

PM 2 2009-03-04 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom köp av varor utan föregående anbudsinfordran.**

*Dals Eds kommun har utan föregående infordran av konkurrerande anbud tecknat kontrakt med ett privat företag avseende leverans av mobila byggnader eller modulbyggnader (s.k. villavagnar) till ett värde av c:a fem miljoner kronor.*

Dals Eds kommun (nedan Kommunen) har enligt en orderbekräftelse som är daterad den 27 juni 2008 tecknat kontrakt med en privat leverantör (nedan Leverantören)<sup>1</sup> avseende köp av 20 villavagnar, av fabrikat ABI Narelle 28x12/2 rum i 2008 års modell.

Av orderbekräftelsen framgår att avtalat pris för de aktuella villavagnarna uppgår till 259.000 kronor per styck (exklusive lagstadgad mervärdesskatt) och att i detta pris ingår viss specificerad extra utrustning jämte frakt, kranlyft och installation av varje enhet med vatten, avlopp och el på plats i centralorten Ed. Installation av villavagnarna ska enligt orderbekräftelsen ske under perioden den 28 augusti 2008 till och med den 26 september 2008 och vagnarna omfattas av 12 månaders fabriksgaranti räknat från installationsdatum.

Bakgrunden till det aktuella förvärvet är att Kommunen bland annat anser sig ha en allmän bostadsbrist, särskilt avseende bostäder för unga och äldre. Förhållandena uppmärksammades bl.a. genom en motion i kommunfullmäktige som inkom till Kommunen i november 2007.<sup>2</sup> Frågan remitterades i december 2007 till kommunstyrelsen<sup>3</sup>, vilken den 6 februari 2008 beslutade att överlämna motionen till arbetsutskottet för fortsatt handläggning.<sup>4</sup> Vid vad som beskrivs som en presidieträff den 14 februari 2008 angående bostadssituationen i kommunen, utsågs en arbetsgrupp med uppgift att arbeta fram kortsiktiga och långsiktiga lösningar på bostadsbristen för främst yngre personer.

Bostadsgruppen, bestående av kommunstyrelsens arbetsutskott, kommunchefen, samt representer för Kommunens allmännyttiga bostadsbolag, Edshus AB, har såvitt framgår därefter "kartlagt behov samt alternativa lösningar på kort och lång sikt".<sup>5</sup>

Vid beredningssammanträde den 16 april 2008 beslutade kommunstyrelsen att föreslå kommunfullmäktige att uppdra åt ekonomichefen och verkställande direktören i Edshus AB att förhandla med Hotell Dalsland om att hyra 18 lägenheter under ett år, vidare att föreslå Edshus AB att "köpa och genomföra upphandling avseende ombyggnation av Gamla möbelkompaniet", samt att "fokusnämnden fortsätter processen med lokalöversyn för sina verksamheter". Den aktuella motionen skulle därmed anses besvarad.<sup>6</sup> Kommunfullmäktige beslutade vid sammanträde den 29 april 2008 i princip i enlighet med kommunstyrelsens förslag.<sup>7</sup>

Därefter, vid sammanträde i kommunstyrelsen den 18 juni 2008, aktualiserades den kommunala bostadsbristen på nytt. Bland annat anfördes att "[f]öretag står i begrepp att anställa personal men har svårigheter att rekrytera då det saknas bostäder". Utöver tidigare beslutade åtgärder framgår av redovisningen att kommunstyrelsens arbetsutskott diskuterat frågan och bl.a. beslutat uppdra åt verkställande direktören för Edshus AB och kommunchefen att undersöka det privata näringslivets möjligheter att delfinansiera uppförandet av modulbostäder.<sup>8</sup> Vidare redovisades att styrelsen för

<sup>1</sup> Leverantören är ett svensk aktiebolag och hade vid tidpunkten för det aktuella kontraktet varken upphört med sin verksamhet, trätt i likvidation, försatts i konkurs eller gjorts till föremål för motsvarande förfarande (jfr 4 kap. 7 § första stycket punkten 4 LOU).

<sup>2</sup> Dals Eds kommun, kommunfullmäktige, motion "Beträffande brist på lägenheter i Dals-Ed" (dnr 2007-000299.290), vilken inkom till Kommunen per den 27 november 2007.

<sup>3</sup> Dals Eds kommun, kommunfullmäktige, protokoll från sammanträde den 12 december 2007, KF § 134/07.

<sup>4</sup> Dals Eds kommun, kommunstyrelsen, protokoll från sammanträde den 6 februari 2008 KS § 3/08.

<sup>5</sup> Se Dals Eds kommun, Bostadsgruppen, minnesanteckningar av den 5 mars 2008.

<sup>6</sup> Dals Eds kommun, kommunstyrelsen, protokoll från sammanträde den 16 april 2008 KS § 61/08.

<sup>7</sup> Dals Eds kommun, kommunfullmäktige, protokoll från sammanträde 29 april 2008, KF § 22/08.

