

Uppvidinge kommun

Tillsyn enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling; granskning av Uppvidinge kommuns upphandling av byggtreprenad

Konkurrensverkets beslut

Uppvidinge kommun har agerat i strid med 10 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling genom att den 14 oktober 2022 ingå avtal om byggnation av en industrilokal på Åseda södra industriområde utan föregående annonsering. Då förutsättningar för detta saknades, utgör det en otillåten direktupphandling.

Uppvidinge kommun förtjänar kritik för sitt agerande.

Ärendet avslutas.



Bakgrund till ärendet

1. Konkurrensverket uppmärksammade i februari 2024 genom sin omvärldsbevakning uppgifter om att Uppvidinge kommun (kommunen) hade ingått ett avtal om byggnation av en industrilokal utan föregående annonsering.
2. Mot bakgrund av uppgifterna inledde Konkurrensverket i mars 2024 ett tillsynsärende avseende kommunens anskaffning av byggentreprenad, i syfte att närmare granska aktuella omständigheter och att utreda huruvida eventuell anskaffning genomförts i enlighet med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU).¹

Konkurrensverkets utredning i ärendet

3. Av utredningen har bland annat följande framkommit. Den 14 oktober 2022 ingick kommunen ett avtal med en leverantör om byggnation av en industrilokal på Åseda södra industriområde. Efter färdigställandet skulle industrilokalen hyras ut till en privat näringsidkare. Avtalets värde uppskattades av kommunen uppgå till 70 000 000 kronor.
4. Kommunen har därutöver under utredningen bland annat anfört följande.
5. Avtalets ingående föregicks inte av någon annonsering. Inte heller avropades avtalet från ett befintligt ramavtal. Kommunen ansåg att situationen var akut eftersom en av dess företagare hade ingått ett bindande avtal med ett större multinationellt företag för hemtagning av produktionskapacitet. Produktionen var bestämd att starta på ett fastställt datum. De förväntade arbetstillfällena skulle kompensera de som gick förlorade vid konkursen av ett annat företag. Att hantera upphandlingsprocessen politiskt och att genomföra en annonserad upphandling var inte möjligt med tanke på den knappa tidsramen.

Skälen för beslutet

Rättslig reglering

Tillämplig lag

6. LOU gäller för upphandling som genomförs av upphandlande myndigheter. Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av kontrakt.²

¹ Nya regler om upphandlingsskadeavgift trädde i kraft den 1 januari 2024. Enligt övergångsbestämmelserna gäller dock äldre bestämmelser fortfarande för sådana upphandlingar som har påbörjats före det datumet. I detta ärende tillämpas LOU i dess lydelse före den 1 januari 2024.

² 1 kap. 2 § LOU.



7. Med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en upphandlande myndighet och en leverantör och som avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenader.³
8. Av praxis från EU-domstolen framgår att ett avtal utgör ett offentligt kontrakt om avtalet reglerar ett utbyte av prestationer i form av att en upphandlande myndighet åtar sig att utge ersättning för att en leverantör ska utföra en prestation som är av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten. Vidare krävs att det i och med avtalet uppstår rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär mellan parterna.⁴ Av praxis och relevanta förarbeten framgår vidare att det inte krävs att en anskaffning är avsedd för ett offentligt ändamål för att denna ska omfattas av upphandlingslagarnas tillämpningsområde.⁵ En anskaffning förutsätter inte heller att äganderätten för något övergår mellan leverantören och den upphandlande myndigheten, begreppet anskaffa ska förstås i vid mening som att få tillgång till fördelarna av varorna, tjänsterna eller byggentreprenaden.⁶ Det saknar betydelse om leverantörens prestation kommer den upphandlande myndigheten eller tredje man till godo.⁷

Avtalets karaktär

9. Med byggentreprenadkontrakt avses bland annat kontrakt som avser utförande eller både projektering och utförande av ett byggnadsverk, eller innebär att ett byggnadsverk realiseras, enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet som utövar ett avgörande inflytande över typer av byggnadsverk eller över projekteringen.⁸
10. Med byggnadsverk avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt fyller en teknisk eller ekonomisk funktion.⁹

Annonseringsskyldighet

11. Huvudregeln enligt LOU är att avtal ska föregås av annonsering och att alla leverantörer ska få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna,

³ 1 kap. 15 § LOU.

⁴ Se bland annat EU-domstolens dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, EU-domstolens dom av den 18 januari 2007, Auroux m.fl., C-220/05, EU:C:2007:31, p. 45–47 och EU-domstolens dom av den 21 december 2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, p. 43.

