



Fallgropar vid entreprenadupphandlingar

Rapport 2011:2

Fallgropar vid entreprenadupphandlingar

Konkurrensverkets rapportserie 2011:2

Konkurrensverket januari 2011

Utreddare: Helena Henriksson och Sara Sandelius

ISSN-nr 1401-8438

E-print AB, Stockholm 2011

Foto: Istockphoto

Förord

Den här rapporten riktar sig till upphandlande myndigheter och leverantörer som vill skaffa sig ökad kunskap om några av de vanligast förekommande problemen som kan uppstå när myndigheter beställer byggentreprenader.

Rapporten beskriver ett tillsynsprojekt gällande offentliga upphandlingar av byggentreprenad som Konkurrensverket har drivit under 2010. Projektet resulterade bland annat i fyra tillsynsärenden som bedömdes vara otillåtna direktupphandlingar. I rapporten redovisar vi de fyra tillsynsärendena och de viktigaste slutsatser vi har dragit utifrån dessa.

Tillsynsärendena visar att upphandlande myndigheter inte alltid har klart för sig vad som är en byggentreprenad och när en offentlig upphandling måste genomföras. I rapporten redovisar Konkurrensverket sina bedömningar av när en offentlig upphandling ska ske.

I och med nya regler i upphandlingslagstiftningen från 15 juli 2010 kan upphandlingar som bedöms vara otillåtna direktupphandlingar leda till att avtal förklaras ogiltiga och upphandlande myndigheter kan dömas att betala en upphandlingsskadeavgift. Vikten av kunskap om upphandlingsregelverket blir i och med detta ännu större för både upphandlande myndigheter och leverantörer.

Stockholm i januari 2011

Dan Sjöblom
Generaldirektör

Innehåll

Sammanfattning	6
1 Inledning	8
1.1 Avgränsningar	9
1.2 Utredningsarbetet.....	9
1.3 Disposition.....	11
2 Upphandling av byggentreprenader	13
2.1 Allmänt om upphandlingsreglerna	13
2.2 Rättsmedel på upphandlingsområdet.....	18
2.3 Begreppet byggentreprenadkontrakt	20
2.4 Entreprenadformer och standardavtal	23
2.5 Gränsdragning mellan byggentreprenad- och tjänstekontrakt	25
2.6 Undantaget för hyra och förvärv av fastighet	26
2.6.1 Gränsdragning mellan byggentreprenad- och hyreskontrakt.....	27
2.6.2 Förordning om statliga myndigheters lokalförsörjning.....	29
2.7 Kontrakt som subventioneras med mer än hälften av en upphandlande myndighet	30
2.8 Undantag från skyldigheten att annonsera en upphandling.....	31
2.8.1 Tekniska skäl	32
2.8.2 Kompletterande byggentreprenader eller ändrings- och tilläggssarbeten.....	34
2.8.3 Upprepning av byggentreprenader	36
2.9 Sammanfattning.....	37
3 Konkurrensverkets beslut i tillsynsärendena	39

3.1.1	Icke annonserad upphandling med åberopande av tekniska skäl	40
3.1.2	Avtals huvudsakliga syfte	42
3.1.3	Kompletterande arbeten	45
3.1.4	Tillämpning av hyresundantaget på ombyggnation av befintlig byggnad	48
3.1.5	Tidigare tillsynsbeslut gällande tillämpningen av hyresundantaget	51
4	Slutsatser	52
	Källförteckning	55
	Bilagor	57
	Bilaga 1 Översikt av kartläggning kommunal sektor	57
	Bilaga 2 Översikt av kartläggning i statlig sektor	59
	Bilaga 3 Sammanställning av överprövningsstatistik, allmän förvaltningsdomstol	60

Sammanfattning

I denna rapport exemplifierar Konkurrensverket vad som utgör en otillåten direktupphandling inom området för byggentreprenader. Rapporten har sin utgångspunkt i ett antal tillsynsärenden. Tillsynsärendena behandlar gränsdragningen mellan hyra av fastighet och byggentreprenad, kompletterande byggentreprenader samt andra situationer som kan utgöra ett kringgående av upphandlingslagstiftningen.

Både beställarsidan och utförandesidan av en byggentreprenad måste ha god insikt i upphandlingsregelverket. Syftet med rapporten är att öka kunskapen hos upphandlande myndigheter och leverantörer om det upphandlingsrättsliga regelverket och att därmed bidra till att reglerna följs.

Den svenska upphandlingslagstiftningen bygger på EU-direktiv och har som syfte att skapa fri rörlighet för varor, tjänster och byggentreprenader samt att öppna upphandlingsområdet för konkurrens i alla medlemsstater. Genom att uppsöka och dra nytta av konkurrensen kan upphandlande myndigheter använda de offentliga medel som finansierar upphandlingar på bästa sätt. För att förbättra efterlevnaden av upphandlingsreglerna har nya regler om rättsmedel utarbetats inom EU. Den 15 juli 2010 infördes dessa regler i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Reglerna syftar bland annat till att skapa effektiva rättsmedel mot otillåtna direktupphandlingar, det vill säga avtal som ingåtts utan att ha annonserats på det sätt som krävs enligt lagstiftningen.

Med de nya reglerna i LOU har det blivit möjligt att ogiltigförklara avtal som ingåtts i strid med lagen. Både beställare och utförare påverkas av en ogiltigförklaring. Konkurrensverket kan också föra talan i allmän förvaltningsdomstol om att en upphandlande myndighet ska åläggas att betala en upphandlingsskadeavgift. En sådan

avgift kan dömas ut om ett avtal har ingåtts med en leverantör utan att det skett någon annonsering trots att avtalet skulle ha föregåtts av en annons enligt LOU.