<sup>8</sup> Dals Eds kommun, kommunstyrelsens arbetsutskott, protokoll från sammanträden den 12 maj 2008, KS Au § 140/08 och den 21 maj 2008, KS Au § 169/08.

Edshus AB beslutat att handla upp ett antal villavagnar samt att finansiera köpet med lån på maximalt 7 miljoner kronor<sup>9</sup>, under förutsättning att kommunen upplåter färdigställd mark för ändamålet samt att bygglov beviljas. Det antecknades också att diskussion även förts om förslag kring hur det strategiska arbetet ska hanteras framöver när det gäller att gagna bostadsförsörjningen i kommunen, vilket ligger i Edshus AB:s uppdrag, och att det för närvarande föreligger behov av att kunna vidta kraftfulla åtgärder utifrån den akuta bostadsbristen. Kommunfullmäktige förslogs därför besluta, att till en kostnad om 500.000 kr upplåta mark för Edshus AB att uppföra upp till 20 villavagnar för uthyrning i syfte att hantera den uppkomna akuta bostadsbristen i kommunen. Kommunfullmäktige föreslogs även överlämna till kommunstyrelsens arbetsutskott att besluta om vilken kommunal mark som ska användas för ändamålet samt att uppdra åt Edshus AB att vidta åtgärder för att lösa den uppkomna bostadsbristen och att en arbetsgrupp bildas bestående av kommunstyrelsens arbetsutskott, Edshus AB:s presidium, samt Edshus verkställande direktör, jämte kommunchefen och ekonomichefen i Kommunen, i syfte att arbeta strategiskt med bostadsförsörjningen i Kommunen.<sup>10</sup> Kommunfullmäktige beslutade vid sammanträde samma dag i enlighet med kommunstyrelsens förslag.<sup>11</sup>

Vad avser den aktuella befolkningssituationen i Dals Ed kan enligt tillgänglig offentlig statistik<sup>12</sup> utläsas en svagt vikande befolkningsutveckling. Under perioden den 31 december 2005 till och med den 1 november 2008 har antalet mantalsskriva innevånare i kommunen minskat med totalt 86 personer, från 4.891 till 4.805 personer. Ålderskategorin ungdomar, 0-17 år, har hållit sig konstant omkring 21 procent medan kategorin äldre, 65 år och uppåt, har ökat något, totalt motsvarande någon procent av den samlade befolkningen.

Befolkningsstatistik 2005-2008, Dals Eds kommun:

Datum:	Folkmängd:	0-17 år	18-64 år	65 + år-
31/12 2005	4 891	21,4 %	58,7%	19,9 %
31/12 2006	4 900	21,1 %	58,6 %	20,2 %
31/12 2007	4 835	20,7 %	58,5 %	20,7 %
1/11 2008	4 805	20,9 %	58,3 %	20,8 %

Såvitt framgår har det aktuella avtalet avseende leverans och installation m.m. av 20 villavagnar, i form av orderbekräftelse per den 27 juni 2008, ingåtts mellan å den ena sidan Kommunen, genom biträde av kommunchefen, och å den andra sidan Leverantören. Även förekommande fakturor är utställda på Kommunen.<sup>13</sup> Till skillnad från vad som förutsatts enligt kommunstyrelsens och fullmäktiges protokoll av den 18 juni 2008 har det aktuella köpet av villavagnar inte genomförts av det kommunala bostadsbolaget, Edshus AB, utan av Kommunen själv. Något annonserat upphandlingsförfarande genom infordran av konkurrerande anbud har inte genomförts. Avtalets upphandlingsvärde kan med ledning av angivna pris- och volymuppgifter efter avdrag för kassarabatt uppskattas till c:a 5.128.200 kronor.<sup>14</sup>

### Gällande rätt

Primärkommunernas ansvar för den lokala bostadsförsörjning jämte därmed följande planeringsansvar regleras i bland annat kommunallagen (1991:900) och i socialtjänstlagen

<sup>9</sup> Kostnader för att planera och grusa upp erforderliga ytor samt dra el och VA, beräknas uppgå till 400.000 kronor. Anslutningsavgift för VA tillkommer på detta med 214.000 kronor.

<sup>10</sup> Dals Eds kommun, kommunstyrelsen, protokoll från sammanträde den 18 juni 2008 KS § 137/08.

<sup>11</sup> Dals Eds kommun, kommunfullmäktige, protokoll från sammanträde den 18 juni 2008 KF § 64/08.

<sup>12</sup> Källa: Statistiska centralbyrån (SCB), Sveriges befolkning 31 december 2005-2007, Kommunala jämförelsetal, samt Folkmängd 1 november 2008 - Kommun och riket.

