

PM 2 2024-12-11 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direkttilldelning av avrop i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning).**

*En kommun har i ett upphandlat ramavtal avseende glasmästeriarbeten genomfört avrop huvudsakligen från en annan leverantör än den som rangordnats i första hand.*

Växjö kommun (Kommunen) har för egen del och för andra upphandlande myndigheter och enheter i Växjö<sup>1</sup> upphandlat ett ramavtal för löpande avrop av glasmästeriarbeten.<sup>2</sup> Ramavtalet avser Kommunens och övriga upphandlade myndigheters och enheters samlade behov av glasmästeriarbeten och därmed förenliga produkter (leverans, måttagning, omhändertagande av glas och glas-kross, utbyte av glaslister och skyddstäckning) under perioden den 1 september 2020 till och med den 31 augusti 2024.

Upphandlingen utlystes som en utförandeentreprenad enligt bestämmelserna för *förenklad upphandling* under tröskelvärdet.<sup>3</sup> Vid anbudstidens utgång den 1 oktober 2019 registrerades två anbudsgivare, här angivna som Anbudsgivare A respektive Anbudsgivare B, ha inkommit med konkurrerande anbud.

Tilldelning beslutades den 10 oktober 2019, varvid båda anbudsgivarna bedömdes kvalificera sig för uppdraget och fick sina anbud antagna i sinsemellan inbördes rangordning, med Anbudsgivare A rangordnad för löpande avrop i första hand.<sup>4</sup>

Avrop på ramavtalet har herefter huvudsakligen kommit att ske från Anbudsgivare B varvid Anbudsgivare A sålunda har kommit att förbises i avropsordningen.

I oktober 2023 ställde Anbudsgivare A krav på ekonomisk ersättning, motsvarande ett kontraktskadestånd, för den skada bolaget har åsamkats till följd av uteblivna avrop, varefter parterna i mars 2024 träffade en överenskommelse om att Kommunen ska betala 850.000 kronor som kompensation, ett för allt, till Anbudsgivare A.<sup>5</sup>

**Gällande rätt**

Med *upphandling* avses här 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 eller enheter och som avser köp av varor, tjänster eller byggentreprenader mot ersättning.

Upphandlingar som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – LOU. För upphandlande myndigheter och enheter som är verksamma i om de s.k. försörjningssektorerna med att tillhandahålla allmänheten med bland annat gas, värme, el och dricksvatten i fasta nät, återfinns motsvarande bestämmelser i lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna – LUF. Lagarna har numera ändrats genom ändringar av 19 kap. samt införandet av ett nytt kapitel 19 a. Ändringarna gäller dock enbart upphandlingar som påbörjats den 1 februari 2022 eller senare, varvid nu aktuella förhållanden huvudsakligen ska bedömas enligt äldre bestämmelser.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> De upphandlande myndigheter och enheter som omfattas av upphandlingen är, utöver Kommunen, Växjö Fastighetsförvaltning AB (Vöfab), Växjöbostäder AB, Växjö Energi AB, Växjö Energi Elnät AB, Wexnet AB, Vidingehem AB. Även Växjö pastorat ingår i upphandlingen.

<sup>2</sup> Upphandlingen *Byggtjänst – Glasmästeri*, som påbörjades den 30 augusti 2019 (dnr. KS 2019-00431).

<sup>3</sup> Se punkten 2 i upphandlingsdokumentet *Byggtjänst – Glasmästeri*, daterat den 30 augusti 2019 (dnr. KS 2019-00431). I Kommunens Utvärderingsredogörelse (se fotnot nedan) anges dock att upphandlingen genomförts i ett *öppet förfarande*, enligt lagen om offentlig upphandling, LOU.

<sup>4</sup> Se Kommunens Utvärderingsredogörelse, daterad den 10 oktober 2019, dnr. KS 2019-00431, avsnitt 1.6 "Slutsats" där det bl.a. anges att "[Anbudsgivare A] rangordnas etta (1) och [Anbudsgivare B] rangordnas tvåa (2)".

