

PM 2 2014-11-28 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direkttilldelning av ett varukontrakt.

Stockholms stad har direkt från ett privat företag köpt flytbryggor m.m. för anläggning av ett flytande utomhusbad för c:a 1,9 miljoner kronor.

Stockholms stad, genom Idrottsnämnden (nedan Staden), har den 9 juni 2014¹ slutit avtal direkt med det privata företaget Bryggkompaniet i Mälardalen AB (nedan Bryggkompaniet) om köp av pontonbryggor med hopptorn och klätterställningar m.m. för nyanläggning av en flytande badanläggning vid Årstaviken i Stockholm (nedan Citybadsavtalet).

Den 27 maj 2014 lämnade Bryggkompaniet som ensam tillfrågad leverantör ett som "Tantolundsbadet" rubricerat anbud till Staden avseende aktuella varor med anknytande installationsarbeten.² Den 5 juni 2014 antogs detta anbud av Staden genom beslut av Förvaltningschefen för Idrottsförvaltningen. Citybadsavtalet bekräftades slutligen den 9 juni 2014 genom att en beställningsskrivelse lämnades av Staden till Bryggkompaniet.

Tillkomsten av Citybadsavtalet har sin bakgrund i ett budgetbeslut av kommunfullmäktige i Stockholm den 20 och 21 november 2013³ av vilket framgår att "[e]n flytande citybadplats med hopptorn ska under våren 2014 anläggas centralt i Stockholm". Till detta avsattes totalt 2 miljoner kronor i Stadens budget. Den 28 maj 2014 redovisade Idrottsförvaltningen i en promemoria att den slutliga lokaliseringen av det s.k. Citybadet skulle ske vid Tantolunden, utmed Årstaviken vid Drakenbergsparkens sydvästra ände.⁴ Såvitt framgår av promemorian baserar sig denna bl.a. på underlag som har upprättats av Bryggkompaniet.

Staden har ett sedan tidigare, under 2013 upphandlat ramavtal med bl.a. Bryggkompaniet innefattande en fast avropsordning av tjänster för löpande underhållsarbeten på "fasta bryggor, pontoner och förtöjningar för båtsporten i Stockholm" (nedan Underhållsavtalet).⁵ I detta avtal ingår överhuvudtaget inte några varuleveranser, varför exempelvis bryggpontoner m.m. inte går att avropa på avtalet. När det gäller Stadens behov av sådana leveranser har detta i stället upphandlats i ett separat annonserat förfarande som avslutades med att kontrakt tecknades i juli 2014.⁶

Detta kontrakt (nedan Pontonavtalet) avser inte leveranser av hopptorn och klätterställningar m.m. och såvitt gäller bryggpontoner finns det mellan Citybadsavtalet och Pontonavtalet en kraftig prisavvikelse. I båda dessa avtal förekommer nämligen en specifik bryggponton med måtten 200x30x0,95 meter för vilken Bryggkompaniet deltagit med anbud; den 28 maj 2014 i Citybadsavtalet² respektive den 2 juni 2014 i Pontonavtalet.⁷ Anbudet skiljer sig dock kraftigt, såtillvida att priset för den aktuella bryggponton är drygt femtio (50,4 %) procent högre⁸ i Citybadsavtalet än i det konkurrensupphandlade Pontonavtalet.⁹

¹ Se Idrottsförvaltningen Stockholms stad, förvaltningschefens beslut av den 5 juni 2014 rubricerat "Upphandling Citynära strandbad".

² Se Bryggkompaniets anbud, rubricerat "Tantolundsbadet" och daterat den 27 maj 2014.

³ Se Kommunfullmäktige i Stockholm, beslut av den 20 och 21 november 2013 (KF § 3/13) om antagande av budget för 2014; se även kommunstyrelsens förslag till budget för 2014, s. 107 (dnr. 111-575/2013).

⁴ Se Idrottsförvaltningen Stockholms stad (Friluftsenheten), promemorian "Citynära strandbad", daterad den 28 maj 2014.

⁵ Se bl.a. Stadens underlag för upphandling avseende "UNDERHÅLLSARBETEN PÅ FASTA BRYGGOR, PONTONER OCH FÖRTÖJNINGAR FÖR BÅTSPORTEN I STOCKHOLM 2013-2015" av den 21 januari 2013 samt Idrottsnämndens i Stockholm beslut av den 19 mars 2013 om att utlysa upphandlingen (IN § 41/13, dnr 125-86-2013).

