

PM 2 2024-10-16 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direkttilldelning.

En kommun har – efter att ha fått en upphandling överprövad - köpt gatusopningstjänster för c:a 2,7 miljoner kronor direkt från en leverantör, utan föregående annonserad upphandling.

Landskrona kommun (nedan Kommunen) slöt den 5 april 2024 ett avtal direkt och utan föregående annonsering med ett lokalt företag (nedan Entreprenadföretaget) om köp av tjänster för maskinsopning av gator och vägar samt skolgårdar (nedan Avtalet).¹

Avtalet hade föregåtts av en tidigare annonserad upphandling av motsvarande tjänster som blivit föremål för överprövning² och senare avbröts av Kommunen.³ Kommunen återopade därför undantag för direktupphandling (se vidare nedan).

Enligt Avtalet ska Entreprenadföretaget upprätta ett logistiskt schema för maskinsopning samt utföra vårsopning av gator och vägar inom Kommunens tätort, Asmundtorp, Annelöv, Ven och Häljarp under april/maj månad samt sopning av Kommunens skolgårdar m.m.

För avtalade tjänster ska Kommunen betala ersättning till Entreprenadföretaget med 160.000 för vårsopningen samt 76.000 kronor för sopning av skolgårdar, således totalt 236.000 kronor.⁴ Avtalet har tecknats utan någon fast beloppsgräns, för att löpa tills vidare med en månads automatisk förlängning vid utebliven uppsägning 14 dagar i förväg.⁵

Såvitt Kommunen uppgivit⁶ har även andra avtal slutits med Entreprenadföretaget avseende liknande tjänster,⁷ som inte ingår det ursprungliga Avtalet. Dessa parallella tilläggsavtal uppges ha slutits under sommaren 2023 och har heller inte föregåtts av något annonserat förfarande.

Den 7 november 2023 sade Kommunen upp Avtalet med Entreprenadföretaget. Med tillämpning av 14 dagars avtalad uppsägningstid⁵ bör avtalsförhållandet därigenom ha upphört att gälla senast den 22 november samma år.⁸

Enligt leverantörsreskontra har Kommunen till Entreprenadföretaget betalat totalt 2.689.970 kronor (exklusive moms) för sådana tjänster som utförts under Avtalets löptid.⁹ Med ledning av detta kan upphandlingens kontraktvärde uppskattas till i vart fall detta belopp, alternativt till c:a 6 miljoner kronor, motsvarande månadsvärdet multiplicerat med 48.¹⁰

Kammarrätten i Göteborg har i juni 2024 beslutat ogiltigförklara Avtalet eftersom det har slutits i strid mot kravet på föregående annonsering.¹¹ Till grund för detta har kammarrätten lagt ett uppskattat kontraktvärde på c:a 1,5 miljoner kronor per år eller totalt 6 miljoner kronor, räknat som ett 48-månaderskontrakt.¹⁰

¹ Avtal maskinsopning (dnr. 2023/1258), undertecknat av parterna – Kommunen respektive Entreprenadföretaget – den 5 april 2024.

² Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 3601-23. Efter kommunens avbrytande (se fotnot 3, nedan) avskrevs målet den 5 september 2023 från vidare handläggning

³ Kommunens avbrytandebeslut den 24 augusti 2023, dnr. 2023/297.

⁴ Se Avtalet, § 4 "Omfattning och ansvar" samt § 5 "Kostnader". Under rubriken "Övriga avropa maskinsopning" anges även att Kommunen till Entreprenadföretaget ska betala maskinhyra med 1.250 kr. i timmen för "Stor sopmaskin" och 950 kr. i timmen för "Liten sopmaskin".

⁵ Se Avtalet, § 3 "Avtalsperiod" samt § 6 "Förlängning" enligt vilken avtalet ska löpa under perioden den 11 april till den 31 maj 2023 med möjlighet till förlängning om en månad i taget vid utebliven uppsägning 14 dagar i förväg.

⁶ Se punkten 2.1.2 i Kommunens yttrande av den 15 november 2023, aktbilaga 31 i Förvaltningsrättens i Malmös mål nr. 10704-23.

⁷ Dessa tjänster uppges bestå av sopning av byskolor, underhållssopning under juli och augusti månad 2023 samt hyra av handblåsare.

⁸ Se, §§ 3, 6 och 7 i Avtalet.