⁵ EU-domstolens dom av den 15 juli 2010, Kommissionen mot Tyskland, C-271/08, EU:C:2010:426, p. 68–80. Se även artikel 1.1 och 1.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet) och prop. 2015/16:195 s. 934.

⁶ Prop. 2015/16:195 s. 317 och 933 och skäl 4 till LOU-direktivet.

⁷ Prop. 2015/16:195 s. 934.

⁸ 1 kap. 9 § LOU.

⁹ 1 kap. 10 § LOU.



anbud.¹⁰ För att avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen ska kunna ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpligt.¹¹ Undantagen från skyldigheten att annonsera ska tolkas restriktivt.¹²

12. År 2022 var direktupphandlingsgränsen för byggtreprenader enligt LOU 700 000 kronor och tröskelvärdet för direktivstyrda upphandlingar var 55 991 099 kronor.

Bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av synnerlig brådska

13. Enligt 6 kap. 15 § LOU får en upphandlande myndighet tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av synnerlig brådska om det föreligger vissa särskilda omständigheter. Det ska vara fråga om synnerlig brådska som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten. Det ska även vara omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller för ett öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Slutligen måste den aktuella anskaffningen vara absolut nödvändig.
14. Det ställs höga krav på den upphandlande myndighetens planering och organisation för att undantaget för synnerlig brådska ska kunna tillämpas.¹³ Bestämmelsen får endast användas under mycket exceptionella omständigheter.¹⁴ De omständigheter som föranleder brådskan får inte till någon del bero på den upphandlande myndighetens agerande.¹⁵ Att en omständighet inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten innebär att den omständighet som föranlett brådskan närmast har karaktären av force majeure.¹⁶
15. Det krävs att det föreligger ett orsakssamband mellan brådskan att anskaffa en viss tjänst och den omständighet som läggs till grund för tillämpningen

¹⁰ 10 kap. 1 § LOU.

¹¹ 6 kap. 12–19 §§ LOU.

¹² Se bland annat EU-domstolens dom i mål C-199/85 Kommissionen mot Italien, EU:C:1987:115, p. 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland, EU:C:2003:220, p. 58, mål C-385/02 Kommissionen mot Italien, EU:C:2004:522, p. 19, mål C-394/02 Kommissionen mot Grekland, EU:C:2005:336, p. 33 och mål C-26/03 Stadt Halle, EU:C:2005:5, p. 46. Se även prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

¹³ Jämför t.ex. mål C-385/02 Kommissionen mot Italien, EU:C:2004:522, p. 26–28.

¹⁴ Se skäl 50 i direktiv 2014/24/EU.

¹⁵ Se prop. 2006/07:128 s. 327 och 429, prop. 2009/10:180 s. 344 samt mål C-385/02 Kommissionen mot Italien, EU:C:2004:522 och mål C-394/02 Kommissionen mot Grekland, EU:C:2005:336, p. 40–43 med hänvisningar.

¹⁶ Se Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål nr 3208-14.



av undantaget.¹⁷ Synnerlig brådska föreligger inte om det finns tid för att genomföra ett påskyndat förfarande.¹⁸

Konkurrensverkets bedömning

16. Avtalet som är föremål för granskning avser utförande av ett byggnadsverk och utgör därför ett byggentreprenadkontrakt enligt 1 kap. 9 § 2 LOU.
17. Då avtalets värde översteg direktupphandlingsgränsen såväl som tröskelvärdet för byggentreprenadkontrakt skulle den som huvudregel ha annonserats enligt 10 kap. 1 § LOU, förutsatt att något undantag inte var tillämpligt vid tidpunkten.