⁶ Se "Upphandling av pontoner för båtsporten i Stockholm", med sista anbudsdatum den 2 juni 2014 (dnr. 125/196/2014). Beslut om tilldelning fattades den 26 juni 2014. Kontrakt enligt anbud och tilldelning tecknades mellan Staden och Bryggkompaniet den 15 och 24 juli 2014.

⁷ Se Bryggkompaniets anbud ang. "Upphandling av pontoner för båtsporten i Stockholm", daterat den 2 juni 2014.

⁸ Se "Upphandling av pontoner för båtsporten i Stockholm", med sista anbudsdatum den 2 juni 2014 (dnr. 125/196/2014). Beslut om tilldelning fattades den 26 juni 2014. Kontrakt enligt anbud och tilldelning tecknades mellan Staden och Bryggkompaniet den 15 och 24 juli 2014.

⁹ Enligt Citybadsavtalet uppgår Bryggkompaniets sammanlagda pris för en betongponton med måtten 200x30x0,95, inklusive anknytande vajerkoppel, frakt och sjösättning till totalt 182.790 kronor. Inom ramarna för Stadens upphandling av Pontonavtalet erbjöd Bryggkompaniet samma bryggponton med tillbehör och installation på 121.502 kronor. Detta motsvarar en prismässig skillnad på (61.288 kr / 121.502 kr ≈) 50,4 procent.

Citybadsavtalet avser leveranser till ett värde av totalt 1.942.701 kronor exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms), varav 1.689.050 kronor avser leverans av varor och 253.651 kronor hänförs till anknyttande monterings- och installationsarbeten.¹⁰ Upphandlingens s.k. kontraktsvärde kan således uppskattas till detta totalbelopp.

Leveranser enligt Citybadsavtalet har redan slutförts och badanläggningen tagits i bruk av Staden under juni/juli månad 2014. Förvaltningsrätten i Stockholm har på yrkande från en konkurrerande leverantör lagkraftvunnet förklarat att det aktuella avtalet är ogiltigt.¹¹

Gällande rätt

Offentlig upphandling regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Bestämmelserna grundar sig på Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).¹²

Lagen är såvitt något särskilt angivet undantag inte anger motsatsen tillämpliga på *kontrakt med ekonomiska villkor* av bland annat tjänster som ingår mellan s.k. *upphandlande myndigheter* och från dessa fristående fysiska eller juridiska personer. Skyldigheten att följa lagens bestämmelser omfattar bl.a. kommuner, som i lagen anges som ”*upphandlande myndigheter*”. Företag, eller grupper av företag, som på marknaden tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”*leverantörer*” vilka ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).¹³ Den nationella tillsynen över offentlig upphandling utövas av Konkurrensverket.

Varor och monterings- och installationsarbeten ska upphandlas enligt de direktivstyrda bestämmelser som följer av 1-14 kap. LOU om det sammanlagda värdet¹⁴ överstiger tröskelvärdet 1.806.427 kronor¹⁵ eller annars enligt de nationella bestämmelserna i 15 kap. samma lag.

Upphandlingen ska som huvudregel utlysas i ett annonserat förfarande. Direkttilldelning, där den upphandlande myndigheten utan föregående annonsering vänder sig direkt till vissa leverantörer, tillåts förekomma endast undantagsvis vid vissa i lagen särskilt angivna förutsättningar (se vidare nedan).

Frågan om grunderna för vilka anbud som ska antas är central för syftet att uppnå en icke-diskriminerande upphandling och att säkerställa den lagliga efterlevnaden av EU-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna.

¹⁰ I Citybadsavtalet förekommande monterings- och installationsarbeten består enligt Bryggkompaniets anbud av följande: transport av pontoner (90.000 kr), sjösättning av betongpontoner (41.940 kr), transport av förankringsmaterial (18.711 kr) samt bogsering och utläggning av pontoner, inklusive montering och tillbehör (103.000 kr). Totalt till ett värde av 253.651 kronor (exklusive moms).

¹¹ Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 4 november 2014 i mål nr. 16293-14.

