

PM 2 2019-03-13 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direkttilldelning.**

*En kommun har direkttilldelat ett kontrakt om leasing av en traktor med släp till ett värde av c:a 700.000 kronor, utan föregående annonsering. Det har i samband härmed även förekommit händelser som kan utgöra mutbrott.*

Grums kommun (nedan Kommunen) har med ett privat företag (nedan Maskinbolaget) slutit separata avtal om förvärv av en traktor respektive en vagn genom leasing. Detta har skett genom två avtal som undertecknades av parterna i februari 2014.

Det ena avtalet avser leasing av en traktor under 84 månader. Leasingkostnaden uppgår enligt detta avtal till 348.684 kronor och i avtalet ingår en anvisningsklausul som garanterar leasingbolaget en köpeskilling om 133 000 när leasingen upphör, vilket medför ett totalt kontraktsvärde om i vart fall 481.684 kronor.

Det andra avtalet avser leasing under 84 månader av en till traktorn tillhörande vagn, som bland annat kan användas för skogsavverkning. Enligt detta avtal uppgår leasingkostnaden till 151.872 kronor, med en anvisningsklausul värd 39.600 kronor. Till detta kontrakt har även betalats en kontantinsats på 43.750 kronor.<sup>1</sup> Totalt värde för detta kontrakt uppgår således till 235.222 kronor.

Såvitt framkommit har avtalen inte föregåtts av någon annonserad anbudsfordran och någon särskild upphandlingsdokumentation finns inte för anskaffningarna. Bland annat har Kommunen angivit följande. ”*Vad gäller upphandling och annonsering kan jag inte se att detta gjordes, avtalet gäller leasing så det finns heller inget krav på upphandling. [Kommunen] har tidigare leasat traktor från aktuellt företag och då en traktor lämnades i inbyte var det troligtvis smidigast att anlita samma företag.*”<sup>2</sup>

Det samlade kontraktsvärdet av aktuella anskaffningar uppgår uppskattningsvis till i vart fall 716.906 kronor, exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).

Den kommunala chefstjänsteman, som för Kommunens räkning genomfört dessa köp och även undertecknat Kommunens avtal har i en dom från Värmlands tingsrätt den 4 januari 2019 dömts för tagande av muta. Den säljare som hos Maskinbolaget förmedlat affären har samtidigt dömts för givande av muta. Mutan har enligt domen samband med de ovan angivna kontrakten. Tingsrättens dom har överklagats till hovrätt och därmed inte vunnit laga kraft.<sup>3</sup>

**Rättslig reglering**

Med offentlig upphandling avses förfarandet fram till och med tilldelningen av bl.a. ett *offentligt kontrakt* 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. varor.

En offentlig upphandling som har påbörjats före den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.<sup>4</sup> 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).<sup>5</sup>

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.<sup>6</sup>

Med *varukontrakt* avses enligt 2 kap. 21 § ett kontrakt som gäller såväl köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, under förutsättning att kontraktet inte ska anses utgöra ett byggtreprenadkontrakt eller ett tjänstekontrakt.<sup>7</sup>

Värdet av ett kontrakt som är avsett att gälla leasing, hyra eller hyrköp av varor och som löper på en bestämd tid, överstigande tolv månader, ska enligt 3 kap. 19 § LOU beräknas till den totala kostnaden inklusive varans uppskattade restvärde.

<sup>1</sup> Det framgår inte av kontraktet att någon kontantinsats ska betalas. Kontantinsats har dock fakturerats och betalats av Kommunen – se fakturanr F167041 samt Kommunens betalning med verifikationsnummer 701532.

<sup>2</sup> Se e-postmeddelande ”SV: !!! VB: ”*Begäran om allmän handling*” av den 28 januari 2019 från Kommunen till Konkurrenskommissionen.

<sup>3</sup> Se Värmlands tingsrätts dom av den 4 januari 2019 i mål nr. B 5446-17.

<sup>4</sup> Lagen har numera ersatts genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – NLOU – vilken trädde ikraft den 1 januari 2017.

<sup>5</sup> 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).

<sup>6</sup> På motsvarande sätt utgör företag som tillhandahåller aktuella varor, tjänster eller byggtreprenader *leverantörer* som ska ges möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud.

<sup>7</sup> Ett kontrakt ska behandlas som ett varukontrakt även om det omfattar monterings- och installationsarbeten avseende varorna, om värdet av dessa arbeten är mindre än värdet av varorna.