⁹ Betalningar har skett med 2.303.220 för perioden den 11 april till och med den 4 september 2023, samt med 386.750 kronor för tiden därefter, således med totalt 2.689.970 kronor för hela den aktuella avtalstiden, april - november 2023. Samtliga belopp exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).

¹⁰ Se 5 kap. 13 § LOU. Beräkningen grundar sig på Kommunens uppgift om att avtalets värde uppgår till 236 Tkr för perioden 11 april - 31 maj 2024 vilket ger ett uppskattat månadsvärde på c:a 126 Tkr eller, multiplicerat med 48, ett totalt kontraktvärde på c:a 6 miljoner kronor.

¹¹ Kammarrätten i Göteborg, dom av den 19 juni 2024 i mål nr. 838-24. Domen har i denna del vunnit laga kraft. När det gäller de parallella tilläggsavtal som även har slutits pågår fortfarande handläggning i domstol, se Kammarrätten i Göteborgs mål nr. 6877-24.

Rättslig reglering

Med *offentlig upphandling* avses bland annat förfarandet till och med tilldelning av ett 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 tjänster mot ersättning.

Upphandlingar som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – LOU. I fråga om direktupphandling har lagen ändrats genom införande av ett nytt kapitel 19 a för upphandlingar som påbörjats den 1 februari 2022 eller senare.¹²

Kommunala myndigheter och beslutande församlingar utgör enligt 1 kap. 22 § LOU sådana *upphandlande myndigheter* som omfattas av upphandlingsskyldighet enligt lagen.¹³

Lagens bestämmelser är generellt tillämpliga på åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa varor och tjänster genom tilldelning av ett kontrakt.¹⁴

Syftet med regelverket är att säkerställa efterlevnaden av de unionsrättsligt grundade bestämmelserna om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna¹⁵ samt att motverka korrup­tion i offentlig verksamhet.¹⁶ Det har i lagen därför införts ett antal grundläggande principer vilka, oavsett valet av förfarande,¹⁷ ska iakttas vid offentlig upphandling, däribland krav på *lika-behandling* och *öppenhet (transparens)*.¹⁷ Av dessa följer att alla leverantörer¹⁸ ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud utifrån samma villkor. Samtliga på marknaden verksamma leverantörer ska ges samma relevanta information vid samma tillfälle.¹⁹ De grundläggande principerna med krav på likabehandling och öppenhet omfattar samtliga förfaranden, således även sådana upphandlingar som ligger utanför det direktivstyrda regelverket och kravet på annonsering.²⁰

Ett kontrakt som avser gaturenhållning och gatsopning (CPV 90600000)²¹ ska upphandlas enligt bestämmelserna för tjänstekontrakt. Om det samlade *kontraktsvärdet*²² överstiger vid tidpunkten gällande tröskelvärde, 2.236.731 kronor,²³ ska handläggningen ske enligt de direktivstyrda bestämmelserna i bestämmelserna 1 – 18 kap. LOU. Endast om kontraktsvärdet understiger detta tröskelvärde får upphandlingen handläggas enligt de nationella bestämmelserna i 19 kap. LOU med möjlighet till *direktupphandling* enligt 19 a kap. samma lag.²⁴

¹² Se lagen (2021:1110) om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling samt övergångsbestämmelserna punkterna 1 och 2.

¹³ På motsvarande sätt utgör enligt 1 kap. 16 § LOU näringsidkare som på marknaden tillhandahåller aktuella varor eller tjänster leverantörer, som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud.

¹⁴ Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

¹⁵ Kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

¹⁶ Se bl.a. betänkandet SOU 2018:44, jämte där angivna rättskällor.

¹⁷ Se 19 kap. 2 § och 19 a kap. 8 § LOU, jfr. 4 kap. 1-2 § samma lag. För innebörden av de grundläggande principerna, se bl.a. prop. 2006/07:128, s. 132 samt prop. 2015/16:195, avsnitt 9.1 (s. 426 ff.).

¹⁸ Med *leverantör* avses enligt 1 kap. 16 § LOU företag som är verksamma med att på marknaden tillhandahålla bl.a. tjänster.

¹⁹ Se prop. 2006/07:128, s. 132 samt HFD 2012 ref. 48. Se även 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.

²⁰ Se HFD 2018 ref. 60 med särskilt yttrande av justitierådet Nord.

