

PM 2 2013-05-08 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Karlshamns kommun har i ett samordnat förfarande påbörjat direktupphandling av en båtbygga och y-bommar till ett sammanlagt värde som överstiger värdegränsen för direktupphandling.

Karlshamns kommun påbörjade den 19 mars 2013¹ upphandling avseende leverans och installation av en 57 meter lång båtbygga (flytbrygga) som ska vara belastad med y-bommar (dnr UK 2013-73) samt, i en separat upphandling, av 32 Y-bommar till båtbygga (dnr UK 2013-73).

Båda dessa upphandlingar, vilka påbörjats samtidigt i vad som framstår som ett samordnat förfarande, har utlysts enligt förfarandet för s.k. direktupphandling.²

Värdet av den upphandling som avser en båtbygga kan beräknas uppgå till c:a 270.000 kronor medan värdet av den upphandling som avser Y-bommar kan beräknas uppgå till c:a 110.000 kronor. Det samlade kontraktsvärdet av dessa båda upphandlingar kan således beräknas till c:a 380.000 kronor, exklusive lagstadgad mervärdeskatt (moms).

Med anledning av det påbörjade förfarandet har en leverantör av båtbyggor ansökt om överprövning mot den aktuella upphandlingen med yrkande om att den ska göras om i ett ordinarie förfarande. Förvaltningsrätten i Växjö har i beslut av den 26 mars 2013 förordnat om att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.³ Kommunen har i yttrande till rätten härefter angivit att upphandlingen har avbrutits.⁴

Gällande rätt

Upphandling av offentliga varu- och/eller byggtreprenadkontrakt som har påbörjats efter den 1 januari 2008⁵ regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.⁶ Lagen har kommit till som en följd av bl.a. Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet) och bygger på EU:s primärrättsliga bestämmelser i bl.a. Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

Bestämmelserna i LOU är, såvitt några i lagen eller direktivet införda undantag inte anger motsatsen, tillämpliga på samtliga kontrakt med ekonomiska villkor som avser byggtreprenader, varor eller tjänster och som ingår av s.k. *upphandlande myndigheter*, däribland regionala statliga myndigheter. Tillsynsmyndighet för offentlig upphandling är Konkurrensverket.⁷

Regelverket för hur en upphandling ska annonseras och i övrigt genomföras styrs av värdet av det kontrakt som ska upphandlas och av föremålet för upphandlingen. En upphandling som avser leverans av marina anläggningsarbeten (CPV 45244000-9), marina anläggningar (CPV 45244100-0) eller bryggor (45244000-9) inklusive hamnanläggningsarbeten (CPV 45241000-8)⁸ ska upphandlas enligt lagens bestämmelser för byggtreprenadkontrakt.

¹ Se annons om direktupphandling, publicerad i Opic/Vismas databas den 19 mars 2013, med sista anbudsdatum den 22 april 2013.

² Se upphandling UH 2013-73, punkten 1 ”Produkt/tjänst” av vilken framgår att ”([d]enna förfrågan avser en direktupphandling av Båtbygga” respektive upphandling UH 2013-71, punkten 1 ”Produkt/tjänst” av vilken framgår att ”([d]enna förfrågan avser en direktupphandling av Y-bommar till båtbygga”.

³ Förvaltningsrätten i Växjö, beslut av den 26 mars 2013 i mål 1171-13. Till grund för beslutet anfördes att ansökan om överprövning inte var uppenbart oggrundad.

⁴ Se Kommunens yttrande till Förvaltningsrätten i Växjö inkommet den 11 april 2013, aktbilaga 11 i mål 1171-13, jämte aktbilaga 12 med beslut, daterat den 5 april 2013, om att avbryta upphandlingen.

⁵ För upphandlingar som har påbörjats efter den 15 juli 2010 har i LOU införts vissa ändringar med avseende på bl.a. lagens rättsmedelsbestämmelser.

⁶ 2007 års lag har sedan den 1 januari 2008 ersatt den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. – För övergångsbestämmelser, se lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

⁷ Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret över den offentliga upphandlingen från den tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU) till Konkurrensverket.

⁸ CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. – Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003 (numera ändrad genom 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).