<sup>13</sup> Se bland annat faktura nummer 20050607 per den 30 juni 2008, avseende delbetalning, handpenning på 1.036.000 kronor (exkl. moms) samt faktura 20050653 per den 22 september 2008, innefattande betalning med 2.051.000 kronor (exkl. moms), för 10 villavagnar, efter avdrag för erlagd handpenning jämte 1 procent kassarabatt. Fakturorna är utställda av Leverantören och ställda till Kommunen.

<sup>14</sup> Uträkningen har genomförts enligt följande förutsättningar: 20 villavagnar å 259.000 kronor – 1 procent kassarabatt = 5.180.000 – 51.800 = 5.128.200 kronor.

(2001:453). Av den allmänna bestämmelsen i 2 kap. 1 § kommunallagen följer att kommunerna får själva ha hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till respektive kommuns område eller dess medlemmar och som inte ska handhas enbart av staten, en annan kommun, ett landsting eller någon annan. Kommunernas ansvar sträcker sig således inte utanför kretsen av egna kommunmedlemmar (de som är skrivna i kommunen eller äger fast egendom där). Det är normalt heller inte någon kommunal angelägenhet att vidta ekonomiska eller andra stödåtgärder för att tillgodose en viss enskild näringsidkares behov, av exempelvis personalbostäder. Enligt 2 kap. 8 § kommunallagen får kommuner och landsting genomföra åtgärder för att allmänt främja näringslivet i kommunen eller landstinget. Individuellt inriktat stöd till enskilda näringsidkare får lämnas bara om det finns synnerliga skäl för det. Enskilt inriktat näringsstöd riskerar dessutom att komma i konflikt med EG:s statsstödsbestämmelser.<sup>15</sup>

Enligt 3 kap. 1 och 2 §§ socialtjänstlagen ska primärkommunerna vidare genom sina socialnämnder medverka i samhällsplaneringen på ett sätt som syftar till att påverka utformningen av nya och äldre bostadsområden i kommunen. Socialnämnderna ska även i övrigt ta initiativ till och bevaka att åtgärder vidtas för att skapa en god samhällsmiljö och goda förhållanden för barn och ungdom, äldre och andra grupper som har behov av samhällets särskilda stöd och i sin verksamhet främja den enskildes rätt till bland annat bostad. Därjämte har, enligt lagen (2000:1383) om kommunernas bostadsförsörjningsansvar, primärkommunerna ett ansvar för att planera den lokala bostadsförsörjningen i syfte att skapa förutsättningar för alla i kommunen att leva i goda bostäder och för att främja att ändamålsenliga åtgärder för bostadsförsörjningen förbereds och genomförs. Riktlinjer för bostadsförsörjningen ska antas av kommunfullmäktige under varje mandatperiod.

Offentlig upphandling som har påbörjats efter den 31 december 2007 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Lagen bygger på Europeiska rådets och parlamentets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet). Tillsynen över den offentliga upphandlingen utövas av Konkurrensverket.<sup>16</sup>

Lagen är tillämplig på kontrakt med ekonomiska villkor som avser byggtjänster, varor eller tjänster inom den s.k. klassiska sektorn och som ingås av s.k. *upphandlande myndigheter*, däribland kommunala beslutande församlingar och myndigheter.<sup>17</sup> Bestämmelserna omfattar även kommunala bolag som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär<sup>18</sup> (s.k. *offentligt styrda organ*).<sup>19</sup>

Hur upphandling ska genomföras<sup>20</sup> regleras i lagen för samtliga fall.<sup>21</sup> Bestämmelserna anger sinsemellan delvis olika regler för upphandling av varor och av tjänster.

<sup>15</sup> Enligt EG-fördraget, artikel 87 EG, kan åtgärder som innefattar stöd till enskild näringsidkare och därmed hotar att snedvridera förutsättningarna för konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, under vissa förhållanden anses oförenliga med den gemensamma marknaden. Vilka åtgärder som kan tillåtas ur statsstödsynpunkt avgörs i första hand av EG-kommissionen. Medlemsstaternas myndigheter är därför skyldiga att förhandsanmäla sina stödåtgärder till EG-kommissionen för godkännande innan dessa beslutas eller verkställs. Stöd som innefattar försumbart värde, för närvarande upp till 200.000 euro, behöver dock inte anmälas. Inte heller stöd som uppfyller de s.k. *Altmark-kriterierna* behöver anmälas (se vidare EG-domstolens dom av den 24 juni 2003 i mål C-280/00, *Altmark Trans*, REG 2003, s. I-7747). För svenskt vidkommande är enligt 6 § lagen (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas statsstödsregler kommuner och landsting skyldiga att lämna upplysningar till regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer om alla former av stöd som planeras och som kan bli föremål för prövning av EG-kommissionen. En anmälningspliktig åtgärd som har beslutats eller verkställts innan godkännande inhämtats från EG-kommissionen anses utgöra ett *otillåtet statsstöd*.

<sup>16</sup> Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret över den offentliga upphandlingen från Nämnden för offentlig upphandling (NOU), som samtidigt lades ned, till Konkurrensverket.