¹² För närvarande regleras offentlig upphandling av bl.a. varor genom Europeiska rådets och parlamentets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet) vilket trädde i kraft med för medlemsstaterna bindande s.k. direkt effekt per den 1 februari 2006. I Sverige har direktivet numera införlivats genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Motsvarande äldre gemenskapsrättslig reglering, vilken har legat till grund för den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÅLOU), återfanns i bl.a. Europeiska rådets direktiv 93/36/EG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor (tjänsteupphandlingsdirektivet).

¹³ Se 2 kap. 11 § LOU.

¹⁴ Med varukontrakt avses enligt 2 kap. 21 § LOU ett kontrakt som gäller köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor som inte utgör utgöra ett byggentreprenadkontrakt eller ett tjänstekontrakt. Ett kontrakt ska behandlas som ett varukontrakt även om det omfattar monterings- och installationsarbeten avseende varorna, om värdet av arbetena är mindre än värdet av varorna.

¹⁵ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Tillkännagivandet ska ske till exakt belopp angivet i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av bl.a. tjänster inom den klassiska sektorn uppgår sedan den 1 januari 2014, om den upphandlande myndigheten inte är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet)– till 1.806.427 - se vidare regeringens tillkännagivande (2014:5) av tröskelvärden vid offentlig upphandling samt 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.

Vilka bestämmelser i lagen som ska tillämpas beror ytterst på förutsättningarna för avtalet. Dock ska som huvudregel alltid EU-fördragens¹⁶ grundläggande bestämmelser om etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster liksom unionsrättens principer om bland annat *likabehandling och icke-diskriminering* samt *öppenhet (transparens)* tillämpas på kontraktstilldelningen.

Av principen om *likabehandling och icke-diskriminering* följer att alla leverantörer ska 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.

Med principen om *öppenhet (transparens)* 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. Upphandlande myndigheter 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).¹⁷ 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.

Vid en varuupphandling enligt LOU föreligger det som huvudregel således en obligatorisk skyldighet för den upphandlande myndigheten att upprätta ett skriftligt förfrågningsunderlag och offentliggöra upphandlingen genom annons i EU:s elektroniska databas TED¹⁸ eller, i vissa fall, genom annons i annan form som möjliggör en effektiv konkurrens.¹⁹ Anbudsfristen vid ett annonserat förfarande ska som huvudregel uppgå till minst 40 dagar om myndigheten tillämpar ett elektroniskt kommuniceringsförfarande.²⁰

Enligt 4 kap. 5-8 §§ (och i vissa fall 15 kap. 3 §) LOU föreligger undantag från den i lagen angivna annonseringsskyldigheten, om något av följande förutsättningar är uppfyllda.

- värdet av det som ska upphandlas har *lågt värde* – d.v.s. under 284.631 kronor, motsvarande högst 15 procent²¹ av gällande tröskelvärde (juni 2014)²² – eller om det föreligger *synnerliga skäl*,²³
- det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men *synnerlig brådskande*, 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,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl kan levereras av endast en viss leverantör,
- det gäller varor som framställs endast för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål,

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ Vid en upphandling enligt de direktivstyrda reglerna i 1-14 kap. LOU ska enligt 2 § upphandlingsförordningen (2011:1040). Ett meddelande om upphandlingen skickas till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE) för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen Tenders Electronic Daily (TED) som utgör ett tillägg till EUT.

¹⁹ Se 15 kap. 4 § LOU.

²⁰ Se 8 kap. 2 §, 5 och 6 § LOU. Där framgår att anbudsfristen vid upphandling av varor över tröskelvärdet ska enligt huvudregeln uppgå till 52 dagar, men att denna frist vid användning av elektroniska medel för kommunikering får kortas ned med (7+5=) totalt 12 dagar till en anbudsfrist på 40 dagar. Vid upphandling under tröskelvärdet ska enligt 15 kap. 9 § LOU anbudsgivare ges en *skälig tid* för att komma in med sina anbud.

²¹ För upphandling som påbörjats efter den 1 juli 2014 har värdegränsen numera höjts till 28 procent av tröskelvärdet.

²² Se 15 kap. 3 § LOU i lydelse mellan den 15 juli 2010 och den 31 juni 2014, enligt vilken värdegränsen för *direktupphandling* uppgår till 15 procent av gällande tröskelvärde. Det aktuella tröskelvärdet är sedan den 1 januari 2014 1.806.427 kronor (se fotnot 14).