<sup>5</sup> Överenskommelse mellan Kommunen och Anbudsgivare A, daterad den 20 mars 2024.

<sup>6</sup> Se ändringsförfattningarna SFS 2021:1110 och 2021:1111, med anvisning om övergångsbestämmelser i punkterna 1 och 2.

Kommunala myndigheter och beslutande församlingar samt kommunala företag utgör sådana *upphandlande myndigheter*<sup>7</sup> eller *enheter*<sup>8</sup> som omfattas av upphandlingsskyldighet enligt lagarna. På motsvarande sätt utgör näringsidkare som på marknaden tillhandahåller aktuella varor eller tjänster *leverantörer*, som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud.<sup>9</sup>

Regelverket är generellt tillämpligt på åtgärder som vidtas av upphandlande myndigheter eller enheter i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenadarbeten genom tilldelning av ett kontrakt.<sup>10</sup>

En upphandling som avser måleri- och glasmästeriarbeten (CPV 45440000 och 45441000)<sup>11</sup> ska handläggas enligt bestämmelserna för byggtreprenader. Om värdet av upphandlingen<sup>12</sup> understiger vid tidpunkten gällande tröskelvärde, 52.620.561 kronor,<sup>13</sup> får upphandlingen handläggas enligt de nationella förfarandebestämmelserna i 19 kap. LOU. I annat fall ska de direktivstyrda bestämmelserna i 1 – 18 kap. LOU tillämpas, genom exempelvis ett *öppet förfarande*.

Syftet med bestämmelserna är att säkerställa efterlevnaden av de unionsrättsligt grundade bestämmelserna om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna<sup>14</sup> samt att motverka korruption i offentlig verksamhet.<sup>15</sup> Det har i lagen därför införts ett antal grundläggande principer vilka, oavsett valet av förfarande,<sup>17</sup> ska iakttas vid offentlig upphandling, däribland krav på *likabehandling* och *öppenhet (transparens)*.<sup>16</sup> 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. Samtliga på marknaden verksamma leverantörer ska ges samma relevanta information vid samma tillfälle.<sup>17</sup> De grundläggande principerna med krav på likabehandling och öppenhet omfattar samtliga förfaranden, således även sådana upphandlingar som ligger utanför det direktivstyrda regelverket.<sup>18</sup>

När det gäller *ramavtal* för successiva avrop medför dessa inte enligt vad Högsta domstolen fastslagit<sup>19</sup> inte i sig någon sådan exklusiv ensamrätt för kontrakterad/e leverantör/er att den upphandlande myndigheten eller enheten skulle vara oförhindrad att genomföra en ny upphandling utanför ramavtalet. Gällande upphandlingsbestämmelser med krav på likabehandling och öppenhet måste i så fall dock alltid iakttas.

<sup>7</sup> För definitionen av *upphandlade myndighet*, se 1 kap. 22 § jämförd med 18 § LOU samt 1 kap. 23 § jämförd med 17 § LUF.

<sup>8</sup> För definitionen av *upphandlade enhet*, se 1 kap. 22 § jämförd med 17 § LUF.

<sup>9</sup> För definitionen av *leverantör*, se 1 kap. 16 § LOU eller 1 kap. 15 § LUF.

<sup>10</sup> Se 1 kap. 2 § jämförd med 15 § LOU samt 1 kap. 2 § jämförd med 14 § LUF.

<sup>11</sup> CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, är ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska Unionen – se 4 kap. 19 § LOU eller 4 kap. 17 § LUF 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.

<sup>12</sup> Kontraktswärdesberäkningen ska ske till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet, se 19 kap. 8 § LOU och LUF i lydelse före den 1 februari 2022, jfr. 5 kap. 3 § LOU och 5 kap. 2 § LUF.

<sup>13</sup> Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 5 kap. 1 § LOU och LUF löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Gällande tröskelvärde för byggtreprenadarbeten uppgick 2019 till 52.620.561 kronor - se regeringens tillkännagivande (2018:34) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>14</sup> Kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionsätt (FEUF).

