

PM 2 2019-10-09 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom avrop över annonserat värde

En kommun har hittills redan, halva tiden in i avtalets fulla löptid, beställt arbeten m.m. för drygt 10 miljoner kronor på ett ramavtal som har upphandlats för att avse avrop på sammanlagt 8 miljoner kronor.

Tekniska nämnden i Danderyds kommun (nedan Kommunen) har i december 2016¹ påbörjat upphandling av ett avtal för *”Drift- och underhållsarbeten för hamnverksamhet avseende successiva avrop inom ombyggnation och reparation av kajer och hamnar samt undersökning av botten runt bryggor och i vattendrag”* (nedan Underhållsavtalet).² Upphandlingen har handlagts i ett s.k. förenklat förfarande till att avse ett ramavtal för successiva avrop från tre, sinsemellan rangordnade, ramavtalsleverantörer,³ under en period av två år räknad från avtalstecknandet med möjlighet till ytterligare två års förlängning, dvs. i ett maximalt (2+2=) fyraårigt avtalsförhållande.⁴

I annonsen om upphandling¹ anges vid rubriken *”Upphandlingens värde”* att förfarandet avser ett kontraktswärde på 8 miljoner kronor. Motsvarande information lämnas även under punkten 1.2.1.2 *”Upphandlingens omfattning och förutsättningar”* i förfrågningsunderlaget, där det framkommer att Kommunen inte garanterar någon specifik volym men att *”nuvarande volym är cirka 1,5 - 2 Mkr per år”*. Under samma punkt anges även att *”ramavtalet avser uppdrag upp till 20 prisbasbelopp vid varje avropstillfälle”*, vilket omräknat motsvarar 886.000 kronor i maximalt värde per avrop.⁵

Kontraktstilldelning beslutades den 1 mars 2017⁶ varefter Underhållsavtalet slöts med den i första hand rangordnade anbudsgivaren, här angiven som Entreprenadföretaget.⁷

Såvitt framgår av utdrag ur Kommunens leverantörsreskontra har Kommunen hittills under perioden mars 2017 till och med januari 2019, dvs. efter knappt två års löpande kontraktstid, genomfört avrop på Underhållsavtalet för uppskattningsvis c:a 10,6 miljoner kronor, exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).⁸ Bland dessa förekommer även beställningar som var för sig överstiger den i upphandlingsunderlaget angivna begränsningen om 20 prisbasbelopp eller 886.000 kronor per avrop.⁹

Rättslig reglering

Med offentlig upphandling avses förfarandet till och med tilldelning av ett *offentligt kontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser bland annat tillhandahållande av byggentreprenadarbete mot ersättning. Upphandling som har påbörjats före den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – ÄLOU.¹⁰

¹ Annonser om upphandling, *”Ramavtal - Drift- och underhållsarbeten hamnverksamhet”*, publicerad i Visma TendSigns nationella databas den 16 december 2016 (dnr. TN 2014/0326).

² Av punkten 1.1.1.1, *”Beskrivning av uppdraget”* i upphandlingsdokumentet *”Förfrågningsunderlag”*, daterat den 16 december 2016, framgår att förfarandet avser *”successiva avrop inom ombyggnation och reparation av kajer och hamnar samt undersökning av botten runt bryggor och i vattendrag. Rådgivning och konsultation kan också avropas”*.

³ Se tredje stycket under punkten 1.1.1.1 *”Beskrivning av uppdraget”* i upphandlingsdokumentet.

⁴ Punkten 1.4.1.3, *”Avtalstid”* i upphandlingsdokumentet.

⁵ *Prisbasbeloppet* uppgick 2016, vid en beräkning enligt 2 kap. 7 § socialförsäkringsbalken, till 44.300 kronor; (44.300 kr. x 20 =) 886.000 kr.

