

PM 2 2020-10-08 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otilåtten direkttilldelning (synnerlig-brådska).**

*En kommun har, under föregivande av synnerlig brådska, beslutat köpa arbeten för dammrenovering till ett värde av åtta miljoner kronor utan föregående annonserad anbudsinfordran.*

Uppvidinge kommun (nedan Kommunen) har den 30 augusti 2019 slutit avtal (nedan Renoveringsavtalet)<sup>1</sup> direkt med ett privat företag (nedan Byggföretaget) för renovering av ”*Klavreströms luckkonstruktion och bro i dammen*”.<sup>2</sup>

Kommunen beslutade redan den 9 april 2019 att ”*med anledning av det akuta läget påbörja renovering av dämnet vid Änghultasjön senast i augusti månad 2019*”.<sup>3</sup> I beslutet anges vidare:

Diskussioner angående dämnet i Änghultasjön har pågått i många år. Dämnet är i mycket dåligt skick och riskerar att haverera med konsekvenser som risk för människors liv, materiella skador samt miljöförstöring. Två av varandra oberoende [bl.a. Byggföretaget] anser att dämnet bör renoveras skyndsamt.

Det finns en fiskodling (EM lax) i nära anslutning till dämnet vid Änghultasjön som under våren och sommaren har sin mest intensiva period. EM lax har ett stort vattenuttag ur Änghultasjön (220 liter/ sek.). Risken är mycket stor att EM lax fiskyngel inte skulle överleva ifall renoveringen av dämnet skulle påbörjas tidigare. Detta beror på att vattnet i Änghultasjön skulle grumlans upp och inte kunna användas av fiskodlingen.<sup>4</sup>

Kommunens beslutade den 13 augusti 2019 anta Byggföretagets offert för renovering av dämnet i Änghultasjön.<sup>5</sup> Såvitt förstås åberopar Kommunen *synnerlig brådska* som skäl till att inte genomföra en öppen upphandling.<sup>6</sup>

Det s.k. kontraktsvärdet av Renoveringsavtalet kan med ledning av vad som framgår av utredningen uppskattas till c:a åtta miljoner kronor.

**Rättslig reglering**

Med *offentlig upphandling* avses bland annat förfarandet till och med tilldelning av ett kontrakt med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser bland annat tillhandahållande av byggtreprenadarbeten mot ersättning.

Upphandling som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU. Bestämmelserna är en följd av bland annat 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. LOU-direktivet (2014/24/EU)<sup>7</sup> och syftar bland annat till att motverka korruption i offentlig verksamhet.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> Renovering av luckkonstruktion i Klavreström Kontrakt och Administrativa Föreskrifter mellan Kommunen och Byggföretaget, daterat 27 juli 2019 och undertecknat 30 augusti 2019.

<sup>2</sup> Renoveringsavtalet punkten AFA.21.

<sup>3</sup> Kommunstyrelsen i Uppvidinge Sammanträdesprotokoll av den 9 april 2019 § 87 Renovering av Änghultasjöns dämme och Klavreströms regleringsdamm dnr. 2017-000295.

<sup>4</sup> Se fotnot 5.

<sup>5</sup> Kommunstyrelsen i Uppvidinge Sammanträdesprotokoll av den 13 augusti 2018 § 161 Renovering av Änghultasjöns dämme och Klavreströms regleringsdamm dnr. 2017-000295

<sup>6</sup> Se Renoveringsavtalet punkten AFA.21 där det anges att ”*Klavreströms luckkonstruktion och bro i dammen är i mycket dåligt skick. Detta har gjort att kommunen valt att åtgärda dessa konstruktioner akut*”. Se även uttalande från vice ordförande i kommunstyrelsen av den 23 januari 2019 där det framgår att ”*Vice ordförande i kommunstyrelsen [...] hänvisar till att frågan var akut. Man hann därför inte med att göra någon upphandling.*” (<https://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=106&artikel=7391019> läst 5 februari 2020). Konkurrenskommissionen har hos Kommunen begärt att ta del av dokumentation som styrker Kommunens beslut att direkttilldela kontraktet, begäran har dock avslagits med hänvisning till att dokumentation saknas, se *Beslut avseende begäran om utlämnande av allmän handling* dnr. 2017-000295 av den 29 januari 2020.

<sup>7</sup> Europaparlamentets och Rådets direktiv (2014/24/EU) av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

<sup>8</sup> Se bl.a. betänkandet SOU 2018:44, jämte där angivna rättskällor.

