

PM 2 2017-03-09 SLUTLIG BEDÖMNING

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

En kommun har direkt och utan föregående annonserad upphandling slutit avtal med ett statligt företag om köp av tvättjänster för uppskattningsvis fem miljoner kronor.

Torsby kommun (nedan Kommunen) har den 21 november 2016 slutit avtal, rubricerat ”Projektavtal avseende hushållstvätt (brukartvätt) och personalkläder” med Samhall AB (nedan Projektavtalet).¹

Enligt Projektavtalet ska Samhall AB mot ersättning tillhandahålla Kommunen tvätteritjänster avseende hushållstvätt för biståndsberättigade personer och personalens arbetskläder, innefattande även upphämtning och lämning av tvätt² under perioden från och med den 1 mars 2017 till och med den 1 mars 2018, med årsvis automatisk förlängning vid utebliven uppsägning sex månader i förväg (1+1+1+1 år).³

Samhall AB⁴ är ett helägt statligt företag som inrättats i syfte att genom produktion av efterfrågade varor och tjänster skapa meningsfulla arbeten för personer med funktionshinder som medför nedsatt arbetsförmåga. Utifrån dessa förutsättningar ska bolagets verksamhet bedrivas enligt marknadsmässiga och affärsmässiga principer, varvid bland annat ska iaktas att övrigt näringsliv inte utsätts för osund konkurrens.

Projektavtalet har slutits utan föregående annonserad upphandling. Företrädare för Kommunen har i media gjort gällande att det skulle föreligga ett lagligt undantag för denna typ av kontrakt. Enligt en artikel i Värmlands Folkblad⁵ har kommunstyrelsens ordförande uttalat bland annat följande.

”– Vi skulle säkert kunna grisa oss och driva igenom det här som ett projekt om vi ville, men det finns ingen anledning utan man väljer att backa på det. Det kommer att ta lite längre tid och det är lite synd, för den här tjänsten borde komma igång nu. [...] – Samhall kan driva projekt på det här sättet, det är det fina att man kan köra ett år först och se hur det fungerar”.

Ersättning ska enligt Projektavtalet utgå med i vart fall 82.100 kronor per månad. Det s.k. kontraktsvärdet kan mot denna bakgrund beräknas uppgå till totalt 3,940 miljoner kronor, vid ett 48 månaderskontrakt.

Inom ramarna för ett mål om överprövning enligt LOU med yrkande om ogiltighet av avtal har Kommunen uppgivit att den tillsammans med Samhall har sagt upp Projektavtalet. Förvaltningsrätten i Karlstad har därefter avskrivit målet.⁶

¹ Avtalet slöts den 21 november 2016 och anmäldes vid kommunstyrelsens sammanträde den 28 november 2016 (Ks § 185/16, punkten 6).

² Se Projektavtalet, punkten 2.1.

³ Se Projektavtalet, punkten 5.

⁴ Samhall AB, med organisationsnummer 556448-1397, bildades den 8 maj 1992 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 13 maj samma år. Nuvarande firma registrerades samtidigt. Bolaget agerar även under registrerad bifirma Samhall Corporation. Gällande bolagsordning registrerades den 28 april 2014, enligt vilken bolaget har till föremål för sin verksamhet att ”... direkt eller indirekt, i.e. i dotterbolag, bedriva produktion och försäljning av varor och tjänster inom ett flertal industri- och tjänstebranscher såsom industriproduktion inom bl.a. trä, elektronik, kablage och förpackning samt servicetjänster inom bl.a. städ- och fastighetsservice, bedriva viss arbetslivsinriktad rehabilitering, arbetsanpassning, arbetssträning utan ersättning via statsbudgetanslag samt därmed förenlig verksamhet. Produktionen ska ske i egen regi eller hos kund. Aktierna medför inte rätt till utdelning. Bolagets syfte är att producera efterfrågade varor och tjänster och genom detta skapa meningsfulla och utvecklande arbeten åt personer med funktionshinder som medför nedsatt arbetsförmåga där behov finns. Verksamheten ska anpassas till de förutsättningar personer med funktionshinder som medför nedsatt arbetsförmåga har och bedrivas enligt affärsmässiga principer samt på marknadens villkor, varvid ska iaktas att övrigt näringsliv inte utsätts för osund konkurrens”. Bolaget, som omsätter uppskattningsvis c:a 7 miljarder kronor per år, helägs av staten genom Regeringskansliet (Näringsdepartementet).