⁶ Se Kommunens *”Tilldelningsbeslut - Drift- och underhållsarbeten hamnverksamhet”* av den 1 mars 2017 – dnr. TN 2016/0326. Förutom Hamnt omfattade tilldelningen två andra företag, vilka rangordnades för avrop i andra respektive tredje hand.

⁷ Se *”Avtal - Drift- och underhållsarbeten hamnverksamhet”* av den 16 och 22 mars 2017 – dnr. 2016/0326. Entreprenadföretaget har senare fusionerats med ett annat bolag (inom samma koncern) och därefter verkat under annan firma och annat organisationsnummer än det ursprungliga, för vilket kontraktet tecknats.

⁸ Av detta värde hänför sig 2.214.000 kronor (exkl moms) till betalningar som har genomförts till Entreprenadföretaget under bolagets ursprungliga firma och organisationsnummer, före fusion.

⁹ Däribland beställning av flytponton och anslutande installationsarbeten på 2.404.326 respektive 2.000.000 kronor, för anläggning av en flottbro till Tranholmen – se vidare Konkurrenskommissionens utredning i ärendet KKO 18-027.

¹⁰ ÄLOU var i kraft från och med den 1 januari 2008 till och med den 31 december 2016. Från den 1 januari 2017 ska istället lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU - tillämpas.

För upphandling som har påbörjats efter det s.k. LOU-direktivets (2014/24/EU)¹¹ formella ikraftträdande den 18 april 2016 medför dock den unionsrättsliga *principen om direktivkonform tolkning* att LOU-direktivets bestämmelser med s.k. *direkt effekt* ska tillämpas på förfarandet.¹² Regelverket utgår från bland annat kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster och de därmed följande principerna om bland annat *likabehandling* och *transparens (öppenhet)*¹³ som ytterst följer av artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget). Dessa principer har för svenskt vidkommande införts i 1 kap. 9 § ÄLOU och ska tillämpas på samtliga förfaranden, således även på sådana upphandlingar som genomförs enligt de nationella bestämmelserna i 15 kap. ÄLOU.¹⁴

Kommunala myndigheter utgör enligt legaldefinitionen i 2 kap. 19 § ÄLOU sådana *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iaktta lagens bestämmelser.¹⁵ Lagstiftningen är generell tillämplig på alla åtgärder som vidtas av en sådan upphandlande myndighet i syfte att anskaffa bland annat byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt.¹⁶ Ett av regelverkets syften är att motverka uppkomst av korruption vid offentlig anskaffning.¹⁷

Vid upphandling av *byggtreprenadkontrakt*¹⁸ föreligger det som regel en obligatorisk skyldighet för den upphandlande myndigheten att upprätta ett skriftligt förfrågningsunderlag och offentliggöra förfarandet genom en allmänt tillgänglig annons. Om kontraktets värde understiger gällande tröskelvärde – vilket för byggtreprenader uppgick 2016 till 47.758.068 kronor¹⁹ – räcker det med att annonseringen sker i en nationell databas.²⁰

Om det behov som ska täckas är av löpande karaktär kan den upphandlande myndigheten välja att upphandla ett *ramavtal*. Därmed avses avtal som ingås mellan myndigheten och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren i kontrakt som genom löpande beställningar (s.k. avrop) senare ska tilldelas under en viss given tidsperiod.²¹

De grundläggande principerna om *likabehandling* och *transparens (öppenhet)* ska enligt EU-domstolen tillämpas så att samtliga villkor och bestämmelser som gäller för ett offentligt upphandlingsförfarande ska framgå av upphandlingsdokumenten,²² formulerade på ett så pass klart, precist och entydigt sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna "...*veta exakt vilka villkor som gäller för förfarandet och vara försäkrade om att samma krav gäller för samtliga konkurrenter*".²³

¹¹ EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU, av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, som trädde i kraft med bindande s.k. direkt effekt den 18 april 2016.

