

PM 2 2024-10-16 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom felaktig annonsering.

En kommun har slutit avtal om köp av byggtreprenadarbeten för c:a 90 miljoner kronor utan att annonsera upphandlingen i Europeiska unionens officiella tidning (EUT).

Torsby kommun (nedan Kommunen) beslutade den 28 oktober 2022 att tilldela ett byggtreprenadkontrakt för renovering av Torsby Badhus till ett privat företag (nedan: Byggföretaget).¹

Avtalet har föregåtts av en annonserad anbudsinfordran i den nationella databasen E-avrop under 2021 och 2022. I en första annons, som publicerades i september 2021,² informerade Kommunen om den förestående upphandlingen samt bjöd in till informationsutbyte. Det uppskattade kontraktsvärdet av upphandlingen angavs i annonsen till c:a 24 miljoner kronor.

Själva anbudsinfordran annonserades först ett år senare, i september 2022. Av detta meddelande framgår att Kommunen söker en entreprenör som ska leda och genomföra arbetet med renovering av Torsbybadet samt att ”På grund av politiska beslut och/eller andra prioriteringar kan de planerade arbetena ändras, likaså omfattning och innehåll”. Vidare framgår att förfarandet handläggs som ett ”enstegsupphandling”. Det uppskattade kontraktsvärdet angavs denna gång till 50 miljoner kronor.³ Någon anbudsinfordran genom annonsering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och databasen TED⁴ har inte skett.

Vid anbudstidens utgång, den 28 oktober 2022, registrerades endast ett inkommet anbud, från Byggföretaget, vilket Kommunen beslutade anta den 25 november 2022.¹

Kontrakt i upphandlingen (nedan: Avtalet) tecknades den 20 januari 2023.⁵ Av detta framgår att Kommunen från Byggföretaget ska köpa entreprenadarbeten för renovering av Torsbybadet. Entreprenaden, som är uppdelad i delprojekten Fas 0, 1 och 2,⁶ ska genomföras som en totalentreprenad enligt ABT 06.⁷ Projekten ska utföras i samverkan med Kommunen under arbetsformen ”partnering”, varmed ska förstås en ”strukturerad arbetsform där vi genom gränsöverskridande samarbete skapar ett mervärde”. Kommunen har enligt Avtalet rätt att avbryta entreprenaden innan den har övergått i Fas 2.⁸ Såvitt upplysts⁹ har någon sådan övergång ännu inte skett. Kommunen har därmed fortfarande möjlighet att säga upp Avtalet i förtid.

Aktuella arbeten ska enligt Avtalet utföras *löpande räkning* enligt ABT 06⁷ med den s.k. självkostnadsprincipen som grund. Något fast pris, pristak eller maximal takvolym anges varken i Avtalet eller i något annat underlag för upphandlingen.

¹ Kommunens ”Meddelande om tilldelningsbeslut, renovering av Torsby badhus” daterat den 25 november 2022 (dnr. UH-2021-27).

² Kommunens första annons, som publicerades i E-avrop den 30 september 2021 och rubricerad ”Underlag”, av vilken framgår att Torsbybadet invigdes i juni år 2000 och behöver fräschas upp och renoveras för att öka säkerheten och anläggningens attraktionskraft. Kommunen vill enligt annonsen informera om projektet och få information från leverantörer för att ”få till en bra upphandling som leder till att vinnande entreprenör/-er utför en bra renovering av badhuset”. Den planerade investeringen anges i annonsen till ett uppskattat värde av 24 miljoner kronor (dnr. UH-2021-27).

³ Kommunen andra annons, som publicerades E-avrop den 9 september 2022 och rubricerad ”Upphandlingsmeddelande” av vilken framgår att upphandlingen avser anläggningsarbeten (CPV 45000000) i ett enstegsförfarande där anbudstiden löpte ut den 28 oktober 2022.

