

PM 2 2016-06-14 SLUTLIG BEDÖMNING

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

En kommun har tagit extern kontakt med ett företag i en av kommunen delägd energibolagskoncern i syfte att låta utföra tjänster för teknisk drift och underhåll av infrastrukturen för ett spårvägssystem i en gemensam organisation.

Tekniska nämnden i Lunds kommun (här nedan Kommunen) har den 11 maj 2016 (Tn § 86/16)¹ beslutat att ta fram en avsiktsförklaring med Krafringen Service AB för att gemensamt arbeta fram förslag till en organisation för drift och underhåll av ett planerat lokalt spårvägsnät.

Det aktuella spårvägsprojektet, Spårväg Lund C – ESS, är tänkt att genomföras i samarbete mellan Kommunen och landstinget Region Skåne, varav det senare utgör kollektivtrafikansvarig regional trafik huvudman. Ansvaret parterna emellan fördelar sig så att Kommunen ska låta bygga och underhålla infrastrukturen medan landstinget ska köpa in vagnar, uppföra en depå samt driva själva spårvägstrafiken (trafikeringen) på den färdiga banan. Kommunfullmäktige i Lund beslutade om igångsättning för sin del av projektet 17 december 2015, varefter Kommunen även påbörjade upphandling av en entreprenör för uppbyggnad av infrastrukturen.

Såvitt gäller entreprenaden för drift och underhåll av infrastrukturen förslår i en tjänsteskrivelse Kommunens tekniska förvaltning² att tjänsterna inte bör delas upp i delentreprenader, utan handlas upp i ett gemensamt kontrakt med enbart en leverantör. Av skrivelsen framgår också att förvaltningen undersökt två olika upphandlingsmodeller, varav Alternativ 1 består i upphandla i konkurrens och Alternativ 2 innebär att inleda förhandling med Krafringen Service AB, samt att förvaltningen förordade Alternativ 2. Vidare framgår att förhandlingar har inletts mellan Kommunen och Krafringen Service AB. Tekniska nämnden beslutade senare (se ovan) i enlighet med förvaltningens förslag. I tjänsteskrivelsen redovisas bl.a. följande motivering.

”Sträckan Lund C – ESS är ca 5,5 km lång vilket medför att det, med tanke på de höga krav på driftorganisationen som ställs på hög kvalitet och snabba inställelsetider, är en relativt liten anläggning att sköta. Intresset från marknaden bedöms därför vara begränsat. Med det fokus som finns kring driftsäkerhet är en avgörande faktor att utföraren har en jour och beredskapsstyrka med 24 timmars jour hela året om. Det är därför fördelaktigt, inte minst av kostnadsskäl, att samordna denna del med jourverksamheter som redan finns etablerade. Krafringens ansvar som nätägare för elnätet är en sådan. Dessutom är strömförsörjning via likriktarstationer och kontaktledningar två delar inom spårvägsunderhåll som är sårbart för avbrott och olyckor och är därmed viktigt att det finns en organisation nära på plats med just denna kompetens. Krafringen Service AB har visat intresse för att ta ett helhetsansvar för spårvägsdriften. Diskussion mellan parterna har pågått sedan våren 2015 för att både parter ska få en förståelse för uppdraget och respektive parts ansvarsområde. Uppdragets omfattning har stämts av mellan parterna.”³

Krafringen Service AB ingår som ett koncerndotterföretag till Krafringen Energi AB. Bolagskoncernen, som huvudsakligen har sina intäkter från energiförsäljning och nätverksamhet till enskilda, privatpersoner eller företag,⁴ ägs gemensamt av kommunerna Lund (82,4%), Eslöv (12,0%), Hörby (3,5%) och Lomma (2,1%). Landstinget Region Skåne ingår däremot inte som ägare i eller bildare av Krafringen Service AB eller bolagskoncernen i övrigt.

¹ Se Tekniska nämndens protokoll från sammanträde den 11 maj 2016, § 86/16 (dnr. 16/307).

² Se Tekniska förvaltningen vid Lunds kommun, tjänsteskrivelsen Drift och underhållsuppdrag för Spårväg Lund C – ESS, av den 23 april 2016 (dnr. 16/307).