<sup>15</sup> Se bl.a. betänkandet SOU 2018:44 med där angivna rättskällor.

<sup>16</sup> Se 19 kap. 2 § LOU och LUF i lydelse före den 1 februari 2022 jämförda med 4 kap. 1-2 § LOU och LUF. För de grundläggande principerna, se prop. 2006/07:128, s. 132 samt prop. 2015/16:195, avsnitt 9.1, s. 426 ff.

<sup>17</sup> Se prop. 2006/07:128, s. 132, jfr. prop. 2015/16:195 s. 904 f. Se även HFD 2012 ref. 48 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.

<sup>18</sup> Se Högsta förvaltningsdomstolen, referatsfallet HFD 2018 ref. 60 med särskilt yttrande av justitierådet Nord.

<sup>19</sup> Högsta domstolen, referatsfallet NJA 2021 s. 643, ”Ramavtalet” särskilt punkten 23 jämförd med punkten 22.

Den upphandlande myndigheten eller enheten kan välja att teckna ramavtal med en eller flera leverantörer. Om ramavtal tecknas med flera leverantörer kan avtalet utformas till att gälla avrop med eller utan förnyad konkurrensutsättning. I det senare fallet kan löpande avrop ske direkt från ramavtalet, i enlighet med i avtalet fastställda priser och övriga villkor.

Myndigheten eller enheten ska i så fall genomföra avropen utifrån objektiva kriterier som ska framgå av upphandlingsdokumentet för ramavtalet.<sup>20</sup> Enligt lagförarbetena<sup>21</sup> ska detta ske genom angivande av rangordning eller annan fördelningsnyckel som säkrar att tilldelningen sker på ett objektivet sätt. Det ska således finnas fastställt i förväg objektiva grunder för i vilken ordning leverantörerna ska ges möjlighet att leverera. Bland annat uttalar regeringen att "[d]en upphandlande myndigheten har således inte möjlighet att fritt välja mellan leverantörerna i ramavtalet eller att omförhandla ramavtalens villkor".<sup>22</sup> Den för ramavtalet fastställda rangordningen får enbart frångås om det föreligger *särskilda skäl* med hänsyn till föremålet för upphandlingen,<sup>23</sup> varvid grunderna i så fall bör finnas redovisade i upphandlingsdokumentet.<sup>24</sup>

I vägledande rättspraxis har Högsta förvaltningsdomstolen<sup>25</sup> uttalat att kravet på likabehandling bl.a. innebär att tilldelningskriterierna enligt ett ramavtal inte får ge den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet och att kravet på transparens får anses innebära att en leverantör som tar del av förfrågningsunderlaget ska få klart för sig hur tilldelningen av kontrakt enligt ramavtalet kommer att ske.<sup>26</sup> Rangordningskravet har vidare kommit att bedömas i samband med allmänna domstolarnas praxis om skadestånd.

Svea hovrätt hade att bedöma ett förfarande där en kommun frångått rangordningen och delvis avropat sociala tjänster från lägre rangordnade leverantörer än den som rangordnats i första hand. Hovrätten fann, liksom tingsrätten, att kommunen inte hade rätt att frångå rangordningen och dömde kommunen att betala skadestånd till den i första hand rankade leverantören för utebliven inkomst av de avrop som denne inte tilldelats.<sup>27</sup>

Svea hovrätt har även bedömt ett förfarande där en kommun avropat måleritjänster delvis från en annan leverantör än den i första hand rangordnade. Kommunen hade tillämpat en fördelningsnyckel som tillät avrop från andrahandsleverantören så länge huvuddelen av avrop skedde från den i första hand rangordnade leverantören. Hovrätten, liksom tingsrätten, fann att denna ordning kunde godtas eftersom fördelningsnyckeln var klart och tydligt angiven i förfrågningsunderlaget. Fördelningsnyckeln ansågs inte i sig strida mot LOU och det bakomliggande upphandlingsdirektivet. Något skadestånd utdömdes därmed inte.<sup>28</sup>

Avrop på ramavtal som sker utanför gällande avropsordning (rangordning eller annan i förväg redovisad fördelningsnyckel) anses medföra *otillåten direkttilldelning*.<sup>29</sup>

<sup>20</sup> Se 19 kap. 2 § LOU och LUF i lydelse före den 1 februari 2022 jämförda med 7 kap. 6 § LOU och 7 kap. 3 § LUF.

