

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direkttilldelning – förtäckt varuavtal eller byggentreprenad utanför hyresundantaget.

En kommun har utan annonserad upphandling hyrt modulhus till en kostnad av 110 miljoner kronor. Husen ska monteras på kommunens mark och användas för sociala ändamål.

Haninge kommun (nedan Kommunen) har vid tre separat tillfällen, den 20 december 2016, den 25 april 2017 och den 29 januari 2019, slutit avtal vilka angivits som "Hyresavtal för lokal" (nedan Hyresavtalen).¹ Avtalen har ingåtts med olika privata företag (nedan Moduluthyrarna) och avser upplåtelse av bostadsmoduler som ska monteras på kommunal mark i kommundelarna Söderbymalm, Vendelsö och Kalvsvik, som Kommunen samtidigt har upplåtit i arrendeavtal till Moduluthyrarna.²

I Hyresavtalen har intagits bestämmelser som för avtalens giltighet förutsätter att Moduluthyrarna senare erhåller bygglov för uppförande av aktuella byggnader.³ Bygglov i detta avseende beviljades avseende Söderbymalm den 1 mars 2017⁴, Kalvsvik den 6 september 2017⁵ och avseende Vendelsö den 5 december 2018.⁶

Hyresavtalen har inte föregåtts av någon offentlig upphandling, eftersom Kommunen anser att förfarandena omfattas av det s.k. hyresundantaget (om detta se vidare nedan, under rättslig reglering).⁷ På fråga om Hyresavtalen gäller befintliga byggnader har Kommunen svarat att byggnaderna inte fanns på plats när avtalen skrevs.⁸

Kommunen ska enligt det Hyresavtal som avser Söderbymalm betala 35,910 miljoner kronor.⁹ För avtalet som avser Vendelsö ska Kommunen betala 23,880 miljoner kronor¹⁰ och för avtalet som avser Kalvsvik ska Kommunen betala c:a 50,279 miljoner kronor.¹¹ Hyresavtalens samlade kontraktsvärde uppgår således till c:a 110 miljoner kronor.

Rättslig reglering

Med offentlig upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela 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 varor och/eller byggentreprenader mot ersättning.¹²

¹ Se "Hyresavtal för lokal", avtal nr. 7159-001 (Söderbymalm) av den 7 och 20 december 2016, avtal nr. 7475-002 (Vendelsö) av den 31 mars och 25 april 2017 samt avtal nr. 7824-002 (Kalvsvik) av den 29 januari 2019 mellan Kommunen ("lokalbanken") och respektive Moduluthyrare.

² Se Arrendeavtal av den 20 december 2016 med Moduluthyrare1 avseende del av fastigheterna Haninge Söderbymalm 3:202, 3-203, 3:214, 3:215, 3:216 och 3:311; Arrendeavtal med Moduluthyrare2 avseende del av fastigheterna Haninge Vendelsö 3:1222 och 3:1714 (den kopia av avtalet som har gjorts tillgänglig är varken daterad eller undertecknad) samt Arrendeavtal av den 29 januari 2019 med Moduluthyrare3 avseende del av 1 av fastigheten Haninge Kalvsvik 16:1.

³ Se punkten "Särskilda bestämmelser" i ovan nämnda Hyresavtal samt bilagorna 1 till dessa avtal.

⁴ Stadsbyggnadsnämndens plan- och byggtskott, beslut av den 1 mars 2017 § 30 (dnr. SBN 2017/87).

⁵ Se Stadsbyggnadsnämndens plan- och byggtskott, beslut av den 6 september 2017 § 140 (dnr. SBN 2017/296).

⁶ Se Stadsbyggnadsnämndens plan- och byggtskott, beslut av den 5 december 2018 § 220 (dnr. SBN 2018/499).

⁷ Se e-postmeddelande från Kommunen den 7 maj 2019, av vilket framgår att "Det har inte skett någon upphandling då hyreskontrakt är undantagna från lagen om offentlig upphandling".

⁸ Se e-postmeddelande från Kommunen den 13 maj 2019 av vilket framgår att "Byggnaderna fanns inte på plats när avtalen skrevs".

⁹ Hyresavtalet Söderbymalm innefattar hyra på 4.788.000 kr./år under perioden de 30 juni 2017 till och med 31 december 2025 (7 år och 6 månader). Detta motsvarar ett totalt kontraktsvärde på (4.788.000 kr. x 7,5 år =) 35.910.000 kronor.

