

PM 2 2016-03-10 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direkttilldelning i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning/in-house-undantag).**

*En kommun har beslutat att direkt från sitt kommunala bostadsbolag köpa fastighetsförvaltnings-tjänster för i vart fall c:a 1,5 miljoner kronor utan föregående annonserad upphandling.*

Sätters kommun (Kommunen) ska enligt ett beslut av kommunfullmäktige den 30 november 2015 (KF § 216/15)<sup>1</sup> köpa tjänster direkt från Säterbostäder AB (nedan Säterbostäder), som är ett av kommunen helägt bostadsbolag. Enligt ett av fullmäktige antaget förslag till förvaltningsentreprenad (nedan Förvaltningsavtalet) ska, under i vart fall 2016,<sup>2</sup> Säterbostäder tillhandahålla vissa särskilt reglerade förvaltningstjänster mot fast ersättning av 1,550 miljoner kronor samt därutöver andra tillkommande tjänster till antingen individuellt avtalade priser eller på löpande räkning.

Såvitt får förstås har Kommunen även tidigare år tillgodosett sitt behov av aktuella tjänster genom uppdrag till Säterbostäder.<sup>3</sup> Dessa uppdrag har dock skett formlöst. Under 2013 genomfördes en organisationsförändring som bland annat syftade till att få en tydligare rollfördelning i Kommunens fastighetsförvaltning. Kommunen fick en egen beställarkompetens och Säterbostäder en renodlad utförarroll. För att formalisera samarbetet utarbetades förslaget till Förvaltningsavtal gemensamt av Kommunens fastighetsförvaltning och Säterbostäder. Enligt vad som framgår av kommunfullmäktiges beslutsunderlag ska entreprenaden omfatta administrativa uppgifter, rondering och tillsyn, jour, interna transporter samt skolvaktmästeri på fast räkning. Därutöver ska Säterbostäder tillhandahålla tjänster för projektering, projektledning, upphandling och uppföljning av underhålls- och energiprojekt, felavhjälpande underhåll samt övriga tjänster på löpande räkning.<sup>4</sup> Till Förvaltningsavtalet finns bilagt en prisförteckning för olika yrkeskategorier samt en reglering av kvalitetskrav i utförandet, vilken organisation beställare och utförare ska ha, hur samverkan ska ske samt med bestämmelser om tider för utförandet av arbete, gällande ansvarsförhållanden, hur fakturering ska ske, samt hur beställningar kan avbeställas och hävas. I avtalet finns även intaget bestämmelser för tvistelösning mellan parterna.<sup>5</sup>

Kommunens beslut att köpa tjänster från Säterbostäder har inte föregåtts av någon annonserad offentlig upphandling.

Säterbostäder<sup>6</sup> är ett kommunalt bostadsföretag som huvudsakligen har sin inkomst från sådana bostads- och lokalhyresavtal som bolaget ingår med enskilda, privatpersoner eller företag. Enligt årsredovisning för 2014 uppgick bolagets intäkter till c:a 74,3 miljoner kronor, varav c:a 26,7 procent hänför sig till koncernintern försäljning (försäljning till Kommunen och/eller övriga kommunala företag). Motsvarande koncernintern verksamhetsandel uppgick 2013 till 27,4 procent.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> Kommunfullmäktige beslutade vid sammanträdet den 30 november 2015 (KF § 216/15) att ”anta förslag till avtal om förvaltningsentreprenad mellan Sätters kommun och Säterbostäder AB, samt att avtalet ska utvärderas senast 2016-20-31” (dnr. KA12/0494).

<sup>2</sup> I kommunfullmäktiges beslutsunderlag anges att ”Avtalstiden är 2016-01-01 – 12-31 utan möjlighet till förlängning. Detta innebär att avtalet måste utvärderas innan nytt avtal kan träffas”.

<sup>3</sup> Av kommunfullmäktiges beslutsunderlag framgår att Kommunen och Säterbostäder ”... har sedan lång tid samverkan vad det gäller skötsel, underhåll och byggnation av de kommunala fastigheterna”.

<sup>4</sup> Betalning för dessa tillkommande tjänster ska i första hand ske enligt vid beställningen överenskommet pris, i andra hand enligt beräkning i Säterbostäders kalkylprogram eller, i tredje hand, på löpande räkning enligt självkostnadsprincipen.

