

PM 2 2025-04-02 SLUTLIG BEDÖMNING

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

*Ett kommunalt företag har utan föregående annonserad anbudsinfordran köpt installationsarbeten för drygt en miljon kronor direkt från ett privat företag.*

Den av Arvika kommun majoritetsägda Arvika Näringslivscentrum ekonomisk förening (nedan ANC)<sup>1</sup> tecknade den 28 maj 2024 avtal med ett privat företag (nedan Entreprenadföretaget) om köp av vissa installationsarbeten (nedan Avtalet).<sup>2</sup>

Av Avtalet framgår att Entreprenadföretaget ska utföra arbeten för installation av en köldbärarkrets i ANC:s fastighet Arvika Tobaken 1. Avtalet bygger på ett anbud<sup>3</sup> från Entreprenadföretaget om totalt 649.800 kronor i fast pris, exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms) samt en rörlig debiteringsgrund på 570 kronor per timme (exkl. moms) för extra VVS/rörmontör. I anbudet ingår inte eventuell asbestsanering. I Avtalet, såsom det har tecknats mellan ANC och Entreprenadföretaget, har emellertid förekommande asbestsanering medtagits och angivits som ”ÄTA-arbete” till ett i Avtalet reglerat fast belopp om 433.200 kronor (exkl. moms).<sup>4</sup> Den totala entreprenadsumman för aktuella installationsarbeten uppgår således enligt Avtalet till 1.083 miljoner kronor (exklusive moms).

Upphandlingen har, såvitt förstås, handlagts som en direktupphandling.<sup>5</sup> Någon annonserad anbudsinfordran har inte skett.<sup>6</sup> Någon efterannons<sup>30</sup> av den aktuella kontraktstilldelningen finns, såvitt kunnat utredas, heller inte publicerad.

ANC har i enlighet med Avtalet betalat totalt 1.083 miljoner kronor (exklusive moms) till Entreprenadföretaget för utförda arbeten, vilket utgör upphandlingens aktuella kontraktsvärde.<sup>7</sup>

**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 utförande av byggentreprenadarbeten mot ersättning.

<sup>1</sup> Arvika Näringslivscentrum ekonomisk förening (ANC) med organisationsnummer 769602-3865 bildades och registrerades den 13 augusti 1997 i Bolagsverkets Näringsregister. Nu gällande stadgar registrerades 2 februari 2018, enligt vilken föreningen har till ändamål ”... att främja medlemmarnas intresse genom att tillhandahålla lokaler för kommersiell, förenings och offentlig verksamhet, tjänstgöra som en mötesplats för informations- och erfarenhetsutbyte, bedriva kompetensutveckling, utbildning och konferenser och därmed jämförlig verksamhet. Föreningen ska äga fast och lös egendom.” Med ”medlemmarnas intresse” ska här avses ”medlemmarnas ekonomiska intresse” jfr. 1 kap. 4 § lagen (2018:672) om ekonomiska föreningar samt Bolagsverkets registrering av föreningen. Medlemmar i ANC är Arvika kommun genom sitt kommunala bolag Arvika Lokal och Mark AB, 556064-5904 (med 93%) samt LO-facken i Arvika och Eda (med 1%) och ett antal privata intressenter (med sammanlagt 5 %).

<sup>2</sup> Avtalet, Entreprenadkontrakt: ”Frikyla ANC”, tecknades med elektroniska signaturer den 28 maj 2024.

<sup>3</sup> Anbudet, ”Anbud Arvika Näringslivscentrum Frikylekrets” från Entreprenadföretaget till ANC, daterat den 27 mars 2024.

<sup>4</sup> ÄTA är förkortning för *Ändring, Tillägg och Avgående* och innefattar arbeten som läggs till den ursprungliga entreprenaden. Anledning till att man kan behöva lägga till arbeten kan vara oförutsedda omständigheter eller extra beställningar som uppkommer under arbetets gång och som inte är närmare reglerade i det ursprungliga entreprenadavtalet - se bl.a. Konkurrensverkets rapport (2024:6) om LOU:s krav på ändrings- eller optionsklausuler i förhållande till ÄTA-bestämmelserna i AB 04.

<sup>5</sup> ANC har i ett formlost förfarande tillfrågat totalt åtta leverantörer, varav endast Entreprenadföretaget inkommit med anbud.