Om det på detta sätt bedömda kontraktsvärdet av de för upphandling aktuella varorna understiger det vid varje tidpunkt gällande tröskelvärdet<sup>8</sup> ska förfarandet handläggas och bedömas i enlighet med de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU. Tröskelvärdet uppgick 2014 till 1.806.427 kronor.<sup>9</sup>

Syftet med bestämmelserna 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. Däribland principerna om *likabehandling* och *ickediskriminering* samt *öppenhet (transparens)*, innebärande att alla leverantörer ska behandlas lika och ges möjlighet till sådan insyn att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud på lika villkor.<sup>10</sup> Vissa leverantörer eller grupper av leverantörer får exempelvis inte ensidigt gynnas. Enligt ett uttalande från Högsta förvaltningsdomstolen är en av regelverkets viktigaste funktioner att säkerställa att leverantörerna får lika förutsättningar att lämna bärkraftiga anbud.<sup>11</sup>

Vid upphandling av varor under tröskelvärdet föreligger det som regel en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndighet att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt att offentliggöra upphandlingen genom annons i en nationell databas.<sup>12</sup> Undantag från denna annonseringsskyldighet har dock kunnat komma ifråga om någon av följande förutsättningar är uppfyllda.<sup>13</sup>

1. det har i vid en annonserad upphandling *inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud*,
2. värdet av det som ska upphandlas har ett *lågt värde* motsvarande 270.964 kronor<sup>14</sup> – d.v.s. kontraktsvärdet understiger 15 procent av gällande tröskelvärde – eller om det föreligger *synnerliga skäl*,
3. det som ska upphandlas kan av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av *ensamrätt* fullgöras av endast en viss leverantör, eller
4. 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.
5. det gäller varor som framställs endast för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål, och kontraktet syftar inte till vinst eller till att täcka forsknings- och utvecklingskostnader,<sup>15</sup>
6. det gäller kompletterande leveranser av varor från den ursprungliga leverantören 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,<sup>16</sup>
7. det gäller varor som noteras och omsätts på en råvarumarknad, eller
8. det är möjligt att anskaffa varor på särskilt förmånliga villkor genom köp i samband med att en leverantör upphört med sin verksamhet eller är i likvidation, konkurs eller motsvarande obeståndsförfarande.

Såvitt gäller undantaget för *ensamrätt* enligt punkten 3 (ovan) avser detta enbart situationer där kontraktet till följd av ensamrätt kan fullgöras av ”*endast en viss leverantör*”.<sup>17</sup> Med ensamrätt avses legala ensamrätter såsom patent- och upphovsskyddade rättigheter, lagliga monopol eller motsvarande. I EU-domstolens praxis har ensamrättsundantaget inte bedömts kunna tillämpas om det finns fler än en leverantör som kan komma ifråga för kontraktet.<sup>18</sup> Om en upphandlande myndighet tror sig veta att enbart viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av aktuella

<sup>8</sup> 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 – 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.

<sup>9</sup> Gällande tröskelvärde 2014 för kommunal upphandling av varor inom den s.k. klassiska sektorn - se regeringens tillkännagivande (2014:5) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>10</sup> De grundläggande principer som åsyftas följer numera av avdelning IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF - tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG.

<sup>11</sup> Se HFD 2012 ref. 48, del I.

<sup>12</sup> Se 15 kap. 4 § LOU.

<sup>13</sup> Se 15 kap. 3 § andra stycket jämförd med 4 kap. 5 och 7-8 § LOU.

<sup>14</sup> Den angivna beloppsgränsen avser upphandling som har påbörjats under perioden den 1 januari -1 juli 2014 och baseras på tröskelvärdet 1.806.427 kronor för den klassiska sektorn, se vidare regeringens tillkännagivande (2014:5) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Beloppsgränsen i 15 kap. 3 § LOU (numera 19 kap. 7 § tredje stycket NLOU) har därefter ändrats till att avse 28 procent av gällande tröskelvärde - se ändringsförfattningen SFS 2014:474 jämte där angivna övergångsbestämmelser.

<sup>15</sup> Undantag enligt punkten 4 gäller under förutsättning att det inte försämrar möjligheten till konkurrens vid en senare kontraktstilldelning som i första hand har ett sådant syfte.

<sup>16</sup> Ett varukontrakt enligt punkten 5 får gälla längre tid än tre år endast om det föreligger särskilda skäl.

<sup>17</sup> Bestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU motsvarar artikel 31.1(b) Klassiska upphandlingsdirektivet (2004/17/EG) samt artikel 32.2(b) Nya klassiska upphandlingsdirektivet (2014/24/EU).

<sup>18</sup> Se EU-domstolens dom i *kommisionen mot Grekland* (C-394/02) EU:C:2005:336, pp. 32-39, särskilt p. 37.

varor (s.k. *faktisk ensamsituation*) medför detta dock inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.<sup>19</sup>

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 i så fall rör sig om en brådskande anskaffningar av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup>

De omständigheter som åberopas till stöd för synnerlig brådska måste vidare bero på yttre förhållanden, dvs. saker som ligger utanför det område som den upphandlande myndigheten har kunnat förutse eller påverka. *Egenförvårdad brådska* hos den upphandlande myndigheten som kan ha uppkommit till följd av exempelvis bristande planering medför inte möjlighet till undantag.<sup>22</sup>

I lagförarbetena kommenteras den omständigheten att brådskan inte får vara ”orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten” bland annat med att ”sådana omständigheter som är hänförliga till den upphandlande myndigheten torde inte vara omöjliga att förutse för myndigheten”.<sup>23</sup>