Om kontraktsvärdet avseende aktuella arbeten eller varor understiger det s.k. gränsvärdet för lågt värde som f.n. uppgår till 284.631 kronor, eller 15 procent av gällande tröskelvärde⁹ för upphandling av varor eller tjänster inom den klassiska sektorn,¹⁰ får enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU upphandlingen handläggas enligt de nationella bestämmelserna för s.k. *direkt upphandling*.¹¹ Därmed avses enligt legaldefinitionen i 2 kap, 23 § LOU ett ”en upphandling utan krav på anbud i viss form”. Direktupphandling är vidare inte underkastad kravet på tilldelningsmeddelande enligt 15 kap. 19 § LOU, möjligheten till avtalsspärr enligt 16 kap. 1 §¹² eller förlängd avtalsspärr enligt 16 kap. 8 § LOU. Någon möjlighet till en rättslig prövning av ett redan tecknat kontrakt föreligger således inte vid direktupphandling och direktupphandlade kontrakt kan enligt 16 kap. 13 § LOU heller inte förklaras ogiltiga i efterhand.¹³

Av 15 kap. 3 a § första och tredje styckena LOU framgår vidare att en upphandling inte får delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna i LOU och att vid kontraktsvärdeberäkningen ska beaktas direktupphandlingar av samma slag gjorda av den upphandlande myndigheten under samma räkenskapsår.

Direkttilldelning får som huvudregel inom den klassiska sektorn ske även om följande förutsättningar är uppfyllda:

- om det vid ett annonserat, öppet, selektivt eller förenklat förfarande inte har lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller några lämpliga anbud, och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte har ändrats väsentligt, eller
- om det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör, eller
- om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering, eller
- om det annars finns ”synnerliga skäl”.¹⁴

Undantaget vid synnerlig brådska gäller dock enbart oförutsedd brådska¹⁵ Sådan egenförvållad brådska hos den upphandlande myndigheten som kan ha uppkommit till följd av exempelvis bristande planering grundar sålunda inte rätt till direktupphandling.

Direktupphandling får i fråga om bl.a. byggtreprenadupphandling tillämpas även vid följande förhållanden:¹⁶

⁹ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Tillkännagivande ska ske till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av bl.a. A-tjänster inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten inte är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet) för närvarande till 200.000 euro eller 1.897.540 svenska kronor – 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 (2011:1575) av tröskelvärden vid offentlig upphandling. För upphandling som påbörjats under 2010 eller 2011 uppgick tröskelvärdet till 1.919.771 kronor och för upphandling som påbörjats 2008-2009 uppgick tröskelvärdet till 1.911.155 kronor - se regeringens tillkännagivanden (2010:53) och (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹⁰ Se 15 kap. 3 § andra stycket jämförd med 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket LOU samt regeringens tillkännagivande (2011:1575) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹¹ Om upphandlingens värde överstiger gränsvärdet för direktupphandling men inte gällande tröskelvärde för byggtreprenader på f.n. 47.438.500 kronor ska upphandlingen som huvudregel handläggas enligt de nationella förfarandena för förenklad upphandling eller urvalsupphandling i 15 kap. LOU. Överstiger kontraktsvärdet även gällande tröskelvärde, ska handläggningen ske, som huvudregel i ett öppet eller selektivt förfarande enligt de direktivstyrda bestämmelserna i 1-14 kap. LOU.

¹² Se 16 kap. 2 § första stycket punkten 3 LOU.

¹³ Se 16 kap. 13 § jämförd med 15 kap. 4 § LOU.

¹⁴ Undantaget vid ”synnerliga skäl” är tillämplig bara vid upphandling enligt de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU, för upphandlingar under tröskelvärdet eller av B-tjänster (se 15 kap. 3 § LOU).

¹⁵ Den nu gällande undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU har förts över till från den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling - ÅLOU. Av lagförarbetsuttalanden (prop. 2001/02:142, s. 99) till bestämmelserna i 2 kap. 11 § (varor) och 5 kap. 17 § (tjänster) ÅLOU, vilka således fortfarande är aktuella (se prop. 2006/07:128, s. 429), framgår i fråga om vad som ska anses motivera synnerlig brådska bl.a. följande: ”Regeln är som tidigare avsedd främst för oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling”.