<sup>6</sup> ANC har trots upprepad begäran inte redovisat något annonsunderlag för den aktuella upphandlingen, som heller inte kan återfinnas i de registrerade databaser där annonsering obligatoriskt ska ske (jfr. 19 kap. 6 § LOU). I e-postmeddelande den 19 februari 2025 hänvisar ANC till att ”Anbudssumman låg under upphandlingsgränsen. Man tog ställning till ÄTA-arbeten senare, därav ingår det i avtalet.”

<sup>7</sup> Entreprenadföretaget, faktura nr. 23655 av den 6 juni 2024 om 300.000 kr, 23718 av den 28 juni 2024 om 300.000 kr, nr. 23779 av den 31 juli 2024 om 143.000, nr 23895 av den 28 augusti 2024 om 143.000 samt ytterligare en faktura om 197.000 kronor. Samtliga fakturor har betalats av ANC.

Upphandlingar regleras sedan den 1 januari 2017 genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – LOU. 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).<sup>8</sup>

Kommunala företag, inklusive ekonomiska föreningar, (offentligt styrda organ) utgör sådana *upphandlande myndigheter* som omfattas av upphandlingsskyldighet enligt lagen.<sup>9</sup> Bestämmelserna är generellt tillämpliga på åtgärder som vidtas av upphandlande myndighet i syfte att anskaffa bland annat byggtreprenadarbeten genom tilldelning av kontrakt.<sup>10</sup>

Syftet med regelverket är att säkerställa den rättsliga efterlevnaden av de unionsrättsligt grundade bestämmelserna om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna<sup>11</sup> samt att motverka korrupktion i offentlig verksamhet.<sup>12</sup> Det har därför i lagen införts ett antal grundläggande principer med krav på bland annat *likabehandling* och *öppenhet (transparens)*<sup>13</sup> som, oavsett val av förfarande,<sup>14</sup> ska iakttas vid offentlig upphandling. Av dessa följer att alla leverantörer<sup>15</sup> ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn att de i konkurrens med varandra kan lämna anbud utifrån samma villkor. Samtliga på marknaden verksamma leverantörer ska ges samma relevanta information vid samma tillfälle.<sup>16</sup>

Ett avtal som gäller bygg- och anläggningsarbeten (CPV 45000000)<sup>17</sup> ska upphandlas enligt bestämmelserna för byggtreprenadkontrakt. Om det samlade *kontraktsvärdet*<sup>22</sup> av en sådan upphandling understiger vid tidpunkten gällande tröskelvärde, 59.880.179 kronor,<sup>18</sup> ska förfarandet handläggas enligt de nationellt grundade bestämmelserna i 19 och 19a kap. LOU.

Beräkningen av upphandlingens kontraktsvärde har betydelse för bland annat hur anbudsfordran ska ske. Om kontraktsvärdet överstiger den s.k. direktupphandlingsgränsen 700.000 kronor<sup>19</sup> ska upphandlingen obligatoriskt annonseras<sup>20</sup> i en databas som är registrerad enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik.<sup>21</sup> Endast om kontraktsvärdet understiger denna värdegräns får upphandlingen handläggas som en *direktupphandling* enligt 19a kap. LOU.

<sup>8</sup> Europaparlamentets och Rådets direktiv (2014/24/EU) om offentlig upphandling.

<sup>9</sup> 1 kap. 18 § jämförd med 22 § LOU. Med *offentligt styrt organ* avses här en sådan juridisk person som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och (1.) som till största delen är finansierad av staten, en kommun, en region eller en upphandlande myndighet, (2.) vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, en region eller en upphandlande myndighet, eller (3) i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, en region eller en upphandlande myndighet.

<sup>10</sup> Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

<sup>11</sup> Kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

<sup>12</sup> Se bl.a. betänkandet SOU 2018:44, jämte där angivna rättskällor.

<sup>13</sup> Se 19 kap. 2 § och 19a 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.).

<sup>14</sup> De grundläggande principerna i 4 kap. 1 och 2 § LOU följer av artikel 18.1 första och andra stycket LOU-direktivet (2014/24/EU). För förfaranden utanför det direktivstyrda regelverket motsvaras dessa av 19 kap. 2 § samt 19a kap. 8 § LOU – jfr. även HFD 2018 ref. 60 med särskilt yttrande av justitierådet Nord.

<sup>15</sup> Med *leverantör* avses enligt 1 kap. 16 § LOU företag som är verksamma med att på marknaden tillhandahålla bl.a. tjänster.