<sup>5</sup> Av kommunfullmäktiges beslutsunderlag framgår att ”Detaljnivån [i Förvaltningsavtalet] kan synas onödigt hög för ett avtal mellan två grenar av den kommunala koncernen. Det kan dock förklaras av en historisk misstro mellan beställare och utförare, och där det inte funnits några skriftliga överenskommelser”.

<sup>6</sup> Säterbostäder AB, med organisationsnummer 556515-8713, bildades den 23 mars 1995 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 11 augusti samma år. Nuvarande firma registrerades samtidigt. Gällande bolagsordning registrerades den 4 april 2013, enligt vilken bolaget har till föremål för sin verksamhet att ”inom Sätters kommun förvärva, avyttra, äga och förvalta fastigheter och tomträtter samt bygga bostäder, lokaler, kollektiva anordningar samt därmed förenlig verksamhet. Andamålet med bolagets syfte är att inom kommun[en] främja bostads- och lokal försörjningen”. Bolaget helägs av Sätters kommun.

<sup>7</sup> Se Säterbostäders årsredovisning för 2014, not. 2, s. 12.

Enligt utdrag ur leverantörsreskontra har Kommunen under treårsperioden 2013 - 2015 betalat ut i genomsnitt c:a 17,1 miljoner kronor per år i olika slags ersättningar till Säterbostäder.<sup>8</sup> Detta motsvarar c:a 23 procent av bolagets redovisade omsättning.

Förvaltningsavtalets nu aktuella värde kan med utgångspunkt i avtalad fast ersättning från Kommunen beräknas till i vart fall 1,550 miljoner kronor (exklusive lagstadgad mervärdesskatt - moms). Avtalets s.k. *kontraktsvärde* kan därmed uppskattas till minst detta belopp.

### Gällande rätt

Med offentlig upphandling avses det formella förfarandet fram till och med tilldelningen av bland annat ett offentligt kontrakt med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser tillhandahållande av bl.a. tjänster. Karakteristiskt för ett offentligt *tjänstekontrakt* är således att leverantören mot ersättning ska åta sig att utföra tjänster för den upphandlande myndighetens räkning.

Upphandling av offentliga tjänstekontrakt regleras i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Lagen har kommit till som en följd av bl.a. kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt (numera) artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. klassiska upphandlingsdirektivets (2004/18/EG)<sup>9</sup> reglering.

Kommunala myndigheter och beslutande församlingar utgör enligt legaldefinitionen i 2 kap. 19 § LOU sådana s.k. upphandlande myndigheter som obligatoriskt ska iaktta lagens bestämmelser. Företag som tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”*leverantörer*” som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).

Den närmare bestämningen av ett kontrakt utgår från ett gemensamt klassifikationssystem för varor, tjänster och byggentreprenadarbeten inom Europeiska unionen som heter *Common Procurement Vocabulary* eller CPV.<sup>10</sup> Ett kontrakt som bland annat avser tjänster för fastighetsskötsel (CPV 98341130), vaktmästartjänster (CPV 98341140) eller portvaktstjänster (CPV 98341120) utgör s.k. B-tjänster (kategori 27, övriga tjänster) enligt Bilaga 3 till LOU som oavsett värde ska upphandlas enligt de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU. Tjänster för projektering och kostnadsuppskattning (CPV 71242000), projektövervakning och dokumentation (CPV 71248000) samt energikon-sult- och tillhörande tjänster (CPV 71314000) utgör däremot s.k. A-tjänster (kategori 12, tekniska konsulttjänster m.m.) enligt Bilaga 2 till LOU<sup>11</sup> som om kontraktsvärdet<sup>12</sup> överstiger tröskelvärdet 1.806.427 kronor<sup>13</sup> ska upphandlas enligt de direktivstyrda bestämmelserna i 1-14 kap. LOU.

---

<sup>8</sup> Utbetalade belopp uppgick till 15.168.886 kr. (2013); 17.565.898 kr. (2014) samt 18.695.016 (2014). Detta ger ett genomsnittligt värde av [(15.168.886 + 17.565.898 + 18.695.016) ./ 3 =] 17.143.266 kronor/år.

<sup>9</sup> Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.

<sup>10</sup> 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 kods-system. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. – se 1 kap. 2 § femte stycket och 2 kap. 5 § LOU samt Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), numera i delvis ändrad lydelse sedan 2008.

