

PM 2 2022-12-13 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande likabehandling och öppenhet.

Ett kommunalt bolag har vid direktupphandling av varor inhämtat anbud vid olika tidpunkter och utifrån delvis skiftande underlag.

Det av Arboga kommun helägda bolaget Kommunfastigheter i Arboga AB (nedan Kommunfastigheter) beslutade i juni 2023 att från ett privat företag direktupphandla resultattavlor med kringutrustning för placering i kommunala idrottsanläggningar för totalt 191.963 kronor.

Beställningen hade föregåtts av ett möte den 22 mars 2023 mellan en företrädare för Arboga kommun och representanter från IFK Arboga hockey (nedan Hockeyföreningen) med anledning av utbyte av resultattavlor i ishallen Freebo Arena. Mötet sammanfattades i ett dokument med minnesanteckningar som gjorts av kommunens företrädare med uppgift om dels vilka önskemål Hockeyföreningen framfört angående aktuell utrustning, dels vilka minimikrav som Svenska Ishockeyförbundet ställer på resultattavlor och ljudanläggningar vid spel under förbundets reglemente. Mötet med efterföljande minnesanteckningar rörde enbart utrustning till den kommunala ishallen.

Med utgångspunkt i dessa mötesanteckningar lämnade på eget initiativ ett företag, här angivet som Anbudsgivare A, den 12 april 2023 ett anbud med prisförslag¹ som, såvitt förstås, i huvudsak utgår från Hockeyföreningens önskemål och därmed höll sig på en relativt hög pris- och ambitionsnivå. Anbudet avsåg enbart utrustning till ishallen.

Härefter har ett annat företag, här angivet som Leverantör B, bjudits in för anbudsgivning samt, med utgångspunkt i minnesanteckningarna och platsbesök i ishallen, inkommit med anbud till Kommunfastigheter den 22 maj 2023.²

Den 13 juni 2023 skickade Kommunfastigheter en särskilt upprättad anbudsbegäran till ett tredje företag, här angivet som Leverantör C.³ I anbudsbegäran anges enbart den lägre ambitionsnivå som följer av Svenska Ishockeyförbundets minimikrav. Anbudsbegäran innefattar härutöver även specifikation på utrustning till andra idrottsanläggningar: Ekbackens fotbollsplan och Sturehallen.⁴ Någon hänvisning till minnesanteckningarna kan dock inte utläsas av anbudsbegäran.⁴ Den 16 juni 2023 inkom Leverantör C med det anbud som sedermera antogs av Kommunfastigheter. Beställning har därefter skett omkring den 20 juni 2023. Leverans bör ha skett under eller efter sommaren 2023. I vart fall skickades en faktura till Kommunfastigheter den 29 september 2023.⁵

Kommunfastigheter har som ”granskningsutlåtande” hänvisat till en rapport som upprättats i november 2023 där det anges att bolaget inte ska ha brutit mot någon av de upphandlingsrättsliga principerna vid sin aktuella direktupphandling.⁶ Rapporten är undertecknad av en upphandlare vid Västra Mälardalens kommunalförbund samt av en tjänsteman vid Kommunfastigheter som även deltagit vid handläggningen av den aktuella upphandlingen.

Upphandlingens samlade kontraktvärde kan utifrån tillgänglig fakturering fastställas till 191.963 kronor exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).

¹ Anbud (”Offert”) med prisförslag från Leverantör C till Kommunfastigheter, daterat den 12 april 2023.

² Enligt uppgift från rapporten ”Upphandlingsrapport Direktupphandling av resultattavla till Arboga ishall” (se not 6, nedan).

³ E-postmeddelande, rubricerat ”Offertförfrågan resultattavlor”, som skickades till Leverantör C den 13 juni 2023.

⁴ Anbudsbegäran (enligt not 3 ovan) besvarades med anbud från Leverantör C, daterat den 16 juni 2023. Beställning enligt detta anbud torde, såvitt kunnat utläsas av tillgänglig e-post, ha skett omkring den 20 juni 2023.

⁵ Faktura nr. 114885 från Leverantör A till Kommunen på totalt 239.954 kronor inklusive moms.

⁶ E-postmeddelande den 15 november 2023 från Kommunfastigheter till Konkurrenskommissionen, med rapporten ”Upphandlingsrapport Direktupphandling av resultattavla till Arboga ishall”, daterad samma dag, av vilken framgår att ”Upphandlande myndighet har inte brutit mot någon av de upphandlingsrättsliga principerna vid direktupphandling av nya resultattavla till Arboga ishall. Upphandlande myndighet har varit transparent och likabehandlande. Konkurrens har iakttagits då tre anbud har mottagits. Utvärdering har skett där det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har antagits.”

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 som avser bl.a. tillhandahållande av varor.