<sup>17</sup> Bestämmelserna i LOU omfattar förutom kommunala myndigheter även beslutande församlingar i kommuner och landsting.

<sup>18</sup> Enligt 2 kap. 7 § kommunallagen (1991:900) är kommunerna med några undantag förbjudna att (direkt eller indirekt via företag) bedriva kommersiellt betingad näringsverksamhet. Mot denna bakgrund måste kommunala företag således anses utgöra sådana upphandlande myndigheter som är skyldiga att iakta bestämmelserna i LOU och bakomliggande EG-direktiv.

<sup>19</sup> Se 2 kap. 12 och 19 §§ LOU.

<sup>20</sup> Med ”klassiska sektorn” avses upphandling av varor, tjänster eller byggtjänster som inte omfattas av lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – LUF.

Vid upphandling av varor ska de direktivreglerade bestämmelserna i 1 kap. - 14 kap. LOU tillämpas om det s.k. upphandlingsvärdet överstiger tröskelvärdet 206.000 euro eller 1.911.155 kronor.<sup>22</sup> Upphandling under gällande tröskelvärden ska istället handläggas i enlighet med de nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LOU.

Med varukontrakt avses enligt 2 kap. 21 § LOU ett kontrakt som gäller köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor under förutsättning att kontraktet inte ska anses utgöra ett byggentreprenadkontrakt enligt 2 kap. 3 § LOU eller ett tjänstekontrakt enligt 2 kap. 18 § andra stycket samma lag. Ett kontrakt ska behandlas som ett varukontrakt även om det omfattar monterings- och installationsarbeten avseende varorna, om värdet av arbetena är mindre än värdet av varorna.

LOU bygger i allt väsentligt på en klassificering av varor och tjänster som numera finns sammanställd i den av Europeiska rådet och parlamentet antagna s.k. CPV-nomenklaturen (*Common Procurement Vocabulary*).<sup>23</sup> Villavagnar, eller ”Mobila byggnader och modulbyggnader” (CVP 44211100-3) ingår i CPV-förteckningen av varor. Under förutsättning att det samlade upphandlingsvärdet för villavagnarna överstiger gällande tröskelvärde ska offentlig upphandling således genomföras med iakttagande lagens direktivstyrda regelverk.

Med *upphandling* avses förfarandet fram till och med tilldelningen av ett offentligt kontrakt med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser bl.a. leverans av tjänster. Begreppet *offentligt kontrakt* ska enligt EG-kommissionen tolkas vidsträckt och omfattar såväl alla former av ersättning som kan kvantifieras i pengar och som en upphandlande myndighet åtar sig att betala till en leverantör, som alla olika sätt på vilka en leverantör, i utbyte mot ersättning, kan åta sig att ställa varor till den upphandlande myndighetens förfogande samt utföra tjänster eller utföra bygg- och anläggningsarbeten för den upphandlande myndighetens räkning.<sup>24</sup>

Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller som huvudregel att all upphandling ska genomföras på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt med iakttagande av principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Därav följer att offentlig anskaffning ska ske med effektivt konkurrensutnyttjande och under öppna, dokumenterade och förutsebara former samt genom lika behandling av leverantörer (anbudssökande och anbudsgivare) i alla skeden av anbudsförfarandet. Genom lagens bestämmelser och det konkurrenstryck som därmed åstadkoms skyddas skattebetalarna mot onödigt höga kostnader samt motverkas korrupcion i offentlig sektor.

De i LOU angivna principerna om likabehandling och icke-diskriminering följer ytterst av EG-fördraget och ska iakttas av upphandlande myndigheter även i fråga om upphandlingar som ligger utanför det direktivstyrda området. Av kravet på likabehandling följer vidare att intresserade leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta med anbud eller ansökningar om att lämna anbud. Samtliga leverantörer måste ges tillgång till för upphandlingen relevant information, vid ett och samma tillfälle och på liknande villkor. Föreskriften om icke-diskriminering innebär också att krav som ställs upp i en upphandling inte får ges någon diskriminerande verkan. Myndigheten får exempelvis inte utforma förutsättningarna för anbudsgivningen på sätt som kan medföra diskriminerande verkan mellan leverantörer.

<sup>21</sup> Se 2 kap. 19 § (och 2 kap. 12 §) LOU. Med upphandlande myndighet avses i lagen statliga och kommunala myndigheter. Vid tillämpningen ska med myndighet jämföras även beslutande församlingar i kommuner och landsting.

<sup>22</sup> Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande tröskelvärden fastställs av EG-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling, angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av varor inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten inte är en central civil statlig myndighet till 206.000 euro eller 1.911.155 svenska kronor, vilket utgör tröskelvärde även för upphandling av s.k. A-tjänster enligt bilaga 2 till LOU (bilaga II A till det klassiska upphandlingsdirektivet). Se vidare Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>23</sup> LOU bygger i allt väsentligt på en klassificering av varor och tjänster som numera finns sammanställd i den av Europeiska rådet och parlamentet antagna s.k. CPV-nomenklaturen (*Common Procurement Vocabulary*) - Se Europaparlamentets och rådets förordning (2002/2195/EG) av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003.