⁵ Se artikeln ”Kommunen backar efter överklagan” publicerad den 27 december 2016 i Värmlands Folkblad.

⁶ Se Förvaltningsrätten i Karlstads beslut av den 12 januari 2017 i de förenade målen nr. 5699 -- 5702-16.

Gällande rätt

Med offentlig upphandling avses förfarandet fram till och med tilldelningen av bland annat ett *offentligt tjänstekontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser tillhandahållande av bl.a. tjänster. Karakteristiskt för ett offentligt tjänstekontrakt är således att leverantören mot ersättning ska åta sig att utföra tjänster för den upphandlande myndighetens räkning.

Upphandling av offentliga tjänstekontrakt som har påbörjats före den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.⁷ Lagen har kommit till som en följd av bl.a. kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt (numera) artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG).⁸

Kommunala myndigheter och beslutande församlingar utgör enligt legaldefinitionen i 2 kap. 19 § LOU sådana s.k. *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iaktta lagens bestämmelser. Företag som tillhandahåller aktuella tjänster utgör *leverantörer* som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).

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.⁹ Kontrakt för tvätt- och kemtvättstjänster (CPV 98310000), tvättinsamling (CPV 98311000), tvätthantering (CPV 98311100) eller drift av tvätterier (CPV 98311200), ska vid en tillämpning av CPV-systemet hänföras till B-tjänster, kategori 27 (övriga tjänster) enligt bilagan 3 till LOU, och ska därmed oavsett värdet upphandlas med ledning av bestämmelserna i 15 kap. LOU för upphandling som inte omfattas av EU-direktivet.

Avser upphandlingen tjänster där något totalpris inte anges ska enligt 3 kap. 12 § LOU det s.k. *kontraktsvärdet* av upphandlingen beräknas till det totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader, eller av månadsvärdet multiplicerat med talet 48 om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid. Förekommande options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjats.

Syftet med reglerna om offentlig upphandling är att bland annat säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. Det har därför i 1 kap. 9 § LOU införts ett antal unionsrättsligt grundade principer som oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid offentlig upphandling. Av principerna om *likabehandling* och *öppenhet (transparens)* följer att alla leverantörer ska behandlas lika och ges möjlighet till en sådan insyn att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud på lika villkor.¹⁰ *Proportionalitetsprincipen* innebär vidare att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven skall således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som skall täckas. Av principen om *icke-diskriminering på grund av nationalitet* följer slutligen att även om den upphandlande myndigheten inte förväntar sig några utländska anbud får den vid utformningen av förfrågningsunderlaget inte införa krav som enbart svenska företag känner till eller kan utföra.¹¹

⁷ Lagen har numera ersatts genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – NLOU – som trädde ikraft den 1 januari 2017.

⁸ Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Direktivet har numera kommit att ersättas genom direktiv (2014/24/EU).

⁹ CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4) – se 1 kap. 2 § femte stycket och 2 kap. 5 § LOU samt Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), numera i delvis ändrad lydelse sedan 2008.

¹⁰ De grundläggande principer som åsyftas följer numera av avdelning IV i EUF-fördraget - tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG.

¹¹ Se bl.a. prop. 2006/07:128, s. 131 f.

Bestämmelserna har utformats i syfte att bl.a. försvåra möjligheterna att vid offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensnedvidande sätt. I EU-lagstiftningen framhålls bl.a. att EU-domstolen betecknat otillåten direkttilldelning som den allvarligaste överträdelsen av unionslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande myndighet kan begå.¹²

LOU är generellt tillämplig på alla åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ramavtal avseende bl.a. B-tjänster.¹³ Enligt det s.k. *in-house-undantaget* i 2 kap. 10 a § LOU får dock under vissa förutsättningar en upphandlande myndighet sluta avtal direkt, och utan iakttagande av lagens förfarandebestämmelser, med en fristående juridisk person som myndigheten själv kontrollerar som ägare eller delägare.¹⁴

Enligt 1 kap. 7 § LOU behöver förfarandebestämmelserna heller inte tillämpas vid 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. 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 emellertid inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.¹⁵

Om något undantag från LOU inte kan göras tillämpligt ska upphandling genomföras enligt lagens bestämmelser. I sådant fall ska enligt huvudregeln i 1 kap. 9 § LOU den upphandlande myndigheten genomföra ett på likvärdigt och icke-diskriminerande samt öppet (transparent) förfarande. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Vid en upphandling av B-tjänster föreligger det som regel en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt, jml. 15 kap. 4 § LOU, offentliggöra sina upphandlingar genom annons i en allmänt tillgänglig elektronisk databas eller på annat sätt som möjliggör effektiv konkurrens.