²³ Möjligheten till undantag vid *lågt värde* eller vid *synnerliga skäl* kan i fråga om varukontrakt endast tillämpas vid upphandling under tröskelvärdet, som genomförs enligt de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU.

- 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,
- det är fråga om varor som noteras och omsätts på en råvarumarknad, eller
- det är möjligt att anskaffa varorna på särskilt förmånliga villkor i samband med konkursutförsäljning eller motsvarande.

Undantaget vid *synnerlig brådska*²⁴ förutsätter att omständigheter som *omöjligt kunnat förutses* av den upphandlande myndigheten har gjort att det inte är möjligt att hålla tidsfristerna vid ett annonserat förfarande.²⁵ Av specialmotiveringen i lagförarbetena framgår bl.a. att ”*sådana omständigheter som är hänförliga till den upphandlande myndigheten torde inte vara omöjliga att förutse för myndigheten*”.²⁶ Egenförvållad brådska, som uppkommit till följd av exempelvis bristande planering hos den upphandlande myndigheten, grundar således inte någon rätt till direkttilldelning enligt bestämmelsen.

Vidare ska enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta rättspraxis²⁷ möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EU-fördragen inom området för offentlig upphandling tolkas restriktivt²⁸ och det ankommer på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.²⁹ Den upphandlande myndigheten måste exempelvis kunna visa att de skäl som angivits för att motivera ensamrättsundantaget gjort det absolut nödvändigt att kontraktet tilldelas till den särskilda leverantören i fråga.³⁰

Enligt 16 kap. 13 § LOU ska³¹ allmän förvaltningsdomstol 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.³² Sådan talan om ogiltighet måste dock, enligt 16 kap. 17 § LOU, väckas inom sex månader från det att avtalet slöts. Ett lagakraftvunnet³³ förordnade enligt bestämmelsen om ogiltighet medför retroaktiv verkan (*ex tunc*), varigenom avtalet får en s.k. nullitetsverkan som om det aldrig hade funnits. Detta innebär att parternas samtliga skyldigheter enligt avtalet bortfaller och, enligt huvudregeln, att prestationerna ska återgå.

²⁴ Se 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU jämförd med 15 kap. 3 § LOU.

²⁵ 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 lagförarbetesuttalanden (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*”.

²⁶ Se prop. 2006/07:128, s. 327.

²⁷ 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.

²⁸ 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.

²⁹ 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.

³⁰ EU-domstolens dom i det ovan angivna målet *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) p. 24.

³¹ Rätten kan jml. 16 kap. 16 § LOU även förordna om att ett avtal inte får fullgöras till dess att något annat har bestämts (interimistiskt förbud) men får enligt 16 kap. 16 § andra stycket LOU avstå från ett sådant interimistiskt förbud om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

³² Rätten får emellertid, enligt 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.

³³ Se HFD 2012 ref. 27, enligt vilket en förvaltningsrätt som att ogiltigförklara ett avtal som slutits efter en offentlig upphandling har ansetts inte vara ett beslut av sådant slag som gäller omedelbart.

Skulle någon återgång av prestationerna inte vara möjlig är enligt lagförarbetena utgångspunkten att det förmögenhetsläge som gällde innan det ogiltiga avtalet slöts istället ska återställas. Om exempelvis varor som levererats redan har hunnit förbrukas eller tjänster redan utförts kan parterna få utge ersättning för den nytta de haft av varandras prestationer.³⁴

Allmän förvaltningsdomstol kan på talan av Konkurrensverket även besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av den upphandlande myndighet som utan iakttagande av föreskrifterna om föregående annonsering i LOU har slutit avtal med en leverantör. Den aktuella straffavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktsvärdet. I rättspraxis har upphandlingsskadeavgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktsvärde³⁵ men individuell bedömning ska alltid ske med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.³⁶

Yttrande

Staden har med anledning av Konkurrenskommissionens utredning och preliminära bedömning i ärendet yttrat att Staden inte har något ytterligare att tillägga i ärendet utöver det som tidigare angivits inom ramarna för ovan angivna överprövningsmål vid Förvaltningsrätten i Stockholm.¹¹

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.