<sup>11</sup> Ytterst styrs klassificeringen om det är fråga om ett A- eller B-tjänstekontrakt utifrån en bedömning av vilken tjänstekategori som värde-mässigt dominerar avtalet - Se 1 kap. 2 § tredje stycket LOU och den där angivna s.k. överviktsprincipen, jfr. även 2 kap. 18 § LOU.

<sup>12</sup> Det s.k. *kontraktsvärdet* ska enligt 15 kap. 3 a § LOU (jfr. 3 kap. 3 § LOU) uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Avser upphandlingen tjänster där något totalpris inte anges ska enligt 3 kap. 12 § LOU värdet av kontraktet uppskattas till det totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader, vilket analogivis möjligen gäller även i fråga om upphandlingar enligt 15 kap. LOU.

<sup>13</sup> Gällande tröskelvärdet 2015 för kommunal upphandling av varor och A-tjänster inom den s.k. klassiska sektorn - se regeringens tillkännagivande (2014:5) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. För upphandlingar som har påbörjats 2016 uppgår motsvarande tröskelvärdet till 1.910.323 kronor.

Ändamålet med regelverket om offentlig upphandling är att bland annat säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. Det har i 1 kap. 9 § LOU därför angivits ett antal unionsrättsligt grundade principer som oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid offentlig upphandling. Däribland principerna om *likabehandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparens)*, innebärande att alla leverantörer ska behandlas lika och ges möjlighet till sådan insyn att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud på lika villkor.<sup>14</sup> Bestämmelserna har utformats i syfte att bl.a. försvåra möjligheterna att vid offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Härigenom skyddas skattebetalarna på sikt mot onödigt höga kostnader och motverkas korrupcion.

Regelverket i LOU och det bakomliggande klassiska upphandlingsdirektivet är generellt tillämpligt på alla åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela kontrakt eller ramavtal avseende bl.a. tjänster.<sup>15</sup> Enligt 2 kap. 10 a § LOU får den upphandlande myndigheten dock undantagsvis, genom *s.k. in-house-undantag*, sluta avtal direkt med en fristående juridisk person som myndigheten själv är ägare eller delägare av, utan att i övrigt följa lagens bestämmelser.

Möjligheten till sådant undantag föreligger dock enbart om följande två förutsättningar samtidigt är uppfyllda:

- (1) den upphandlande myndigheten ska utöva en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning, *och*
- (2) den juridiska personen eller den gemensamma nämnden ska bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den.<sup>16</sup>

För uppfyllelse av det *s.k. kontrollkriteriet* enligt punkten 1 (ovan) krävs enligt EU-domstolens fasta praxis att den fristående juridiska personen är underställd en kontroll som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att utöva ett bestämmande inflytande över den juridiska personen i fråga om såväl strategiska mål som dess viktiga beslut.<sup>17</sup> Myndigheten ska således, ensam eller tillsammans med andra upphandlande myndigheter,<sup>18</sup> utöva en strukturell och funktionell kontroll av den fristående juridiska personen.<sup>19</sup> Enbart formellt ägande eller deläggande har inte i sig ansetts medföra för *in-house-undantag* erforderlig kontroll,<sup>20</sup> utan det måste vara fråga om en rent faktisk kontroll som utövas över den fristående juridiska personen.<sup>21</sup> Exempelvis har EU-domstolen funnit att kontrollkriteriet är uppfyllt om den upphandlande myndigheten både äger en andel i den juridiska personen och deltar i dess styrande organ (bolagsstyrelsen).<sup>22</sup>

<sup>14</sup> De grundläggande principer som åsyftas följer numera av avdelning IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF - tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG.

<sup>15</sup> Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § samt 15 kap. 2 § LOU.

<sup>16</sup> 2 kap. 10 a § LOU i lydelse efter den 1 januari 2013 (se ändringsförfattningen 2012:392).

<sup>17</sup> Se EU-domstolens domar i *Parking Brixen* (C-458/03) EU:C:2005:605, p.65; *Coditel Brabant* (C-324/07) EU:C:2008:621, p. 28; *Sea* (C-573/07) EU:C:2009:532, p. 65 samt i *Econord* (C- 182/11 och C- 183/11) EU:C:2012:758, p. 27.