³ Se Tekniska förvaltningens tjänsteskrivelse (fotnot ovan) s. 3 andra stycket.

⁴ Enligt uppgift i Krafringens årsredovisning 2015 (s. 6) har de kommunala ägarna, i ägardirektiv till moderbolaget, Krafringen Energi AB (publ), förklarat att Krafringen-koncernen på affärsmässiga grunder och till ett rimligt pris ska tillgodose sina kunders behov av kvalitativa energileveranser och energitjänster. Koncernen har totalt c:a 300 000 kunder, varav eldistribution omfattar c:a 116 500 kunder. Inom elhandel säljer koncernen årligen ca 1 400 GWh till c:a 140 000 kunder. Härutöver bedriver koncernen även fjärrvärmeverksamhet med försäljning av c:a 900 GWh till c:a 8 500 kunder. Den totala verksamheten bedrivs huvudsakligen i Skåne, men även i Blekinge, Småland, Södermanland, Sjuhäradsbygden och på Västgötaslätten.

Enligt tillgängliga årsredovisningshandlingar omsatte Krafringen Service AB i genomsnitt 221 miljoner kronor under de föregående tre åren 2013-2015.⁵ Under samma period utgjorde bolagets genomsnittliga omsättning mot andra koncernföretag c:a 56 procent av nettoomsättningen.⁶

Som framgår av redovisningen ovan har något annonserat upphandlingsförfarande aldrig genomförts avseende aktuella drift- och underhållstjänster. Eftersom upphandlingen inte närmare har preciserats till sin omfattning och innehåll är det svårt att uppskatta det s.k. kontraktsvärdet. Med beaktande av uppdragets omfattning och karaktär kan dock värdet väsentligen beräknas överstiga tröskelvärdet 3,8 miljoner kronor¹⁵. Det finns däremot inte anledning att anta att värdet överstiger 177 miljoner kronor eller 80 procent av Krafringen Service AB:s genomsnittliga omsättning under de föregående tre åren. Enligt uppgift skulle den ersättning som Kommunen ska betala för drift- och underhållstjänsterna kunna beräknas till omkring 7 miljoner kronor per år (exklusive lagstadgad mervärdesskatt).

Gällande rätt

Med upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande enhet i syfte att tilldela ett kontrakt eller att ingå ett ramavtal avseende bland annat tjänster.⁷ Karakteristiskt för ett upphandlingspliktigt *tjänstekontrakt* är således att en leverantör mot ersättning ska åta sig att utföra tjänster för en upphandlande myndighets eller enhets räkning.

Upphandling av tjänstekontrakt regleras genom bland annat lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster - LUF. Lagen har kommit till som en följd av bl.a. kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. försörjningssektorsupphandlingsdirektivet (2004/17/EG).⁸

Kommunala myndigheter och dess beslutande församlingar kan enligt legaldefinitionen i 2 kap. 20 och 21 §§ LUF utgöra sådana s.k. *upphandlande enheter* som obligatoriskt har att iaktta lagens bestämmelser om upphandlingen ligger inom ramarna för de s.k. försörjningssektorerna. Dit hör bl.a. tjänster för drift av publika nät⁹ i form av bland annat spårväg.¹⁰ Företag som tillhandahåller aktuella tjänster utgör "*leverantörer*" som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud.¹¹

Enligt unionsrättslig praxis ska en upphandling anses *påbörjad* vid den tidpunkt när den som upphandlar väljer vilken typ av förfarande som ska användas och avgör frågan om det föreligger en skyldighet att vidta en föregående uppmaning till anbudsgivning för tilldelning av kontraktet.¹² Detta har i svensk nationell rättspraxis tolkats så att en upphandling ska anses påbörjad när upphandlaren utåt har tagit kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser. I referatsfallet HFD 2013 ref. 31 har Högsta förvaltningsdomstolen angett bl.a. följande.