Enligt 15 kap. 3 § andra stycket jämförd med 4 kap. 5 § och 7-8 §§ LOU föreligger det vid B-tjänstepphandling undantag från denna skyldighet vid bl.a. följande förutsättningar.

- det som ska upphandlas har *lågt värde* – d.v.s. kontraktsvärdet understiger 28 procent av gällande tröskelvärdet (för närvarande 534.890 kronor) – eller om det föreligger *synnerliga skäl*,
- 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,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- upphandlingen gäller vissa nödvändiga och brådskande kompletterande tjänster, eller
- upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tjänster som tidigare varit föremål för öppen eller selektiv upphandling från samma leverantör och värdet av det nya kontraktet ingått i tröskelvärdesberäkningen av värdet av det ursprungliga projektet, eller
- det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl kan levereras av endast en viss leverantör.

¹² Se bl.a. skäl 13 till Europaparlamentets och Rådets direktiv (2007/66/EG) av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

¹³ Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

¹⁴ Se 2 kap. 10 a § LOU. Möjlighet till sådant undantag föreligger dock enbart om följande två förutsättningar samtidigt är uppfyllda, nämligen (1) att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning, och (2) att den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den.

¹⁵ Se EU-domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen *Bockhorn Braunschweig* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220 och i det efterföljande målet *kommissionen mot Tyskland* (C-503/04) EU:C:2007:432.

Vid beräkningen av om det föreligger *lågt värde* ska enligt 15 kap. 3 a § LOU kontraktets värde uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Förekommande options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjats.¹⁶

Undantaget från annonseringskravet på grund av *synnerlig brådska* avser extraordinära situationer. För att undantag överhuvudtaget ska kunna komma ifråga måste det framstå som absolut nödvändigt att tilldela kontraktet. Enligt praxis krävs att det rör sig om en brådskande anskaffning av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art.¹⁷ Det ska även framstå som uppenbart att kontrakt omedelbart måste komma till stånd för att det inte annars ska uppstå mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa.¹⁸

De omständigheter som kan rättfärdiga synnerlig brådska måste vidare bero på yttre förhållanden, dvs. förhållanden som ligger utanför det område som den upphandlande myndigheten har kunnat förutse eller påverka. *Egenförvällad brådska* hos den upphandlande myndigheten som kan ha uppkommit till följd av exempelvis bristande planering grundar exempelvis inte möjlighet till undantag, utan i kravet på oförutsebarhet ligger att förhållandena närmast ska ha *karaktären av force majeure*.¹⁹ Härutöver måste den aktuella tidsnöden vara sådan att det inte har varit möjligt att hålla tidsfristen vid annonserat förfarande, vilken vid upphandling av B-tjänster innefattar ett krav på *skälig tid* för att komma in med ansökningar eller anbud.²⁰

Socialt betingade villkor – om att exempelvis sysselsätta långtidsarbetslösa eller funktionshindrade med nedsatt arbetsförmåga – har under vissa förutsättningar kommit att godkännas i unionsrättslig praxis. Ett offentligt anbudsförfarande ska i dessa fall genomföras där det redan i meddelandet om upphandling förekommer en hänvisning till villkoren om reserverade kontrakt. Villkoren får vidare varken direkt eller indirekt medföra diskriminerande särbehandling av anbudsgivare från andra EU-medlemsstater.²¹ Enligt för upphandlingen gällande lagbestämmelser är det inte möjligt att reservera kontrakt för exempelvis skyddade verkstäder.²²

I fråga om krav på att en upphandlad verksamhet ska vara lokaliserad på visst sätt måste detta vidare framstå som nödvändigt för funktionen i sig och får inte komma i konflikt med de grundläggande principerna om framförallt likabehandling, icke-diskriminering på grund av nationalitet och proportionalitet. Om en åtgärd har varit proportionell får bedömas med hänsyn till effektivitet och lämplighet, om det funnits något annat, mindre ingripande alternativ samt om åtaganden för leverantörerna står i rimlig proportion till syftet. I svensk nationell rättspraxis har exempelvis ett krav på att en beställningscentral för organisation av bl.a. färdtjänstresor skulle vara lokaliserad i Östergötland kommit att underkännas såsom stridande mot de grundläggande principerna.²³

¹⁶ Vidare följer av bestämmelsen i 15 kap 3 a § LOU att en upphandling inte får delas upp i syfte att kringgå lagen. Om separata upphandlingar dock måste ske, ska vid beräkningen beaktas samtliga direktupphandlingar av samma slag som har gjorts av den upphandlande myndigheten under räkenskapsåret.