<sup>21</sup> Se prop. 2015/16:195 s. 518 samt prop. 2006/07:128, del 1, s. 175 ff. Se även Asplund m.fl., *Överprövning av upphandling*, 2012, s. 221 ff. samt Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling*, juli 2015.

<sup>22</sup> Se prop. 2006/07:128, s. 337 f.

<sup>23</sup> Avsteg från rangordning har i vissa situationer ansetts möjlig i fråga om enskilda brukares fria val, se specialmotiveringen i prop. 2015/16:195 del 2 s. 1013 samt prop. 2006/07:128 s. 175, jfr. skäl 61 till LOU-direktivet (2914/24/EU). Avsteg bör enligt lagförarbetena även kunna komma ifråga för produkter vars priser ofta ändras eller då en jävssituation föreligger (prop. 2006/07:128, s. 176) - se även Kammarrätten i Stockholms dom av den 16 februari 2010 i mål nr 7433-09, Kammarrätten Jönköpings dom av den 12 april 2010 i mål nr. 229-10 samt Kammarrätten i Göteborgs dom av den 27 februari 2014 i mål nr. 7585-13.

<sup>24</sup> Se prop. 2006/07:128, del 1, s. 175 ff.

<sup>25</sup> Högsta förvaltningsdomstolen, referatsfallet RÅ 2010 ref. 97

<sup>26</sup> Se även Förvaltningsrätten i Göteborgs dom av den 1 juli 2011 i de förenade målen 2580-11 och 2614-11 där en fördelningsnyckel ansågs ge den upphandlande myndigheten ett för stort utrymme för fritt skön. Domen överklagades till Kammarrätten i Göteborg, som inte meddelade prövningstillstånd (beslut av den 18 oktober 2011 i mål nr 4945-11 och 4946-11).

<sup>27</sup> Svea hovrätts dom av den 24 april 2012 i mål nr. T 3850-11.

<sup>28</sup> Svea hovrätts dom av den 14 december 2015 i mål nr. T 10286-14.

<sup>29</sup> Se bl.a. Asplund m.fl., *Överprövning av upphandling*, 2012, s. 223.

Om en upphandlande myndighet eller enhet brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU eller LUF kan denne dömas att betala upphandlingsskadestånd till en skadelidande leverantör.<sup>30</sup> Sådan skadeståndstalan ska väckas vid allmän domstol (tingsrätt) inom ett år från den dag då leverantören fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om att lagstridigt avtal slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.<sup>31</sup> Om talan inte väcks inom rätt tid, är rätten till sådant skadestånd förlorad.

Frångående av avtalad avropsordning kan även innefatta avtalsbrott från den upphandlade myndighetens eller enhetens sida. Skadelidande leverantör kan i så fall föra skadeståndstalan vid allmän domstol (tingsrätt) på kontraktsrättslig grund. Vid sådan talan föreligger ingen annan tidsmässig begränsning än tioårig preskription.<sup>32</sup>

När det gäller otillåten direkttilldelning har bland annat EU-domstolen uttalat att detta utgör den ”*allvarligaste överträdelsen av unionslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande myndighet kan begå*”.<sup>33</sup> Ett avtal som har kommit till på detta sätt, utan tillämpning av gällande avropsordning eller annars iakttagande av kravet på annonsering, kan förklaras ogiltigt av allmän förvaltningsdomstol.<sup>34</sup> Domstol kan även på talan av Konkurrensverket<sup>35</sup> besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av den upphandlande myndigheten eller enheten.<sup>36</sup> En sådan straffavgift ska beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor,<sup>37</sup> dock inte högre än tio procent av kontraktsvärdet.<sup>38</sup> Sådan talan skulle vara väckt senast ett år från det att avtalet slöts.<sup>39</sup> För avtal/avrop som har direkttilldelats den 1 februari 2022 eller senare gäller dock numera ett högre avgiftsgräns<sup>37</sup> samt en ingripandefrist på två år.<sup>40</sup>