Det är viktigt att fastställa ett avtals eller ett kontrakts huvudsakliga syfte för att kunna avgöra om avtalet eller kontraktet är ett bygg-entreprenadkontrakt eller ett avtal om nyttjanderätt till fastighet, exempelvis ett hyresavtal. Vid denna bedömning är det inte avgörande hur parterna benämnt avtalet. Detta framgår av tillsynsärendena gällande Färgelanda kommuns ombyggnation av en industrifastighet och Migrationsverkets ombyggnation och hyra av en förvarsenhet.

Annonsering av upphandlingar är en central del av upphandlingsrättens regler. Enligt huvudregeln ska kontrakt annonseras inom hela EU om kontraktets värde överstiger tröskelvärdena. Tröskelvärdet för byggentreprenader uppgick till 47 – 48 miljoner kronor under undersökningsperioden. Tillsynsärendet gällande Halmstads kommuns upphandling av Halmstad Arena visar att det inte är tillräckligt att konkurrens sökts åstadkommas på annat sätt, utan annonsering måste ske i enlighet med regelverket.

I LOU finns möjligheter att komplettera en pågående byggentreprenad utan att behöva genomföra en ny upphandling. Men den upphandlande myndigheten måste ha klart för sig i vilka sammanhang detta undantag kan tillämpas. Bristande planering eller senare tillkomna önskemål från den upphandlande myndighetens sida är inte tillräckliga skäl för att kunna använda undantaget. Det framgår av Konkurrensverkets tillsynsärende gällande Sundsvall Arena AB:s upphandling av Himlabadet.

1 Inledning

Denna rapport är en del av ett projekt avseende offentlig upphandling av byggtreprenader – ett projekt som Konkurrensverket genomförde under hösten 2010. Det har syftat till att uppmärksamma upphandlande myndigheter och leverantörer på reglerna om offentlig upphandling av byggtreprenader, för att härigenom öka kunskapen om reglerna att bidra till att aktörerna i högre grad följer reglerna.

Den 15 juli 2010 infördes nya regler i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Dessa regler innebär bland annat att en allmän förvaltningsdomstol kan ogiltigförklara ett avtal som föregåtts av en otillåten direktupphandling. Enligt de nya reglerna har Konkurrensverket också möjlighet att ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att en upphandlande myndighet som genomfört en otillåten direktupphandling ska betala en upphandlingsskadeavgift. Avgiften kan uppgå till högst 10 miljoner kronor, dock högst till tio procent av kontraktsvärdet.

Det framgår inte av LOU vad som är en otillåten direktupphandling. Konkurrensverket anser att en otillåten direktupphandling är ingående av ett avtal som rätteligen borde ha föregåtts av en annonserad upphandling i enlighet med upphandlingsreglerna.

De nya reglerna innebär ett ökat behov av information om vad som kan utgöra en otillåten direktupphandling. Med denna rapport vill Konkurrensverket klargöra och exemplifiera vad som enligt Konkurrensverkets bedömning utgör en otillåten direktupphandling inom området för byggtreprenader. Rapportens syfte är att bidra till att upphandlande myndigheter ska tillämpa LOU, och att marknaden för offentlig upphandling av byggtreprenader ska fungera väl. Genom information på området skapas bättre förutsättningar för en

effektiv offentlig upphandling med utnyttjande av konkurrensen för en bättre affär.

1.1 Avgränsningar

Denna rapport grundar sig på ett antal tillsynsärenden som Konkurrensverket har utrett. Konkurrensverket har funnit tillsynsärendena genom att kartlägga offentliga upphandlingar av byggtreprenader.

Den kartläggning som genomförts omfattar upphandlingar som utförts av kommuner, statliga myndigheter samt statliga och kommunala bolag. De upphandlingar som granskats har rört byggnationer som i första hand nyligen avslutats och vars värde har överstigit det aktuella tröskelvärdet.¹

Kartläggningen omfattar således inte landstingens upphandlingar av byggtreprenader eller upphandlingar inom anläggningsmarknaden. Upphandlingar inom försörjningssektorerna, vilka regleras av lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF), ingår heller inte. Kartläggningen omfattar inte heller samtliga byggnationer som genomförts av kommunerna, utan endast de som återfunnits vid de sökningar som Konkurrensverket genomfört.

1.2 Utredningsarbetet

Konkurrensverket genomförde kartläggningen av upphandling av byggtreprenader i tre nivåer, enligt följande.

Nivå 1: En genomgång av samtliga kommuners byggtreprenad-upphandlingar genomfördes. Sökningar gjordes främst på kom-

¹ Detta begrepp beskrivs i avsnitt 2.1.

munernas webbplatser. Avsikten var att i första hand hitta större och avslutade byggentreprenader. I vissa fall hittades också upphandlingar via massmedia och tips från allmänheten.

Konkurrensverket gjorde även en genomgång av samtliga statliga myndigheter och vissa statliga bolag, för att upptäcka vilka som genomför offentlig upphandling av byggentreprenader.

Nivå 2: Genomgången under nivå 1 resulterade i att ett urval för fördjupad granskning gjordes avseende upphandlingar genomförda av 21 olika kommuner.² Dessutom gjordes ett urval för granskning beträffande upphandlingar genomförda av fem statliga myndigheter samt en granskning av hur fyra statliga bolag genomför sina upphandlingar av byggentreprenader.³

Granskningen skedde genom att frågor skickades till aktörerna. Frågorna till kommunerna, och i vissa fall till kommunala bolag, handlade främst om den specifika byggentreprenad som hittades vid den inledande genomgången. Syftet var att ta reda på om upphandlingen hade genomförts i enlighet med upphandlingslagstiftningen. Kommunerna ombads också att redogöra för upplevda problem gällande offentliga upphandlingar av byggentreprenader.

Frågorna till de statliga myndigheterna handlade i vissa fall om specifika upphandlingar som påträffats vid den inledande genomgången. I vissa fall handlade frågorna också om vilka byggentreprenadprojekt som nyligen färdigställts. Andra frågor var av mer allmän karaktär, för att få en beskrivning av hur myndigheten organiserar offentlig upphandling av byggentreprenader.