<sup>24</sup> Se definitionen av offentligt kontrakt och offentligt tjänstekontrakt i art. 1.2 a) och d) i det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) samt EG-domstolens dom den 12 juli 2001 i mål C-399/98, *la Scala*, REG 2001, s. I-5409, pp. 6 och 51. Jfr även Nämnden för offentlig upphandling (NOU), skrivelse den 16 juni 2005 till Länsrätten i Stockholms län (dnr. 2005/0121-29).

I EG-domstolens praxis<sup>25</sup> har principen om icke-diskriminering tolkats så att kraven i en offentlig upphandling inte otillbörligt får gynna någon som kommer från viss ort eller har särskild lokal kännedom eller representerar ett visst område, eftersom detta leder till diskriminering av företag från andra områden eller länder. Icke-diskriminering förutsätter således att vid exempelvis kommunal upphandling leverantörer från andra kommuner eller orter måste behandlas på samma sätt och ges lika villkor som exempelvis leverantörer från den egna kommunen eller orten.<sup>26</sup>

Bestämmelserna i LOU behöver inte tillämpas i fråga om tjänstekontrakt som en upphandlande myndighet tilldelar en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) att utföra tjänsten (se 1 kap. 7 § LOU) samt i fråga om vissa i bl.a. 1 kap. 5 och 6 §§ LOU särskilt undantagna områden,<sup>27</sup> exempelvis vid kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rättighet till fastighet.<sup>28</sup> I övriga fall inom den klassiska sektorn som avser tilldelning av kontrakt av byggtreprenader, varor och tjänster ska de i lagen föreskrivna upphandlingsförfarandena följas. Som huvudregel ska enligt 4 kap. 1 § LOU något av de annonserade förfarandena *öppen upphandling* eller *selektiv upphandling* därvid användas. Den upphandlande myndigheten ska i dessa fall, enligt 7 kap. 1 § LOU, annonsera upphandlingen med iakttagande av vissa i 8 kap. samma lag angivna tidsfrister. Anbudsfristen utgör vid s.k. öppen upphandling normalt 52 dagar efter det att ett meddelande om upphandlingen skickades till Byrån för Europeiska gemenskapernas publikationer (OPOCE). Föreligger tidsbrist kan emellertid fristen förkortas genom tillämpning av s.k. påskyndat förfarande enligt 8 kap. 8 § LOU, till att utgöra minst 15 dagar eller, om annonsen skickades med elektroniska medel, minst 10 dagar.

Under vissa i lagen angivna undantagsförutsättningar kan den upphandlande myndigheten underlåta att annonsera upphandlingen helt och istället infordra anbud genom *att vända sig direkt till en eller flera leverantörer*. Av 4 kap. 5 § LOU<sup>29</sup> framgår att *förhandlad upphandling utan föregående annonsering* kan komma i fråga om:

1. det har vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller anbud eller har inte lämnats några lämpliga anbud,<sup>30</sup>
2. det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör, eller
3. det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett förfarande med föregående annonsering.

Av punkten 3 framgår att exempelvis brådska till följd av bristande planering hos den upphandlande myndigheten inte utgör grund för att sätta åt sidan kravet på bland annat öppenhet

<sup>25</sup> Se EG-domstolens dom av den 20 september 1988 i mål C-31/87, Gebroeders Beentjes, REG 1988, s. 4635, samt den 22 juni 1993 i mål C-243/89, Storebæltsforbindelsen AS, REG 1993, s. I-3353.

<sup>26</sup> Se prop. 2006/07:128, del 1, s. 183.

<sup>27</sup> Områden som enligt 1 kap. 5 och 6 §§ LOU undantas från lagens tillämpning är bl.a. den upphandlande myndighetens förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rättighet till fastighet, 2. anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial avsett för radio- och TV-program samt upphandling av sändningstid, 3. skiljemanna- eller förlikningsuppdrag, 4. finansiella tjänster i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument, 5. anställningar, 6. forsknings- och utvecklingstjänster, med undantag för sådana vilkas resultat endast tillkommer en upphandlande myndighet i den egna verksamheten och betalas av myndigheten, eller 7. verksamhet som rör förvaltning av statsskulden eller som avser tjänster från en centralbank.

<sup>28</sup> Med fastighet avses i bestämmelsen det som enligt jordabalken utgör eller tillhör en fastighet. Befintlig byggnad som tillhör någon annan än ägaren till jorden ska också anses utgöra en fastighet. Detsamma gäller sådana tillhör till byggnaden som avses i 2 kap. 2 och 3 §§ jordabalken, om de tillhör byggnadens ägare (se Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV, vilken trädde i kraft den 13 september 2008).

