

PM 2 2019-10-09 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande unionsrättslig annonsering

En kommun har upphandlat två kontrakt om marina byggtreprenader för sammanlagt över 60 miljoner kronor i förenklade förfaranden utan föregående unionsrättslig annonsering.

Tekniska nämnden i Danderyds kommun (nedan Kommunen) har genom annons om upphandling som publicerades den 16 november 2016¹ påbörjat upphandling av ett fastprisavtal för ”Reparationsåtgärder av Kaj Samsövikens” (nedan Samsöviksavtalet).² En månad senare, den 16 december samma år,³ påbörjades även upphandling av ett ramavtal 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).⁴

Båda dessa upphandlingar har handlagts enligt bestämmelserna för förenklade förfaranden under tröskelvärden avseende byggtreprenadkontrakt. Anbud har följaktligen inhämtats endast genom annonsering i nationell databas.

Samsöviksavtalet har upphandlats i ett s.k. fastprisavtal. Till finansiering av detta avtal har Kommunen beslutat anslå 57 miljoner kronor.⁵ Kontrakt tecknades den 15 mars 2017 mellan Kommunen och den tilldelade leverantören (nedan Entreprenadföretaget) till ett pris om 50.881.000 kronor, exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).⁶

När det gäller Underhållsavtalet har detta upphandlats som ett ramavtal för löpande avrop under en period av maximalt fyra år.⁷ I annonsen om upphandling³ anges vid rubriken ”Upphandlingens värde” att förfarandet avser ett kontraktsvärde på 8 miljoner kronor. Motsvarande information redovisas i förfrågningsunderlaget på så sätt att Kommunen inte garanterar någon specifik volym men att ”nuvarande volym är cirka 1,5 - 2 Mkr per år”.⁸ Kontrakt tecknades den 16 och 22 mars 2017 mellan Kommunen och, även i detta fall, Entreprenadföretaget. Hittills, efter c:a två år av den maximalt avtalade kontraktstiden,⁹ har Kommunen genomfört avrop på ramavtalet för c:a 10,6 miljoner kronor. Detta medför att Underhållsavtalets faktiska kontraktsvärde bör kunna beräknas till c:a 20 miljoner kronor (exklusive moms) under avtalets fulla möjliga löptid.¹⁰

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 byggtreprenadarbeten mot ersättning. Upphandling som har påbörjats före den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – ÄLOU.¹¹

¹ Annonsering om upphandling, ”Reparation av kajer – Samsövikens”, publicerad i Visma TendSigns nationella databas den 16 november 2016 (dnr. TN 2014/0256).

² Samsöviksavtalet avser enligt punkten II.2 i annonsen om upphandling ”ny brygga, mark- och VA-arbeten samt belysnings- och belägningsarbeten längs Samsövikens strandlinje och omfattar cirka 430 m brygga med en stenmur på spont i bakkant av bryggan”.

³ Annonsering om upphandling, ”Ramavtal - Drift- och underhållsarbeten hamnverksamhet”, publicerad i Visma TendSigns nationella databas den 16 december 2016 (dnr. TN 2014/0326).

⁴ Underhållsavtalet avser enligt 1.1.1.1 i upphandlingsdokumentet ”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”.

⁵ Kommunfullmäktiges beslut av den 6 mars 2017, rubr. ”Investeringsanslag för ombyggnad av kaj Samsövikens”, (KS § 17) att anvisa Tekniska nämnden 57 miljoner kronor för ombyggnationen av kajen vid Samsövikens (KS 2016/0435).

⁶ Se Kommunens ”Kontrakt, Samsövikens, objekt 7” (TN 2014/0256) av den 15 mars 2017. I avtalet anges priset till ”Ersättningsformen fast pris, totalt 50 881 000 SEK exklusive moms”. Detta uppges dock vara en felskrift. Det rätta priset ska i stället vara 50.881.000 kronor.

⁷ Avtalet avser enligt punkten 1.4.13 i förfrågningsunderlaget en period av två (2) år, från och med avtalstecknandet, med möjlighet till två (2) års förlängning, med ett (1) år i taget, således maximalt (2+1+1=) 4 år.

⁸ Se punkten 1.2.1.2 ”Upphandlingens omfattning och förutsättningar” i förfrågningsunderlaget.

⁹ Eftersom Uppdragsavtalets kvantitativa nivå (8 miljoner kronor) redan har överskridits och avtalet därmed inte längre har någon verkan bör Kommunen inte kunna utnyttja den avtalade förlängningsmöjligheten, utan låta avtalet istället upphöra då detta löper ut i mars 2019 - se tidigare utredning KKO 19-003.

¹⁰ Värdet har beräknats som ett 48-månaderskontrakt genom analog tillämpning av 3 kap. 13 § jämförd med 12 § ÄLOU.

¹¹ 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)¹² 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.¹³ 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)*¹⁴ 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.

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 en offentlig upphandling ska de unionsrättsliga förfarandebestämmelserna i 1-14 kap. ÄLOU tillämpas om kontraktets värde överstiger det vid varje tidpunkt gällande tröskelvärdet. Detta innebär att ett meddelande om upphandlingen ska skickas till Europeiska kommissionen för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED¹⁸. Tröskelvärdet för *byggtreprenadkontrakt*¹⁹ uppgick 2016 (och 2017) till 47.758.068 kronor.²⁰ För anskaffningar över detta värde har det således inte varit tillåtet att tillämpa ett *förenklat upphandlingsförfarande*²¹ med annonsering endast i en nationell databas.