² Bilaga 1 innehåller en lista över granskade kommuner, kommunala bolag och upphandlingsföremål.

³ Bilaga 2 innehåller en lista över granskade statliga myndigheter, statliga bolag och upphandlingsföremål.

Vad gäller de statliga bolagen tog frågorna sikte på att utröna om bolagen anser sig vara upphandlande myndigheter och, i förekommande fall, vilka byggnationer som uppförts under en viss tidsperiod.

Nivå 3: I de fall som uppgifterna pekade på att det varit fråga om en otillåten direktupphandling har Konkurrensverket inlett ett tillsyns-ärende. Urvalet skedde med utgångspunkt i Konkurrensverkets policy för prioritering av konkurrens- och upphandlingsfrågor.⁴ Upphandlingar över tröskelvärdena och byggentreprenadprojekt som nyligen avslutats eller var i avslutningsskedet prioriterades. Följden blev därför att fyra tillsynsärenden initierades. Tre av dessa tillsynsärenden gällde den kommunala sektorn och ett ärende gällde den statliga sektorn.

Konkurrensverket har inte tagit ställning till om övriga upphandlingar som granskats har genomförts i enlighet med LOU.

1.3 Disposition

En översiktlig bakgrundsbeskrivning och information om rapporten finns i kapitel 1.

I kapitel 2 finns först en kort beskrivning av upphandlingsreglerna. Därefter följer en djupare genomgång av rättsläget för byggentreprenadupphandlingar och vad som är relevant vid dessa upphandlingar. Detta sker bland annat genom en redovisning av den rättspraxis som finns på området. Främst redovisas praxis från EU-domstolen. Detta kapitel berör även vissa delar av de standardavtal som

⁴ Konkurrensverket väger enligt policyn in hur allvarligt problemet eller företeelsen är, hur viktigt det är att få ett vägledande avgörande och om någon annan myndighet eller aktör är bättre lämpad att agera i frågan eller om den bättre tas om hand med hjälp av ett annat regelverk.

finns inom byggsektorn, och som bedöms vara relevanta för rapporten.

Kapitel 3 innehåller utfallet av de tillsynsärenden som Konkurrensverkets kartläggning resulterat i. I kapitlet ingår också en redogörelse för tidigare beslut som Konkurrensverket fattat angående upphandlingar av byggentreprenader.

Konkurrensverkets slutsatser finns i kapitel 4.

2 Upphandling av byggentreprenader

För att skapa förståelse för och ge en bakgrund till upphandlingslagstiftningen inleds detta avsnitt med en översiktlig beskrivning av reglerna som gäller för offentlig upphandling. Sedan följer en fördjupad genomgång av rättsläget, som utgår från byggentreprenadupphandlingar.

2.1 Allmänt om upphandlingsreglerna

När kommuner, statliga myndigheter och vissa offentliga företag ska ingå avtal med leverantörer avseende om byggentreprenader, varor och tjänster samt byggkoncessioner ska de genomföra en offentlig upphandling. Offentlig upphandling regleras av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU).⁵ De som omfattas av skyldigheten att upphandla enligt LOU kallas upphandlande myndigheter.

LOU trädde ikraft den 1 januari 2008. Den tidigare gällande lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÄLOU) infördes den 1 januari 1994. Enligt övergångsbestämmelserna till LOU ska ÄLOU tillämpas beträffande upphandlingar som påbörjades före den 1 januari 2008. En upphandling anses i detta avseende påbörjad när den upphandlande myndigheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som myndigheten ska använda, eller senast när myndigheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud.⁶

De svenska upphandlingsreglerna bygger i huvudsak på EU-direktiv. Det bakomliggande direktivet för LOU är direktiv 2004/18/EG.⁷

⁵ Upphandling inom försörjningssektorerna regleras av LUF.

⁶ Prop. 2006/07:128 s. 447.

⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster. Direktivet till den del av ÄLOU som rörde byggentreprenader var Rådets direktiv 93/37/EEG av den 14

Genom direktiven har EU infört gemensamma bestämmelser om upphandling inom hela den inre marknaden. Syftet med de gemensamma upphandlingsreglerna är att främja fri rörlighet för varor, tjänster och byggtreprenader och att området ska öppnas för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater. LOU ska därför tolkas och tillämpas enligt direktivens syfte och lydelse, EU-domstolens praxis och de EU-rättsliga principerna som följer av EUF-fördraget.⁸

Vid all offentlig upphandling ska grundläggande principer tillämpas. Dessa principer innebär att de upphandlande myndigheterna ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. De ska också genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Dessutom ska myndigheterna ta hänsyn till principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.⁹

Olika regler gäller för upphandlingar vars värde överstiger respektive understiger vissa bestämda tröskelvärden som gäller för offentlig upphandling. För upphandlingar under tröskelvärdena och för så kallade B-tjänster¹⁰ gäller 15 kap. LOU. Dessa upphandlingar omfattas inte av EU:s upphandlingsdirektiv. De grundläggande principerna gäller dock även dessa upphandlingar.

juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten.

⁸ Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, bl.a. artiklarna 18, 49 och 56.

⁹ I 1 kap. 4 § ÅLOU anges bl.a. att upphandlingar ska genomföras affärsmässigt samt att anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn. Begreppet affärsmässighet i ÅLOU utmönstrades i och med ikraftträdandet av LOU. Bestämmelsen i 1 kap. 9 § LOU anses inte innebära någon förändring av rättsläget vad gäller vilka rättsprinciper som ska iakttas vid en upphandling. Prop. 2006/07:128 s. 156 f.

¹⁰ Till B-tjänster räknas tjänster, vilka normalt lämpar sig mindre väl för gränsöverskridande handel bl.a. hotell- och restaurangtjänster, säkerhets- och bevakningstjänster och utbildning.