<sup>29</sup> Bestämmelserna i 4 kap. 5 § LOU motsvarar artikel 31.1 i det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) samt 2 kap. 11 § första stycket 1, 3 och 4, 3 kap. 15 § första stycket 1 och 2 och 5 kap. 17 § första stycket 1 och 2 i den tidigare lagen (1992:1525) om offentlig upphandling – G-LOU.

<sup>30</sup> Om Europeiska gemenskapernas kommission begär det, ska den upphandlande myndigheten i en rapport till kommissionen redovisa sådana ärenden där undantag enligt denna punkt har tillämpats av myndigheten.

(transparens) i form av annonsering av myndighetens anskaffningar.<sup>31</sup> I propositionen 2007/08:128 anger regeringen i specialkommentaren till föreskriften i 4 kap. 5 § första stycket punkten 3 LOU bl.a. följande:

En skillnad mellan direktivet och LOU är att enligt LOU får de omständigheter i punkt 3 som medför att förfarandet inte behöver föregås av annonsering inte vara hänförliga till den upphandlande enheten. Sådana omständigheter som är hänförliga till den upphandlande myndigheten torde inte vara omöjliga att förutse för myndigheten. Detta behöver därför inte särskilt anges och har därför inte tagits in i den nya lagtexten. Någon skillnad i sak i förhållande till LOU är således inte avsedd.<sup>32</sup>

Av EG-domstolens fasta rättspraxis framgår tre kumulativa villkor som måste vara uppfyllda för att undantaget i [motsvarigheten till 4 kap. 5 § LOU], det vill säga undantag från skyldigheten att publicera ett meddelande om upphandling, skall vara tillämpligt. Det måste föreligga omständigheter som inte hade kunnat förutses, föreligga synnerlig brådska som är oförenlig med de fastställda tidsfristerna i andra förfaranden och slutligen föreligga ett orsakssamband mellan den omständighet som inte hade kunnat förutses och den synnerliga brådska som följer härav. Om ett av dessa villkor inte är uppfyllt, kan ett förhandlat förfarande inte användas.<sup>33</sup>

Vid varuupphandling inom det direktivstyrda området kan enligt 4 kap. 7 § LOU *förhandlad upphandling utan föregående annonsering* även komma ifråga om det gäller varor som framställs endast för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål, eller det gäller kompletterande leveranser av varor från den ursprungliga leverantören. Undantagsförfarandet får också användas om det gäller varor som noteras och omsätts på en råvarumarknad, eller varorna kan anskaffas på särskilt förmånliga villkor i samband med t.ex. en utförsäljning efter att en leverantör har upphört med sin verksamhet eller har trätt i ett obeståndsförfarande.<sup>34</sup>

Föreligger inte skäl till undantag från LOU eller från lagens allmänna annonseringskrav ska som huvudregel konkurrerande anbud infordras genom ett annonserat förfarande varvid anbudssökande eller anbudsgivande leverantörer ska behandlas på ett likvärdigt sätt.

Ett felaktigt beslut om tilldelning kan angripas genom överprövning enligt 16 kap. 1 § LOU eller genom skadestånd enligt 16 kap. 5 och 6 §§ LOU. Vid upphandling som har genomförts genom ett annonserat förfarande kan överprövning ske fram till dess att kontrakt har tecknats i upphandlingen, dock alltid minst inom tio dagar från det att den upphandlande myndigheten har lämnat underrättelse om tilldelningen enligt 9 kap. 9 § samma lag till anbudssökandena eller anbudsgivarna.<sup>35</sup> Skadestånd kan sökas fram till dess att ett år har gått från tidpunkten enligt ovan. I fråga om kontrakt eller andra avtal som har tilldelats vid sidan av bestämmelserna i LOU, exempelvis genom otillåten direkttilldelning, kan tilldelningen däremot angripas utan någon begränsning i tiden (se RÅ 2005 ref. 10 – Ryanair).<sup>36</sup> Även beslut att avbryta upphandlingar för

<sup>31</sup> Se bl.a. prop. 2001/02:142, s. 99 samt prop. 2007/08:128, s. 429.

<sup>32</sup> Se prop. 2007/08:128, s. 327.

<sup>33</sup> Se EG-domstolens dom av den 2 augusti 1993 i mål C-107/92, *kommissionen mot Italien*, REG 1993 s. I-4655, p. 12. För liknande bedömning, se även domstolens dom av den 18 mars 1992 i mål C-24/91, *kommissionen mot Spanien*, REG 1992 s. I-1989.