⁵ Enligt årsredovisning 2015 uppgick Krafringen Service AB uppgick bolagets årsomsättning till 257,572 Tkr. (2015), 222,296 Tkr (2014) och 183,294 Tkr. (2013). Detta motsvarar en genomsnittlig omsättning på $(257,572 + 222,296 + 183,294) / 3 = 221,054$ Tkr/år.

⁶ Enligt årsredovisning 2015 och 2014 för Krafringen Service AB (not. 20) utgjorde bolagets omsättning mot andra koncernföretag 51 % (2015), 59 % (2014) av bolagets totala omsättning. Detta motsvarar i genomsnitt $(51\% + 59\% + 58\%) / 3 = 56$ procent.

⁷ Se 2 kap. 23 § LUF.

⁸ Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/17/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsupphandlingsdirektivet). Direktivet har numera sedan den 18 mars 2016, ersatts med Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG. Detta s.k. Nya försörjningssektorsdirektiv har emellertid inte ännu genomförts i svensk rätt, varigenom rättsverkan av det nya direktivet inskränks till att omfatta enbart bestämmelser som har s.k. *vertikal direkt effekt*.

⁹ Ett nät för transporttjänster ska enligt 1 kap. 8 § andra stycket LUF anses finnas om tjänsten tillhandahålls enligt villkor som fastställts av en behörig myndighet och som avser linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden.

¹⁰ Se 2 kap. 20 § jämförd med 1 kap. 8 § första stycket LUF.

¹¹ Se 2 kap. 11 § LUF.

¹² Se EU-domstolens dom i *Stadt Halle* (C-26/03) EU:C:2005:5, samt i *kommissionen mot Nederländerna* (C-576/10) EU:C:2013:510, p. 52 jämte där i övrigt noterad praxis.

”Enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening bör den tidpunkt när en upphandling har påbörjats sammanfalla med tidpunkten för när en upphandlande myndighets beslut kan bli föremål för överprövning. Av EU-domstolens avgörande i målet *Stadt Halle* framgår att denna tidpunkt inträffar när det stadium har passerats då rent interna överväganden och förberedelser görs inom en myndighet inför en upphandling. Ett upphandlingsförfarande får därmed anses ha påbörjats när den upphandlande myndigheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut kommit till kännedom utåt genom att myndigheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser. Att inleda konkreta avtalsförhandlingar med extern part får anses vara en sådan utåtriktad åtgärd som innebär att upphandlingsförfarandet har påbörjats”.

Den närmare bestämningen av ett kontrakt utgår från ett klassifikationssystem för varor, tjänster och byggentreprenadarbeten inom Europeiska unionen som heter *Common Procurement Vocabulary* eller CPV.¹³ Ett kontrakt som bland annat avser tjänster för reparation, underhåll och tillhörande tjänster för järnvägar och annan utrustning (CPV 50220000) och/eller reparation och underhåll av transmission för fordon (CPV 50116400) utgör s.k. A-tjänster (kategori 1, underhålls- och reparationstjänster) enligt Bilaga 2 till LUF. Om kontraktsvärdet¹⁴ av dessa och dylika tjänster överstiger gällande tröskelvärde, vilket för närvarande uppgår till 3.820.645 kronor,¹⁵ ska upphandling handläggas med iakttagande av de direktivstyrda bestämmelserna i 1-14 kap. LUF.

Enligt 3 kap. 2 § LUF ska vid en tröskelvärdesberäkning värdet av förekommande varu- och tjänstekontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Om ett varu- eller tjänstekontrakt upphandlats för att löpa tills vidare och något totalpris inte anges ska enligt 3 kap. 11 § LUF kontraktet uppskattas som ett 48-månaderskontrakt.¹⁶ Värdet av ett ramavtal ska beräknas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras under ramavtalets löptid. Valet av beräkningsmetod får enligt 3 kap. 9 § andra stycket LUF inte göras för att kringgå lagens bestämmelser.

Ändamålet med regelverket om upphandling är att bland annat säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. Det har i 1 kap. 24 § LUF därför genomförts ett antal unionsrättsligt grundade principer, som ska iakttas vid upphandlingen. 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.¹⁷ Bestämmelserna har utformats i syfte att bl.a. försvåra möjligheterna att vid en offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Härigenom skyddas på sikt berörda skattebetalare eller avgiftskollektiv mot onödigt höga kostnader. Vidare motverkas korrupcion.

