

PM 2 2017-04-27 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Två kommunala bolag har direkt och utan föregående annonserad upphandling slutit avtal om köp av tjänster för fastighetsförvaltning och städning m.m. för uppskattningsvis en miljon kronor/år.

De av Knivsta kommun helägda fastighetsbolagen Kommunfastigheter i Knivsta AB (nedan Kommunfastigheter)¹ respektive Knivstabostäder AB (nedan Knivstabostäder)² köper löpande fastighetsförvaltningstjänster från ett privat företag, Relita Industri & Skadeservice AB (nedan Relita).³ Parternas avtalsförhållanden har tidigare (sedan i vart fall 2014) varit oreglerade. För 2016 har dock Knivstabostäder slutit ett skriftligt kontrakt där priser och övriga villkor regleras. Avtalet, som är odaterat, ska såvitt får förstås löpa i tolv månadersperioder, med tre månaders uppsägning och årlig omförhandling den 1/1 varje år. För 2017 har parterna tecknat ett nytt, odaterat, kontrakt som avser perioden fram till och med den 31 juni 2017.

De båda kommunala bolagen har en i allt väsentligt gemensam förvaltning och samma verkställande direktör.⁴ Även Kommunfastigheter har avropat tjänster på 2016 års avtal med Relita. För 2017 har Kommunfastigheter slutit ett eget, identiskt motsvarande, avtal. Inget av de aktuella avtalen har varit föremål för en annonserad offentlig upphandling.

Enligt avtalen ska Relita utföra tjänster för fastighets- och skadeservicejour (dygnet runt) för ett fast månadsbelopp jämte tillkommande rörliga timkostnader och kostnader för servicebuss. Vidare ska Relita utföra städtjänster för **normal flyttstäd**⁵ mot, såvitt får förstås, ersättning beräknad till 108-120 kronor per kvadratmeter lägenhetsyta, beroende på lägenheternas storlek.⁶ Sådana uppkommande kostnader för flyttstädning kan de kommunala bolagen föra vidare till avflyttande hyresgäster. Exempelvis har, enligt media, Knivstabostäder debiterat en avflyttande hyresgäst med 8.800 kronor för en uppgiven flyttstädning av en lägenhet på 62 kvadratmeter.⁷ Normalt bör flyttstädning av en genomsnittlig lägenhet på 75 kvadratmeter inte kosta mer än 2.500-3.000 kronor.⁸

¹ Kommunfastigheter i Knivsta AB, med organisationsnummer 556663-1577, bildades den 27 november 2003 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 11 juni 2004; Nuvarande firma registrerades 12 december 2004. Tidigare firma har varit Startskottet U 1998 AB. Nu gällande bolagsordning godkändes av kommunfullmäktige i Knivsta den 20 mars och antogs av bolaget den 15 augusti 2014. Bolaget, som helt ägs av Knivsta kommun, har enligt gällande bolagsordning till föremål för sin verksamhet att ”inom Knivsta kommun - Förvärva, avyttra, äga, bebygga, förädla och förvalta fastigheter, tomträtter och anläggningar för huvudsaklig användning i Knivsta kommuns verksamhet samt bedriva härmed förenlig verksamhet. - Att äga, förvärva, avyttra och förvalta aktier och andelar i bolag till vilka överlämnats en för Knivsta kommun angelägenhet eller som äger fastigheter eller fastigheter som avses ovan, samt bedriva härmed förenlig verksamhet. Bolaget är skyldigt att utföra de uppdrag som bolaget tilldelas av sina ägare. Verksamheten ska bedrivas åt ägaren i ägarens ställe”.

² Knivstabostäder AB, med organisationsnummer 556637-3444, bildades den 26 november 2002 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 9 december samma år; Nuvarande firma registrerades 23 januari 2003. Tidigare firma har varit Startskottet 25500 AB. Nu gällande bolagsordning godkändes av kommunfullmäktige i Knivsta den 27 april och antogs av bolaget den 20 maj 2016. Bolaget, som helt ägs av Knivsta kommun, har enligt gällande bolagsordning till föremål för sin verksamhet att ”inom Knivsta kommun förvärva, äga, bebygga förvalta, förädla och försälja fastigheter och tomträtter med bostadslägenheter och där till hörande kollektiva anordningar samt även med lokaler i de fall lokalerna utgör en mindre del av dessa fastigheter, används för kommunal verksamhet eller är kommersiella lokaler som har ett samband med den övriga verksamheten. Bolaget är skyldigt att utföra de uppdrag som bolaget tilldelas av sin ägare. Verksamheten ska bedrivas åt ägaren i ägarens ställe”.