²¹ CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, är ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska Unionen – se 4 kap. 9 § LUK samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelse enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

²² Kontraktsvärdesberäkningen ska ske till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet Se 5 kap. 7 a § jämförd med 19 kap. 1 § andra stycket LOU.

²³ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 5 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Gällande tröskelvärde för tjänstekontrakt som tilldelas av upphandlande myndigheter som inte är centrala upphandlande myndigheter (bland annat kommuner) uppgick i april 2023 till 2.236.731 kronor. Numera, sedan den 1 januari 2024, uppgår tröskelvärdet istället till 2.389.585 kronor. För sådana tjänstekontrakt som regleras i enligt bilagan 2 till LOU gäller dock istället det *särskilda tröskelvärdet* 8.109.450 kronor - se regeringens tillkännagivanden (2022:190 och 2024:30) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

²⁴ Bestämmelserna ska även tillämpas oavsett värde, för upphandling av tjänster av sådant slag (sociala tjänster m.m.) som anges i bilaga 2 eller 2 a till LOU.

Kontraktsvärdet ska i fråga om tjänster beräknas till det verkliga värde som har betalats enligt kontraktet om detta löper för viss bestämd tid av högst 48 månader. Om löptiden är längre eller om den är obestämd, ska värdet istället uppskattas till månadsvärdet multiplicerat med 48.²⁵ Vid värdeberäkningen ska beaktas samtliga kontrakt av liknade slag som har upphandlats under den föregående tolv månadersperioden eller under det föregående räkenskapsåret, vilka således värdemässigt ska slås samman vid fastställandet av kontraktsvärdet.²⁶

Om upphandlingen avser ett *ramavtal*²⁷ ska enligt praxis,²⁸ den upphandlande myndigheten redan i upphandlingsdokumentet ange den största kvantitet och/eller det högsta värde som kan komma att avropas från avtalet. Enligt Konkurrensverket innebär detta att den upphandlande myndigheten är skyldig att i förväg göra en rimlig uppskattning av den maximala kvantiteten eller värdet av en upphandling. En sådan bedömning ska vara välgrundad och objektiv och det är inte tillåtet att ange en volym- eller prisgräns som med oproportionerlig marginal under- eller överstiger det egentliga behov som kan förutses.²⁹

I anknytande svensk, nationell rättspraxis³⁰ har det ansetts strida mot de grundläggande principerna om likabehandling och öppenhet i 4 kap. 1 § LOU att inte ange det högsta värdet eller den största kvantiteten som ramavtalet omfattar.³¹ Genom ovan nämnda praxis är det således klargjort att kravet att i förväg ange kvantiteten som ramavtalet avser inte är frivilligt, utan ska obligatoriskt tillämpas vid alla ramavtalsupphandlingar.

Den upphandlande myndigheten kan sedan endast avropa/köpa varor, tjänster eller byggtreprenader inom gränsen för den volym- eller prismässiga kvantitet som har angivits för upphandlingen och när denna gräns väl nåtts har avtalet inte längre någon verkan. Härigenom försvåras bland annat möjligheten att i upphandlingens konkurrensuppsökande skede kringgå värdegränserna för den unionsrättsliga annonseringsskyldigheten.

Som huvudregel ska varje upphandling genomföras i ett annonserat förfarande.³² *Direkttilldelning (direktupphandling)*,³³ där den upphandlande myndigheten utan föregående infordran av konkurrerade anbud tillåts vända sig direkt till viss leverantör, får undantagsvis komma ifråga om värdet av upphandlingen beräknas understiga 700.000 kronor.³⁴

²⁵ 5 kap. 13 § LOU.

²⁶ Se 5 kap. 11 § LOU enligt vilken värdet av tjänsteavtal som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom en viss tid, ska uppskattas med ledning av antingen (1.) det verkliga totala värdet av en följd av liknande kontrakt som upphandlats under den föregående tolv månadersperioden eller under det föregående räkenskapsåret, om möjligt justerat med hänsyn till förutsebara ändringar i kvantitet eller värde under den tolv månadersperiod som följer efter det första kontraktet, eller (2.) det uppskattade totala värdet av en följd av kontrakt som kommer att upphandlas under den tolv månadersperiod som följer på den första leveransen eller, om räkenskapsåret är längre än tolv månader, under räkenskapsåret.