¹⁰ Hyresavtalet Vendelsö innefattar en hyra på 199.000 kr./år x åtta enheter, vilket motsvarar 1.592.000 kr./år under perioden den 31 oktober 2017 till och med den 31 oktober 2032 (15 år). Detta motsvarar ett totalt kontraktsvärde på (1.592.000 kr x 15 år =) 23.880.000 kronor.

¹¹ Hyresavtalet Kalvsvik innefattar en hyra på 3.794.616 kr./år under perioden den 30 juni 2019 till och med den 30 september 2032 (13 år och tre månader). Detta motsvarar ett totalt kontraktsvärde på (3.794.616 kr. x 13, 25 år =) 50.278.662 kronor.

¹² Se 2 kap. 13 § jämförd med 10 och 18 §§ ÅLOU.

Upphandling av *offentliga kontrakt* som har påbörjats före den 1 januari 2017 regleras i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – ÄLOU. Vid upphandling efter detta datum ska istället tillämpas lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – LOU. Bestämmelserna ska tolkas med utgångspunkt i det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU).¹³ Lagarna och de vid varje tidpunkt gällande direktivbestämmelserna är generellt tillämpliga på alla åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa exempelvis varor och/eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt.¹⁴ Kommunala myndigheter och beslutande församlingar samt kommunala sammanslutningar utgör sådana *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iaktta upphandlingsbestämmelserna.¹⁵

Vilka förfarandebestämmelser som ska tillämpas bestäms ytterst av kontraktets huvudsakliga inriktning. Ett kontrakt som gäller köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor ska betraktas som ett *varukontrakt*, under förutsättning att det inte skall anses utgöra ett byggtreprenadkontrakt eller ett tjänstekontrakt. Enligt en i lagarna intagen *övertviksprincip* gäller detta även om kontraktet omfattar monterings- och installationsarbeten, om värdet av dessa arbeten är mindre än värdet av varorna.¹⁶ Med byggtreprenadkontrakt avses kontrakt som innefattar utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en byggverksamhet,¹⁷ eller som medför att ett byggnadsverk¹⁸ realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten.

Syftet med regelverket om offentlig upphandling är att bland annat säkerställa den lagliga efterlevnaden av unionsrättens bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet enligt artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt. Det har i upphandlingslagarna därför införts ett antal principer som oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid offentlig upphandling, däribland principerna om *likabehandling* och *öppenhet (transparens)*.¹⁹ Av dessa följer att alla leverantörer ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn, att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud utifrån samma villkor. Vissa leverantörer eller grupper av leverantörer får inte ensidigt gynnas, utan samtliga på marknaden verksamma leverantörer ska ges samma relevanta information vid samma tillfälle.²⁰

En upphandling ska, om det samlade kontraktsvärdet överstiger gällande tröskelvärde, handläggas enligt de direktivstyrda bestämmelserna i 1-14 kap. ÄLOU respektive 1-18 kap. LOU. Under tröskelvärdet får handläggningen istället ske enligt de nationella bestämmelserna i 15 kap. ÄLOU respektive 19 kap. LOU. Åren 2016-2017 uppgick tröskelvärdet för varukontrakt till 1.910.323 kronor och för byggtreprenader till 47.758.068 kronor. Därefter har tröskelvärdena ändrats till att 2018-2019 uppgå till 2.096.097 kronor för varor och 52.620.561 kronor för byggtreprenader.²¹

¹³ EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU, av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG. Bestämmelserna ska även tillämpas *direktivkonformt* på alla upphandlingar som har påbörjats efter direktivets ikraftträdande, den 18 april 2016. Detta innebär att domstolar och andra nationella myndigheter, från och med detta datum är skyldiga att tolka nationell rätt (i Sverige bestämmelserna i ÄLOU) i ljuset av direktivets ordalydelse och syfte för att därmed uppnå det resultat som avses med direktivet. Vid en konflikt mellan ett EU-direktiv och nationell lagstiftning ska enligt EU-domstolens fasta praxis direktivet alltid ges nationellt tolkningsföreträde – se bl.a. dom i *Konstantinos Adenier* (C-212/04) EU:C:2005:654, särskilt pp. 108-113, jfr. även RÅ 1996 ref. 50.