³ Relita Industri & Skadeservice AB med organisationsnummer 556530-9233, bildades den 22 mars 1996 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 12 april 1996; Nuvarande firma registrerades 12 juni 2013. Tidigare firma har varit Relita Industri och Skadeservice AB, Relita Skadeservice AB och Borgström & Johnsson Sanerings Entreprenad AB. Nu gällande bolagsordning antogs av bolaget den 12 maj 2015. Bolaget har enligt gällande bolagsordning till föremål för sin verksamhet att ”bedriva skadeservice, industrirengöring, fastighetsservice, vacuumsugning och högtrycksspolning. Bedriva utbildning avseende skadeservice, industrirengöring, fastighetsservice, vacuumsugning och högtrycksspolning samt idka därmed förenlig verksamhet”. Bolaget, som är privatägt, omsatte 2015 c:a 362 miljoner kronor.

⁴ Såväl styrelse som verkställande direktör är gemensam för de båda bolagen.

⁵ Med **normal flyttstäd** ska enligt avtalen förstås ”städ som ej hör till **normalfall** (skurmaskin, polish, extra smutsigt)”. För sådan extra krävande städning ska debitering istället ske på löpande räkning, transportkostnader tillkommer.

⁶ Pris enligt avtal ska utgå med 120 kr för lägenheter < 50 kvm, med 115 kr för lägenheter 51-100 kvm och med 108 kr för lägenheter 101-150 kvm, därtill tillägg för maskiner och förbrukningsmateriel. Angivna priser exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).

⁷ Se artikeln ”Joss, 27, Flyttstädning kostade 26.000 kronor”, införd i Expressen den 4 januari 2017. Enligt artikeln debiterade Knivstabostäder ursprungligen den berörda hyresgästen 17.492 kronor för flyttstädning av en lägenhet på 64 kvadratmeter med påstående om ”skitiga fönster och smuts bakom spisen”. Debitering avsåg bl.a. sju liter rengöringsmedel och totalt tolv kilo trasor. Efter att fakturan bestritts erhöll hyresgästen ytterligare en faktura på 8.669 kronor för en annan flyttstädning, dvs. totalt 21.691 kronor. Efter ytterligare bestridande erhöll hyresgästen besked om att den senare fakturan var felaktig, men att 17.492 kronor skulle betalas. Efter att saken

Under 2016 har Knivstabostäder betalat 459.128 kronor och Kommunfastigheter 673.897 kronor i löpande ersättning till Relita. Det s.k. kontraktsvärdet av det avtal som fastighetsbolagen slutit med Relita kan vid en tillämpning av beräkningsregeln i LOU således uppskattas till totalt 4.531 miljoner kronor, fördelat på 1,836 miljoner kronor för Knivstabostäder respektive 2,695 miljoner kronor för Kommunfastigheter.

Gällande rätt

Med offentlig upphandling avses förfarandet fram till och med tilldelningen av bland annat ett *offentligt tjänstekontrakt* 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 som har påbörjats före den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.⁹ 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 upphandlingsdirektivet (2004/18/EG).¹⁰

Kommunala allmännyttiga företag¹¹ utgör enligt legaldefinitionen i 2 kap. 12 § jämförd med 19 § LOU sådana s.k. *upphandlande myndigheter* (offentligt styrda organ) som obligatoriskt har att 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 byggtreprenadarbeten inom de europeiska gemenskaperna som heter *Common Procurement Vocabulary* eller CPV.¹² Tjänster för reparation och underhåll av utrustning i byggnader (CPV 88640 50710000-5) och av elektrisk och maskinteknisk utrustning i byggnader (CPV 50712000-9) samt av hissar (CPV 50740000-4) utgör sådana Underhålls- och reparationstjänster som kategoriseras som A-tjänster (kategori 1 enligt bilagan 2 till LOU) medan fastighetsstädning och fastighetsförvaltning kategoriseras som B-tjänster (kategori 14 enligt bilagan 3 till LOU). En upphandling som avser både A-tjänster och B-tjänster ska enligt den s.k. överviktsprincipen i 1 kap. 2 § fjärde stycket LOU anses utgöra en upphandling av A-tjänster om värdet av A-tjänsterna överstiger värdet av B-tjänsterna. I annat fall ska upphandlingen i sin helhet anses vara en upphandling av B-tjänster. En upphandling av A-tjänster under det vid varje tidpunkt gällande tröskelvärdet eller av B-tjänster ska handläggas med ledning av de i 15 kap. LOU införda bestämmelserna. Om värdet överstiger tröskelvärdet ska upphandling istället genomföras med ledning av de direktivstyrda bestämmelserna i 1-15 kap. LOU. Tröskelvärdet uppgick 2016 till 1.806.427 kronor.¹³

uppmärksammas i media justerades det hela till att hyresgästen skulle betala 8.800 kronor. I artikeln hänvisar en företrädare för Knivstabostäder till att bolaget har ”ett avtal med en städfirma som säger att kostnaden för en lägenhetsstädning ska gå på 111 kronor per kvadratmeter, exklusive moms”.