⁴ TED eller Tenders Electronic Daily är en databas för elektronisk publicering av unionsrättsligt annonseringsskyldiga upphandlingar.

⁵ ”Avtalet, rubricerat ”1. Entreprenadkontrakt (kontraktsvillkor) Totalentreprenad (ABT 06) med partnering som arbetsform, Entreprenad Torsbybadet – renovering med tillhörande arbeten år Torsby kommun” undertecknades av parterna, Kommunen och Byggföretaget, den 20 januari 2023 (dnr. KST 2023 138-100). Härfter har parterna tecknat två delavtal: ”Beställningsmall Fas 0, Huvuddel: FAS 0, Projektnummer 1843741”, den 2 och 12 juni 2023 samt ”Beställningsmall Fas 1, Huvuddel: FAS 1, Projektnummer 1843741”, den 2 och 4 april 2024.

⁶ Enligt punkterna 1 och 2.3 i Avtalet är entreprenaden uppdelad i tre huvuddelar: Fas 0, Förstudie och planeringsfas, Fas 1, Projekterings- och kalkyleringsfas samt Fas 3, Produktion och överlämningsfas, men kan komma att delas in i andra delar och detta befinnis lämpligt.

⁷ Allmänna bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsarbeten (ABT 06) är ett standardavtal för att användas vid byggnads-, anläggnings- och installationsarbeten som utförs på totalentreprenad.

⁸ Se Avtalet, punkten 2.3.2, avsnittet: ”Beställarens rätt att avbryta i Fas 1” samt punkten 4 ”Tider”.

⁹ Av E-postmeddelanden den 4 och 5 september 2024, från Kommunen till Konkurrenskommissionen, framgår att ”Beställningen av Fas 2 har inte skett ännu på grund av att det tog längre tid än beräknat med den politiska beslutsgången. Arbetet med att ta fram avtal för Fas 2 pågår. Motsvarande avtal för Fas 0 och Fas 1 har redan tecknats mellan parterna (se fotnot 5, ovan).

Renoveringsplanerna har föregåtts av en förstudie under samordning av lokal konsult¹⁰ samt av utredningar från Kommunens förvaltningar. I en tjänsteskrivelse från 2021 uppskattades kostnaden för aktuella arbeten till 24 miljoner kronor,¹¹ vilket kommunfullmäktige även beslutade anslå för projektet.¹² Detta återtogs dock senare och en ny kostnadsutredning påbörjades.¹³ I en ny tjänsteskrivelse från februari 2024 uppskattades den totala kostnaden för renoveringsprojektet istället till 90 miljoner kronor¹⁴. I maj 2024 beslutade kommunfullmäktige anslå detta belopp, vilket därmed får anses utgöra upphandlingens faktiska kontraktswärde.¹⁵

Kommunens ursprungliga uppförande av Torsby badhus (åren 1999 och 2000) upphandlades aldrig i ett annonserat förfarande med möjlighet för flera leverantörer att lämna konkurrerande anbud. Byggtreprenaden uppdrogs istället direkt till en lokal aktör. Detta har tidigare utretts och kritiserats av Konkurrenskommissionen.¹⁶ Efter att ett mål om överprövning inletts beslutade Kammarrätten i Göteborg i juni 1999 att Kommunens beslut om badhusbygget tills vidare inte fick verkställas (inhibition) samt förordnade genom dom i oktober 1999,¹⁷ att bygget av Torsbybadet skulle upphandlas enligt då gällande bestämmelser om offentlig upphandling.¹⁸ Trots att domstolens förordnanden vann laga kraft avbröt Kommunen dock aldrig upphandlingen eller genomförde någon rättelse, vilket föranledde Justitieombudsmannen (JO) att rikta *mycket allvarlig kritik* mot Kommunen (kommunstyrelsen).¹⁹

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 som avser bland annat tillhandahållande av byggtreprenadarbeten mot ersättning.