Europeiska kommissionen fastställer tröskelvärdena vartannat år genom en EU-förordning.¹¹

Tröskelvärden för byggentreprenadupphandling

Tröskelvärden 2008-2009	47 778 869 kr	5 150 000 euro
Tröskelvärden 2010-2011	48 193 215 kr	4 845 000 euro

Tabellen redovisar tröskelvärdet för byggentreprenader från och med 1 januari 2010, samt de tröskelvärden som gällde dessförinnan.

För att kunna avgöra vilka regler som ska tillämpas vid en upphandling måste alltså den upphandlande myndigheten beräkna värdet av kontraktet. Värdet ska uppskattas till det totala belopp som betalas ut enligt det kontrakt som följer av upphandlingen. Den upphandlade myndigheten ska beräkna värdet när annonsen skickas eller när leverantörer bjuds in till anbudsgivning. Vid beräkningen av kontraktsvärdet ska upphandlaren beakta options- och förlängningsklausuler som om de utnyttjas. Vid beräkningen av värdet av ett byggentreprenadkontrakt ska kostnaden för entreprenaden, och värdet av varor och tjänster som den upphandlande myndigheten tillhandahåller leverantören för att entreprenaden ska kunna fullgöras, räknas in.¹² En byggentreprenad får inte delas upp i avsikt att försöka kringgå bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena.¹³

¹¹ Meddelande från Kommissionen Motvärden till tröskelvärdena i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG, 2004/18/EG och 2009/81/EG (2009/C 292/01). Införlivad i svensk rätt genom Tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärden för offentlig upphandling.

¹² Värdet av varor och tjänster som inte krävs för att entreprenaden ska kunna fullgöras får inte ingå i beräkningen av värdet, om det skulle medföra att lagens regler om upphandling över tröskelvärdena inte blir tillämpliga på upphandlingen av dessa varor och tjänster, 3 kap. 8 § LOU.

¹³ 3 kap. 5 § LOU.

Huvudregeln är att alla upphandlingar ska annonseras. Annonsering av kontrakt är en väsentlig del i förverkligandet av den inre marknaden. För att alla tänkbara leverantörer, oavsett nationalitet, ska kunna få information om kommande kontrakt ska upphandlingar över tröskelvärdena normalt annonseras i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) genom databasen Tenders Electronic Daily (TED).

Upphandlingar under tröskelvärdena ska annonseras i en nationell elektronisk databas eller på annat sätt som möjliggör en effektiv konkurrens. Lagen anger vissa undantagsfall då en upphandlande myndighet kan tilldela ett upphandlingskontrakt utan föregående annonsering.

För upphandlingar över tröskelvärdena kan den upphandlande myndigheten välja mellan att använda ett öppet eller ett selektivt förfarande. Under vissa förutsättningar får upphandlaren använda förhandlat förfarande. Endast i de fall som lagen särskilt anger får upphandlaren använda förhandlat förfarande. I särskilt komplicerade upphandlingar kan det finnas möjlighet att använda en så kallad konkurrenspräglad dialog.

Öppet förfarande är ett förfarande där alla leverantörer som önskar får lämna anbud. Den upphandlande myndigheten annonserar upphandlingen i EUT och intresserade leverantörer begär ut förfrågningsunderlaget som de sedan kan lämna anbud utifrån. Några förhandlingar mellan den upphandlande myndigheten och leverantörerna får inte ske.

Vid ett *selektivt förfarande* bjuder den upphandlande myndigheten in leverantörer genom en annons i EUT. De får sedan ansöka om att få lämna anbud. Efter annonseringen styrker leverantören sin förmåga i olika avseenden genom intyg. Därför måste kraven på leverantören finnas med i annonsen. Leverantören begär sedan att få delta i anbudstävlingen.

Den upphandlande myndigheten väljer därefter ut så många leverantörer som angetts i annonsen bland de som uppfyllt de ställda kraven. Till dessa skickas sedan förfrågningsunderlaget ut samtidigt. Inga andra anbud än från de leverantörer som inbjudits får prövas av den upphandlande myndigheten. Några förhandlingar med leverantörerna får inte förekomma.

Med *förhandlat förfarande* avses ett förfarande där den upphandlande myndigheten bjuder in leverantörer att lämna anbud. Den upphandlande myndigheten kan sedan ta upp förhandling med en eller flera av de inbjudna leverantörerna. Liksom vid selektivt förfarande sker först en kvalificering av leverantörerna. I några begränsade fall får förhandlat förfarande ske utan föregående annonsering. I avsnitt 2.9 nedan finns en redogörelse för några av dessa undantag.

En upphandlande myndighet får använda sig av *konkurrenspräglad dialog* om det är fråga om ett särskilt komplicerat kontrakt, och om ett öppet eller ett selektivt förfarande inte medger tilldelning av ett kontrakt. En upphandlande myndighet får använda sig av förfarandet när det är omöjligt att utforma någon exakt specifikation, och även i de fall där det inte går att utforma specifikationer som gör det möjligt att värdera alla lösningar som marknaden kan erbjuda.

Den upphandlande myndigheten får inte göra väsentliga ändringar i kontraktsvillkoren efter det att upphandlingskontraktet med den utvalda leverantören är tecknat. Detta gäller oavsett vilket upphandlingsförfarande som har använts. Ändringar i ett befintligt upphandlingskontrakt kan medföra att en ny offentlig upphandling måste genomföras och ett nytt kontrakt ska tilldelas.¹⁴

¹⁴ EU-domstolens dom i mål C-454/06 *Pressetext*.