⁸ En undersökning som tidskriften Hem och Hyra gjorde 2014 visar att städfirmor tar i snitt 2.400 kronor för en normalsmutsig trea på 75 kvadratmeter.

⁹ Lagen har numera ersatts genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – NLOU – vilken trädde ikraft den 1 januari 2017.

¹⁰ 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. Direktivet har numera kommit att ersättas genom direktiv (2014/24/EU).

¹¹ Begreppet *offentligt styrda organ* som även utgör upphandlande myndigheter omfattar enligt 2 kap. 12 § LOU bland annat sådana kommunala bolag som tillgodoser behov i det allmänna intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

¹² CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4) – 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.

¹³ Tröskelvärdet för kommunal upphandling av tjänster inom den s.k. klassiska sektorn uppgick 2016 till 1.910.323 kronor. Därförinnan uppgick tröskelvärdet, under perioden 2014-2015, till 1.806.427 kronor. – se regeringens tillkännagivande (2016:14) respektive (2014:5) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

Avser upphandlingen tjänster där något totalpris inte anges ska enligt 3 kap. 12 § LOU det s.k. *kontraktsvärdet* av upphandlingen beräknas till det totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader, eller av månadsvärdet multiplicerat med talet 48 om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid. Förekommande options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjats.

Syftet med reglerna om offentlig upphandling är att bland annat säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. Det har därför i 1 kap. 9 § LOU införts ett antal unionsrättsligt grundade principer som oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid offentlig upphandling. Av principerna om *likabehandling* och *öppenhet (transparens)* följer att alla leverantörer ska behandlas lika och ges möjlighet till en sådan insyn att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud på lika villkor.¹⁴

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. I 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.¹⁵

LOU är generellt tillämplig på alla åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ramavtal avseende bl.a. A-tjänster under tröskelvärdet eller B-tjänster.¹⁶ Enligt det s.k. *in-house-undantaget* i 2 kap. 10 a § LOU får dock under vissa förutsättningar en upphandlande myndighet sluta avtal direkt, och utan iakttagande av lagens förfarandebestämmelser, med en fristående juridisk person som myndigheten själv kontrollerar som ägare eller delägare.¹⁷

Enligt 1 kap. 7 § LOU behöver förfarandebestämmelserna heller 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 en viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktisk ensamsituation) medför emellertid inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.¹⁸

Om något undantag från LOU inte kan göras tillämpligt ska upphandling genomföras enligt lagens bestämmelser. I sådant fall ska enligt huvudregeln i 1 kap. 9 § LOU den upphandlande myndigheten genomföra ett på likvärdigt och icke-diskriminerande samt öppet (transparent) förfarande. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Vid en upphandling av B-tjänster föreligger det som regel en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt, jml. 15 kap. 4 § LOU, offentliggöra sina upphandlingar genom annons i en allmänt tillgänglig elektronisk databas eller på annat sätt som möjliggör effektiv konkurrens. Enligt 15 kap. 3 § andra stycket jämförd med 4 kap. 5 § och 7-8 §§ LOU föreligger det vid upphandling av A-tjänster under tröskelvärdet eller av B-tjänster dock undantag från denna skyldighet vid följande förutsättningar.

- det som ska upphandlas har *lågt värde* – d.v.s. det samlade kontraktsvärdet understiger 28 procent av gällande tröskelvärde (för närvarande 534.890 kronor) – eller om det föreligger *synnerliga skäl*,

¹⁴ De grundläggande principer som åsyftas följer numera av avdelning IV i EUF-fördraget - tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG.

¹⁵ 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.

¹⁶ Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

¹⁷ Se 2 kap. 10 a § LOU. Möjlighet till sådant undantag föreligger dock enbart om följande två förutsättningar samtidigt är uppfyllda, nämligen (1) att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning, och (2) att den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den.

¹⁸ 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.

- 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
- 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 tröskelvärdesberäkningen av värdet av det ursprungliga projektet, eller
- det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl kan levereras av endast en viss leverantör.