¹⁷ Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i mål nr 7469--7472-11.

¹⁸ I rättspraxis har exempelvis uteblivna livsmedelsleveranser till skolor, förskolor och servicehus ansetts vara av brådskade natur - se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 29 februari 2012 i mål nr. 1446--1452-12. I lagförarbetena anges även att möjlighet till extra förmånliga köp på auktion samt särskilt personrelaterade behov av hälso- och sjukvårdstjänster kan anses medföra synnerliga skäl – se prop. 2001/02:142, s. 99 samt prop. 2006/07:128, s. 429; jfr. även Konkurrensverkets beslut av den 26 maj 2010 i ärende nr. 430/2009.

¹⁹ Se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

²⁰ Se 15 kap. 9 § LOU. Bedömningen får göras från fall till fall med hänsyn till upphandlingens art, storlek och karaktär samt med beaktande av de grundläggande principerna om bl.a. likabehandling och ickediskriminering i 1 kap. 9 § LOU. I praxis har frister på mellan två och fyra veckor ansetts utgöra *skälig tid* – se bl.a. se bl.a. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) Årssammanställning för 1996, avsnitt 14.2, s 39 samt nämndens bedömningar i ärende om Stiftelsen Baldernäs (dnr. 1998/0166-26) och om Göteborgs stad (dnr 1998/0160-26); se vidare RÅ 1999 not. 1 samt Länsrätten i Stockholms läns dom i mål 4546-94 samt Länsrätten i Västernorrlands läns dom i mål 99-04.

²¹ Se EU-domstolens domar i *Beentjes* (C-31/87) EU:C:1988:422, samt i *Nord Pas de Calais* (C-225/98) EU:C:2000:494.

²² Se SOU 2013:12 s. 523; jfr. SOU 2014:51, avsnitt 3.3.1, s. 42 ff. I 4 kap. 18 § NLOU har numera intagits bestämmelser om att en upphandlande myndighet får (1) reservera deltagandet för skyddade verkstäder eller för leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden, eller (2) föreskriva att ett kontrakt ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning. Bestämmelsen, som enbart gäller förfaranden som påbörjats efter den 31 december 2016, medför dock inget undantag från kravet till att annonsera upphandlingen.

²³ Se Förvaltningsrätten i Linköpings dom av den 14 maj 2013 i mål nr. 2035-13.

Även krav på att anlita arbetskraft ska ha viss nationalitet eller komma från ett visst geografiskt område har normalt ansetts strida mot de grundläggande principerna om framförallt likabehandling och icke-diskriminering samt även mot kravet på etableringsfrihet och fri rörlighet av tjänster.

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis²⁴ ska möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som inom området för offentlig upphandling ges enligt unionsrätten tolkas restriktivt.²⁵ Det ankommer på den som åberopar ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar detta faktiskt föreligger.²⁶

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU kan en skadelidande leverantör ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att upphandlingen ska rättas eller att den ska göras om.²⁷

I fall där avtal redan uppkommit kan rätten, jml. 16 kap. 13 § LOU,²⁸ besluta att avtalet är *ogiltigt*, om det har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga.²⁹ Det är i sådant fall fråga om ursprungso giltighet (*ex tunc*). Av lagförarbetena framgår i detta avseende bland annat följande.³⁰

”Om avtalet förklaras ogiltigt innebär det att det är civilrättsligt ogiltigt och inte kan göras gällande. Skyldigheten att fullgöra avtalet bortfaller alltså för båda parter. Har förpliktelseerna i avtalet helt eller delvis uppfyllts är huvudregeln att prestationerna ska återgå. Om en återgång av prestationerna inte är möjlig är utgångspunkten att det förmögenhetsläge som gällde innan det ogiltiga avtalet slöts ska återställas. Om exempelvis varor som levererats redan förbrukats eller tjänster redan utförts kan parterna få utge ersättning för den nytta de haft av varandras prestationer.”