¹⁴ Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § ÄLOU och 1 kap. 2 § jämförd med 15 § LOU.

¹⁵ Se 2 kap. 19 § ÄLOU och 1 kap. 22 § LOU. På motsvarande sätt utgör enligt 2 kap. 11 § ÄLOU och 2 kap. 16 § LOU företag som på marknaden tillhandahåller aktuella tjänster *leverantörer* som ska ges möjlighet att delta i anbudsgivning.

¹⁶ Se 2 kap. 19 § ÄLOU och 1 kap. 24 § LOU.

¹⁷ Se 2 kap. 3 § ÄLOU och 1 kap. 9 § LOU. Vilka arbeten som ingår i en sådan verksamhet framgår av bilagan 1 till lagarna.

¹⁸ Med *byggnadsverk* ska enligt 2 kap. 3 § andra stycket ÄLOU och 1 kap. 10 § LOU förstås det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion.

¹⁹ Se 1 kap. 9 § ÄLOU och 4 kap. 1 § LOU – se även prop. 2006/07:128, s. 132 samt prop. 2015/16:195 del 1, avsnitt 9:1, s 426 ff. och specialmotiveringen till 4 kap 1 § LOU (del 2 s. 972 f.).

²⁰ Se prop. 2006/07:128, s 132 samt bl.a. EU-domstolens domar i *Succhi di Frutta* (C-496/99), EU:C:2004:236, pp. 108–111, *SIAC* (C-19/00) EU:C:2001:553, p. 42, *Cartiera dell'Adda* (C-42/13) EU:C:2014:2345, p. 44 och *Connexion Taxi* (C-171/15) EU:C:2016:948, pp. 39 och 40.

²¹ Tröskelvärden under åren 2016 – 2019 för kommunal upphandling av varor och byggtreprenader inom den s.k. klassiska sektorn - se regeringens tillkännagivanden (2016:14) och (2018:34) om tröskelvärden vid offentlig upphandling

Enligt det i lagarna intagna s.k. *fastighetsundantaget*²² omfattar bestämmelserna dock inte avtal om förvärv, hyra eller annan rätt till fastighet. Med *fastighet* avses i detta avseende det som enligt jordabalken utgör eller tillhör en fastighet inberäknat *befintliga byggnader* som tillhör någon annan än ägaren till jorden. Kravet på att det ska vara fråga om befintliga byggnader gör att det s.k. fastighetsundantaget inte undantar kontrakt om hyra av byggnader som vid tidpunkten för upphandlingen bara finns på planeringsstadiet. I lagförarbetena anges bland annat följande.

”Artikel 16 innebär att undantag görs för förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av mark, befintliga byggnader eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan egendom. [nytt stycke längre ned] Det är oklart vad som i artikeln avses med undantaget för ”befintliga byggnader”. Förvärv av en befintlig byggnad, oavsett om förvärvet sker med eller utan marken, är enligt den föreslagna paragrafen förvärv av fastighet. Sannolikt avses ett fall, som berörs i anslutning till definitionen av byggtreprenadkontrakt [...]. Det kan, som utredningen anför, vara fråga om en myndighet som behöver lokaler och som i stället för att låta uppföra en byggnad på egen mark låter ett byggföretag uppföra en byggnad efter myndighetens anvisningar på mark som inte ägs av myndigheten för att sedan förvärva fastigheten med den uppförda byggnaden. Det kan också, som utredningen anför, vara fråga om en myndighet som avser att hyra lokaler och som i stället för att först göra det och sedan låta bygga om dem uppdrar åt fastighetsägaren att låta utföra ombyggnaden efter myndighetens anvisningar och sedan hyra lokalerna. Regeringen ansluter sig till utredningens bedömning att definitionen av byggtreprenadkontrakt leder till att de fall som nu beskrivits blir att anse som byggtreprenader och därför omfattas av lagens bestämmelser om offentlig upphandling och att det faktum att direktivet använder uttrycket ”befintlig” byggnad i artikel 16 syftar till att klargöra att undantaget inte omfattar byggtreprenadkontrakt”.²³

I unionsrättslig praxis²⁴ har exempelvis hyresundantaget inte ansetts tillämpligt på ett hyreskontrakt av en byggnad eftersom kontraktets huvudsakliga syfte bedömdes vara att den aktuella byggnaden skulle uppföras på ett sätt som motsvarade de behov som den upphandlande myndigheten angett.