2.2 Rättsmedel på upphandlingsområdet

En leverantör som anser att en upphandlande myndighet har brutit mot LOU kan begära överprövning av en pågående upphandling vid en förvaltningsrätt. Om förvaltningsrätten finner att en överträdelse av LOU har ägt rum, och om detta samtidigt har medfört eller kan medföra att leverantören lider skada, kan förvaltningsrätten besluta att upphandlingen ska rättas eller göras om.¹⁵

Förvaltningsrättens dom kan överklagas till kammarrätt, vars dom i sin tur kan överklagas till Högsta förvaltningsdomstolen¹⁶. För att kammarrätten eller Högsta förvaltningsdomstolen ska ta upp ett mål krävs prövningstillstånd.¹⁷ Konkurrensverket har i en undersökning av antalet överprövningar inom området för byggtreprenader funnit att cirka 100 överprövningar skett under en period om tre år.¹⁸

Den 15 juli 2010 infördes nya regler bland annat om rättsmedel i LOU. Bestämmelserna har införts för att komma till rätta med två problem.¹⁹ Det första problemet är att en upphandlande myndighet skyndar sig att teckna ett avtal med en leverantör för att stänga möjligheterna till överprövning (så kallad *race to signature*). Det andra problemet är att det saknats effektiva rättsmedel mot otillåtna direktupphandlingar, det vill säga avtal som ingåtts utan att ha annonserats på det sätt som krävs enligt lagstiftningen. I förarbetena till de nya bestämmelserna anges att begreppet "avtal" i detta sammanhang omfattar alla former av ingångna avtal, till exempel kontrakt

¹⁵ 16 kap. 5 § LOU.

¹⁶ Tidigare Regeringsrätten, namnbyte den 1 januari 2011.

¹⁷ 34 a, 35 och 36 §§ förvaltningsprocesslagen (1971:291).

¹⁸ En sammanställning av överprövningsstatistik för åren 2007, 2008 och 2009 finns i bilaga 3.

¹⁹ Prop. 2009/10:180 s. 100.

eller ramavtal, som normalt skulle ha föregåtts av ett upphandlingsförfarande enligt lagen.²⁰

För upphandlingar som påbörjades före den 15 juli 2010 gäller de äldre reglerna om överprövning.²¹ Som ovan nämnts anses en upphandling påbörjad när den upphandlande myndigheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas, eller senast när myndigheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud. När det gäller en otillåten direktupphandling anses denna påbörjad först när ett avtal har slutits utan att upphandlingen har annonserats enligt bestämmelserna i LOU. Men detta gäller inte om den upphandlande myndigheten kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt.²²

Regler om så kallad avtalsspärr har nu införts i LOU. Dessa regler infördes för att komma till rätta med problemet att upphandlande myndigheter tecknar avtal utan att leverantörer ges möjlighet att begära överprövning av upphandlingen. Avtalsspärren innebär att upphandlande myndigheter inte får ingå avtal direkt efter ett tilldelningsbeslut, utan måste vänta till dess tiden för avtalsspärren löpt ut. Under den tid som spärren gäller kan upphandlingen prövas av allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör. Om tilldelningsbeslutet skickas till leverantörerna elektroniskt gäller avtalsspärren i minst tio dagar. Om tilldelningsbeslutet skickas på annat sätt, till exempel via brev, gäller avtalsspärren i minst 15 dagar.²³

För att komma till rätta med att det saknats effektiva rättsmedel på området har det med de nya reglerna blivit möjligt att ogiltigförklara

²⁰ Prop. 2009/10:180 s. 360.

²¹ Övergångsbestämmelserna till lag 2010:571.

²² Prop. 2009/10:180 s. 310.

²³ 16 kap. 6 § LOU.

avtal som ingåtts i strid med lagen.²⁴ Ansökan om ogiltighet av avtal inges av leverantör till allmän förvaltningsdomstol.

Vidare har det i LOU också införts en möjlighet för allmän förvaltningsdomstol att döma ut en upphandlingsskadeavgift efter ansökan från Konkurrensverket. Sådan avgift kan en upphandlande myndighet åläggas att betala när den upphandlande myndigheten har ingått ett avtal med en leverantör utan att det skett någon annonsering, trots att avtalet rätteligen skulle ha föregåtts av ett annonserat upphandlingsförfarande enligt LOU. Ingåendet av ett avtal på detta sätt är enligt Konkurrensverkets bedömning en otillåten direktupphandling. . Upphandlingsskadeavgiften får inte överstiga tio procent av det aktuella upphandlingskontraktets värde. Den maximala avgiften som kan dömas ut är tio miljoner kronor.²⁵

2.3 Begreppet byggtreprenadkontrakt

Detta avsnitt redogör mer detaljerat för begreppet byggtreprenadkontrakt. Avsnittet redovisar också relevant praxis, främst från EU-domstolen.

För att ett avtal ska anses utgöra ett kontrakt i LOU:s mening krävs enligt 2 kap. 10 § LOU att det ska vara fråga om ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som (i) sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, och som (ii) avser bland annat utförande av en byggtreprenad och (iii) undertecknas av parterna på något sätt.

Begreppet byggtreprenadkontrakt ska i samband med offentlig upphandling tolkas vidsträckt och på så sätt att EU-direktivens

²⁴ 16 kap. 15 § LOU.

²⁵ 17 kap. 4 § LOU.

ändamålsenliga verkan säkerställs.²⁶ Det innebär att den rättsliga klassificering som parterna gör i ett avtal inte är av avgörande betydelse.²⁷ Hur en upphandlande myndighet väljer att finansiera en byggentreprenad är inte heller avgörande vid bedömningen. Det krävs inte att den som ingår ett avtal med en upphandlande myndighet själv ska ha möjlighet att utföra en avtalad prestation, exempelvis en byggentreprenad, för att kvalificeras som leverantör i upphandlingsrättslig mening.²⁸

Begreppet byggentreprenadkontrakt definieras i 2 kap. 3 § LOU, som bygger på artikel 1 punkten 2b i direktiv 2004/18/EG. För att det ska vara fråga om ett byggentreprenadkontrakt ska kontraktet avse utförande, eller både projektering och utförande av arbeten som är knytbara till en verksamhet som anges i bilaga 1 till LOU. Verksamheter som nämns i bilagan är uppförande av byggnader, grundarbeten, markundersökning, takarbeten m.m. Med projektering avses tjänster förknippade med byggentreprenader, såsom arkitekt- och ingenjörsarbeten.