Den upphandlande myndigheten kan också bli skadeståndsskyldig gentemot leverantör som fått sitt avtal ogiltigförklarat.³¹ Utgångspunkten är enligt lagförarbetena att ersättning som regel bör utgå med ett uppskattat skäligt belopp, med hänsyn till bl.a. överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikterna till vinst. En skälighetsbedömning ska även göras där bland annat frågan om leverantören varit i god eller ond tro i förhållande till regelöverträdelsen ska kunna beaktas.³²

Konkurrensverket kan även begära att en upphandlande myndighet som har slutit avtal på sätt som strider mot annonseringsbestämmelserna i LOU ska betala en särskild *upphandlingsskadeavgift*. En sådan straffavgift beslutas ytterst av allmän förvaltningsdomstol och ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor.³³ 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 kontraktsvärdet³⁴ men en individuell bedömning ska alltid ske med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.³⁵

²⁴ Från senare rättspraxis se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23.

²⁵ Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden i *kommissionen mot Spanien* (C-71/92) EU:C:1993:890, *Kommissionen mot Spanien II* (C-328/92) EU:C:1994:178 och *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) EU:C:1995:150.

²⁶ Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens avgöranden i *Kommissionen mot Italien* (C-199/85), *Kommissionen mot Spanien II* (C-328/92) EU:C:1994:178 och *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) EU:C:1995:150. Från senare praxis, se även domstolens avgöranden i de förenade målen *Bockhorn-Braunschweig* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220 och *Stadt Halle* (C-26/03) EU:C:2005:5, p. 46.

²⁷ Se 16 kap. 4-6 § LOU.

²⁸ Rätten kan jml. 16 kap. 16 § LOU även förordna 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.

²⁹ 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.

³⁰ Se prop. 2009/10:180 s. 361 (nederst).

³¹ Se 16 kap. 20 § LOU, enligt vilken en upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i LOU ska ersätta därigenom uppkommen skada för en leverantör.

³² Se prop. 2009/10:180 s. 226 (mitten).

³³ Se Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 10 december 2015 i mål nr. 13345-15.

³⁴ 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

Yttrande

Kommunen har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande. Kommunen har, som framgår av Konkurrenskommissionens utredning, sagt upp det aktuella avtalet, vilket även leverantören gjort. Förvaltningsrätten i Karlstad har därefter avskrivit målet. Kommer upphandling av tvättjänster genomföras görs detta enligt gällande lag. Mot denna bakgrund anser Kommunen att det inte finns skäl till yttrande.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Kommunen är såsom upphandlande myndighet skyldig att iaktta bestämmelserna i LOU. Av utredningen framgår att Kommunen slutit avtal med Samhall om att köpa tvättjänster (B-tjänster) till ett uppskattat kontraktsvärde av 3,9 miljoner kronor. Avtalet har slutits före 2017 och utan föregående annonserad upphandling enligt LOU.

Kommunen utövar inte något sådant ägande eller kontroll över Samhall att *in-house-undantag* skulle kunna komma ifråga och bolaget har heller inte något *rättsligt monopol* på att utföra aktuella tjänster åt Kommunen. Någon grund för direktupphandling till följd av *långt värde* eller *synnerlig brådska* har heller inte framkommit. Såvitt kunnat utredas föreligger det vidare inte någon annan rättslig grund för Kommunen att täcka sitt aktuella behov av tvättjänster genom köp direkt från Samhall. Det finns exempelvis inte någon laglig grund för att undantagsvis driva verksamheten som ett ”projekt”, på sätt som företrädare för Kommunen uppgivit i media.

Kommunen är istället skyldig att i enlighet med lagens huvudregel infordra konkurrerande anbud genom annons i en allmänt tillgänglig elektronisk databas eller på annat sätt som möjliggör effektiv konkurrens. Kommunens nu aktuella beslut att kringgå upphandlingsskyldigheten enligt LOU och istället täcka sitt behov av aktuella tjänster direkt från Samhall strider mot LOU och de grundläggande unionsrättsliga principerna på ett sätt som är ägnat att snedvrider förutsättningarna för konkurrensen. Det finns därmed anledning att rikta kritik mot Kommunen.

Kommunen riskerar även att få betala upphandlingsskadeavgift som skulle kunna uppgå till c:a 273.000 kronor, om Konkurrensverket väljer att ingripa mot förfarandet.