Regelverket i LUF och det bakomliggande försörjningssektorsdirektivet är generellt tillämpligt på alla åtgärder som vidtas av en upphandlande enhet i syfte att tilldela kontrakt eller ramavtal avse-

¹³ *Common Procurement Vocabulary* är ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska unionen. CPV klassificerar i ett åttaställigt kodsystäm c:a 6.000 varor och tjänster och är tänkt att ersätta olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna – se vidare 1 kap. 2 § femte stycket och 2 kap. 5 § LUF 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.

¹⁴ Det s.k. *kontraktsvärdet* ska enligt 3 kap. 2 § LUF uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Avser upphandlingen tjänster där något totalpris inte anges ska enligt 3 kap. 11 § LUF värdet av kontraktet uppskattas till det totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader.

¹⁵ Gällande tröskelvärde 2016 för kommunal upphandling av varor och A-tjänster inom försörjningssektorn - se regeringens tillkännagivande (2016:14) om tröskelvärden vid offentlig upphandling samt 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.

¹⁶ Enligt 3 kap. 11 § LUF ska, om ett tjänstekontrakt upphandlas utan att något totalpris anges, värdet av kontraktet vara det uppskattade totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader och av månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.

¹⁷ 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.

ende bl.a. tjänster.¹⁸ Dock, enligt 1 kap. 20 § LUF, behöver regelverket inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en upphandlande myndighet¹⁹ som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten.²⁰

Enligt 1 kap. 15 och 16 §§ LUF undantas under vissa förhållanden även kontrakt som en upphandlande enhet tilldelar ett *anknutet företag*, med vilket enheten befinner sig i ett konsoliderat koncernförhållande (koncernbolag),²¹ eller ett *samriskföretag*.²² En förutsättning för sådant s.k. *in-house-undantag* är emellertid att leveranser med anledning av tilldelningen av kontrakt motsvarar minst 80 procent av det anknutna företagets genomsnittliga omsättning²³ under de föregående tre åren.²⁴

Om något undantag från LUF inte kan göras tillämpligt ska ett upphandlingsförfarande genomföras enligt lagens bestämmelser. I sådant fall ska enligt huvudregeln i 1 kap. 9 § LUF den upphandlande enheten genomföra upphandlingen på ett likvärdigt och icke-diskriminerande samt öppet (transparent) sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. I preambelerna till den bakomliggande EU-lagstiftningen framhålls bl.a. att EU-domstolen betecknat otillåten direkttilldelning som den allvarligaste överträdelsen av unionslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande myndighet kan begå.²⁵

Som regel föreligger det en obligatorisk skyldighet för upphandlande enheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt, enligt 7 kap. 1 § LUF, offentliggöra sina upphandlingar genom annons. Ett meddelande om upphandlingen ska jml. 2 § upphandlingsförordningen (2011:1040) skickas till Europeiska kommissionen för publicering i Europeiska unionens officiella tidning och i databasen TED.

Enligt 4 kap. 2 § LUF kan, i fråga om A-tjänsteupphandling över tröskelvärdet, undantag från annonsringsskyldigheten komma ifråga vid bland annat följande förutsättningar.

1. det har vid ett annonserat förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller *inte lämnats några anbud* eller några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet har inte ändrats väsentligt, eller
2. det gäller ett kontrakt som är avsett endast för *forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål*, eller
3. det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men *synnerlig brådska*, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande enheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering, eller

¹⁸ Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 23 § LUF.

¹⁹ För definition av vad som utgör en *upphandlande myndighet* se 2 kap. 21 § LUF.

²⁰ Enligt 1 kap. 12 § LUF behöver lagens bestämmelser inte heller iakttas ifråga om anskaffningar som görs vid återförsäljning eller uthyrning till tredje man, om den upphandlande enheten inte har någon särskild rättighet eller ensamrätt att sälja eller hyra ut föremålet för kontraktet och även andra har rätt att sälja eller hyra ut det på samma villkor som den upphandlande enheten. Den upphandlande enheten är i sådant fall skyldig att till Europeiska gemenskapernas kommission anmäla de varukategorier och verksamheter som den anser vara undantagna enligt lagen.