Vid beräkningen av om det föreligger *lågt värde* ska enligt 15 kap. 3 a § LOU kontraktets värde uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Förekommande options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjats.¹⁹

Undantaget från annonseringskravet på grund av *synnerlig brådska* avser extraordinära situationer. 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.²⁰ 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.²¹

De omständigheter som kan rättfärdiga *synnerlig brådska* måste vidare bero på yttre förhållanden, dvs. förhållanden som ligger utanför det område som den upphandlande myndigheten har kunnat förutse eller påverka. *Egenförvårdad brådska* hos den upphandlande myndigheten 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*.²² Härutöver måste den aktuella tidsnöden vara sådan att det inte har varit möjligt att hålla tidsfristen vid annonserat förfarande, vilken vid upphandling av B-tjänster innefattar ett krav på *skälig tid* för att komma in med ansökningar eller anbud.²³

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis²⁴ ska 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.²⁵ Det ankommer på den som åberopar ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar detta faktiskt föreligger.²⁶

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.²⁷

¹⁹ Vidare följer av bestämmelsen i 15 kap 3 a § LOU att en upphandling inte får delas upp i syfte att kringgå lagen. Om separata upphandlingar dock måste ske, ska vid beräkningen beaktas samtliga direktupphandlingar av samma slag som har gjorts av den upphandlande myndigheten under räkenskapsåret.

²⁰ Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i mål nr 7469--7472-11.

²¹ 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.

²² Se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

²³ Se 15 kap. 9 § LOU. Bedömningen får göras från fall till fall med hänsyn till upphandlingens art, storlek och karaktär samt med beaktande av de grundläggande principerna om bl.a. likabehandling och ickediskriminering i 1 kap. 9 § LOU. I praxis har frister på mellan två och fyra veckor ansetts utgöra *skälig tid* - se bl.a. se bl.a. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) Årssammanställning för 1996, avsnitt 14.2, s 39 samt nämndens bedömningar i ärende om Stiftelsen Baldersnäs (dnr. 1998/0166-26) och om Göteborgs stad (dnr 1998/0160-26); se vidare RÅ 1999 not. 1 samt Länsrätten i Stockholms läns dom i mål 4546-94 samt Länsrätten i Västernorrlands läns dom i mål 99-04.

²⁴ Från senare rättspraxis se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C- 157/06) EU:C:2008:530, p. 23.

²⁵ 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.

²⁶ 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.

²⁷ Se 16 kap. 4-6 § LOU.

I fall där avtal redan uppkommit kan rätten, jml. 16 kap. 13 § LOU,²⁸ besluta att avtalet är *ogiltigt*, om det har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga.²⁹

Det är i sådant fall fråga om ursprungsogiltighet (*ex tunc*). Av lagförarbetena framgår i detta avseende bland annat följande.³⁰

”Om avtalet förklaras ogiltigt innebär det att det är civilrättsligt ogiltigt och inte kan göras gällande. Skyldigheten att fullgöra avtalet bortfaller alltså för båda parter. Har förpliktelseerna i avtalet helt eller delvis uppfyllts är huvudregeln att prestationerna ska återgå. Om en återgång av prestationerna inte är möjlig är utgångspunkten att det förmögenhetsläge som gällde innan det ogiltiga avtalet slöts ska återställas. Om exempelvis varor som levererats redan förbrukats eller tjänster redan utförts kan parterna få utge ersättning för den nytta de haft av varandras prestationer.”

Den upphandlande myndigheten kan också bli skadeståndsskyldig gentemot leverantör som fått sitt avtal ogiltigförklarat.³¹ Utgångspunkten är enligt lagförarbetena att ersättning som regel bör utgå med ett uppskattat skäligt belopp, med hänsyn till bl.a. överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikterna till vinst. En skälighetsbedömning ska även göras där bland annat frågan om leverantören varit i god eller ond tro i förhållande till regelöverträdelsen ska kunna beaktas.³²

Konkurrensverket kan även begära att en upphandlande myndighet som har slutit avtal på sätt som strider mot annonseringsbestämmelserna i LOU ska betala en särskild *upphandlingsskadeavgift*. En sådan straffavgift beslutas ytterst av allmän förvaltningsdomstol och ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor.³³ Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktsvärdet. I rättspraxis har upphandlingsskadeavgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet³⁴ men en individuell bedömning ska alltid ske med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.³⁵

Yttrande

Knivsta kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar. Kommunfastigheter och Knivstabostäder har i ett gemensamt yttrande anfört följande. Bolagen har genomfört en direkt-upphandling gällande fastighets- och skadeservicejour med möjlighet att avropa flyttstäd. Huvudpunkten med avtalet är att kunna avropa fastighets- och skadeservicejour, vilket enligt bolagens bedömning utgör A-tjänster, vid akuta fall utöver ordinarie arbetstid. Avtalet ska med ledning av den s.k. överviktpincipen därför betraktas som ett A-tjänstekontrakt.