Byggtreprenadkontrakt ska enligt 3 kap. 3 § ÄLOU tröskelvärdebestämmas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet.²² En byggtreprenad får exempelvis inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet. Om en planerad sådan anskaffning ändå behöver delas upp ska tröskelvärdet bedömas utifrån det totala värdet av delkontrakten. Vid detta förhållande ska vart och ett av de berörda delkontrakten vars värde överskrider 1 miljon euro (eller 9,14 miljoner kronor)²³ upphandlas med iakttagande av direktivstyda upphandlingsbestämmelserna, innefattande bland annat krav på annonsering i EUT och TED.

Enligt 16 kap. 13 § ÄLOU ska allmän förvaltningsdomstol besluta att ett avtal är ogiltigt om det har slutits utan iakttagande av gällande annonseringskrav. Sådan ogiltighetstalan måste enligt samma kapitel 17 § vara väckt inom sex månader från det att avtalet slöts. Därefter har Konkursverket ytterligare sex månader på sig att ingripa mot förfarandet genom begäran om upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § ÄLOU.

¹² 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.

¹³ 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.

¹⁴ 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.

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 Se 7 kap. 1 § ÄLOU jämförd med 2 § upphandlingsförordningen (2011:1040).

¹⁹ 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.

²⁰ Tröskelvärdet för kommunal upphandling av byggtreprenader inom den klassiska sektorn uppgick 2016 till 47.758.068 kronor – se regeringens tillkännagivanden 2016:14 och 2017:223 om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

²¹ Förenklat förfarande (enligt 2 kap. 24 §) kan endast komma ifråga vid upphandling enligt de nationella bestämmelserna i 15 kap. ÄLOU.

²² Vid beräkningen ska enligt bestämmelsen även options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

²³ Beloppsuppgiften i svenska kronor bygger på det motvärde, 1 EUR = 9,1403 SEK, som följer av kommissionens meddelande (2015/C 418/01) om motvärden till tröskelvärden i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG, 2004/18/EG och 2009/81/EG.

Yttrande

Kommunen har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet angivit följande. Upphandlingen har gjorts som förenklat förfarande då budgeterat belopp för upphandlingen låg under tröskelvärdet på c:a 48 miljoner kronor. När anbudet ej ryms inom tidigare satt budget görs en rad olika bedömningar bland annat i förhållande till budget och resurser. Det kan till exempel vara fråga om åtgärder som är tidskänsliga. Vi anser inte att Samsöviksavtalet och Drift- och underhållsarbeten för hamnverksamhet borde upphandlats som ett avtal. Samsövikens är en upphandling för ett specifikt projekt, medan Driftavtalet täcker driften för en tidsperiod av alla kommunens hamnar, inte enbart Samsövikens. De rör sig om helt olika avtal. Vi uppskattar och uppmuntrar alltid granskning av våra metoder, och om det uppdragas 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 och det bakomliggande unionsrättsliga LOU-direktivet. Kommunen har i november och december 2016 påbörjat upphandling av två byggtreprenadkontrakt: Samsöviksavtalet och Underhållsavtalet. Båda dessa avtal avser likartade arbeten för ombyggnation och reparation av kajer och hamnar m.m. inom kommunens område och har utlysts i *förenklade förfaranden* utan föregående unionsrättslig annonsering i EUT och TED.

Såvitt gäller Samsöviksavtalet kan konstateras att Kommunen har beslutat anslå 57 miljoner kronor för de aktuella arbetenas utförande. Detta belopp, såväl som det av parterna sedermera avtalade priset 50,881 miljoner kronor, ligger väsentligt över den tröskelvärdesgräns på c:a 48 miljoner då upphandlingen rätteligen ska handläggas enligt lagens unionsrättsliga bestämmelser, med krav på bland annat annonsering i EUT och TED. Oaktat vad Kommunen anfört som skäl för att låta förfarandet fortsätta oförändrat har det således inte varit tillåtet för Kommunen att upphandla Samsöviksavtalet i ett *förenklat förfarande*.

När det sedan gäller Underhållsavtalet avser även detta planerade marina entreprenadarbeten av huvudsakligen samma slag som Samsöviksavtalet. Avtalet har vidare upphandlats i ett tidsmässigt nära samband med Samsöviksavtalet och tilldelats samma leverantör, Entreprenadföretaget. Mot denna bakgrund, samt med beaktande av att Underhållsavtalets konstaterade kontraktsvärde överskrider den särskilda värdegränsen på 1 miljon euro eller 9,14 miljoner kronor ska vid en tröskelvärdesbedömning avtalet värdemässigt läggas samman med Samsöviksavtalet. Vid detta förhållande har det heller inte varit tillåtet för Kommunen att upphandla Underhållsavtalet i ett *förenklat förfarande*.

Genom att utlysa och genomföra de aktuella upphandlingarna på sätt som nu skett, med bland annat annonsering endast i nationell databas, har Kommunen inte enbart brutit mot LOU utan även mot det bakomliggande LOU-direktivet; dessa bestämmelser syftar ytterst till att stimulera konkurrensen och att motverka uppkomsten av korruption. Kommunen har härigenom agerat på ett sätt som medfört risk för konkurrensnedvridning på marknaden för marina entreprenadarbeten. Detta tillsammans med att Konkurrenskommissionen även i två andra utredningar²⁴ uppmärksammat fel och brister i samband med Kommunens aktuella upphandlingar av varor, tjänster och byggtreprenadarbeten från Entreprenadföretaget gör att det finns anledning att rikta kritik mot Kommunen.

²⁴ Se Konkurrenskommissionens utredningar i ärendena KKO 18-027 och KKO 19-003.