Upphandlingar som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – LOU.²⁰ Regelverket är en följd av bland annat de unionsrättsliga kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster i artiklarna 18, 49 och 56 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU).²¹

Kommunala myndigheter och beslutande församlingar utgör sådana *upphandlande myndigheter* som omfattas av upphandlingsskyldighet enligt lagen.²² Bestämmelserna är generellt tillämpliga på åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa bland annat byggtreprenadarbeten genom tilldelning av kontrakt.²³

¹⁰ Dokumentet "TORSBYBADET FÖRSTUDIE MED PROGRAMHANDLING", den 9 september 2022.

¹¹ Tjänsteskrivelse från Kommunens fritidschef, daterad den 17 augusti 2021 och rubricerad "Information om renovering och utveckling av Torsbybadet" (dnr. KST 2021/161).

¹² Kommunfullmäktige i Torsby, beslut av den 27 september 2021 (KF § 108/21) dnr. KST 2021/161.

¹³ Kommunfullmäktige i Torsby, beslut av den 26 september 2022 (KF § 115/22), dnr. KST 2022/121.

¹⁴ Tjänsteskrivelse från Kommunens förvaltningschef, daterad den 23 februari 2024 och rubricerad "Finansiering för renovering av Torsbybadet". Av denna framgår att Tekniska förvaltningen genomfört en kostnadsöversikt inom Fas 1, tillsammans med Byggföretaget, enligt vilken man "genom bland annat bra samordning och upphandlingar kan klara av entreprenaden med en slutsumma på 90 miljoner kronor".

¹⁵ Kommunfullmäktige i Torsby, beslut av den 13 maj 2024 (KF § 101/24), dnr. KST 2024/201.

¹⁶ Konkurrenskommissionens utredning och slutliga bedömning den 1 september 1999 i ärende KKO 99-039.

¹⁷ Kammarrätten i Göteborg, beslut om interimistiskt verkställighetsförbud (inhibition) av den 24 juni 1999 samt dom av den 8 oktober 1999 i mål nr. 3859-99. Båda avgörandena har vunnit laga kraft.

¹⁸ Överprövning enligt den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

¹⁹ Riksdagens ombudsmän (JO) beslut av den 17 december 2001 i ärende nr. 3497-2000, "Kritik mot en kommun för domstolstrots i ett upphandlingsärende".

²⁰ Tidigare fanns, sedan den 1 januari 1994, en motsvarande reglering i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling och därefter, sedan den 1 januari 2008, i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

²¹ Europaparlamentets och Rådets direktiv (2014/24/EU) om offentlig upphandling.

²² 1 kap. 22 § LOU. På motsvarande sätt utgör enligt samma kapitel. 16 § näringsidkare som på marknaden tillhandahåller aktuella varor eller tjänster leverantörer, som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud.

²³ Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

Syftet med regelverket är att säkerställa den rättsliga efterlevnaden av de unionsrättsligt grundade bestämmelserna om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna²⁴ samt att motverka korruption i offentlig verksamhet.²⁵ Det har därför i lagen införts ett antal grundläggande principer med krav på bland annat *likabehandling* och *öppenhet (transparens)*²⁶ vilka, oavsett val av förfarande,¹⁶ ska iakttas vid offentlig upphandling. Av dessa följer att alla leverantörer²⁷ 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.²⁸

Ett avtal som gäller bygg- och anläggningsarbeten (CPV 45000000)²⁹ ska upphandlas enligt bestämmelserna för byggtreprenadkontrakt. Om det samlade *kontraktsvärdet*³⁰ av en sådan upphandling överstiger vid tidpunkten gällande tröskelvärde, 55.991.099 kronor,³¹ ska förfarandet handläggas enligt de på LOU-direktivet styrda bestämmelserna i 1-18 kap. LOU.