Ett byggentreprenadkontrakt kan också vara ett kontrakt som medför att ett byggnadsverk byggs enligt krav som den upphandlande myndigheten ställer upp, oavsett hur kontraktet utformas.²⁹ I direktivet formuleras detta som att byggentreprenaden ska tillgodose de behov som den upphandlande myndigheten specificerat. För att den upphandlande myndigheten ska anses ha specificerat

²⁶ EU-domstolens dom i mål C-399/98 *Ordine degli Architetti m.fl.* punkt 52.

²⁷ EU-domstolens dom i mål C-536/07 *Kommissionen mot Tyskland* punkt 54. Se även EU-domstolens dom i mål C-399/98 *Ordine degli Architetti m.fl.* punkterna 63-75.

²⁸ EU-domstolens dom i mål C-220/05 *Jean Auroux m.fl.* punkt 40.

²⁹ Motsvarande definition i ÄLOU stod inte helt i överensstämmelse med det bakomliggande EU-direktivet, då definitionen i ÄLOU inte inkluderade avtal som hade till syfte att oavsett form genomföra bygg- och anläggningsarbete enligt den upphandlande myndighetens krav. Direktivets lydelse har dock företräde framför motsvarande bestämmelse i ÄLOU (se RÅ 1996 ref 50). Termen byggentreprenad enligt ÄLOU täckte sålunda in även denna typ av kontrakt (se Hentze & Sylvén, Offentlig upphandling – en lagkommentar, 1998, s. 71, jfr NOU dnr 2006/0152-29).

sina behov i den mening som anges i bestämmelsen krävs att myndigheten har vidtagit åtgärder för att specificera byggentreprenaden eller åtminstone i syfte att utöva ett bestämmande inflytande över projekteringen.³⁰

Ett byggnadsverk är det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt kan utgöra en teknisk eller ekonomisk funktion. EU-domstolen har i ett mål som rörde uppförandet av ett nöjescentrum m.m. ansett att nöjescentrumet utgjorde ett byggnadsverk eftersom det framgick tydligt av avtalet att nöjescentrumet var avsett att inrymma affärs- och servicelokaler. Avtalet måste därför enligt domstolen anses fylla en ekonomisk funktion.³¹

Ett upphandlingskontrakt ska innehålla ekonomiska villkor. Kriteriet ekonomiska villkor innebär inte endast direkta betalningar. Alla former av ersättning som kan kvantifieras i pengar och som en upphandlande myndighet åtar sig att betala till en leverantör är ekonomiska villkor.³² EU-domstolen har exempelvis i ett fall ansett att kriteriet ekonomiska villkor var uppfyllt när motprestationen från myndighetens sida bestod av en avräkning av hela stadsplaneringsavgiften. Stadsplaneringsavgiften i det aktuella fallet uppgick till en summa som var större än det aktuella tröskelvärdet.³³

För att det ska vara fråga om ett avtal med ekonomiska villkor krävs det att den upphandlande myndighet som ingått ett offentligt byggentreprenadkontrakt erhåller en prestation mot ersättning i enlighet med kontraktet. En sådan prestation ska enligt domstolen

³⁰ EU-domstolens dom i mål C-451/08 *Helmut Müller* punkt 67.

³¹ EU-domstolens dom i mål C-220/05 *Jean Auroux m.fl.* punkt 41. För fler exempel se EU-domstolens dom i mål C-536/07 *Kommissionen mot Tyskland* punkt 59.

³² Europeiska kommissionen, *Guide to the Community Rules on Public Works Contracts* s. 12.

³³ EU-domstolens dom i mål C-399/98 *Ordine degli Architetti mfl* punkterna 77f.

vara av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten.³⁴

Enligt EU-domstolen finns ett ekonomiskt intresse när den upphandlande myndigheten blir ägare till resultatet av den byggentreprenad som är föremål för kontraktet. Ett ekonomiskt intresse föreligger även när myndigheten på rättslig grund garanteras tillgång till de anläggningar som är föremål för kontraktet, för att använda dem för offentliga ändamål. Det ekonomiska intresset kan också bestå av de ekonomiska fördelar som den upphandlande myndigheten kan få genom att i framtiden använda eller överlåta anläggningen. Intresset kan också bestå i att myndigheten bidragit ekonomiskt vid utförandet av byggentreprenaden, eller i de risker som myndigheten står för i det fall att byggentreprenaden blir ett ekonomiskt misslyckande.

Det krävs inte att en leverantör utför en byggentreprenad direkt åt en upphandlande myndighet om det är så att den upphandlande myndigheten har ett direkt ekonomiskt intresse av byggentreprenaden.³⁵

Sammanfattningsvis ska begreppet byggentreprenadkontrakt tolkas vidsträckt. Ett avtal kan således omfattas av begreppet trots att det inte uppfyller samtliga förutsättningar för att avtalet ska vara ett upphandlingskontrakt.

2.4 Entreprenadformer och standardavtal

Vid offentlig upphandling av byggentreprenader används normalt standardavtal. Dessa avtal är gemensamt utarbetade av byggsek-

³⁴ EU-domstolens dom i mål C-451/08 *Helmut Müller* punkterna 48 och framåt. Se även EU-domstolens dom i mål C-220/05 *Jean Auroux m.fl.* punkt 45 .

³⁵ EU-domstolens dom i mål C-451/08 *Helmut Müller* punkterna 47-58 med hänvisningar.

torns parter och utgivna av Bygghandens Kontraktskommitté (BKK). Vilket standardavtal som parterna använder beror på vilken entreprenadform som de använder, utförandeentreprenad eller totalentreprenad.