<sup>34</sup> Vid varuupphandling får enligt 4 kap. 7 § LOU *förhandlad upphandling utan föregående annonsering* även komma ifråga om (1.) det gäller varor som framställs endast för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål, och kontraktet inte syftar till vinst eller till att täcka forsknings- och utvecklingskostnader och under förutsättning att det inte försämrar möjligheten till konkurrens vid en senare kontraktstilldelning som i första hand har ett sådant syfte, (2.) det gäller kompletterande leveranser av varor från den ursprungliga leverantören om a) varorna är avsedda som antingen delvis utbyte av eller tillägg till tidigare leveranser, och b) ett byte av leverantör skulle medföra att den upphandlande myndigheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll, (3.) det gäller varor som noteras och omsätts på en råvarumarknad, eller (4.) det är möjligt att anskaffa varor på särskilt förmånliga villkor genom att köpa i samband med att en leverantör upphört med sin verksamhet eller trätt i likvidation eller försatts i konkurs eller är föremål för motsvarande förfarande.

<sup>35</sup> Den överprövningssökande leverantören måste inom den aktuella tiodagarsfristen ha yrkat och erhållit beslut av allmän förvaltningsdomstol (länsrätt) om verkställighetsförbud i upphandlingen. Annars kan målet om överprövning komma att avskrivas på grund av att kontrakt har hunnit tecknats med tilldelad leverantör.

<sup>36</sup> Regeringsrätten fastslog i RÅ 2005 ref. 10 (Ryanair) med hänsyn till knäsett gemenskapsrättslig praxis (EG-domstolens dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005 s. I-1) att det förhållandet att kontrakt redan hade tecknats direkt med en viss leverantör inte utgjorde hinder för att förfarandet ändå kunde överprövas. Regeringsrätten uttalade bl.a. följande: "Avtalet [...] innefattar ett ställningstagande från [den

att exempelvis utföra aktuella tjänster i egen regi kan enligt vägledande rättspraxis angripas vid allmän förvaltningsdomstol, utan någon begränsning i tiden (se RÅ 2005 ref. 62 – Sälenfjällen Taxi).<sup>37</sup>

### Yttrande

Dals Eds kommun har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet anfört följande. Akut bostadsbrist uppstod då den största privata arbetsgivaren i kommunen, Sykes Datasvar Support AB (nedan Sykes)<sup>38</sup>, fick en order som innebar 100-120 nya arbetstillfällen inom loppet av ett knappt år. För att kunna acceptera orden ”krävde” bolaget att Kommunen visade upp en handlingsplan på hur man skulle kunna tillgodose kravet på nya bostäder åt minst 50 av dessa nya anställda, då det rör sig om sökanden från hela Norden. I rådande situation ansåg sig inte Kommunen ha annat val än att göra allt man kunde för att rädda situationen. I Kommunens handlingsplan ingick, bland många andra åtgärder, att lösa det mest akuta problemen genom att införskaffa de omskrivna villavagnarna. Detta sett som en nödlösning och inte sett som ett långvarigt alternativ till boende. Kommunen, som är väl medveten om vad LOU föreskriver, anser sig under rådande förhållande sig inte ha haft något val. Eftersom den uppkomna situationen inte har kunnat förutses av Kommunen har det enligt Kommunens mening därmed förelegat ”synnerlig brådska” i LOU:s mening. I upphandlingen inhämtades priser från även andra leverantörer, formlöst via internet, varav priserna från Leverantören låg klart lägst. Allt är köpt och betalt av Edshus AB, även om att vissa handlingar är adresserade till Kommunen.

### 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.

Av utredningen i ärendet framgår att Dals Eds kommun under åberopande av akut bostadsbrist har beslutat vidta ett antal bostadsfrämjande åtgärder. Bland annat har Kommunen tilldelat kontrakt till ett privat företag avseende leverans av mobila byggnader eller modulbyggnader (s.k. villavagnar) till ett värde av c:a fem miljoner kronor utan infordran av konkurrerande anbud. Det aktuella avtalet har tecknats mellan Kommunen och Leverantören. Kommunen har även fakturerats för de aktuella villavagnarna. Vem som på den kommunala sidan ytterst svarar för kontraktet är i sammanhanget av mindre betydelse eftersom både Dals Eds kommun och det kommunala bostadsbolaget Edshus AB utgör sådana s.k. upphandlande myndigheter som är underkastade gällande bestämmelser om offentlig upphandling. Eftersom det aktuella förfarandet har påbörjats efter den 31 december 2007 och avser tillhandahållande av varor till ett beräknat upphandlingsvärde av c:a fem miljoner kronor ska de på EG-direktiv grundade bestämmelser som finns införda i 1 kap. – 14 kap. LOU tillämpas.

Kommunerna har enligt lag ett allmän åliggande att planera den lokala bostadsförsörjningen i syfte att skapa förutsättningar för alla i kommunen att leva i goda bostäder och för att främja att ändamålsenliga åtgärder för bostadsförsörjningen förbereds och genomförs. Riktlinjer för bostadsförsörjningen ska antas av kommunfullmäktige under varje mandatperiod.

