

³¹ Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden av den 17 november 1993 i mål C-71/92, *kommissionen mot Spanien*, REU 1993, s. I-5923, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REU 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REU 1995, s. I-1249.

³² Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens dom av den 10 mars 1987 i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, REU 1987, s. 1039, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REU 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REU 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*, REU 2003 s. I-3609, p. 58, samt av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REU 2005, s. I-1, p. 46.

³³ Se Länsrätten i Stockholms dom av den 12 juni 2008 i mål 6320-08; jfr. även Kammarrätten i Stockholms dom av den 16 februari 2009 i mål 4514-07, där domstolen fann att det kommunala stöd som skulle finansiera de aktuella investeringarna utgjorde ett otillåtet stöd jml. 10 kap. 8 § kommunallagen (1991:900) jämte EG-statsstödbestämmelser enligt art 88.3 i det dåvarande EG-fördraget (nuvarande art. 108.3 EUF-fördraget).

³⁴ 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.

³⁵ Enligt 16 kap. 16 § andra stycket LOU får rätten avstå från ett sådant interimistiskt förbud om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

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 i LOU med verkan från och med den 15 juli 2010, och innebär att allmän förvaltningsdomstol på talan av Konkurrensverket kan besluta om att en särskild straffavgift ska betalas av den upphandlande myndighet som har slutit avtal med en leverantör utan iakttagande av föreskrifterna om föregående annonsering i LOU. Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 kronor och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktsvärdet. I rättspraxis har avgiften som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktsvärde.³⁶

Yttrande

Kommunen har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats ärendet angivit att det övergripande syftet med Kommunens samarbetsavtal med Skanova är att tillhandahålla bredband till allmänheten i områden där det inte finns en fungerande marknad och där inte statens stödsystem är tillämpliga.

En förutsättning för att utbyggnaden ska vara ekonomiskt möjlig utan att skjuta till skattemedel har varit att samnyttja Skanovas fiberkabel med den fiberkabel som Kommunen haft tidigare. Kommunen ser en bonus i att Skanova i samband med utbyggnaden för allmänheten även har förbundit sig att bygga fibernät till de kommunala förvaltningar som i dag har andra kommunikationslösningar. Kostnaden för att hyra fibernät från Skanova ligger i paritet med Kommunens nuvarande kostnad för hyrda förbindelser med sämre kapacitet.

Det valda förfarandet är enligt Kommunen det enda sättet för skattebetalarna att få tillgång till bredband via optofiber utan att tillskjuta skattemedel. Kommunen hävdar därför att teleundantaget i LOU är tillämpligt.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en privat 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 har att följa bestämmelserna i LOU. Av utredningen i ärendet framgår att Kommunen i augusti 2013 ingått Fiberhyreskontraktet med Skanova för att under en period av 15 år hyra fiberoptiska kablar, s.k. fiberpar, för eget behov av datakommunikation i förvaltningarna. Ersättningen som ska betalas enligt kontraktet uppgår enligt de fasta belopp som framgår av Bilaga 1 till avtalet till minst 249.072 kronor per år eller 3.736.080 kronor under avtalets fulla löptid.

Med utgångspunkt i att Fiberhyreskontraktet utgör ett varukontrakt ska tröskelvärdesberäkningen göras med ledning av den totala kostnaden för kontraktet under löptiden, inklusive varans uppskattade restvärde. Det kan med ledning av den i avtalet reglerade fasta ersättningen således konstateras att detta värde väsentligt överstiger gällande tröskelvärde på c:a 1,9 miljoner kronor. Upphandlingen ska därför bedömas enligt de direktivstyrda bestämmelserna i 1-14 kap. LOU.³⁷ Vid detta förhållande är Kommunen som huvudregel skyldig att annonsera upphandlingen och inhämta konkurrerande anbud på marknaden.

Eftersom Fiberhyreskontraktet avser att täcka kommunens eget behov för intern datakommunikation kan det s.k. *teleundantaget* i LOU inte göras tillämpligt. Det som Kommunen har yttrat om att det valda förfarandet skulle vara det enda sättet för skattebetalarna att få tillgång till bredband via optofiber medför inte någon annan bedömning, eftersom det aktuella fibernätet ska tillhandahållas

³⁶ Se bl.a. Förvaltningsrätten i Malmö, dom av den 9 juli 2012 i mål 4137-12, där Malmö Landsting förpliktades att utge upphandlingsskadeavgift på 170.000 kronor motsvarande 7,5 procent av kontraktsvärdet 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 kontraktsvärdet.

³⁷ Också om Fiberhyreskontraktet istället ska bedömas som ett tjänsteavtal ska upphandlingen tröskelvärdesberäknas till det belopp som ska betalas enligt kontraktet. Eftersom det rör sig om en A-tjänst till ett samlat kontraktsvärde av c:a 3,7 miljoner kronor ska även vid dessa förhållanden avtalet bedömas enligt de direktivstyrda bestämmelserna i 1-14 kap. LOU.

av Skanova. Fiberhyreskontraktet om att Kommunen ska hyra fiberkabel av Skanova syftar således inte huvudsakligen till att Kommunen ska kunna tillhandahålla eller driva publika telenät eller för allmänheten tillhandahålla teletjänster.

Lagens s.k. *in-house-undantag* är heller inte tillämpligt, eftersom Skanova inte ägs av Kommunen och något monopol eller annan ensamrätt för Skanova som kan medföra möjlighet till undantag från LOU föreligger inte. Det förhållandet att Kommunen tror sig veta att enbart Skanova rent faktiskt kan komma ifråga för att tillhandahålla fiberkabel medför inte något undantag från LOU. Den aktuella marknadssituationen har för övrigt i nu aktuellt avseende framkallats av att Kommunen till Skanova samma dag överlåtitt det kommunala fibernät där de nu hyrda fiberparen ingår, för en (1) krona.

Genom att utan föregående annonserat upphandlingsförfarande teckna Fiberhyreskontraktet direkt med Skanova har Kommunen handlat i strid mot LOU och det på området gällande unionsrättsliga s.k. klassiska upphandlingsdirektivet. Förutsättningarna för en effektiv konkurrens på den lokala marknaden för infrastruktur inom tele-och datakommunikation (bredband) har härigenom snedvridits.