Vid en *utförandeentreprenad* svarar beställaren, det vill säga den upphandlande myndigheten, för projekteringen av byggentreprenaden. Entreprenören, det vill säga leverantören, utför entreprenaden i enlighet med de handlingar som den upphandlande myndigheten tillhandahåller.

Vid en *totalentreprenad* utför totalentreprenören entreprenaden enligt de funktionskrav som den upphandlande myndigheten ställt upp i förfrågningsunderlaget. I stället för att beställaren i detalj har beskrivit vad som ska uppföras, anger beställaren hur byggnaden ska användas eller vilka egenskaper byggnaden ska ha. Entreprenörens åtagande omfattar således helt, eller i vart fall till en väsentlig del, både projektering och utförande av aktuell byggentreprenad.³⁶

För utförandeentreprenader gäller standardavtalet *AB 04*³⁷. Som komplettering till *AB 04* finns *ABT 06*³⁸ som gäller för totalentreprenader. Det är vanligt att den upphandlande myndigheten kombinerar de olika entreprenadformerna.³⁹

Avtalen *AB 04* och *ABT 06* innehåller bland annat bestämmelser om omfattningen av kontraktarbetena, hur entreprenaden ska utföras och inom vilka tider den ska genomföras. De innehåller även uppgifter om ersättning, ekonomi, besiktning och ansvar.

³⁶ Hedberg, Kommentarer till *AB 04*, *ABT 06* och *ABK 09*, 2010 s. 13.

³⁷ Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader.

³⁸ Allmänna bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsarbeten.

³⁹ Hedberg, a a s. 190.

Som hjälpmedel för att upprätta de administrativa föreskrifterna i förfrågningsunderlaget finns AMA AF⁴⁰, som innehåller en modell för och standardtexter till de administrativa föreskrifterna.⁴¹ Föreskrifterna är ordnade i en hierarkisk struktur med koder och rubriker. Till exempel menas med AF administrativa föreskrifter, under rubriken AFC finns Entreprenadföreskrifter vid utförande-entreprenad, rubriken AFC.3 Organisation, rubriken AFC.36 Samordning och så vidare. Upphandlingsföreskrifter finns i avsnittet AFB, till exempel vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas och information om förfrågningsunderlaget. Det är vanligt att förfrågningsunderlaget vid offentlig upphandling av byggentreprenader följer AMA AF:s upplägg.

2.5 Gränsdragning mellan byggentreprenad- och tjänstekontrakt

Det kan uppstå problem med gränsdragningar när en upphandlande myndighet ska teckna kontrakt som behandlar olika delar, till exempel både bygg-, anläggningsarbeten och tjänster såsom fastighetsförvaltning. De tröskelvärden som gäller för tjänstekontrakt är nämligen avsevärt lägre än de som gäller för byggentreprenadkontrakt.⁴² För att avgöra om ett sådant kontrakt avser tjänster eller arbeten som räknas till byggentreprenader ska kontraktets huvudsakliga föremål och syfte fastställas.⁴³ Det är inte fråga om en byggentreprenad enligt upphandlingsreglerna om bygg- eller anläggningsarbetena är av

⁴⁰Administrativa föreskrifter för byggnads-, anläggnings-, och installationsentreprenader. Den senaste versionen är AMA AF 07.

⁴¹ Hedberg, a a, s. 17.

⁴² Gällande tröskelvärden för varor och tjänster är 125 000 euro eller 1 243 375 kr för statliga myndigheter och 193 000 euro eller 1 919 771 kr för övriga upphandlande myndigheter, tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärdena vid offentlig upphandling, ikraft 2010-02-16.

⁴³ EU-domstolens domar i mål C-220/05 *Jean Auroux m.fl.* punkt 37 och C-536/07 *Kommissionen mot Tyskland* punkt 56.

underordnad betydelse jämfört med kontraktets huvudinnehåll och en följd av kontraktet eller ett komplement till kontraktet.⁴⁴

EU-domstolen har i en dom funnit att kontraktet som var fråga i målet var ett byggentreprenadkontrakt och inte ett tjänstekontrakt. Domstolen menade att de delar av kontraktet som avsåg tjänster, såsom fastighetsförvärv, sökande efter finansiering m.m., ingick i färdigställandet av det byggnadsverk som skulle utföras enligt kontraktet. EU-domstolen bedömde att det huvudsakliga föremålet för kontraktet var utförande av bygg- och anläggningsarbeten.⁴⁵

2.6 Undantaget för hyra och förvärv av fastighet

Detta avsnitt redogör för det särskilda undantag i LOU som reglerar rättigheter till fastigheter. Avsnittet redogör speciellt för det så kallade hyresundantaget, undantaget för kontrakt eller avtal som gäller hyra av fastighet. I efterföljande avsnitt redogör Konkurrensverket för hur gränsdragningen mellan byggentreprenadkontrakt och hyreskontrakt bör göras. Avsnittet innehåller också en redogörelse för förordningen om statliga myndigheters lokalförsörjning.

Enligt 1 kap. 6 § punkten 1 LOU omfattar upphandlingsreglerna inte kontrakt som avser hyresrätt, förvärv av fastighet eller vissa andra rättigheter till fastighet. Motsvarande bestämmelse finns i artikel 16 i direktiv 2004/18/EG. Beaktandesats 24 till direktivet motiverar undantaget med att dessa typer av inköp har särdrag som gör att reglerna för offentlig upphandling inte bör tillämpas. Detta utgör således ett undantag från upphandlingsreglerna.

Enligt EU-domstolens praxis ska bestämmelser om undantag från upphandlingsreglerna tolkas restriktivt. Det är den upphandlande

⁴⁴ Beaktandesats 10 till direktiv 2004/18/EG.