¹² EU-domstolen har i praxis utvecklat en princip om s.k. *direktivkonform tolkning* som innebär att nationella domstolar och myndigheter, från och med det datum ett direktiv träder ikraft, är skyldiga att tolka nationell rätt i ljuset av direktivets ordalydelse och syfte, för att därmed uppnå det resultat som avses med direktivet. – se bl.a. *Konstantinos Adeneier* (C-212/04) EU:C:2005:654, särskilt pp. 108-113, jfr. RÅ 1996 ref. 50.

¹³ Med kravet på *transparens* avses enligt lagförarbetena (prop. 2006/07:128, s. 132) främst skyldigheten för den upphandlande myndigheten att lämna information om upphandling och det praktiska tillvägagångssättet vid denna samt rätten för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vad som gäller vid upphandlingen.

¹⁴ Se bl.a. hänvisning i 15 kap. 2 § ÄLOU samt HFD 2018 ref. 60 med JustR Nords särskilda tillägg.

¹⁵ Företag som på marknaden tillhandahåller aktuella varor och tjänster m.m. utgör enligt 2 kap. 11 § ÄLOU *leverantörer*.

¹⁶ 2 kap. 12 § jämförd med 19 § ÄLOU. Vid kontraktsvärde överstigande gällande tröskelvärde ska istället upphandlingen annonseras i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED – se 7 kap. 1 § ÄLOU.

¹⁷ Se bl.a. SOU 2018:44, s. 233 ff. samt skäl 126 till LOU-direktivet.

¹⁸ Med byggtreprenadkontrakt avses ett kontrakt för utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1 till ÄLOU, eller som medför att ett byggnadsverk realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten. Med byggnadsverk avses i detta sammanhang det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion.

¹⁹ Tröskelvärdet för kommunal upphandling av byggtreprenader inom den klassiska sektorn uppgick 2016 till 47.758.068 kronor – se regeringens tillkännagivande (2016:14) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

²⁰ Se 7 kap. 1 § alternativt 15 kap. 4 § ÄLOU.

²¹ 2 kap. 15 § ÄLOU.

²² Med upphandlingsdokumenten avses "*meddelandet om upphandling eller ..förfrågningsunderlag*".

²³ Se EU-domstolens dom i *CoopService* (C-216/17) EU:C:2018:1034, p. 63 och för liknande resonemang även *Ingsteel och Metrostav* (C 76/16) EU:C:2017:549, p. 34; Se även domstolens dom *Pizzo* (C-27/15) EU:C:2016:404, p. 36 och i *La Cascina m.fl.*, C-226/04 och C-228/04, EU:C:2006:94, p. 32.

När det gäller ramavtal har EU-domstolen vidare angivit att den upphandlande myndighet som är part i ramavtalet endast kan handla för egen räkning inom gränsen för en viss på förhand angiven kvantitet samt att när denna gräns har nåtts har avtalet inte längre någon verkan. Om den upphandlande myndigheten inte i förväg redovisar den *totala kvantitet* som avtalet avser innebär detta således ett åsidosättande av de unionsrättsliga kraven på *likabehandling* och *öppenhet (transparens)*.

Yttrande

Kommunen har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet angivit följande. Kommunen strävar alltid efter att följa alla lagar och regler. Tekniska kontoret gör många upphandlingar varje år, och att inte snedvrider konkurrensen är en prioritet. Kommunen bedömer att det inte har skett någon felaktighet i upphandlingen av avtalet Drift- och underhållsarbeten för hamnverksamhet. Vi uppskattar och uppmuntrar alltid granskning av våra metoder, och om det uppdagas att vi har gjort något fel vidtas nödvändiga åtgärder för att det inte ska hända igen.