---

*upphandlande myndighetens] sida att vid sidan av ett offentligt upphandlingsförfarande anlita [kontrakterad]leverantör. Vid sådant förhållande utgör den omständigheten att avtal redan föreligger inte hinder för överprövning enligt LOU (jfr prop. 2001/02:142 s. 78 och 102)”.*

<sup>37</sup> Regeringsrätten uttalade i målet RÅ 2005 ref. 62 bland annat följande: ”I sin dom i [målet Stadt Halle] fann EG-domstolen stöd i avgörandet i målet HI (se EG-domstolens dom av den 18 juni 2002 i målet 92/00, HI, REG 2002, s. I-5553) när den konstaterade att en upphandlande myndighets beslut att inte inleda ett offentligt upphandlingsförfarande kan bli föremål för överprövning (punkterna 32 och 33 i domen). Ett sådant beslut överprövas av allmän förvaltningsdomstol (RÅ 2005 ref. 10). Grund saknas att göra en annan bedömning beträffande ett beslut att avbryta en upphandling”.

<sup>38</sup> Sykes Datasvar Support AB, med organisationsnummer 556437-7439, har enligt gällande bolagsordning till föremål för sin verksamhet att, huvudsakligen för programleverantörers och andra uppdragsgivares räkning, per telefon och via datorkommunikation ska tillhandahålla stöd, support och rådgivning för användare av personatorer. Bolaget ska därutöver bedriva därmed förenlig verksamhet.

Under närmaste föregående treårsperiod, från 2005 till och med 2008, kan för Dals Eds vidkommande inte utläsas några förändringar i kommunens officiella befolkningsstatistik, annat än att kommunen har en något vikande befolkningsutveckling. Inte heller kan noteras några dramatiska förändringar i fördelningen mellan åldersgrupperna hos befolkningen.

Den allmänna bostadsbrist som tydligt råder i kommunen borde därmed i god tid ha kunnat förutses inom ramarna för kommunens löpande planering av den lokala bostadsförsörjningen och de av fullmäktige antagna riktlinjerna för bostadsförsörjningen. Som framgår av bl.a. lagförarbetena till LOU utgör en bristande planering hos den upphandlande myndigheten inte någon grund för att underlåta att annonsera sina upphandlingar.

När det gäller det särskilda ”krav” som kommunen åberopar i sitt yttrande till Konkurrenskommissionen, med innebörden att kommunen hade att tillhandahålla bostäder för minst 50 av de totalt 100-120 personer som det lokala företaget Sykes planerade att rekrytera bland sökanden från hela Norden, är den uppgivna tidsmarginalen ”*inom loppet av ett knappt år*” knappast sådan att det varit omöjligt för kommunen att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering (jfr 4 kap. 5 § LOU). De aktuella villavagnarna skulle enligt orderbekräftelsen med Leverantören vara levererade och klara inom loppet av tre månader från beställning. Med tillämpning av ett s.k. *påskyndat förfarande* borde den aktuella fristen på ”*ett knappt år*” kunnat hållas, även om upphandlingen hade annonserats med iakttagande av gällande bestämmelser i LOU. Kommunen borde med goda marginaler således både ha hunnit med att annonsera upphandlingen och få de aktuella villavagnarna på plats. Härutöver erinras om att det inte utgör någon kommunal angelägenhet att tillhandahålla Sykes med personalbostäder och att Kommunens här aktuella åtgärder riskerar att innefatta *otillåtet statsstöd* i strid mot EG:s statsstödsbestämmelser.

Någon sådan synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses av Dals Eds kommun, som skulle kunna motivera användning av *förhandlad upphandling utan föregående annonsering* har därmed inte förelegat.

Den aktuella varuupphandlingen omfattas inte heller av något annat undantag från LOU. Någon tidigare upphandling har aldrig genomförts och villavagnarna omfattas inte av något rättsligt monopol eller någon teknisk eller konstnärlig ensamrätt som gör att de kan levereras endast av Leverantören. Vidare omfattar det tilldelade kontraktet varken forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål eller avser kompletterande leveranser till ett tidigare upphandlat kontrakt. Villavagnar är heller inte någon vara som noteras och omsätts på en råvarumarknad, och den aktuella anskaffningen har inte skett på vad som kan beskrivas som särskilt förmånliga villkor i samband med t.ex. en utförsäljning efter att en leverantör har upphört med sin verksamhet eller inlett ett obeståndsförfarande.

Det aktuella avtalsförhållandet mellan Kommunen och Leverantören, avseende leverans av villavagnar, har således kommit till i strid mot lagen om offentlig upphandling jämte bakomliggande EG-direktiv. Konkurrensen på marknaden för mobila byggnader eller modulbyggnader har därmed kommit att snedvridas.

Genom att underlåta ett offentlig anbuds förfarande har Kommunen även åsidosatt EG-fördragets grundläggande bestämmelser om fri rörlighet av bl.a. varor som följer av artiklarna 43 EG och 49 EG samt principerna om likabehandling, icke-diskriminering. Förfarandet innebär därmed att Sverige riskerar att fällas för fördragsbrott i EG-domstolen.