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> 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 byggtreprenader uppgår sedan den 1 januari 2024 till 59.880.179 kronor - se regeringens tillkännagivande (2024:30) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>19</sup> 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;

<sup>20</sup> Se 19 kap. 6 § LOU.

<sup>21</sup> Se 19 kap. 8 § LOU.

För byggtreprenader ska kontraktsvärdet beräknas till det totala belopp som enligt den upphandlande myndighetens uppskattning ska betalas enligt det entreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen, inklusive förekommande options- och förlängningsklausuler samt eventuella premier och ersättningar.<sup>22</sup> Förekommande ÄTA-arbeten<sup>4</sup> ska således ingå vid kontraktsvärdeberäkningen.

Direktupphandling enligt 19a kap LOU får undantagsvis även komma ifråga vid följande förutsättningar:

- om det vid en tidigare annonserad upphandling inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller de anbud som har lämnats är ogiltiga eller oacceptabla,<sup>23</sup>
- 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*,<sup>24</sup>
- det som ska upphandlas kan på grund av *konstnärliga* eller *tekniska skäl* eller på grund av *ensamrätt* endast tillhandahållas av en viss leverantör,<sup>25</sup>
- det är fråga om en *kompletteringsbeställning* av tidigare upphandlade tjänster<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup>

Enligt den allmänna 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 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.<sup>28</sup>

Bristande konkurrens, där det i en upphandling endast har lämnats ett enda anbud, medför enligt fast praxis grund för den upphandlande myndigheten att avbryta förfarandet med möjlighet att utlysa förfarandet på nytt för att kunna nå en bredare krets av leverantörer.<sup>29</sup>

Efter att myndigheten har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal till ett värde inte understigande 700.000 kronor ska den genom *efterannons* informera om upphandlingsresultatet.<sup>30</sup>

<sup>22</sup> För kontraktsvärdeberäkningen, se 5 kap. 7a § jämförd med 19 kap. 1 § andra stycket LOU.

<sup>23</sup> 19a kap. 3 och 4 § LOU.

<sup>24</sup> 19a 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 sjukvårdstjänster 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.

<sup>25</sup> 19a kap. 5 § punkten 2 jämförd med 6 kap. 14 § LOU.

<sup>26</sup> 19a kap. 5 § punkten 2 jämförd med 6 kap. 18 § 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

<sup>27</sup> 19a kap. 6 § LOU. Undantaget kan komma ifråga vid ett 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.

<sup>28</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23 jämte där noterad praxis.

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> 19a kap. 13 § LOU enligt vilken en upphandlande myndighet som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal ska genom *efterannons* informera om upphandlingsresultatet senast 30 dagar efter det att avtalet eller ramavtalet ingicks. Konkurrensverket har i en rad tillsynsändanden under 2024 ingripit mot förfaranden där upphandlande myndigheter underlåtit att efterannonsera.

Avtal som har kommit till utan iakttagande av kravet på annonserad anbudsfordran kan förklaras ogiltigt efter beslut av allmän förvaltningsdomstol (förvaltningsrätt).<sup>31</sup> En ansökan om sådan avtalsogiltighet ska senast ha kommit in till rätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Efter denna frist kan talan inte längre prövas.<sup>32</sup>

Efter beslut av Konkurrensverket<sup>33</sup> kan en upphandlande myndighet tvingas att betala *upphandlingsskadeavgift*.<sup>34</sup> Denna straffavgift ska beräknas till lägst 10.000 och högst 20 miljoner kronor, dock inte mer än tio procent av kontraktsvärdet.<sup>35</sup> I rättspraxis har dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet.

Påförande av upphandlingsskadeavgift ska beslutas senast inom sex månader från lagakraftvunnen dom om avtalsogiltighet eller i annat fall inom två år från den tidpunkt då avtalet slöts.<sup>36</sup> Den upphandlande myndigheten kan sedan överklaga Konkurrensverkets beslut att påföra upphandlingsskadeavgift till allmän förvaltningsdomstol.<sup>37</sup>

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.<sup>38</sup> Sådan 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.<sup>39</sup>

## Yttrande

ANC har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar. Arvika kommun, som också har beretts tillfälle att yttra sig, har angivit följande. Upphandlingen av frikyleinstallationen skedde genom en konkurrensutsatt process där fyra företag tillfrågades och två lämnade anbud.<sup>40</sup> Upphandlingen genomfördes som en totalentreprenad enligt ABT06, där entreprenören ansvarar för både projektering och utförande. Beslutet om att justera rördimensionen togs innan avtalet skrevs på och var en teknisk förbättring som möjliggör framtida utbyggnad. Kommunen ser fram mot en saklig bedömning av Konkurrensverket, den myndighet som har det faktiska tillsynsansvaret vid offentlig upphandling.<sup>41</sup>

## 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.

ANC är som upphandlande myndighet skyldig att iaktta regelverket i LOU. Av utredningen framgår att ANC har direktupphandlat ett kontrakt för installation av en köldbärarkrets i föreningens fastighet Arvika Tobaken 1.