Upphandling som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – LOU. Bestämmelserna är en följd av bl.a. kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet i artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU)⁷ och syftar bland annat till att motverka korruption i offentlig verksamhet.⁸

Lagen är generellt tillämplig på åtgärder som vidtas av upphandlande myndigheter i syfte att anskaffa bland annat varor genom tilldelning av kontrakt.⁹ Kommunala företag utgör sådana s.k. *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iaktta lagens bestämmelser.¹⁰

Regelverket utgår från ett antal grundläggande principer, som oavsett val av förfarande, ska iakttas vid offentlig upphandling.¹¹ Dessa innebär att bland annat alla *leverantörer*¹² ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn (öppenhet) att de i konkurrens med varandra kan lämna anbud på samma villkor.¹³ Därav följer att alla leverantörer ska ges samma relevanta information vid samma tillfälle.¹⁴ Enligt Högsta förvaltningsdomstolen är det nämligen en av regelverkets viktigaste funktioner att säkerställa leverantörernas lika förutsättningar att kunna lämna konkurrenskraftiga anbud.¹⁵ För det fall att en myndighet inom ramen för en direktupphandling väljer att vända sig till flera tänkbara anbudsgivare har domstolen angivit att myndigheten måste se till att underlagen är tillräckligt tydliga och att alla anbudsgivare ges samma förutsättningar.¹⁶

Ett kontrakt om köp av anslagstavlor och tillbehör (CPV 30195600),¹⁷ ska handläggas som ett *varukontrakt*. Om värdet av varorna understiger beloppsgränsen 700.000 kronor¹⁸ får upphandlingen genomföras som en direktupphandling enligt förfarandebestämmelserna i 19 a kap. LOU. Upphandlingen behöver i så fall inte genomföras med annonserad anbudsinfordran. Den upphandlande myndigheten ska dock ha beslutat om vissa riktlinjer för hur handläggningen ska ske.¹⁹ Vid upphandlingar över 100.000 kronor ska myndigheten även dokumentera genomförandet på sätt som är tillräckligt för att myndigheten ska kunna motivera sina beslut under upphandlingens samtliga skeden.²⁰

⁷ EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU, av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

⁸ Se bl.a. SOU 2018:44, avsnitt 7, ”Ett regelverk som motverkar korruption”, (s. 233 ff).

⁹ Se 1 kap. 2 § LOU.

¹⁰ Se 1 kap. 18 § jämförd med 22 § LOU.

¹¹ Se bl.a. justitierådet Nords särskilda tillägg i HFD 2018 ref. 60.

¹² *Leverantörer* är enligt 1 kap. 16 § LOU företag som är verksamma med att på marknaden tillhandahålla bl.a. varor.

¹³ 19 a kap. 8 § LOU; jfr. även 4 kap. 1 § LOU.

¹⁴ Prop. 2006/07:128, s. 132, samt EU-domstolens domar i *Succhi di Frutta* (C-496/99), EU:C:2004:236, pp. 108-111, *SIAC Construction* (C-19/00) EU:C:2001:553, p. 42 och i *Cartiera dell'Adda* (C-42/13) EU:C:2014:2345, p. 44, se även domstolens avgörande i *Connexion Taxi* (C-171/15) EU:C:2016:948, pp. 39 och 40.

¹⁵ Se HFD 2012 ref. 48.

¹⁶ Se HFD 2018 ref. 60; Jfr. även *Kommissionen mot Danmark* (C-243/89) EU:C:1993:257, p. 37, där EU-domstolen slog fast att respekten för principen om likabehandling kräver att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse mellan de anbud som lämnats av de olika anbudsgivarna.

¹⁷ CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska Unionen – se 4 kap. 19 § LOU samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

¹⁸ Se 19 a kap. 2 § LOU. Om upphandlingen avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster enligt Bilaga 2 till lagen gäller dock en högre värdegräns för direktupphandling.

¹⁹ 19 a kap. 15 § LOU.

²⁰ 19 a kap. 11 § LOU.

För de kommunala företagen i Arboga gäller samma riktlinjer för direktupphandling som har beslutats för Arboga kommun.²¹ Enligt dessa riktlinjer ska en jämförelse göras av olika produkter och leverantörer t.ex. genom t.ex. offertförfrågan till möjliga leverantörer. Det ska vidare finnas dokumenterat hur konkurrensen har tagits tillvara, vilka leverantörer som har tillfrågats och hur många som har lämnat anbud, vilken leverantör som tilldelats kontraktet, det viktigaste skälet till tilldelningen, avtalets uppskattade värde samt tidpunkten för kontraktets genomförande.²²

Sedan ett lagligen direktupphandlat avtal har slutits kan förfarandet inte angripas genom överprövning i allmän förvaltningsdomstol.²³ Ett sådant avtal kan som regel heller inte upphävas genom upphandlingsrättslig ogiltighetstalan.²⁴

En leverantör som kan påvisa att den upphandlande myndigheten i något avseende inte har följt bestämmelserna i LOU, däri bland annat kravet på likabehandling och öppenhet,²⁵ kan dock kräva att myndigheten betalar *upphandlingsskadestånd* till s.k. positivt kontraktssintresse.²⁶ Sådan skadeståndstalan ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den dag då leverantören fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om att avtalet har slutits.²⁷

Efter ingripande av Konkurrensverket kan en upphandlande myndighet även tvingas betala *upphandlingsskadeavgift*.²⁸ Denna straffavgift, som ytterst beslutas av allmän förvaltningsdomstol, ska beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor, dock inte mer än tio procent av kontraktsvärdet.²⁹ I rättspraxis har dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet. Talan om upphandlingsskadeavgift ska vid nu aktuella förhållanden senast vara väckt inom ett år från den tidpunkt då avtalet slöts.³⁰

Yttrande

Arboga kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats, men skriftligen meddelat att kommunen inte avser att avge ytterligare yttrande³¹ i ärendet.