I rekvisitet om oförutsebarhet ligger sålunda att förhållandena närmast ska ha *karaktären av force majeure*.<sup>24</sup> Härutöver måste den aktuella tidsnöden vara sådan att det inte har varit möjligt att hålla tidsfristerna vid annonserat förfarande. Denna frist anges som en ”*skälig tid*” uppgående till som regel mellan två och fyra veckor vid tillämpning av de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU.<sup>25</sup>

När det gäller otillåten direkttilldelning har bland annat EU-domstolen uttalat att detta utgör den ”*allvarligaste överträdelsen av unionslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande myndighet kan begå*”.<sup>26</sup> Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i domstolens fasta praxis<sup>27</sup> ska möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som inom området för offentlig upphandling ges enligt unionsrätten därför tolkas restriktivt.<sup>28</sup> Det ankommer också på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar detta faktiskt föreligger.<sup>29</sup>

### Yttrande

Kommunen har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört den instämmer i bedömningen att den aktuella upphandlingen skulle ha konkurrensutsatts. Kommunen ställer sig dock frågande till att kommissionen riktar kritik mot Kommunens organisation och upphandlingsrutiner. Kommunen har politiskt antagna dokument kring inköp och upphandling och den personal som genomför Kommunens upphandlingar/inköp genomgår en utbildning med kommunens upphandlare, som även finns tillgängliga för frågor gällande inköp och upphandling. Kommunens bedömning är således att den har en bra rutin för inköp och upphandling. Varför denna upphandling inte har handlagts enligt LOU och följt kommunens riktlinjer har Kommunen svårt att förstå, då den ansvarige chefstjänstemannen inte längre finns kvar i Kommunens organisation.<sup>30</sup>

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i de förenade målen 7469--7472-11.

<sup>21</sup> I rättspraxis har exempelvis uteblivna livsmedelsleveranser till skolor, förskolor och servicehus ansetts vara av brådskande 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.

<sup>22</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien III* (C-385/02) EU:C:2004:522, punkten 38.

<sup>23</sup> Se prop. 2006/07:128, s. 327, specialmotiveringen till 4 kap. 5 § LOU.

<sup>24</sup> Se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

<sup>25</sup> Se 15 kap. 9 § LOU. Bedömningen av vad som utgör *skälig tid* 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. bl.a. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) Årssammanställning för 1996, avsnitt 14.2, s 39 samt nämndens bedömningar i ärende om Stiftelsen Baldersnäs (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.

<sup>26</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom i *Stadt Halle* (C-26/03) EU:C:2005:5, p 37, i framförallt engelsk eller tysk språkversion; se även 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.

<sup>27</sup> Från senare rättspraxis se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23.

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> Kommunens yttrande av den 26 februari 2019, rubr. ”Svar/kommentar gällande preliminär promemoria – Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direkttilldelning”.

### **Slutlig 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 som upphandlande myndighet skyldig att i sin verksamhet följa gällande upphandlingsbestämmelser. Av utredningen framgår att Kommunen under första halvåret 2014 har slutit två separata avtal med Maskinleverantören, avseende förvärv av en traktor respektive en vagn till denna traktor. Avtalen har ingåtts genom leasing och omfattas därmed, till skillnad från vad Kommunen så sent som i januari 2019 givit uttryck för,<sup>2</sup> av de ordinarie förfarandebestämmelserna i LOU.<sup>31</sup>

Avtalen företer sådana påtagliga likheter och har ett sådant samband med varandra att de ska betraktas som upphandlingar av samma slag. Eftersom det sammanlagda värdet av dessa båda upphandlingar överstiger beloppsgränsen då direktupphandling kan vara möjlig på grund av lågt värde skulle anskaffningen ha föregåtts av ett annonserat förfarande. Genom att underlåta ett sådant förfarande har Kommunen brutit mot LOU och de i lagen intagna principerna om likabehandling och transparens, som bland annat syftar till att skydda mot korruption. Den omständigheten att en inom Kommunen då verksam medarbetare som aktivt medverkat vid anskaffningen senare har fällts för mutbrott i anslutning till den aktuella upphandlingen kan även tyda på att allt inte gått rätt till. Domstolens avgörande har dock inte vunnit laga kraft, så det går på nuvarande stadium inte att dra någon slutsats om det förekommit mutbrott.

Det kan dock konstateras upphandlingen har handlagts på sätt som strider mot LOU. Detta har uppenbarligen kunnat ske trots att Kommunen har politiskt antagna dokument kring inköp och upphandling och att den personal som genomför upphandling/inköp inom Kommunen genomgår löpande utbildning av Kommunens upphandlare. Kommunen behöver således införa nödvändiga kontroller så att dylika händelser inte upprepas i framtiden. Bland annat behöver medvetandet om offentlig upphandling höjas så att det, på sätt som nu tydligen har varit fallet, inte finns någon missuppfattning om att leasingkontrakt skulle vara undantagna från kravet på upphandling enligt LOU.

---

<sup>31</sup> Av 1 kap. 2 § jämförd med 24 § LOU framgår tydligt att lagens bestämmelser ska tillämpas i fråga om kontrakt som gäller ”köp, leasing, hyra eller hyrköp” av varor.