Lagen är generellt tillämplig på åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet för att anskaffa tjänster genom tilldelning av ett kontrakt.<sup>9</sup>

Kommuner utgör enligt legaldefinitionen i 1 kap. 22 § LOU sådana *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt måste följa lagens bestämmelser. Syftet med dessa är bland annat att säkerställa den fria rörligheten av varor och tjänster. Det har därför införts ett antal grundläggande principer i 4 kap. 1 § LOU, vilka oavsett förfarande ska iakttas vid offentlig upphandling. Däribland krav på *likabehandling* och *öppenhet (transparens)*.<sup>10</sup> Av dessa följer att alla leverantörer<sup>11</sup> ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud utifrån samma villkor. Alla leverantörer ska ges samma relevanta information vid samma tillfälle.<sup>12</sup> Enligt vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalar i HFD 2012 ref. 48 är det nämligen en av regelverkets viktigaste funktioner att säkerställa leverantörernas lika förutsättningar att kunna lämna konkurrenskraftiga anbud. I 4 kap. 2 § LOU finns därför en förtydligande bestämmelse enligt vilken en upphandling inte får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Byggtreprenadarbeten ska, om anskaffningens s.k. *kontraktsvärde* understiger gällande tröskelvärdet för närvarande 52.620.561 kronor,<sup>13</sup> upphandlas med iakttagande av de nationella bestämmelserna i 19 kap. LOU. Vid detta förhållande ska upphandlingen som regel genomföras i ett förenklat, urvals- eller selektivt förfarande.<sup>14</sup> *Direktupphandling*, där den upphandlande myndigheten tillåts vända sig direkt till viss leverantör, får användas om upphandlingen avser ett lågt värde<sup>15</sup> eller om förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 12–19 §§ LOU är uppfyllda eller det annars föreligger *synnerliga skäl*.<sup>16</sup>

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering kan enligt 6 kap. 15 § LOU komma ifråga om det kan visas föreligga en *synnerlig brådska* som inte beror på omständigheter som kan tillskrivas eller har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten. Brådskan ska även gjort det omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid ett annonserat förfarande. För möjlighet till detta undantag måste anskaffningen vidare vara *absolut nödvändig*. Detta gör att undantaget endast kan komma ifråga vid extraordinära situationer, med brådskande behov av stor samhällsekonomisk betydelse eller viktig medicinsk art<sup>17</sup> där det är uppenbart att kontrakt omedelbart måste komma till stånd för att det inte annars ska uppstå mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa.

De omständigheter som åberopas till stöd för *synnerlig brådska* ska vidare bero på yttre förhållanden, dvs. saker som ligger utanför det område som den upphandlande myndigheten har kunnat förutse eller påverka.<sup>18</sup> *Egenförvällad brådska* som exempelvis kan ha uppkommit till följd av bris-tande planering medför inte möjlighet till undantag.<sup>19</sup> I rekvisitet om oförutsebarhet ligger sålunda att förhållandena närmast ska ha *karaktären av force majeure*.<sup>20</sup>

<sup>9</sup> Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

<sup>10</sup> De grundläggande principer som här åsyftas följer numera av avdelning IV FEUF – (tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG). Angående de grundläggande principernas innebörd, se bl.a. prop. 2006/07:128, s. 132 samt prop. 2015/16:195, avsnitt 9.1 (s. 426 ff.).

<sup>11</sup> Med *leverantörer* avses enligt 1 kap. 16 § LOU företag som är verksamma med att på marknaden tillhandahålla varor, tjänster eller byggtreprenader.

<sup>12</sup> Prop. 2006/07:128, s. 132, samt EU-domstolens domar i *Succhi di Frutta* (C-496/99), EU:C:2004:236, pp. 108–111, *SIAC Construction* (C-19/00) EU:C:2001:553, p. 42 och i *Cartiera dell'Adda* (C-42/13) EU:C:2014:2345, p. 44, se även domstolens avgörande i *Connexion Taxi* (C-171/15) EU:C:2016:948, pp. 39 och 40.

<sup>13</sup> Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärdet* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 5 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Gällande tröskelvärdet för byggtreprenad uppgick 2019 till 52.620.561 kronor - se regeringens tillkännagivande (2018:34) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>14</sup> 19 kap. 7 § första stycket LOU.

<sup>15</sup> Med *lågt värde* avses *ett belopp som understiger 586.907 kronor*, se 19 kap. 7 § tredje stycket jfr. 5 kap. 1 § LOU samt regeringens tillkännagivande (2018:34) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>16</sup> 19 kap. 7 § tredje stycket LOU.

<sup>17</sup> Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i mål nr 7469–7472-11.

<sup>18</sup> Som en icke egenförvällad brådska kan enligt HFD 2019 ref 65, p. 52 anses försening som uppkommit på grund av en utdragen överprövningsprocess.

<sup>19</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien III* (C-385/02) EU:C:2004:522, punkten 38.