<sup>18</sup> Kontrollrekvisitet kan även anses vara uppfyllt i situationer där den upphandlande myndigheten innehar andelar tillsammans med andra upphandlande myndigheter. Det krävs enligt kontrollrekvisitet således inte att myndigheten ska utöva en egen, individuell kontroll över den fristående juridiska personen - se domarna i de ovannämnda målen *Coditel Brabant* (C-324/07), pp. 47 och 50, *Sea* (C-573/07), pp. 59 och 63 samt *Econord* (C-182/11 och C- 183/11), pp. 27 och 28.

<sup>19</sup> Se EU-domstolens dom i kommissionen mot Italien (C-324/07) EU:C:2008:410, p. 26.

<sup>20</sup> Se EU-domstolens dom i *Coname* (C- 231/03), EU:C:2005:487, p.24. I målet *Carbotermo* (C-340/04) EU:C:2006:308, p. 37, uttalade domstolen att det inte var tillräckligt med enbart den kontroll som följer av ett bolagsrättsligt majoritetsinflytande – se även ovannämnda domen i *Econord* (C-182/11 och C- 183/11), p. 31.

<sup>21</sup> Se EU-domstolens ovannämnda dom i *Coditel Brabant* (C-324/07), p. 46.

<sup>22</sup> Se även ovannämnda domen i *Econord* (C-182/11 och C- 183/11), p. 33.

Enligt det s.k. *verksamhetskriteriet* enligt punkten 2 (ovan) fordras att den fristående juridiska personen inte bedriver extern verksamhet som riktar sig till andra än ägarna i annat än marginell omfattning.<sup>23</sup> Därmed har i unionsrättslig såväl som svensk nationell praxis<sup>24</sup> tidigare avsetts en extern verksamhetsandel motsvarande 10 procent men inte 20 procent av omsättningen. Enligt det nya upphandlingsdirektivet (2014/24/EU) måste den externt bedrivna verksamheten hålla sig under 20 procent för att *in-house-undantag* ska kunna komma ifråga.<sup>25</sup> Till *extern verksamhet* hör den del av omsättningen som grundas på rättsförhållanden som upprättats av enskilda, privatpersoner eller företag, som trätt i affärsförbindelse med den fristående juridiska personen. Omsättning som baseras på kontraktstilldelningar som har beslutats av den upphandlande myndigheten själv<sup>26</sup> ska däremot räknas som sådan *intern verksamhet* som måste överstiga 80 procent av den totala verksamheten för att *verksamhetskriteriet* ska anses uppfyllt.

Regelverket i LOU behöver vidare, jml. 1 kap. 7 § LOU, inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten. Den omständigheten att en upphandlande myndighet tror sig veta att enbart viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktisk ensamsituation) medför dock inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.<sup>27</sup>

Om något undantag från LOU inte kan göras tillämpligt ska upphandling genomföras enligt lagens bestämmelser. I sådant fall ska förfarandet, enligt huvudregeln i 1 kap. 9 § LOU, genomföras på ett likvärdigt och icke-diskriminerande samt öppet (transparent) sätt med bl.a. iakttagande av principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Som regel föreligger det en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt, enligt 15 kap. 4 § LOU, offentliggöra sina upphandlingar genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller genom annons i annan form som möjliggör en effektiv konkurrens.

Vid upphandling av tjänster under tröskelvärdet föreligger det enligt 15 kap. 3 § andra stycket jämförd med 4 kap. 5 och 7-8 §§ LOU undantag från denna skyldighet vid bland annat följande förutsättningar.

- värdet av det som ska upphandlas har *lågt värde* – d.v.s. kontraktsvärdet understiger 28 procent av gällande tröskelvärde, motsvarande 505.800 kronor<sup>28</sup> – eller om det föreligger *synnerliga skäl*,
- 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,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- upphandlingen gäller vissa nödvändiga och brådskande kompletterande tjänster, eller

<sup>23</sup> Av ovannämnda dom i *Carbotermo* (C-340/04) framgår att den fristående juridiska personen ska bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den myndighet (eller de myndigheter) som innehar (kontrollerar) den, och att all annan verksamhet får endast vara av marginell karaktär (p. 63). I bedömningen av om så är fallet ska alla omständigheter beaktas, dvs. såväl kvalitativa som kvantitativa (p. 64).