²¹ Med *anknutet företag* avses enligt 2 kap. 2 § LUF företag vars årsräkenskaper konsolideras med den upphandlande enhetens enligt kraven i rådets sjunde direktiv 83/349/EEG av den 13 juni 1983, senast ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/46/EG. Undantagna enligt den aktuella regleringen är således (1) företag över vilket den upphandlande enheten har ett bestämmande inflytande eller (2) företag som kan utöva ett bestämmande inflytande över den upphandlande enheten (moder <-> dotterbolag) eller (3) företag som tillsammans med den upphandlande enheten står under bestämmande inflytande av ett annat företag på grund av ägande eller finansiellt deltagande eller på grund av de regler företaget lyder under eller som på annat sätt befinner sig i ett konsoliderat koncernförhållande med den upphandlande enheten (koncernsysterbolag).

²² Med *samriskföretag* avses enligt 1 kap. 15 § punkten 2 LUF företag som har bildats uteslutande av upphandlande enheter för att bedriva verksamhet inom försörjningssektorerna. Undantag från upphandlingsskyldighet kan jml. 1 kap. 17 punkten 2 LUF i så fall komma ifråga om samriskföretaget har bildats för att utföra den aktuella verksamheten under en tid av minst tre år och det i den handling som upprättats för bildandet av företaget anges att de upphandlande enheter som det består av kommer att ingå i det under minst samma tid.

²³ Om det är mer än ett företag som är anknutet till den upphandlande enheten och tillhandahåller samma eller liknande byggentreprenader, varor eller tjänster, ska andelen beräknas med hänsyn till den totala omsättning som härrör från byggentreprenader, varor respektive tjänster från dessa anknutna företag.

²⁴ Om det anknutna företaget inte kan visa omsättning för de föregående tre åren på grund av tidpunkten för företagets etablering eller verksamhetens påbörjande, får företaget alternativt, genom prognoser för verksamheten eller på något annat sätt göra sannolikt att den andel av omsättningen som krävs kommer att uppnås.

²⁵ Se bl.a. 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.

4. det som ska upphandlas kan av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt levereras av endast en viss leverantör, eller
5. det gäller en tilläggsbeställning eller ett utbyte av tidigare upphandlade tjänster, och ett byte av leverantör skulle oproportionellt svårt, eller
6. kontraktet grundar sig på ett ramavtal som redan har upphandlats enligt LUF.

Undantaget från kravet på annonsering vid *synnerlig brådskande* avser enbart extraordinära situationer.²⁶ De omständigheter som kan rättfärdiga synnerlig brådskande måste dessutom bero på yttre förhållanden, dvs. förhållanden som ligger utanför det område som den upphandlande enheten har kunnat förutse eller påverka. *Egenförvällad brådskande* som kan ha uppkommit till följd av exempelvis bristande planering grundar exempelvis inte möjlighet till undantag, utan i kravet på oförutsebarhet ligger att förhållandena närmast ska ha *karaktären av force majeure*.²⁷ Härutöver måste tidsnöden vara sådan att det inte har varit möjligt att hålla tidsfristerna vid annonserat förfarande, vilka vid upphandling av A-tjänster uppgår till som högst mellan 40 och 52 dagar.²⁸

I fråga om undantaget för *tekniska skäl eller ensamrätt* som gör att leverans kan genomföras endast av en viss leverantör följer det av unionsrättslig praxis att två (kumulativa) villkor måste vara samtidigt uppfyllda för att bestämmelsen ska bli tillämplig, nämligen att (1) de arbeten som är föremål för upphandlingen är av teknisk karaktär och (2) att det därför är absolut nödvändigt att tilldela ett visst företag kontraktet. Enligt EU-domstolen är undantaget exempelvis inte tillämpligt på fall där det finns fler än en leverantör som skulle kunna komma ifråga för kontraktet.²⁹ Den omständigheten att en upphandlande enhet tror sig veta att en viss leverantör är mest lämpad för att komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktisk ensamsituation) medför detta exempelvis inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå måste genomföras.³⁰