Som huvudregel ska offentlig upphandling genomföras i ett annonserat förfarande. Ett förfarande *utan föregående annonsering*, där den upphandlande myndigheten tillåts vända sig direkt till utvalda leverantörer, får förekomma endast undantagsvis vid vissa, i lagen och direktivet särskilt angivna, förutsättningar. Grund för ett sådant undantag föreligger i fråga om varu- eller byggentreprenader vid huvudsakligen²⁵ följande förutsättningar.²⁶

1. det har i vid en annonserad upphandling *inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud*,
2. det som ska upphandlas har ett *lågt värde*, under 28 procent av gällande tröskelvärde (586.907 kronor)²⁷– 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.

Undantaget från annonsering vid *synnerlig brådska*²⁸ avser extraordinära situationer. För att detta undantag överhuvudtaget ska kunna komma ifråga måste det framstå som absolut nödvändigt att tilldela kontraktet. Enligt praxis ska det i så fall röra sig om en brådskande anskaffning av stor sam-

²² Se 1 kap. 6 § första stycket 1 och tredje stycket ÄLOU samt 3 kap. 19 § LOU.

²³ Prop. 2006/07:128, del 1 s 290-291.

²⁴ Se EU-domstolens dom i *Impresa Pizzarotti* (C-213/13) EU:C:2014:2067.

²⁵ Undantag kan även komma ifråga för forsknings- eller utvecklingsändamål samt vid vissa kompletterande beställningar och vid konkursförsäljningar, om det är möjligt att anskaffa varor på särskilt förmånliga villkor.

²⁶ Se 4 kap. 5-9 §§ och 15 kap. 3 § ÄLOU samt 6 kap. 12-19 §§ och 19 kap. 7 § tredje stycket LOU.

²⁷ Se 15 kap. 3 § ÄLOU och 19 kap. 7 § tredje stycket LOU. Den angivna beloppsgränsen avser upphandling som har påbörjats efter den 1 januari 2018 och baseras på 28 procent av gällande tröskelvärde 2.096.097 kronor för den klassiska sektorn. För upphandling som påbörjats under 2016 eller 2017 uppgick motsvarande beloppsgräns till 534.890 kronor – se regeringens tillkännagivanden (2016:14) och (2018:34) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

²⁸ Se 4 kap. 5 § första stycket 3 ÄLOU och 6 kap. 15 § LOU.

hällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art.²⁹ 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.³⁰

De omständigheter som kan motivera synnerlig brådska måste vidare bero på yttre förhållanden, som ligger utanför det område som den upphandlande myndigheten har kunnat förutse eller påverka. *Egenförvållad brådska*, som hos den upphandlande myndigheten kan ha uppkommit till följd av exempelvis bristande planering, grundar exempelvis inte möjlighet till undantag. I de svenska lagförarbetena anges att ”omständigheter som är hänförliga till den upphandlande myndigheten torde inte vara omöjliga att förutse för myndigheten”.³¹ I HFD 2017 ref. 66 bedömde Högsta förvaltningsdomstolen att en myndighet under regeringen som enligt ett regeringsbeslut skulle inleda sin verksamhet inom en tämligen snäv tidsram därigenom inte kunde anses berättigad att underlåta annonserad upphandling med stöd av bestämmelsen om synnerlig brådska. Ur bestämmelsen kan således utläsas höga krav på att den upphandlande myndigheten ska ha en god organisation och framförhållning i sin planering.³² I kravet på oförutsebarhet ligger närmast att förhållandena ska ha karaktären av *force majeure*.³³

För undantag i nu aktuellt avseende måste det även vara omöjligt för den upphandlande myndigheten att hålla de tidsfrister som gäller vid ett annonserat förfarande. Denna frist uppgår enligt det direktivstyrda regelverket till som längst till 52 dagar och kan kortas ned till 40 dagar.³⁴ I fråga om brådskande anskaffning kan fristen ytterligare kortas ned till minst 15 dagar.³⁵ EU-domstolen har i ett flertal avgöranden framhållit att om det har varit möjligt att tillämpa ett sådant *påskyndat förfarande* kan förutsättningarna för synnerlig brådska inte anses uppfyllda.³⁶ Vid upphandling enligt det nationella regelverket i 15 kap. LOU behöver den upphandlande myndigheten endast lämna *skälig tid* för leverantörer att komma in med anbudsansökningar eller anbud.³⁷