<sup>24</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom av den 19 april 2007 i *Asemfo vs. Tragsa* (C-295/05) EU:C:2007:227, p. 55. Se även Kammarrätten i Stockholms dom av den 8 november 2011 i mål nr 7089-10 samt Europeiska kommissionens motiverade yttrande till Sverige av den 28 oktober 2010 i klagomålsärende CHAP 2009/4080.

<sup>25</sup> Se art. 12.1 i det nya upphandlingsdirektiv för den klassiska sektorn (2014/24/EU) som antogs av Europeiska rådet och parlamentet den 26 februari 2014. Direktivet träder i s.k. direkt effekt per den 18 april 2016.

<sup>26</sup> Därmed avses all verksamhet som det företag som tilldelats kontraktet bedriver inom ramen för en tilldelning som gjorts av den upphandlande myndigheten, oavsett om mottagaren är den upphandlande myndigheten själv eller tjänsteanvändaren och oberoende av om betalningen sker av den upphandlande myndigheten eller av den som använder tjänster som tillhandahålls enligt koncessioner eller andra rättsförhållanden som upprättas av nämnda myndighet – se ovannämnda dom i *Carbotermo* (C-340/04), p. 62-67, särskilt p. 65.

<sup>27</sup> Se EU-domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen *Bockhorn Braunschweig* (C- 20/01 och C- 28/01) EU:C:2003:220 och i det efterföljande målet *kommissionen mot Tyskland* (C- 503/04) EU:C:2007:432.

<sup>28</sup> Beloppsgränsen avser 2015. För upphandlingar som har påbörjats 2016 uppgår motsvarande gräns till 534.890 kronor (baserad på det nya tröskelvärdet 1.910.323 kronor för den klassiska sektorn).

- upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tjänster som tidigare varit föremål för öppen eller selektiv upphandling från samma leverantör och värdet av det nya kontraktet ingått i tröskelvärdetsberäkningen av värdet av det ursprungliga projektet.
- det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl kan levereras av endast en viss leverantör.

Enligt 15 kap. 3 a § LOU utgör kontraktsvärdet det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet och upphandlingen får inte delas upp i syfte att kringgå lagens bestämmelser. Vid beräkningen ska därför beaktas även direktupphandlingar av samma slag som har gjorts av den upphandlande myndigheten under räkenskapsåret.<sup>29</sup>

Möjligheten till undantag på grund av *synnerlig brådska* avser extraordinära fall. För att undantaget överhuvudtaget ska kunna komma ifråga måste det framstå som absolut nödvändigt att tilldela kontraktet. Enligt praxis krävs att det ska röra sig om en brådskande anskaffning av stor samhälls-ekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art.<sup>30</sup> Det ska även framstå som uppenbart att kontrakt omedelbart måste komma till stånd för att det inte annars ska uppstå mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa.<sup>31</sup>

För att rättfärdiga synnerlig brådska måste omständigheterna vidare kunna härledas till yttre förhållanden, d.v.s. till sådant som ligger utanför det område som den upphandlande myndigheten har kunnat förutse eller påverka. Sådan *egenförvällad brådska* som uppkommit till följd av exempelvis bristande planering hos den upphandlande myndigheten grundar exempelvis inte möjlighet till undantag. I kravet på oförutsebarhet ligger sålunda att förhållandena närmast ska ha *karaktären av force majeure*.<sup>32</sup> Härutöver måste tidsnöden vara sådan att det har varit omöjligt att hålla fristen för ett annonserat förfarande. Vid upphandling av B-tjänster enligt de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU<sup>33</sup> får denna frist bedömas från fall till fall, utifrån vad som framstår som *skälig tid*,<sup>34</sup> varmed normalt anses tillräckligt med omkring tre veckors anbudsfrist.<sup>35</sup>

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta rättspraxis<sup>36</sup> ska vidare möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som inom området för offentlig upphandling ges enligt unionsrätten tolkas restriktivt.<sup>37</sup> Det ankommer också på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.<sup>38</sup> När det gäller otillåten direkttilldelning har bland annat EU-domsto-

<sup>29</sup> Se bl.a. Förvaltningsrätten i Linköping, dom av den 8 januari 2015 i mål 7380-14.

<sup>30</sup> Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i mål nr 7469--7472-11.