²⁷ Med *ramavtal* avses enligt legaldefinitionen i 1 kap. 20 § LOU ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod. Avtal för avrop på löpande räkning, där det inte finns något slutpris eller volym fastställt i förväg, utgör typiskt sett ett ramavtal.

²⁸ EU-domstolens domar i *Coopservice* (C-216/17) U:C:2018:1034, p. 61 och i *Simonsen & Weel* (C-23/20) EU:C:2021:490, p. 68, enligt vilka en upphandlande myndighet endast kan avropa/köpa varor, tjänster eller byggtreprenader inom gränsen för en viss i förväg angiven volym eller prismässig kvantitet, och när denna gräns har nåtts har avtalet inte längre någon verkan. Härigenom försvåras bland annat möjligheten att kringgå värdegränserna för unionsrättslig annonseringsskyldighet. Även leverantören skyddas genom att inte riskera behöva leverera mer (större kvantitet) än som ursprungligen förutsattes när kontraktet tecknades.

²⁹ Konkurrensverkets ställningstagande (2022:2) om maximal omfattning av ramavtal och öppenhetsprincipen, av den 29 april 2022, dnr 625/2021.

³⁰ HFD 2022 ref. 4 I.

³¹ Högsta förvaltningsdomstolen, referatsfallet HFD 2022 ref. 4 I, punkterna 17–20.

³² 6 kap. 1-3 § alternativt 19 kap. 6-8 §§ LOU.

³³ En direkt kontraktstilldelning kan antingen ske enligt de direktivstyrda förfarandebestämmelserna för *förhandlat förfarande utan föregående annonsering* i 6 kap. 12-18 §§ LOU eller som en *direktupphandling* enligt de nationella bestämmelserna i 19 a kap. LOU. Valet av förfarande styrs av om kontraktsvärdet över- eller understiger gällande tröskelvärde eller om förfarandet avser tjänster enligt bilagan 2 eller 2 a till LOU.

³⁴ 19 a kap. 1 § LOU. Om upphandlingen avser tjänster enligt Bilagan 2 till LOU (huvudsakligen hälsovård och socialtjänster) får direktupphandling dock användas om värdet beräknas understiga det särskilda tröskelvärdet 8.109.450 kronor (2024 års tröskelvärde).

Direkttilldelning av tjänstekontrakt kan även ske om vissa undantagsförutsättningar är uppfyllda.

- om det vid en tidigare annonserad upphandling inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller de anbud som har lämnats är ogiltiga eller oacceptabla,³⁵
- det är på grund av *synnerlig brådska*, som beror på omständigheter som varken kan tillskrivas eller har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, inte möjligt att genomföra upphandlingen i ett annonserat förfarande och anskaffningen är *absolut nödvändig*, eller det annars föreligger *synnerliga skäl*,³⁶
- det som ska upphandlas kan på grund av *konstnärliga* eller *tekniska skäl* eller på grund av *ensamrätt* endast tillhandahållas av en viss leverantör,³⁷
- det är fråga om en *kompletteringsbeställning* av tidigare upphandlade tjänster³⁸ eller
- det är fråga om en nödvändig anskaffning för att tillgodose ett angeläget behov som har uppstått till följd av allmän förvaltningsdomstols handläggning av en tidigare (motsvarande) upphandling.³⁹

För tjänstekontrakt av nu aktuellt slag kan undantag för *direktupphandling*³³ på grund av pågående domstolsprövning endast komma i fråga om upphandlingens värde understiger gällande tröskelvärde, 2.236.731 kronor.²⁴ Något motsvarande undantag enligt de direktivstyrda bestämmelserna i 1-18 kap. LOU finns inte.

Enligt en allmän s.k. *försiktighetsprincip* i EU-domstolens fasta praxis ska vidare möjligheterna till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i de unionsrättsliga fördragen inom området för offentlig upphandling tolkas *restriktivt* och det ankommer på den upphandlande myndigheten att bevisa de särskilda omständigheter som motiverar undantaget.⁴⁰

Avtal som har kommit till genom en s.k. *otillåten direkttilldelning*, utan iakttagande av kravet på annonsering, kan förklaras ogiltigt efter beslut av allmän förvaltningsdomstol.⁴¹ En ansökan om avtalsogiltighet ska som huvudregel ha kommit in till rätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Efter denna frist kan talan inte längre prövas.⁴²

Domstol kan på talan av Konkurrensverket⁴³ även besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av den upphandlande myndigheten.⁴⁴ En sådan straffavgift ska beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor, dock inte mer än tio procent av kontraktsvärdet.⁴⁵

³⁵ 6 kap. 12 § alternativt 19 a kap. 3 och 4 § LOU.