Knivstabostäder har en policy gentemot sina hyresgäster att vid frånträde av bostad åligger det hyresgästen att genomföra flyttstädning i egen regi. Om flyttstädning inte genomförs eller inte gjorts ordentligt och hyresgästen uppmanas från fastighetsbolaget att korrigera felet utan att rätta till det, har Knivstabostäder rätt att avropa flyttstädning och debitera hyresgästen. Sådana avrop är

²⁸ Rätten kan jml. 16 kap. 16 § LOU även förordna 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.

²⁹ 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.

³⁰ Se prop. 2009/10:180 s. 361 (nederst).

³¹ Se 16 kap. 20 § LOU, enligt vilken en upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i LOU ska ersätta därigenom uppkommen skada för en leverantör.

³² Se prop. 2009/10:180 s. 226 (mitten).

³³ Se Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 10 december 2015 i mål nr. 13345-15.

³⁴ 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.

³⁵ Se HFD 2015 ref. 69.

inte vanligt förekommande och utgör endast 6 procent av den totala avtalssumman per år. De tjänster som utredningen avser ska med ledning av den s.k. överviktpincipen betraktas som A-tjänster.

Bolagen påbörjade en internkontroll under 2016 gällande fastighets- och skadejour och upptäckte att kostnaderna de senaste tre (3) åren ökat. Därför har bolagen bestämt att påbörja en process att konkurrensutsätta tjänsten gällande fastighets- och skadejour. Genom att bolagen innan Konkurrenskommissionen granskning redan påbörjat en internkontroll och påbörjat en process att konkurrensutsätta tjänsten anser bolagen att kommissionens ansökan om att Konkurrensverket ska påbörja en egen utredning ska avslås.

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.

De av Knivsta kommun helägda fastighetsbolagen Kommunfastigheter respektive Knivstabostäder utgör sådana offentligt styrda organ som även är upphandlande myndigheter. De är därför skyldiga att iaktta bestämmelserna i LOU. I yttrande till Konkurrenskommissionen har bolagen erkänt att de sedan i vart fall mer än tre år direktupphandlat ifrågavarande tjänster, vilka enligt deras uppfattning dessutom utgör huvudsakligen A-tjänster, direkt från Relita. Avrop på avtalet sker för närvarande (2016) för c:a 500.000 kronor per år för vart och ett av bolagen, för således totalt c:a 1 miljon kronor per år, vilket utgör avtalets årliga kontraktsvärde. Det totala kontraktsvärdet uppgår därmed, enligt systemet för tröskelvärdesberäkning enligt LOU, till ett belopp som väsentlig överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde för kommunal tjänsteupphandling, och skulle rätteligen ha upphandlats med ledning av de direktivstyrda bestämmelserna i 1-15 kap. LOU.

Varken Knivsta kommun eller de kommunala fastighetsbolagen utövar något sådant ägande eller kontroll över Relita att *in-house-undantag* skulle kunna komma ifråga och Relita har inte något *rättsligt monopol* på att utföra aktuella tjänster åt Kommunen eller dess bolag. Avtalens respektive värde, sett över de löpande avtalsförhållandenas hela tid, är vidare sådant att direktupphandling till följd av *lågt värde* inte kan komma ifråga. Någon *synnerlig brådska* som skulle kunna motivera direktupphandling har heller inte framkommit. Fastighetsbolagen skulle istället ha infordrat konkurrerande anbud genom annons i en allmänt tillgänglig elektronisk databas eller på annat sätt som möjliggör effektiv konkurrens. Förfarandet, att kringgå upphandlingsskyldigheten enligt LOU och istället täcka sitt behov av aktuella tjänster direkt från Relita, strider således mot LOU på ett sätt som är ägnat att snedvrida förutsättningarna för konkurrensen. Detta har även fått till konsekvens att berörda hyresgäster har kommit att kraftigt överdebiteras sådan flyttstädning som på deras bekostnad utförts av Relita. Det finns därmed anledning att rikta allvarlig kritik mot Kommunen och de kommunala fastighetsbolagen, som även riskerar att få betala upphandlingsskadeavgift om Konkurrensverket väljer att ingripa mot förfarandet. Den omständigheten att bolagen numera förefaller ha konstaterat att det föreligger en obligatorisk upphandlingsskyldighet och att de även har bestämt att påbörja en process att konkurrensutsätta tjänsten gällande fastighets- och skadejour medför ingen annan bedömning, detta särskilt eftersom att den kraftiga överdebiteringen gällande flyttstädning verkar kvarstå för berörda hyresgäster.