<sup>31</sup> I rättspraxis har exempelvis uteblivna livsmedelsleveranser till skolor, förskolor och servicehus ansetts vara av brådskande natur - se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 29 februari 2012 i mål nr. 1446--1452-12. I lagförarbetena anges även att möjlighet till extra förmånliga köp på auktion samt särskilt personrelaterade behov av hälso- och sjukvårdstjänster 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>32</sup> Se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

<sup>33</sup> Vid upphandling av A-tjänster över tröskelvärdet uppgår motsvarande frist för en öppen annonserad upphandling, jml. 8 kap. 2 § jämförd med 5-6 §§ LOU, till lägst 40 dagar.

<sup>34</sup> Se 15 kap. 9 § LOU. Fristen för vad som ska anses utgöra *skälig tid* ska bedömas med utgångspunkt i upphandlingens art, storlek och karaktär samt med iakttagande av de grundläggande principerna om bl.a. likabehandling och ickediskriminering. I praxis har frister på mellan två och fyra veckor ansett utgöra skälig tid - se prop. 2009/10:180 I, s. 347 och prop. 2006/07:128 I, s. 432, se även prop. 2001/02:142 s.99 och prop. 1999/2000:128 s. 25 ff. och 39.

<sup>35</sup> Se bl.a. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) Årssammanställning för 1996, avsnitt 14.2, s 39 samt ärendebedömningar i fråga om Stiftelsen Baldernäs (dnr. 1998/0166-26) och Göteborgs stad (dnr 1998/0160-26); se vidare RÅ 1999 not. 1 samt Länsrätten i Stockholms läns dom i mål nr. 4546-94 samt Länsrätten i Västernorrlands läns dom i mål nr. 99-04.

<sup>36</sup> Från senare rättspraxis se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C- 157/06) EU:C:2008:530, p. 23.

<sup>37</sup> Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden i *kommissionen mot Spanien* (C-71/92) EU:C:1993:890, *Kommissionen mot Spanien II* (C-328/92) EU:C:1994:178 och *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) EU:C:1995:150.

<sup>38</sup> Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens avgöranden i *Kommissionen mot Italien* (C-199/85), *Kommissionen mot Spanien II* (C-328/92) EU:C:1994:178 och *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) EU:C:1995:150. Från senare praxis, se även domstolens avgöranden i de förenade målen *Bockhorn-Braunschweig* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220 och *Stadt Halle* (C-26/03) EU:C:2005:5, p. 46.

len uttalat att detta utgör den allvarligaste överträdelsen av unionslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande myndighet kan begå.<sup>39</sup>

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU kan en skadelidande leverantör ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att upphandlingen ska rättas eller att den ska göras om.<sup>40</sup>

I de fall där avtal redan uppkommit kan rätten, enligt 16 kap. 13 § LOU,<sup>41</sup> besluta att detta är *ogiltigt* om det har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga.<sup>42</sup> Talan om ogiltighet måste dock, jml. 16 kap. 17 § LOU, väckas inom sex månader från det att avtalet slöts.

Allmän förvaltningsdomstol kan även, på talan av Konkurrensverket, besluta att en upphandlande myndighet som bland annat har slutit avtal på sätt som strider mot annonseringsbestämmelserna i LOU ska betala en särskild *upphandlingsskadeavgift*. En sådan straffavgift ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av aktuellt kontraktsvärde. I rättspraxis har upphandlingsskadeavgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktsvärde<sup>43</sup> men en individuell bedömning ska alltid ske med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.<sup>44</sup>

### Yttrande

Kommunen har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet anfört i huvudsak följande. Innan beslut i ärendet fattades föregicks detta av överväganden om upphandling erfordrades. Kommunen bedömde då att *kontrollkriteriet* i 2 kap. 10 a § LOU var uppfyllt. Enligt Kommunens mening förelåg dock osäkerhet om även *verksamhetskriteriet* kunde anses uppfyllt, eftersom det saknades svenska rättsfall gällande kommunala bostadsbolag, där merparten av bolagets intäkter kommer från privatpersoners hyresbetalningar. Kommunen bedömde därvid att sådana hyresbetalningar ska ses som koncernintern försäljning och att verksamhetskriteriet därmed var uppfyllt.