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 en *upphandlande myndighet* vars anskaffningar omfattas av regelverket i ÄLOU. Kommunen har i december 2016 påbörjat upphandling av ett maximalt fyraårigt byggentreprenadkontrakt, för successiva avrop av arbeten för ombyggnation och reparation av kajer och hamnar jämte anslutande konsulttjänster. Upphandlingen avser ett sådant värde att Kommunen ska tillämpa de nationella bestämmelserna i 15 kap. ÄLOU. Därmed är Kommunen även skyldig att iaktta kravet på bland annat *likabehandling* och *öppenhet (transparens)* i 1 kap. 9 § ÄLOU.

Enligt dessa krav ska det av underlaget i en upphandling framgå allt som har betydelse för förfarandet och det kontrakt som ska tecknas. Bland annat ska det av upphandlingsdokumenten framgå vilken i förhand angiven kvantitet som kan bli föremål för avrop av den upphandlande myndigheten. När denna gräns har nåtts har avtalet inte längre någon verkan. Denna information kan ha avgörande betydelse för leverantörers beslut om de överhuvudtaget ska delta med anbud i upphandlingen men även för anbudens prismässiga utformning och inriktning.

Av annonsen om upphandling framgår att "*Upphandlingens värde*" uppgår till 8 miljoner kronor. I själva förfrågningsunderlaget har Kommunen vidare redovisat omfattningen genom en hänvisning till tidigare avropad volym om cirka 1,5 - 2 miljoner kronor per år samt angivit att anbudsgivarna förutsätts leverera mot "*det faktiska behov som uppstår*".

Detta reser i första hand frågan huruvida upphandlingen uppfyller det krav på redovisning och tydlighet avseende ramavtalets kvantitet som ytterst följer av de grundläggande principerna om likabehandling och öppenhet (transparens) samt om Kommunen hittills har tillämpat ramavtalet på detta sätt och vad detta kan medföra för Kommunens möjligheter att fortsatt avropa på ramavtalet.

Den uppgift som framgår av annonsen om att "*Upphandlingens värde*" uppgår till 8 miljoner kronor bör enligt Konkurrenskommissionens mening anses uppfylla lagens krav på tydlighet i fråga om vilken kvantitet ramavtalet avser. Kommunen får sedan dock inte gå utöver denna beloppsmässiga begränsning vid löpande avrop på avtalet. Det som anges i förfrågningsunderlaget om att anbudsgivaren förutsätts leverera mot det faktiska behov som uppstår bör sålunda inte kunna tolkas så att Kommunen äger en obegränsad frihet att avropa byggentreprenadarbeten på avtalet. Om så skulle vara fallet kan avtalet nämligen inte tillmätas verkan av ett upphandlat ramavtal. Varje avrop eller beställning ska i så fall betraktas som en otillåten direkttilldelning. Även avrop eller beställningar som sker efter det att den angivna kvantitativa nivån på 8 miljoner kronor har överskridits ska ses som otillåtna direkttilldelningar.

Av utredningen framgår att Kommunen har fortsatt att avropa på ramavtalet till ett sammanlagt värde som hittills, ungefär halvvägs in på den möjliga avtalstiden, överskrider värdegränsen 8 miljoner kronor. Dessa avrop bör i enlighet med resonemanget ovan betraktas som otillåtna direkttilldelningar. Det är heller inte möjligt för Kommunen att fortsatt beställa på ramavtalet eftersom den kvantitativa gränsen redan nåtts och avtalet därmed inte längre har någon verkan.

Genom fortsatta avrop eller beställningar på ramavtalet ”Drift- och underhållsarbeten för hamnverksamhet” till värden som numera överskrider den på förhand angivna kvantiteten 8 miljoner kronor har Kommunen brutit mot LOU och de grundläggande principerna om likabehandling och öppenhet (transparens). Kommunen kan därför inte undgå kritik. Om Konkurrensverket väljer att ingripa mot förfarandet riskerar Kommunen även att få betala en upphandlingsskadeavgift på uppskattningsvis c:a 7 procent av det kontraktsvärdet för sådana avrop eller beställningar som har skett efter det att ramavtalets giltighet överskridits.