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.

Kommunfastigheter är som upphandlande myndighet skyldig att iaktta regelverket i LOU.

Av utredningen framgår att bolaget har direktupphandlat ett avtal om köp av varor, i form av resultattavlor m.m. till kommunala idrottsanläggningar. Avtalets aktuella värde uppgår till 191.963 kronor exklusive moms och har således varit möjligt att direktupphandla i sig.

²¹ Uppgift i e-postmeddelande till Konkurrenskommissionen, den 1 november 2023.

²² Se Riktlinjer för direktupphandling, antagna av kommunstyrelsen i Arboga den 13 november 2018 (KS § 155/18) .

²³ Se 19 a kap. 1 § andra stycket jämförd med 20 kap. 6 § andra stycket LOU.

²⁴ Jfr. 20 kap. 13 a och 13 b § LOU.

²⁵ Se 19 a kap. 8 § LOU, enligt vilken den upphandlande myndigheten ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra sina upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingarna ska även genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

²⁶ Se 19 a kap. 1 § andra stycket jämförd med 20 kap. 20 § LOU; med *positivt kontraktssintresse* avses här att leverantören ska sättas i samma ekonomiska situation som om denne tilldelats kontraktet

²⁷ Se 19 a kap. 1 § andra stycket jämförd med 22 kap. 21 § LOU.

²⁸ Se 19 a kap. 1 § andra stycket jämförd med 21 kap. 1 § första stycket 3 LOU.

²⁹ Se 19 a kap. 1 § andra stycket jämförd med 21 kap. 4 § LOU.

³⁰ Se 19 a kap. 1 § andra stycket jämförd med 21 kap. 7 § LOU.

³¹ Med *ytterligare* yttrande torde avses en hänvisning till det tidigare översända ”granskningsutlåtande” som finns redovisat under not 6.

Även vid direktupphandling föreligger det dock en lagstadgad skyldighet¹³ att se till att på marknaden verksamma leverantörer behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn (öppenhet), att de i konkurrens med varandra kan lämna anbud på samma villkor. Av detta följer bland annat krav på att samtliga leverantörer ska ges samma relevanta information vid samma tillfälle.

Såvitt framkommit vid utredningen har Kommunfastigheter fått in totalt tre konkurrerande anbud, från Leverantörerna A, B och C. Dessa anbud har dock lämnats vid separata tillfällen med upp till två månaders mellanrum. Även förutsättningarna för anbudsgivningen har varit skiftande. I det underlag, i form av aktuella minnesanteckningar, som har legat till grund för i vart fall anbudet från Leverantör A anges såväl Hockeyföreningens önskemål som Svenska Ishockeyförbundets minimikrav, medan i den anbudsbegäran som mer än två månader senare särskilt skickades till Leverantör C anges enbart Svenska Ishockeyförbundets minimikrav. Härutöver avser anbudsbegäran även köp av utrustning till andra idrottsanläggningar än ishallen; specifikationer som överhuvudtaget inte har funnits med i minnesanteckningarna.

Den slutliga anbudsbegäran som Kommunfastigheter i juni 2023 skickade till Leverantör C och sedermera lade till grund för tilldelning i upphandlingen avser således en delvis annan kravspecifikation än den som i vart fall Leverantör A har haft att utgå från vid sin anbudsgivning två månader tidigare, i april 2023.

Samtliga leverantörer har härigenom inte fått samma relevanta information vid samma tillfälle. Den enda som har fått del av den slutliga anbudsbegäran som upprättades i juni 2023 är Leverantör C. Detta strider mot upphandlingslagens krav på likabehandling och öppenhet. Den oklarhet som härigenom uppkommit angående vilken utrustning samt vilka krav och kriterier som ska gälla för upphandlingen har gjort att anbuderna sinsemellan inte är jämförbara. Det är mot denna bakgrund förvånande, för att inte säga anmärkningsvärt, att Kommunfastigheter presenterat ”granskningsutlåtande” där det anges att bolaget inte ska ha brustit mot någon av de upphandlingsrättsliga principerna. Rapporten har upprättats av bland annat den tjänsteman som själv deltagit i upphandlingens aktuella handläggning.

Kommunfastigheter har enligt Konkurrenskommissionens bedömning snedvridit eller riskerat snedvrida förutsättningarna för konkurrensen på marknaden för resultattavlor med anslutande utrustning och kan därför inte undgå kritik.

Om Konkurrensverket väljer att ingripa mot förfarande riskerar Kommunfastigheter att få betala upphandlingsskadeavgift – som är ett slags böter. Bolaget kan även tvingas betala upphandlingsskadestånd.