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis ska möjligheterna till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges inom området för offentlig upphandling tolkas restriktivt och det ankommer på den som åberopar ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar detta faktiskt föreligger.³⁸

När det gäller det nu aktuella behovet för Kommunen att anordna tillfälliga bostäder följer detta av lagen (2016:38) om mottagande av vissa nyanlända invandrare för bosättning. Lagen, som antogs av riksdagen den 5 februari 2016, trädde i kraft den 1 mars samma år. Bestämmelserna bygger på en proposition som överlämnades till riksdagen den 26 november 2015.³⁹

²⁹ Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i mål nr 7469–7472-11.

³⁰ 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 att även möjlighet till extra förmånliga köp på auktion samt särskilt personrelaterade behov av hälso- och sjukvårdstjänster kan 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.

³¹ Se prop. 2006/07:128, s. 327.

³² Se även se även prop. 2001/02:142 s. 99.

³³ Se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

³⁴ Se 8 kap. 2 § jämförd med 4 och 5 §§ ÅLOU och 11 kap. 2 § jämförd med 6 § LOU.

³⁵ Se 8 kap. 8 § ÅLOU och 11 kap. 10 § LOU. Påskyndat förfarande kan enligt ÅLOU enbart avse selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Bestämmelsen har genom direktivkonform tillämpning av art. 27.3 LOU-direktivet dock kommit att utvidgas till att även omfatta möjlighet till *öppet förfarande* med 15 dagars svarsfrist.

³⁶ Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Tyskland* (C-126/03) EU:C:2004:728, pp. 22 och 23.

³⁷ Se 15 kap. 9 § ÅLOU. 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 § ÅLOU. 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 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.

³⁸ Se EU-domstolens avgöranden i *kommissionen mot Italien* (C-385/02) EU:C:2004:522, p. 19 och *Stadt Halle* (C-26/03) EU:C:2005:5, p. 46; se även HFD 2017 ref. 66. Från senare praxis se även i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23.

³⁹ Regeringens proposition 2015/16:54 samt betänkandet Ett gemensamt ansvar för mottagande av nyanlända (Ds 2015:33).

Yttrande

Kommunen har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande. Kommunen har mot bakgrund av synnerlig brådska (ej hyresundantaget) ingått hyresavtal avseende modulhus för sociala ändamål. Vid tillfället för avtalens ingående gjordes, mot bakgrund av de stora flyktingströmmarna och Kommunens stora behov av bostäder för sociala ändamål, bedömningen att tillämpa undantagsregeln i LOU. Hyresavtalen har ingåtts 2016 och 2017. Det avtal som enligt Konkurrenskommission skulle ha ingåtts 2019 är inte ett nytt avtal utan avser en avtalsöverlåtelse av ett redan ingått avtal. Kommunen har således inte fortsatt att tillämpa undantaget för synnerlig brådska. Hyresavtalen har inte ingåtts utan att söka konkurrens. Det har förts dialog med ett tiotal potentiella leverantörer. En fortsatt dialog har förts med de leverantörer som sagt sig ha möjlighet att leverera bostäder till den av kommunens önskvärda hyresnivån och avtal har tecknats med flera olika leverantörer.⁴⁰

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 vid varje tidpunkt gällande upphandlingsbestämmelser.

Som framgår av utredningen har Kommunen slutit ett antal avtal om att hyra ett större antal bostadsmoduler. Dessa ska monteras och installeras på mark som Kommunen samtidigt har upplåtit till Moduluthyrarna genom separata arrendeavtal. Vid tidpunkt för Hyresavtalen var bostadsmodulerna överhuvudtaget inte installerade på marken. Kommunen har i ett ursprungligt svar till Konkurrenskommissionen⁷ angivit det s.k. *hyresundantaget* för att inte infordra anbud i ett annonserat förfarande. Detta har i yttrandet ovan ändrats till att Kommunen numera åberopar synnerlig brådska till följd av de stora flyktingströmmarna och Kommunens stora behov av bostäder för sociala ändamål. Förutsättningarna för angivna undantag kan emellertid knappast anses uppfylla i förevarande fall. Hyresundantaget kan inte tillämpas eftersom avtalen inte hänför sig till hyra av några *befintliga byggnader*. När det gäller undantaget för synnerlig brådska kan detta komma ifråga endast vid förhållanden som den upphandlande myndigheten inte har kunnat råda över. När det första Hyresavtalet slöts i december 2016 borde behovet av nya bostäder varit känt av Kommunen sedan i vart fall den 1 mars samma år, då lagen om mottagande av vissa nyanlända invandrare för bosättning trädde i kraft. De därpå följande avtalen har slutits vid senare tidpunkter, 2017 och 2019.