Staden utgör en sådan upphandlande myndighet som i samband vid sina anskaffningar har att iaktta regelverket i LOU. Av utredningen framgår att Staden har direkttilldelat det s.k. Citybadsavtalet till Bryggkompaniet, innefattande köp av varor i form av pontonbryggor med hopptorn och klätterställningar m.m. för en flytande badanläggning vid Årstaviken i Stockholm.

Avtalets samlade kontraktsvärde uppgår till minst 1,9 miljoner kronor och överstiger därmed gällande tröskelvärde. Upphandlingen ska således bedömas i första hand med ledning av de direktivstyrda bestämmelserna i 1-14 kap. LOU.

Enligt lagens huvudregel ska ett skriftligt förfrågningsunderlag upprättas och upphandlingen annonseras i EU:s databas TED. Tanken är att på detta sätt ska alla intresserade leverantörer ges möjlighet att delta med anbud. Direkttilldelning får enligt LOU komma ifråga endast undantagsvis och enligt den s.k. försiktighetsprincipen ska möjligheten till undantag tillämpas restriktivt.

När det gäller *synnerlig brådska* kan sådan tidsnöd som förorsakats av exempelvis bristande planering hos den upphandlande myndigheten inte medge någon undantag från upphandlings- och annonseringsskyldigheten enligt LOU.

Av utredningen i ärendet framgår att Staden redan i november 2013 beslutat att inrätta en flytande citybadplats och i sin budget för 2014 anslagit två miljoner kronor för badets förverkligande. Staden har sedan i vart fall denna tidpunkt haft tid god på sig för att hinna genomföra ett annonserat upphandlingsförfarande före månadskiftet maj/juni 2014 då beställningen skedde. Något undantag genom *synnerlig brådska* kan således inte ha förelegat för att underlåta annonsering i föreskriven ordning.

³⁴ Se prop. 2009/10:180, s. 361.

³⁵ Se bl.a. Kammarrätten i Stockholm mål nr 5426-12, 5427-12 respektive 5452-12, Kammarrätten i Göteborg mål nr 7009-12, Kammarrätten i Stockholm mål nr 1305-12, Förvaltningsrätten i Linköping mål nr 1785-13, Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 1271-12, 1273-12 och 1281-12, Förvaltningsrätten i Växjö mål nr 286-12, Förvaltningsrätten i Luleå mål nr 2166-11, Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 13115-12, Förvaltningsrätten i Falun mål nr 2643-12, Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 2916-13, 22373-12, 2922-13 och 2987-13.

³⁶ Se Högsta förvaltningsdomstolens dom av den 30 oktober 2014 i mål nr. 7121-13, ännu inte publicerad i HFD.

Några andra i LOU och det bakomliggande direktivet förekommande undantag för direkttilldelning av det aktuella kontraktet har heller inte förelegat och någon möjlighet för Staden att avropa aktuella varor på ett sedan tidigare upphandlat ramavtal förelåg inte vid tidpunkten för Citybadsavtalet. Avtalet har heller inte utformats som ett avrop, utan som en köp direkt från Bryggkompaniet.

Staden har således brutit mot LOU genom att teckna Citybadsavtalet direkt med Bryggkompaniet. Konkurrensen på marknaden för pontonbryggor med tillbehör har härigenom kommit att snedvridas. Detta har bl.a. visat sig genom att i Citybadsavtalet har Bryggkompaniet kunnat ta ut ett mer än 50 procent högre pris på en bryggponton jämfört med när företaget deltagit med samma bryggpontonstruktion i en anbudsgivning med andra leverantörer. Det finns därför anledning att rikta allvarlig kritik mot Staden.

Som konsekvens av Stadens nu aktuella överträdelse har Citybadsavtalet förklarats ogiltigt av domstol. Det aktuella förmögenhetsförhållandet mellan Staden och Bryggkompaniet ska vid sådant förhållande återställas så som om avtalet aldrig hade funnits. Detta bör medföra att Staden ska begära återbetalning från Bryggkompaniet samt återlämna de pontonbryggor och hopptorn m.m. som hittills har levererats till Citybadsanläggningen. Staden riskerar även att, på en eventuell talan av Konkurrensverket, tvingas betala upphandlingsskadeavgift.