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta rättspraxis³¹ ska dessutom möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som inom området för upphandling ges enligt unionsrätten tolkas restriktivt.³² Det ankommer även på den som avser att återropa ett undantag att bevisa att sådana särskilda omständigheter som motiverar undantag faktiskt föreligger.³³

²⁶ För att undantag överhuvudtaget ska kunna komma ifråga måste det framstå som absolut nödvändigt att tilldela kontraktet. Enligt praxis krävs att det rör sig om en brådskande anskaffning av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art (se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i mål nr 7469--7472-11). 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. 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 möjlighet till extra förmånliga köp på auktion samt särskilt personrelaterade behov av hälso- och sjukvårdstjänster som sådana omständigheter 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).

²⁷ Se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

²⁸ Se 8 kap. 2 § jämförd med 5-8 §§ LUF.

²⁹ Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Grekland* (C-394/02) EU:C:2005:336, pp. 32-39, jämte där noterad praxis.

³⁰ 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.

³¹ Från senare rättspraxis se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C- 157/06) EU:C:2008:530, p. 23.

³² 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.

³³ 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.

Om en upphandlande enhet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i LUF kan en skadelidande leverantör ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att upphandlingen ska rättas eller att den ska göras om.³⁴ I de fall där avtal redan uppkommit kan rätten, enligt 16 kap. 13 § LUF,³⁵ besluta att detta är *ogiltigt* om det har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga.³⁶ Talan om ogiltighet måste dock, jml. 16 kap. 17 § LUF, väckas inom sex månader från det att avtalet slöts.

Allmän förvaltningsdomstol kan även, på talan av Konkurrensverket, besluta att en upphandlande enhet som bland annat har slutit avtal på sätt som strider mot annonseringsbestämmelserna i LUF ska betala en särskild *upphandlingsskadeavgift*. En sådan straffavgift ska enligt 17 kap. 4 § LUF 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 kontraktsvärde³⁷ men en individuell bedömning ska alltid ske med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.³⁸

Yttrande

Kommunen har i yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört att Konkurrenskommissionen feltolkat nämndens beslut. Påståendet att beslut fattats om att köpa tjänster från den kommunägda energibolagskoncernen är fel. Att uppdra åt förvaltningen att ta fram en avsiktsförklaring med Krafringen Service AB för att gemensamt arbeta fram en organisation för drift och underhåll av Spårväg Lund C – ESS är *inte* detsamma som en direktupphandling.

Avsiktsförklaringen krävs för att utredningen ska gå vidare. I det fortsatta arbetet ingår att väga för och nackdelar med olika upphandlingsalternativ där även aspekter och hänsyn som kommissionen lyfter fram ingår.

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 utgör upphandlande enhet i fråga om bland annat köp av tjänster inom de s.k. försörjningssektorerna. Kommunen är därmed skyldig att iaktta bestämmelserna i LUF. Som framgår av utredningen har Kommunen inlett förhandlingar med Krafringen Service AB samt beslutat att ta fram en avsiktsförklaring för att gemensamt med detta bolag arbeta fram förslag till en organisation för drift och underhåll av ett planerat lokalt spårvägsnät. Som framgår av den rättspraxis som redovisats ovan har upphandling påbörjats när upphandlaren utåt har tagit kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser. Om avtalsförhandlingar inletts med en extern part medför detta således att upphandling har påbörjats. I förevarande fall innefattar de kontakter som Kommunen har tagit med Krafringen Service AB, i syfte att gemensamt arbeta fram en organisation för drift och underhåll av Spårväg Lund C – ESS, just sådana kontakter att upphandling påbörjats. Av beslutet från tekniska nämndens sammanträde den 11 maj 2016 framgår vidare att Kommunen valt

³⁴ Se 16 kap. 4-6 § LUF.