<sup>20</sup> Se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

Vid upphandling under tröskelvärden är tidsfristen för anbudsinfördran i ett annonserat förfarande inte närmare reglerad i lagen. Enligt 19 kap. 15 § LOU ska anbudsfristen istället vara utformad så anbudssökande och anbudsgivare ges en ”skälig tid” att komma in med ansökningar eller anbud. Tiden för att komma in med anbudsansökningar får dock aldrig vara kortare än 10 dagar från den dag då ansökningsinbjudan blev publicerad.<sup>21</sup> I praxis har anbudstider på omkring tre veckor ansetts uppfylla lagens krav på skälig tid.

Enligt den allmänna s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis ska möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i de unionsrättsliga fördragen inom området för offentlig upphandling vidare tolkas *restriktivt*. Bevisbördan, att bevisa de särskilda omständigheter som motiverar ett sådant undantag, ankommer vidare på den upphandlande myndigheten.<sup>22</sup>

Avtal som har kommit till genom s.k. *otillåten direkttilldelning*, utan iakttagande av kravet på annonsering kan förklaras ogiltigt efter beslut av allmän förvaltningsdomstol.<sup>23</sup> En ogiltighetsansökan ska i så fall som huvudregel komma in till rätten inom sex månader från det att avtalet slöts.<sup>24</sup>

Om det kan motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset ska domstolen besluta att avtalet får bestå, även om förutsättningarna för ogiltighet annars är uppfyllda.<sup>25</sup> Domstolen kan istället, på talan av Konkurrensverket, senare besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av den upphandlande myndigheten.<sup>26</sup> En sådan avgift ska beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor, dock inte högre än tio procent av kontraktsvärdet.<sup>27</sup> I rättspraxis har dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet.<sup>28</sup> Talan om upphandlingsskadeavgift ska senast vara väckt inom sex månader från lagakraftvunnen dom om avtalsogiltighet eller i annat fall senast ett år från den tidpunkt då avtalet slöts.<sup>29</sup>

### **Yttrande**

Kommunen 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.

### **Slutlig bedömning**

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Kommunen är som upphandlande myndighet skyldig att vid sina anskaffningar följa förfarandebestämmelserna i LOU. Av utredningen i ärendet framgår att Kommunen under flera år känt till att Änghultasjöns dämme och Klavrestöms regleringsdamm behöver renoveras. Redan i januari 2019 bedömde Kommunen renoveringsbehovet som akut.<sup>6</sup> Enligt kommunstyrelsens protokoll från den 9 april 2019 beslutade Kommunen dock, trots kunskap om det trängande behovet, att skjuta fram erforderliga renoveringsarbeten till efter sommaren 2019.

---

<sup>21</sup> 19 kap. 15 § LOU.

<sup>22</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23 samt där noterad praxis. Se även HFD 2017 ref. 66 jämte där anmärkta rättsfall.

<sup>23</sup> 20 kap. 13 § LOU.

<sup>24</sup> 20 kap. 17 § LOU.

<sup>25</sup> 20 kap. 14 § LOU.

<sup>26</sup> 21 kap. 1 § första stycket 2 LOU.

<sup>27</sup> 21 kap. 4 § LOU.

<sup>28</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>29</sup> 21 kap. 7 § LOU

Även om det med hänsyn till sjöns fiskodling kunnat framstå som sakligt motiverat att avvakta arbetenas utförande så har det inte varit omöjligt för Kommunen att redan i januari, och i vart fall i april 2019, påbörja en ordinarie annonserad upphandling av entreprenadarbetena.

Under tiden från januari 2019, då behovet bedömdes akut, fram till och med den 30 augusti samma år då avtal tecknades med Byggföretaget har Kommunen haft mer än sju månader att hinna upphandla aktuella renoveringsarbeten. Även räknat från det formella renoveringsbeslutet den 9 april 2019 har det funnits gott om tid för en annonserad upphandling. Någon *synnerlig brådska* till följd av oförutsedda omständigheter som har gjort det omöjligt för Kommunen att hålla tidsfristerna för ett annonserat förfarande har därmed inte förelegat. Det kan särskilt mot bakgrund av Kommunens senfärdighet även sättas ifråga om det har varit absolut nödvändigt att ett kontrakt omedelbart måste komma till stånd för att det inte annars skulle uppstå mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa.

Någon annan grund för Kommunen att direktupphandla aktuella byggentreprenadarbeten för c:a åtta miljoner kronor har inte ens påståtts föreligga. Renoveringsavtalet har sålunda tilldelats Byggföretaget i strid mot LOU. Det finns det därför anledning att rikta kritik mot Kommunen, som på detta sätt snedvridit konkurrensförhållandena på den lokala marknaden för bygg- och anläggningsarbeten.