- om upphandlingen gäller kompletterande byggtreprenader som inte ingår i det ursprungliga projektet eller det ursprungliga kontraktet, om kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras, och under förutsättning att de ska utföras av den ursprungliga leverantören, och om: a) de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande myndigheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, eller b) de, även om de kan avskiljas, är absolut nödvändiga för att kontraktet ska kunna fullföljas,¹⁷ eller
- om upphandlingen gäller en ny byggtreprenad som är en upprepning av tidigare byggtreprenader under förutsättning: a) att de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett öppet eller selektivt förfarande, b) att arbetena tilldelas samma leverantör, c) att det nya kontraktet är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet, d) att värdet av det nya kontraktet ingått i beräkningen av värdet av det ursprungliga projektet enligt bestämmelserna i 3 kap. LOU, och e) att det i samband med den ursprungliga upphandlingen annonserats att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas.¹⁸

Möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EU- fördraget inom området för offentlig upphandling ska vidare enligt fast rättspraxis¹⁹ tolkas restriktivt²⁰ och det ankommer på den upphandlande myndighet som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.²¹

Yttrande

Kommunen har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande. Kommunen har efter att de aktuella upphandlingarna blev föremål för överprövning beslutat avbryta dessa, den 5 april 2013.

Kommunen är väl medveten om att det beskrivna upphandlingsförfarandet inte står i samklang med gällande regelverk. Kommunen har därför, redan under vintern, påbörjat en översyn av sin upphandlingsfunktion i syfte att skapa en tydligare ansvarsfördelning vid upphandlingar. Som ett led i detta förbättringsarbete revideras de av kommunens styrdokument och delegationsordningar som är relaterade till upphandlingsfrågor. Kommunen har även inrättat en upphandlingschefstjänst, en tjänst som inte funnits tidigare.²² Det är därför Kommunens förhoppning att framöver säkerställa en god kvalitet i upphandlingsarbetet med stor följsamhet gentemot regelverket.

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 en sådan upphandlande myndighet som är skyldig att iaktta regelverket i LOU. Som framgår av utredningen har Kommunen påbörjat ett samordnat förfarande för upphandling av en båtbygga respektive Y-bommar till denna bygga i två separata direktupphandlingar. Även om

¹⁶ Se 4 kap. 7 § LOU.

¹⁷ Det sammanlagda värdet av kontrakt som avses i denna punkt får inte överstiga hälften av det ursprungliga kontraktets värde.

¹⁸ Det förfarande som avses i denna punkt får dock tillämpas under högst tre år efter det att det ursprungliga kontraktet slöts.

¹⁹ Se RÅ Från senare EU-rättspraxis, se EU-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i målet C- 157/06, *kommissionen mot Italien*, REG 2008 s. I-7313, p. 23.

²⁰ Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden av den 17 november 1993 i mål C-71/92, *kommissionen mot Spanien*, REG 1993, s. I-5923, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249.

²¹ Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens dom av den 10 mars 1987 i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, REG 1987, s. 1039, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249. Från senare års praxis, se också domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28-01, *Kommissionen mot Tyskland*, REG 2003 s. I- 3609, p. 58, samt av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005, s. I-1, p. 46.

²² Den aktuella tjänsten som upphandlingschef i Kommunen tillträdde den 11 februari 2013.

värdet av dessa upphandlingar var för sig understiger den gällande värdegränsen för direktupphandling gör upphandlingarnas sammanlagda värde inte detta.

Någon annan grund för undantag genom direktupphandling, såsom exempelvis synnerlig brådska eller andra synnerliga skäl, har inte anförts till stöd för det valda upphandlingsförfarandet.

Det framstår därför som uppenbart att Kommunen har delat upp sin aktuella anskaffning av en båtbygga med tillhörande Y-bommar i syfte att försöka kringgå upphandlingslagens mer formaliserade regelverk för förenklad upphandling eller urvalsupphandling, och snedvrida förutsättningarna för berörda leverantörer av båtbyggor att kunna tillvara ta sin lagstadgade rätt till konkurrens på lika villkor och att motverka korruption.

Den omständigheten att Kommunen numera, efter det att de påtalade regelöverträdelserna har uppmärksammats i domstol, beslutat att avbryta upphandlingarna samt genomföra en översyn av sina upphandlingsrutiner medför inte att Kommunen undgår kritik. Inte heller påståendet att Kommunen har anställt en upphandlingschef, vilket skedde i februari 2013, kan medföra någon annan bedömning, eftersom upphandlingschefen redan hade tillträtt vid tidpunkten då den aktuella upphandlingen påbörjades, i mitten av mars 2013, och därför rimligen borde ha ingripit mot upphandlingens aktuella utförande.