## Yttrande

Kommunen har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande. ”*Kommunen har inget att tillföra utan Konkurrenskommissionens beskrivning framstår som i huvudsak korrekt. Ärendet har också belysts genom flera artiklar i Smålandsposten. KSOP:s ordförande har beklagat det inträffade och konstaterat att det är en dyr lärdom. Även vår upphandlingschef har uttalat sig och att fel har begåtts varför också skadestånd har utbetalats*”.<sup>41</sup>

<sup>30</sup> Se 20 kap. 20 § LOU och LUF.

<sup>31</sup> Se 20 kap. 21 § LOU och LUF. Om en allmän förvaltningsdomstol istället bedömt att förutsättningarna för avtalsogiltighet är uppfyllda, får talan om skadestånd dock alltid väckas inom ett år från den dag då avgörandet fick laga kraft.

<sup>32</sup> Se 2 § preskriptionslagen (1981:130).

<sup>33</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom i *Stadt Halle* (C-26/03) EU:C:2005:5, p 37, se även skäl 13 till Europaparlamentets och Rådets direktiv (2007/66/EG) av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

<sup>34</sup> Se 20 kap. 13 § LOU. Ansökan om ogiltighet ska enligt 20 kap. 17 § LOU ha kommit in till rätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

<sup>35</sup> Talan om upphandlingsskadeavgift ska vara väckt inom sex månader från lagakraftvunnen dom avtalsogiltighet eller i annat fall senast ett år från den tidpunkt då avtalet slöts, se 21 kap. 7 § LOU i lydelse före den 1 januari 2024.

<sup>36</sup> Se 21 kap. 2 § LOU i lydelse före den 1 januari 2024, numera äger Konkurrensverket besluta om att direkt påföra upphandlingsskadeavgift.

<sup>37</sup> Numera uppgår detta maxbelopp till 20 miljoner kronor för upphandlingar som har påbörjat efter den 1 januari 2024.

<sup>38</sup> Se 21 kap. 4 § LOU, i lydelse före den 1 januari 2024. I normalfallet uttas en avgift motsvarande 7 procent av kontraktsvärdet.

<sup>39</sup> Se 21 kap. 1 § punkten 3 jämförd med 7 § andra stycket LOU och LUF, i lydelse före den 1 februari 2022.

<sup>40</sup> Se 21 kap. 7 § jämförd med 11 § LOU och LUF, i lydelse sedan den 1 februari 2022.

<sup>41</sup> E-postmeddelande den 4 december 2024 med Kommunens yttrande till Konkurrenskommissionen.

### **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 och de kommunala bolagen är såsom upphandlande myndigheter eller enheter skyldiga att iaktta bestämmelserna i LOU eller LUF, som bland annat syftar till att motverka korrruption i offentlig verksamhet.

Såvitt framgår av utredningen har Kommunen upphandlat ett ramavtal för successiva avrop av glasmästeriarbeten m.m. där Anbudsgivare A har rangordnats för avrop i första hand. Trots detta har avrop på avtalet i allt väsentligt skett från den i andra hand rangordnade Anbudsgivaren B. Detta strider mot LOU och LUF i de i lagarna införda kraven på likabehandling. Det finns därmed anledning att rikta kritik mot Kommunen, som dock numera insett det felaktiga i att förfara på detta sätt. Kommunen har även betalat skadestånd till Anbudsgivare A med 850.000 kronor.

Om Konkurrensverket väljer att ingripa mot förfarandet kan Kommunen och övriga berörda upphandlande myndigheter eller enheter även tvingas betala upphandlingsskadeavgift – som är ett slags böter – för sådan direkttilldelning av avtal/avrop som har skett två år tillbaka i tiden.