Beräkningen av upphandlingens kontraktsvärde har betydelse för bland annat hur upphandlingen ska annonseras. Enligt det direktivstyrda regelverket ska vid sådan upphandling den upphandlande myndigheten inhämta konkurrerande anbud genom annonsering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.³² Endast om kontraktsvärdet understiger gällande tröskelvärde får upphandlingen annonseras enligt de nationella bestämmelserna i 19 kap. LOU.³³

I fråga om byggtreprenader ska kontraktsvärdet beräknas till det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas enligt de byggtreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen, inklusive förekommande options- och förlängningsklausuler samt eventuella premier och ersättningar.³⁴ Om en planerad byggtreprenad är uppdelad i delkontrakt, ska det sammanlagda värdet av dessa kontrakt beaktas när det avgörs om upphandlingens värde uppgår till tröskelvärdet. Skulle tröskelvärdet i så fall överskridas, ska varje delkontrakt upphandlas enligt bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet.³⁵ Metoden för att uppskatta en upphandlings värde får inte väljas i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena blir tillämpliga.³⁶

²⁴ Kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

²⁵ Se bl.a. betänkandet SOU 2018:44, jämte där angivna rättskällor.

²⁶ 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.).

²⁷ Med *leverantör* avses enligt 1 kap. 16 § LOU företag som är verksamma med att på marknaden tillhandahålla bl.a. tjänster.

²⁸ 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.

²⁹ 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.

³⁰ 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.

³¹ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärdet* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 5 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Gällande tröskelvärde för byggtreprenader uppgick 2022 och 2023 till 55.991.099 kronor. Sedan den 1 januari 2024, uppgår tröskelvärdet istället till 59.880.179 kronor - se regeringens tillkännagivanden (2022:190 och 2024:30) om tröskelvärdet vid offentlig upphandling.

³² Se 10 kap. 1 § LOU samt 2 § upphandlingsförordningen (2016:1162), enligt vilken den upphandlande myndigheten ska skicka en annons om upphandlingen till Europeiska unionens publikationsbyrå (OPOCE) för publicering i EUT och TED;

³³ 19 kap. 7-8 § LOU. Annonsering ska i så fall ske i en annonsdatabas som är registrerad enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik.

³⁴ 5 kap. 3 § LOU. Vid värdeberäkningen för byggtreprenader ska, enligt samma kapitel 9 §, även ingå värdet av sådana varor och tjänster som den upphandlande myndigheten tillhandahåller entreprenören och som är nödvändiga för att entreprenaden ska kunna fullgöras.

³⁵ 5 kap. 8 § LOU. För byggtreprenader gäller detta dock inte för enskilda delkontrakt vars värde understiger 1 miljon euro.

³⁶ 5 kap. 6 § LOU.

Om upphandlingen avser ett *ramavtal*³⁷ ska därför, enligt EU-domstolens fasta praxis,³⁸ 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.³⁹

I anknytande svensk, nationell rättspraxis (HFD 2022 ref. 4 I) 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.⁴⁰ 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.

Bristande konkurrens där det i en upphandling har lämnats endast ett enda anbud medför enligt fast praxis⁴¹ grund för den upphandlande myndigheten att avbryta förfarandet för möjlighet att utlysa detta på nytt.

Avtal som har kommit till utan iakttagande av kravet på bland annat unionsrättslig annonsering kan förklaras ogiltigt efter beslut av allmän förvaltningsdomstol.⁴² En ansökan om sådan 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.⁴³

Domstol kan på talan av Konkurrensverket⁴⁴ även besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av den upphandlande myndigheten.⁴⁵ Straffavgiften ska beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor, dock inte mer än tio procent av kontraktsvärdet.⁴⁶

Talan om upphandlingsskadeavgift ska dock vara väckt inom sex månader från lagakraftvunnen avtalsogiltighet eller i annat fall senast ett år från den tidpunkt då avtalet slöts.⁴⁷ Härefter kan sådan talan heller inte prövas.

³⁷ 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.

³⁸ 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.