³⁵ Rätten kan jml. 16 kap. 16 § LUF 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 LUF avstå från ett sådant interimistiskt förbud om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

³⁶ Rätten får emellertid, enligt 16 kap. 14 § LUF, besluta att avtalet trots allt får bestå om det skulle föreligga någon tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bevisbördan för sådant undantag åvilar den upphandlande enheten.

³⁷ 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. Här redovisad praxis avser huvudsakligen tillämpning av 17 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU, men torde äga motsvarande tillämpning även för 17 kap. LUF.

³⁸ Se HFD 2015 ref. 69.

detta framför alternativet att ”upphandla i konkurrens” samt att Krafringen Service AB ”har visat intresse för att ta ett helhetsansvar för spårvägsdriften” och att ”uppdragets omfattning har stämts av mellan parterna”.

En upphandling på vilken upphandlingsbestämmelserna formellt kan göras tillämpliga har därigenom påbörjats av Kommunen. Eftersom Kommunen vänt sig direkt till Krafringen Service AB är det även fråga om en direktupphandling.

Upphandlingen avser A-tjänster över tröskelvärde för drift och underhåll av ett publikt nät i form av spårväg. Bestämmelserna i LUF och det bakomliggande försörjningssektorsdirektivet blir därmed tillämpliga på förfarandet.

Vid detta förhållande är Kommunen som huvudregel skyldig att inhämta anbud i ett annonserat förfarande, där samtliga på marknaden verksamma leverantörer ges möjlighet att lämna anbud. Så har emellertid inte skett, utan Kommunen har beslutat att inleda förhandlingar om tilldelning av kontrakt direkt till Krafringen Service AB.

Fråga uppkommer därmed om Kommunen har något stöd i ett undantag enligt LUF från kravet på annonsering. Krafringen Service AB ingår i en bolagskoncern där Kommunen är huvudägare med 82,4 procent av aktierna. Bolaget utgör således ett till Kommunen s.k. *anknutet företag*. En förutsättning för att Kommunen ska kunna köpa tjänster direkt från bolaget är dock att leverans med anledning av tilldelningen av kontraktet motsvarar minst 80 procent av Krafringen Service AB:s genomsnittliga omsättning under de föregående tre åren. Med beaktande av att värdet av den nu aktuella upphandlingen kan uppskattas till c:a 7 miljoner kronor per år och att Krafringen Service AB omsätter i genomsnitt 221 miljoner kronor per år, är det i LUF förekommande *in-house-undantaget* för köp mellan anknutna företag inte tillämpligt. I bolagets verksamhet hänför sig enbart 56 procent till övriga i koncernen ingående företag, genomsnittligt under de åren.

Det kan vidare konstateras att det aktuella spårvägsprojektet, Spårväg Lund C – ESS, för närvarande endast är i ett planeringsstadium. Någon *synnerlig brådska* som gör det omöjligt för Kommunen att genomföra en annonserad upphandling föreligger därmed inte, utan Kommunen har god tid på sig att planera och genomföra en annonserad upphandling.

Ifråga om *ensamrätt på grund av tekniska skäl* krävs enligt unionsrättslig praxis att det kan visas uteslutet att inte också andra leverantörer skulle kunna komma ifråga för anbudsgivning. Så har emellertid inte ens påståtts vara fallet. Såvitt framgår av den tjänsteskrivelse som upprättats i ärendet har Kommunen även övervägt upphandling i konkurrens mellan flera leverantörer. Den omständigheten att förvaltningen ser Krafringen Service AB som mest lämpad att tillhandahålla aktuella tjänster medför inte i sig att ensamrättsundantaget blir möjligt att tillämpa.

Eftersom inte heller något annat i lagen inskrivet undantag kan göras tillämpligt är Kommunen skyldig att genomföra ett annonserat upphandlingsförfarande med infordran av konkurrerande anbud. Beslutet att kringgå denna skyldighet och istället vända sig direkt till Krafringen Service AB för att ta fram gemensamt förslag till organisation för drift och underhåll av ett planerat lokalt spårvägsnät strider mot LUF och de upphandlingsrättsliga direktiven samt riskerar att sätta konkurrensen ur spel. Det finns därmed anledning att rikta kritik mot Kommunen.