³⁶ 6 kap. 15 § alternativt 19 a kap. 5 § punkterna 1 och 3 LOU. För att en anskaffning ska anses *absolut nödvändig* fodras att det rör sig om ett brådskande behov av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art. Det ska även framstå som uppenbart att ett kontrakt omedelbart måste komma till stånd för att det inte annars ska uppstå mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa. Undantaget för *synnerliga skäl* är enligt ursprungliga lagförarbetena begränsat till sådana undantagssituationer där avtal måste komma till stånd utan att ett annonserat förfarande är möjligt att genomföra. Exempelvis nämns möjlighet till extra förmånliga köp på auktion samt särskilt personrelaterade behov av hälso- och sjukvårdstjänsters som sådant som 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.

³⁷ 6 kap. 14 § alternativt 19 a kap. 5 § punkten 2 LOU.

³⁸ 6 kap. 17 § alternativt 19 a kap. 5 § punkten 2 LOU. En förutsättning för sådan kompletteringsbeställning är dock att de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett upphandlingsförfarande och att det i samband med den ursprungliga upphandlingen har angetts att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas

³⁹ 19 a kap. 6 § LOU. Undantaget – som endast gäller upphandling enligt de nationella bestämmelserna i 19 och 19 a kap. LOU – kan tillämpas vid angeläget behov som har uppstått till följd av att en allmän förvaltningsdomstol antingen (1) handlägger eller har avgjort ett mål om överprövning av en upphandling och avtal inte får ingås, (2) har beslutat att en upphandling ska göras om eller rättas, eller (3) handlägger ett mål om överprövning av ett avtals giltighet och avtalet inte får fullgöras. Någon motsvarande möjlighet till undantag för upphandlingar över tröskelvärdet finns inte.

⁴⁰ Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23 jämte där noterad praxis.

⁴¹ 20 kap. 13 § LOU.

⁴² 20 kap. 17 § LOU.

⁴³ Bestämmelserna i 21 kap. 1-3 § gäller enligt en äldre lydelse av LOU för upphandlingar som har påbörjats för den 1 januari 2024. Numera har Konkurrensverket istället befogenhet att själv besluta om upphandlingsskadeavgift, varefter den upphandlande myndigheten kan överklaga sådant beslut till allmän förvaltningsdomstol. Upphandlingsskadeavgiften har även justerat till maximalt 20 miljoner kronor – se 21 kap. 6 – 15 § LOU.

⁴⁴ 21 kap. 1 § första stycket 3 LOU.

⁴⁵ 21 kap. 4 § LOU. I rättspraxis har dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktsvärde.

Talan om upphandlingsskadeavgift ska vara väckt inom sex månader från lagakraftvunnen avtalsogiltighet eller i annat fall senast ett år från den tidpunkt då avtalet slöts.⁴⁶ Härefter kan sådan talan heller inte prövas.

En upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i LOU kan även dömas att betala *upphandlingsskadestånd* till den eller de leverantörer som kan visa skada till följd av detta.⁴⁷ Skadeståndstalan ska väckas vid allmän domstol (tingsrätt) senast inom ett år räknat från den dag då leverantören fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör eller den dag då domstols beslut om avtalsogiltighet fick laga kraft.⁴⁸

Yttrande

Kommunen har i ett yttrande⁴⁹ över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande. Kommunen har i de relativt omfattande målen, som förvaltningsdomstolar har tagit ställning till, utvecklat sin inställning. Denna inställning har inte förändrats. Staden har emellertid respekt för den slutliga domen som innebär att det aktuella avtalet har ogiltigförklarats.

Kommunen får framhålla att de aktuella maskinsopningstjänsterna är samhällskritiska tjänster och att avtalet i fråga tillkom med anledning av en ansökan om överprövning. Stadens bedömning är att det inte var ett alternativ att underlåta att anskaffa de samhällskritiska tjänsterna i fråga och för undvikande av en snedvridning av konkurrensen avslutades det aktuella avtalet och ett nytt direktupphandlat avtal ingicks med den klagande leverantören (som ju företräddes av en representant från Konkurrenskommissionen). Staden hänvisar i övrigt till vad Staden har angett i överprövningsmålen som har prövats av förvaltningsdomstol.