<sup>31</sup> 20 kap. 13 § första stycket 1 LOU.

<sup>32</sup> 20 kap. 17 § LOU.

<sup>33</sup> 21 kap. 6 och 7 § LOU, i lydelse efter den 1 januari 2024.

<sup>34</sup> 21 kap. 1 § första stycket 3 LOU.

<sup>35</sup> 21 kap. 9 § LOU, i lydelse efter den 1 januari 2024.

<sup>36</sup> 21 kap. 10 och 11 § LOU, i lydelse efter den 1 januari 2024.

<sup>37</sup> 21 kap. 15 § LOU, i lydelse efter den 1 januari 2024.

<sup>38</sup> 20 kap. 20 § LOU.

<sup>39</sup> 20 kap. 21 § LOU.

<sup>40</sup> Enligt den upphandlingsdokumentation som har gjorts tillgänglig av ANC har totalt åtta företag tillfrågats men endast ett företag (Entreprenadföretaget) inkommit med anbud (se även fotnot 5).

<sup>41</sup> Yttrande den 25 februari 2025 från Arvika kommun, kommundirektören, till Konkurrenskommissionen rubricerat ”Svar till Konkurrenskommissionen gällande ärende 24-018”. Kommunen har dock inte bevarat en efterföljande fråga om viken påstått ytterligare leverantör, utöver Entreprenadföretaget, som ska ha lämnat anbud i upphandlingen (jfr. fotnot 5).

Såvitt framgår av Avtalet ska ANC betala Entreprenadföretaget totalt 1,083 miljoner kronor för utförda arbeten, uppdelat i 649.800 kronor i fast pris samt 433.200 kronor för ”ÅTA-arbeten”. Det har således redan vid kontraktstillfället i maj 2024 stått klart att det aktuella kontraktsvärdet kraftigt överstiger värdegränsen för direktupphandling med 383.000 kronor, eller drygt 50 procent. Vid detta förhållande har det inte varit lagligen möjligt att tillämpa direktupphandling. Detta förfarande kan enbart komma ifråga om det beräknade kontraktsvärdet understiger värdegränsen 700.000 kronor eller vid någon i lagen annan angiven undantagsgrund.

Den omständigheten att parterna i kontraktet har angivit en del av entreprenadssumman som ÅTA-arbeten kan inte medföra annan bedömning, eftersom kontraktsvärdet ska beräknas till det totala belopp som ska betalas enligt Avtalet, inklusive förekommande options- och förlängningsklausuler samt eventuella premier och ersättningar. Det kan heller knappast vara fråga om några ÅTA-arbeten, eftersom dessa anges slutligt reglerade och beloppssatta redan i entreprenadavtalet, och således inte hänför sig till några oförutsedda arbeten eller extra beställningar som har uppkommit under arbetets gång.

Någon annan grund för undantag från kravet på annonsering enligt LOU har inte framkommit.

Senast i maj 2024, då de aktuella entreprenadarbetenas fulla värde stod klart för ANC, skulle föreningen rätteligen ha avbrutit det påbörjade direktupphandlingsförfarandet och utlyst upphandlingen i ett annonserat förfarande enligt 19 kap. LOU.

Syftet med kravet på annonsering är att möjliggöra anbudsgivning för en bredare krets av leverantörer än sådana som tidigare är kända för den upphandlande myndigheten. Att så emellertid inte har skett medför anledning att rikta kritik mot ANC, som härigenom snedvridit konkurrensen samt brutit mot de upphandlingsbestämmelser som ytterst syftar till ett motverka korruption i offentlig verksamhet.

Om Konkurrensverket väljer att ingripa mot förfarandet riskerar ANC att få betala upphandlingsskadeavgift – som är ett slags böter - med c:a 70.000 kronor.