Fråga uppkommer därmed om den synnerliga brådskan som ska ha uppkommit i december 2016 inte har kunnat förutses och gjort det omöjligt för Kommunen att hålla tidsfristerna vid ett annonserat förfarande. Kommunen borde redan i samband med flyktingströmmen 2015 och senast mars 2016, då det kommunala ansvaret tydligt klarlades i lag, ha sett över sitt behov av bostäder för sociala ändamål. Kommunen hade då kunnat påbörja och genomföra en annonserad offentlig upphandling av nu aktuella bostadsmoduler. Den brådska som ska ha uppkommit i slutet av december 2016 hänför sig således till bristande planering från Kommunen sida.

Någon synnerlig brådska som är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och som har gjort det omöjligt för Kommunen att hålla tidsfristerna vid ett annonserat förfarande har således inte förelegat i december 2016. Inte heller när de övriga avtalen slöts, i april 2017 och i januari 2019, kan det ha förelegat någon oförutsedd synnerlig brådska som gjort det omöjligt för Kommunen att hålla de tidsfrister som gäller vid ett annonserat, påskyndat förfarande med 15 dagars svarsfrist.⁴¹

⁴⁰ Se e-postmeddelande den 24 juni 2019, från Kommunen till Konkurrenskommissionen

⁴¹ Se 6 kap. 15 § jämförd med 11 kap. 10 § LOU.

Det kan även sättas i fråga om Kommunen aktuella behov av tillfälliga modulbostäder överhuvudtaget är av sådan extraordinär karaktär att det har varit absolut nödvändigt för Kommunen att tilldela kontrakten utan föregående annonsering.

Eftersom något undantag i nu aktuella avseenden inte kan göras gällande omfattas Hyresavtalen således av upphandlingsskyldighet enligt vid varje tidpunkt gällande bestämmelser om annonserad upphandling. Den omständigheten att Kommunen uppger sig ha fört en dialog med ett tiotal potentiella leverantörer medför inte undantag från kravet på annonserad upphandling. Syftet med detta krav är nämligen att kunna identifiera även andra leverantörer än sådana som sedan tidigare har kontakt med Kommunen.

En annan fråga är hur Hyresavtalen ska kategoriseras upphandlingsrättsligt och vilka bestämmelser som ska tillämpas på avtalen. Som framkommit vid utredningen avser Hyresavtalen färdigbyggda moduler som ska monteras på av Kommunen särskilt anvisad mark. Kostnaden för själva modulerna torde vara högre än kostnaden för anslutande markförberedande arbeten och monteringen av modulerna. Hyresavtalen är i så fall, med tillämpning av den s.k. överviktsprincipen, närmast att bedöma som varukontrakt istället för byggentreprenader. Oaktat vilket uppgår de aktuella kontraktsvärdena till så pass höga belopp att varje Hyresavtal skulle ha upphandlats i ett annonserat förfarande.

Sammantaget har Kommunen slutit avtal om hyra och köp av bostadsmoduler till ett värde av c:a 110 miljoner kronor utan annonserad upphandling. Kommunen har vidare, genom olika åtgärder försökt att få det att se ut som om en annonserad upphandling överhuvudtaget inte behöver göras på grund av hyresundantaget eller, nu senast, till följd av synnerlig brådska. Detta är emellertid felaktigt. Som framgår av redovisningen ovan kan några sådana undantag överhuvudtaget inte göras gällande vid nu aktuella förhållanden. Det finns därmed anledning att rikta allvarlig kritik mot Kommunen som uppenbarligen behöver se över sina upphandlingsrutiner.