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 iaktta regelverket i LOU vid anskaffning av bland annat tjänster.

Av utredningen framgår att Kommunen i april 2023 har slutit avtal direkt med Entreprenadföretaget utan föregående annonsering. Redan fem månader in på avtalstiden, i september 2023, hade Kommunen betalat drygt 2,3 miljoner kronor till Entreprenadföretaget för utförda tjänster. Totalt under Avtalets hela löptid har Kommunen betalat c:a 2,7 miljoner kronor till Entreprenadföretaget, vilket skulle kunna utgöra upphandlingens kontraktsvärde. Eftersom Avtalet slutits som ett evighetsavtal, för att gälla till vidare utan begränsning tiden, ska kontraktsvärdet dock räknas som ett 48-månaderskontrakt. Som Kammarrätten i Göteborg funnit vid sin bedömning ska Avtalet därmed kontraktsvärdeberäknas till totalt 6 miljoner kronor.

Oavsett hur man räknar överskrider upphandlingens värde således med god marginal det tröskelvärde på 2.236.731 kronor då de på LOU-direktivet styrda bestämmelserna ska tillämpas. Vid detta förhållande finns det överhuvudtaget inte möjlighet till undantag för direktupphandling, varken på grund lågt värde, pågående domstolsprövning eller av något annat skäl som Kommunen söker göra gällande. Som domstol lagakraftvunnet kunnat konstatera har Kommunens avtal med Entreprenadföretaget kommit till i strid mot gällande bestämmelser.

⁴⁶ 21 kap. 7 § LOU.

⁴⁷ 20 kap. 20 § LOU.

⁴⁸ 20 kap. 21 § LOU

⁴⁹ Kommunens yttrande i e-postmeddelande till Konkurrenskommissionen den 29 september 2024.

Kommunen skulle istället inhämtat konkurrerande anbud i ett annonserat förfarande; alternativt hade Kommunen kunnat begränsa Avtalet med en maxiprisklausul, så att tröskelvärdet därmed inte skulle komma att överskridas.²⁸ Så har emellertid inte skett. Genom att istället avropa eller köpa gatusopningstjänster direkt från Entreprenadföretaget på ett otillåtet sätt och till betydande värden har Kommunen brutit mot LOU och det bakomliggande upphandlingsdirektivet.

Det finns enligt Konkurrenskommissionen därmed anledning att rikta kritik mot Kommunen för att ha satt sig över de grundläggande principer som ytterst syftar till att garantera förutsättningarna för en fungerande konkurrens och att motverka korruption i offentlig verksamhet.

Om Konkurrensverket väljer att ingripa mot förfarandet riskerar Kommunen att få betala *upphandlingskadavgift*, som är ett slags böter, med upp till 420.000 kronor. Kommunen kan även tvingas betala upphandlingskadestånd med betydande belopp till den eller de leverantörer som kan visa skada på grund av denna överträdelse.

Som konsekvens av att avtalet mellan Kommunen och Entreprenadföretaget har förklarats ogiltigt måste Kommunen se till att återställa förmögenhetsläget mellan parterna, såsom det gällde innan det ogiltiga Avtalet slöts.⁵⁰ Detta bör i första hand ske genom återbetalning av hittills utbetalda ersättningar. Mot kravet på återbetalning bör Entreprenadföretaget dock, efter en skälighetsbedömning, kunna avräkna nedlagda självkostnader (utan samkostnadstäckning och vinst).⁵¹

⁵⁰ Prop. 2009/10:180, del 1, s. 136, 225 f. och 361 f.

⁵¹ I lagförarbetena, prop. 2009/10:180, del 1, s. 225, anger regeringen som exempel på skadeståndsgrundande kostnader att leverantören har ingått hyresavtal eller anställningsavtal som löper med viss minsta uppsägningstid eller kostnader med anledning av avtal som ingåtts med underleverantörer. Den del av betalningen som hänför sig till leverantörens handelsvinst eller täckningsbidrag för dennes fasta kostnader bör däremot som regel inte kunna avräknas från återbetalning, även om återgång av varorna/tjänsterna inte är längre är möjlig