³⁹ Konkurrensverkets ställningstagande (2022:2) om maximal omfattning av ramavtal och öppenhetsprincipen, av den 29 april 2022, dnr 625/2021.

⁴⁰ Högsta förvaltningsdomstolen, referatsfallet HFD 2022 ref. 4 I, punkterna 17–20.

⁴¹ EU-domstolens dom i *Fracasso Leitschutz* (C-27/98) EU:C:1999:420 p. 32-34. Domstolen fann att i en situation med endast en anbudsgivare eller en kvarvarande anbudsgivare har den upphandlande myndigheten inte kunnat dra nytta av en effektiv konkurrens och välja det mest förmånliga anbudet, varför det i så fall föreligger saklig grund för att avbryta förfarandet.

⁴² 20 kap. 13 § första stycket 1 LOU.

⁴³ 20 kap. 17 § LOU.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ 21 kap. 1 § första stycket 3 LOU.

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

⁴⁷ 21 kap. 7 § LOU.

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.⁴⁸ 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.⁴⁹

Yttrande

Kommunen har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet och, genom biträde av en advokatbyrå, lämnat svar som kan sammanfattas enligt följande.⁵⁰

Kommunen har genomfört upphandlingen enligt reglerna för icke-direktivstyrda upphandlingar i 19 kap. LOU, eftersom upphandlingens uppskattade värde understeg det tröskelvärde som gällde vid annonseringstidpunkten. Uppskattningen som sådan föregicks av ett omsorgsfullt arbete, som inkluderade marknadsundersökningar, kontakter med kommuner som genomfört motsvarande projekt och stöd från tekniska experter. Att det senare visat sig att projektet kan komma att bli dyrare än de uppskattade 50 miljonerna innebär inte att kommunen varit skyldig att annonsera och genomföra Upphandlingen enligt de direktstyrda reglerna.

Eftersom Upphandlingen omfattas av reglerna för icke-direktivstyrda upphandlingar, har kommunen inte varit skyldig att annonsera upphandlingen i EUT eller TED. Tvärtom, så har kommunen gjort exakt den konkurrensutsättning som lagstiftaren ansett är rimlig. Mot denna bakgrund anser kommunen att det vore obefogat att kritisera kommunen för att inte ha annonserat upphandlingen i EUT och TED.

Slutligen vill Kommunen understryka att Konkurrenskommissionen hänvisar till en överträdelse av (dåvarande) LOU som inträffade 1999. Den kan inte rimligen läggas till last idag, 25 år senare.

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. Av utredningen framgår att Kommunen har genomfört en annonserad upphandling av byggtreprenad-arbetena för att renovera Torsbybadet. Annonseringen skedde dock endast i nationell databas med ett uppgivet kontraktvärde på 50 miljoner kronor. Avtal tecknades mellan Kommunen och Byggföretaget i januari 2023.

Något fast pris anges inte i Avtalet, utan avtalade arbeten ska utföras på löpande räkning. Det är därmed fråga om ett ramavtal.³⁷ Vid detta förhållande har Kommunen varit skyldig att i kontraktet ange ett belopps- eller volymmässigt maxtak över vilket avtalet inte längre ska gälla.³⁸ Så har emellertid inte skett. Kommunen har även i sitt yttrande till Konkurrenskommissionen bortsett från denna tvingande omständighet. Syftet med den angivna regleringen är att bland annat undvika just överträdelser av nu aktuellt slag, där upphandlingen annonseras i ett felaktigt förfarande.

⁴⁸ 20 kap. 20 § LOU.

⁴⁹ 20 kap. 21 § LOU.

⁵⁰ Kommunens yttrande den 24 september 2024 genom Advokatfirman Kahn Pedersen KB.