### 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 har som upphandlande myndighet en skyldighet att iaktta bestämmelserna i LOU. Som framgår av utredningen har Kommunen beslutat att köpa fastighetsförvaltning från det egna kommunala bostadsbolaget Säterbostäder för åtminstone 1,5 miljoner kronor. Eftersom det s.k. kontraktsvärdet överstiger beloppsgränsen för tillåten direktupphandling skulle som huvudregel anbud ha inhämtats i ett annonserat förfarande där även andra leverantörer än Säterbostäder givits möjlighet att lämna anbud. Så har dock inte skett utan Kommunen har beslutat att teckna avtal direkt med Säterbostäder.

---

<sup>39</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom i *Stadt Halle* (C- 26/03) EU:C:2005:5, p 37, i framförallt engelsk eller tysk språkversion; 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>40</sup> Se 16 kap. 4-6 § LOU.

<sup>41</sup> Rätten kan jml. 16 kap. 16 § LOU även förordna om att ett avtal inte får fullgöras till dess att något annat har bestämts (interimistiskt förbud) men får enligt 16 kap. 16 § andra stycket LOU avstå från ett sådant interimistiskt förbud om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

<sup>42</sup> Rätten får emellertid, enligt 16 kap. 14 § LOU, besluta att avtalet trots allt får bestå om det skulle föreligga någon tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bevisbördan för sådant undantag åvilar den upphandlande myndigheten.

<sup>43</sup> Se bl.a. Kammarrätten i Stockholm mål nr 5426-12, 5427-12 respektive 5452-12, Kammarrätten i Göteborg mål nr 7009-12, Kammarrätten i Stockholm mål nr 1305-12, Förvaltningsrätten i Linköping mål nr 1785-13, Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 1271-12, 1273-12 och 1281-12, Förvaltningsrätten i Växjö mål nr 286-12, Förvaltningsrätten i Luleå mål nr 2166-11, Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 13115-12, Förvaltningsrätten i Falun mål nr 2643-12, Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 2916-13, 22373-12, 2922-13 och 2987-13.

<sup>44</sup> Se HFD 2015 ref. 69.

Fråga uppkommer därmed om Kommunen har något stöd enligt gällande bestämmelser om offentlig upphandling för detta förfarande. Visserligen kan, såsom Kommunen konstaterat, det s.k. *kontrollkriteriet* för in-house-undantag enligt 2 kap. 10 a § LOU anses uppfyllt genom att Kommunen både äger aktierna i Säterbostäder och deltar i dess styrande organ. När det däremot gäller det s.k. *verksamhetskriteriet* kan konstateras att Säterbostäders intäkter av privatpersoners hyresbetalningar inte grundar sig på rättsförhållanden som upprättats av Kommunen. Dessa hyreskontrakt har istället kommit till efter beslut av de enskilda hyresgäster, privatpersoner eller företag, som trätt i affärsförbindelse med Säterbostäder, och kan således inte tillgodoräknas bolaget som *in-house-verksamhet*.

Av tillgängliga årsredovisningshandlingar framgår att Säterbostäders externa hyresverksamhet bedrivs i en sådan om fattning att bolagets koncerninterna försäljning motsvarar endast mellan 24 och 28 procent av den totala omsättningen. *Verksamhetskriteriets* krav på mer än 80 procents ägarrelaterad verksamhet är härigenom inte uppfyllt. Någon möjlighet för Kommunen att kunna åberopa det s.k. in-house-undantaget i 2 kap. 10 a § LOU för att köpa aktuella tjänster direkt från Säterbostäder föreligger därmed inte.

Kommunens aktuella behov kan vidare knappast anses ha sådan stor samhällsekonomisk betydelse eller anses vara av sådan viktig art att undantag på grund av *synnerlig brådskas* överhuvudtaget skulle kunna komma ifråga. Det har heller inte förelegat någon tidsnöd som har gjort det omöjligt att genomföra ett annonserat upphandlingsförfarande, utan Kommunen har haft god tid på sig att planera och genomföra en annonserad upphandling. Något annat undantag från LOU eller från skyldigheten att annonsera upphandlingen kan heller inte göras tillämpliga i det aktuella fallet. En annonserad upphandling skulle därmed ha genomförts i enlighet med lagens huvudregel.

Kommunens nu aktuella förfarande, att kringgå denna upphandlingsskyldighet och istället köpa aktuella tjänster direkt från Säterbostäder strider således mot LOU och de upphandlingsrättsliga direktiven genom att sätta konkurrensen ur spel. Det finns därmed anledning att rikta allvarlig kritik mot Kommunen.