Undantaget avseende synnerlig brådska har inte varit tillämpligt

18. Kommunen har anfört att det förelåg en akut situation och att tidsramarna därför var för snäva för att kunna genomföra en annonserad upphandling. Vad som har anförts avseende omständigheterna som föranledde direktupphandlingen utgör enligt Konkurrensverkets mening inte skäl att frånga huvudregeln om annonsering. Kommunen har inte uttryckligen åberopat någon undantagsbestämmelse från annonseringsskyldigheten i LOU, men Konkurrensverket har, mot bakgrund av kommunens uppgift om att man ansåg situationen vara akut, beaktat om undantaget för synnerlig brådska enligt 6 kap. 15 § LOU var tillämpligt vid ingåendet av avtalet.
19. För undantagets tillämplighet krävs, som framgår ovan under punkt 13, att anskaffningen ska vara absolut nödvändig. Det är anskaffningen i sig, det vill säga kontraktsföremålet, som ska vara absolut nödvändig för att undantagsbestämmelsen ska kunna tillämpas.¹⁹ För att det ska vara absolut nödvändigt att tilldela kontrakt ska det röra sig om upphandling av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller viktig medicinsk art.²⁰
20. Avtalet i förevarande fall gäller byggnation av en industrilokal som efter färdigställande skulle hyras ut till en privat näringsidkare. Kommunen har anfört att de förväntade arbetstillfällena som uppförandet av industrilokalen skulle leda till var tänkta att kompensera arbetstillfällena som gick förlorade vid konkursen av ett annat företag.
21. Även om förekomsten av arbetstillfällena kan antas ligga i linje med kommunens intressen, kan enligt Konkurrensverket en konkurs med

¹⁷ Mål C-318/94 kommissionen mot Tyskland, EU:C:1996:149, p. 14.

¹⁸ Mål C-126/03 kommissionen mot Tyskland, EU:C:2004:728, p. 22–23. Jfr även C-107/92 kommissionen mot Italien, EU:C:1993:344.

¹⁹ Se HFD 2019 ref. 65 p. 47 och däri hänvisade rättsfall.

²⁰ Se Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 7469–7472-11.



förlorade arbetstillfällen som följd inte anses utgöra sådana exceptionella omständigheter under vilka undantaget om synnerlig brådska får användas. Mot bakgrund därav kan byggnation och efterföljande uthyrning av en industrilokal för att tillgodose intresset av förekomsten av arbetstillfällen inte anses utgöra ett sådant absolut nödvändigt kontraktsföremål som avses i undantagsbestämmelsen. Konkurrensverket anser därför att undantaget för synnerlig brådska inte var tillämpligt vid avtalets ingående.

22. Av utredningen framgår inte heller att något annat undantag från annonseringsskyldigheten har varit tillämpligt. Konkurrensverket anser därför att det saknades förutsättningar att ingå avtalet utan att först genomföra en föregående annonsering.

Slutsats

23. Kommunen har agerat i strid med 10 kap. 1 § LOU genom att ingå avtal avseende byggnation av en industrilokal utan att tillämpa reglerna om annonsering. Avtalet utgör en otillåten direktupphandling.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit enhetschefen Therése Westermarck.

Beslutsfattandet har dokumenterats digitalt och beslutet saknar därför namnunderskrift.

Marie Östman

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats.

Allmänt om Konkurrensverkets tillsyn

Konkurrensverket har i uppdrag att utöva tillsyn på området för offentlig upphandling i syfte att öka regelefterlevnaden och bidra till en effektiv offentlig upphandling.

Konkurrensverkets granskning i ett enskilt ärende kan visa att en upphandlande myndighet har agerat i strid med regelverket för offentlig upphandling. Konkurrensverket kan då, avseende upphandlingar som har påbörjats före 1 januari 2024, ansöka om upphandlingsskadeavgift, om förutsättningarna för det



är uppfyllda, eller sammanfatta resultatet av tillsynen i ett beslut.²¹ Genom att fatta ett tillsynsbeslut kan Konkurrensverket peka på förfaranden hos myndigheten som är i strid med regelverket eller göra andra påpekanden som är motiverade.

Ett tillsynsbeslut innebär inte ett förbud eller föreläggande. Det är således inte förenat med en sanktion i sig, men kan ändå få rättsliga följder. Om en upphandlande myndighet genomför upprepade otillåtna upphandlingar kan exempelvis tidigare förseelser utgöra en försvårande omständighet som motiverar en högre upphandlingsskadeavgift vid efterföljande otillåtna direktupphandlingar.

Hur man överklagar

Detta beslut kan överklagas. Om ni vill överklaga ska detta göras skriftligen. Överklagandet ska ställas till Förvaltningsrätten i Stockholm men ges in till Konkurrensverket, gärna via e-post till konkurrensverket@kkv.se. I överklagandet ska ni ange vilket beslut som överklagas och den ändring av beslutet som ni begär. Överklagandet ska ha kommit in till Konkurrensverket inom tre veckor från den dag då beslutet meddelades.

²¹ Enligt 21 kap. 7 § LOU i dess lydelse innan den 1 januari 2024 är en förutsättning för att ansöka om upphandlingsskadeavgift att ansökan inkommit till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.