Kommunen skulle därför redan på ett tidigt stadium gjort en rimlig bedömning av den totala kostnaden för projektet och i Avtalet angivit detta som ett belopps- eller volymmässigt maxtak. Någon sådan angivelse finns inte införd i Avtalet. Istället har Kommunen först i januari 2024 utrett den fulla kostnaden för projektet, långt efter det att upphandlingen verkställts och kontrakt tecknats med Byggföretaget. Av denna utredning framgår ett kontraktsvärde på c:a 90 miljoner kronor, varvid upphandlingen kommit att annonseras på ett felaktigt sätt.

Eftersom uppskattat kontraktsvärde kraftigt överstiger tröskelvärdet på c:a 56 miljoner kronor skulle förfarandet rätteligen annonserats i Europeiska unionens officiella tidning, med möjlighet för intresserade byggföretag inom hela EU:s inre marknad och EES⁵¹ – däribland gränslandet Norge – att lämna anbud. Vid detta förhållande räcker det inte med att som nu skett, infordra anbud endast genom nationell databas.

Enligt vad bland annat Upphandlingsmyndigheten angivit är det nämligen av stor betydelse att beräkningen av upphandlingens värde blir korrekt. Om en upphandling genomförts enligt fel upphandlingsförfarande, exempelvis genom att en upphandling vars värde överstiger tröskelvärdet istället upphandlas enligt nationella bestämmelser, anger myndigheten att förfarandet kan behöva göras om.⁵²

Till skillnad från vad Kommunen givit uttryck för i sitt yttrande är formerna för bland annat annonsering således av rättslig betydelse för om förfarandet har gått rätt till. Byggentreprenadföretag som är verksamma på EU:s inre marknad, och rimligen borde kunna komma ifråga för byggarbeten i 90-miljonerklassen, bevakar som regel upphandlingar som annonseras i EUT och TED men intresserar sig inte på samma sätt för de värdemässigt lägre upphandlingar som endast förekommer i nationella databaser.

I nu aktuellt fall visar sig detta i den bristande konkurrens som ligger i att det bara kommit in ett enda anbud i upphandlingen. Såväl detta förhållande⁴¹ som att upphandlingen har annonserats på ett felaktigt sätt⁵³ har i rättspraxis ansetts utgöra saklig grund för att avbryta förfarandet. Kommunen skulle utifrån detta ha kunnat avbryta upphandlingen och utlyst denna på nytt, med bättre förutsättning för konkurrerande leverantörer att lämna anbud. Så har emellertid inte skett. Istället har Kommunen tecknat ramavtal med Byggföretaget för att därefter inleda de förhandlingar som har resulterat i en totalt 80 procentig kostnadshöjning, jämförd med ursprungligen uppskattat pris.

Som tidigare redovisats har Kommunen underlåtit att i Avtalet införa en viss i förväg angiven volym eller prismässig kvantitet (maxtak), med villkor om att Avtalet inte längre har någon verkan när denna gräns har nåtts.³⁸ Kommunen har dock ändå haft möjlighet avbryta entreprenaden fram till dess att Fas 2 inletts. Såvitt Kommunen upplyst hade Fas 2 ännu inte hunnit inledas i början av september 2024.⁵⁴ Kommunen borde därmed ha avbrutit Avtalet och utlyst upphandlingen på nytt, sedan det i januari 2024 stod klart att projektet skulle bli väsentlig dyrare än vad som ursprungligen förutsetts.

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

Det kan noteras att Kommunen även tidigare har satt sig över regelverket och uppfört själva badhuset utan konkurrerande anbud, i strid mot domstols förordnanden. Trots att det numera har gått mer än 20 år verkar Kommunen uppenbarligen inte ha skärpt sina upphandlingsrutiner.

⁵¹ Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) utvidgar EU:s inre marknad till att omfatta även Norge, Island och Liechtenstein.

⁵² Se hemsidan: www.upphandlingsmyndigheten.se/regler-och-lagstiftning/troskelvarden-och-direktupphandlingsgranser.

⁵³ Se bl.a. Kammarrätten i Jönköpings dom av den 26 maj 2024 i mål nr. 520-24.

⁵⁴ Se fotnot 9.