⁴⁵ EU-domstolens dom i mål C-220/05 *Jean Auroux m.fl.* punkt 46.

myndigheten som åberopar ett undantag som ska visa att det verkligen föreligger sådana omständigheter som gör att undantaget gäller.⁴⁶

Undantaget kan enligt bestämmelserna i LOU respektive direktivet i regel endast omfatta befintliga byggnader. I förarbetena står det att det är oklart vad artikel 16 i direktivet avser med undantaget för befintliga byggnader. Det står också att uttrycket "befintlig byggnad" används för att klargöra att undantaget inte omfattar byggentreprenadkontrakt.⁴⁷

Konkurrensverket och Nämnden för offentlig upphandling har tidigare kommit fram till att undantaget sannolikt även kan användas vid uppförande av byggnader. Detta gäller om det är fråga om byggnader som vem som helst kan tänkas köpa eller hyra och som inte planerats för den upphandlande myndigheten.⁴⁸

Undantaget gäller i regel inte om en byggnad uppförs efter den upphandlande myndighetens anvisningar och riktlinjer. Kontraktet ses då istället som en byggentreprenad. Detta blir särskilt tydligt när byggnaderna är av speciell karaktär såsom värmekraftverk, skolor, sjukhus, brandstationer eller liknande.

2.6.1 Gränsdragning mellan byggentreprenad- och hyreskontrakt

Vid bedömningen av huruvida ett kontrakt ska anses utgöra ett byggentreprenadkontrakt eller hyreskontrakt ska kontraktets huvudsakliga föremål och syfte fastställas.

⁴⁶ EU-domstolens dom i mål C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland* punkt 58.

⁴⁷ Prop. 2006/07:128 s. 290-291.

⁴⁸ Konkurrensverket dnr 128/2009 och 613/2008, redogörelse i avsnitt 3.1.5 nedan, samt NOU dnr 1999/0188-29.

I en dom fann EU-domstolen att det kontrakt som var föremål för prövning var ett byggentreprenadkontrakt och inte ett hyreskontrakt. Domstolen konstaterade att avtalet visserligen innehöll inslag som rörde uthyrning, men att uppförandet av det aktuella byggnadsverket inte hade påbörjats vid tidpunkten för avtalets slutande. Det omedelbara syftet med avtalet kunde därför inte vara uthyrning av byggnader, trots att avtalet kallades för ett hyreskontrakt. Därför kunde det främsta syftet med avtalet logiskt sett bara vara att uppföra byggnaderna.⁴⁹

Vidare konstaterade EU-domstolen att storleken på ersättningen som leverantören får för själva byggentreprenaden, eller hur betalningen sker, inte är avgörande för kvalificeringen av avtalet. Det hade därmed en begränsad betydelse att hyran i det här fallet i slutändan skulle komma att uppgå till ett betydligt högre belopp än kostnaden för att uppföra byggnadsverken.⁵⁰ EU-domstolen bedömde att det huvudsakliga syftet och föremålet med avtalet ifråga var uppförande av byggnadsverk.

Kammarrätten i Sundsvall har i två mål kommit fram till att undantaget gällande hyra av fastighet inte gällde eftersom den aktuella byggnaden ännu inte byggts när parterna undertecknade avtalet.⁵¹

Avsnitt 3.1.4 och 3.1.5 redogör för tillsynsärenden där den upphandlande myndigheten åberopat det särskilda undantaget för hyra av fastighet som skäl för att inte tillämpa upphandlingsreglerna. Konkurrensverket ansåg i samtliga fall att undantaget inte var tillämpligt.

⁴⁹ EU-domstolens dom i mål C-536/07 *Kommissionen mot Tyskland* punkt 56.

⁵⁰ Domstolen menar dessutom att en direkt jämförelse mellan beloppen inte var möjlig eftersom hyran skulle betalas genom månatliga delbetalningar under nära 30 år och kostnaden för byggnaderna avsåg tidpunkten för färdigställandet år 2005, EU-domstolens mål C-536/07 *Kommissionen mot Tyskland* punkt 61.

⁵¹ Kammarrätten i Sundsvalls dom den 24 augusti 2010 i mål 395-10 och 396-10, även Kammarrätten i Göteborgs dom av den 27 februari 2009 i mål nr 7477-08.

2.6.2 Förordning om statliga myndigheters lokalförsörjning

När det gäller statliga myndigheters hyresavtal finns förordningen (1993:528) om statliga myndigheters lokalförsörjning. Med lokalförsörjning avses åtgärder för att, genom hyra eller arrende, förse en myndighet med lokaler, mark och anläggningar för myndighetens verksamhet. Enligt 9 § i förordningen får statliga myndigheter inte ingå hyresavtal med en längre löptid än sex år utan regeringens medgivande. För universitet och högskolor gäller detta för avtal med en löptid på minst tio år. Myndigheter som önskar ingå sådana hyresavtal är skyldiga att inhämta yttrande från Ekonomistyrningsverket (ESV). ESV:s ger i yttrandet främst synpunkter på hyrestiden och de kostnader hyrestiden innebär för myndigheten. Myndigheten som vill ingå hyresavtalet ska sedan bifoga yttrandet i sin ansökan till regeringen.

I de situationer när hyresundantaget *inte* gäller kan det vara problematiskt att tillämpa denna förordning. För att regeringen respektive ESV ska kunna få ett tillräckligt underlag för att kunna fatta beslut enligt förordningen måste de få uppgifter om vilka kostnader hyresavtalet innebär för den ansökande myndigheten. Eftersom kostnaderna är beroende av de anbud som leverantörerna lämnar i en upphandling krävs det att upphandlingen redan är genomförd när ansökan till regeringen respektive begäran om yttrande från ESV lämnas in.

Detta medför svårigheter för den upphandlande myndigheten att utforma underlaget för upphandlingen eftersom den då inte känner till alla nödvändiga förutsättningar. Dessutom avgör regeringen först i ett senare skede vilken hyrestid som ska gälla för avtalet. Om hyrestiden eller andra väsentliga delar av kontraktet ändras på ett sätt som medför att någon annan än den ursprungliga leverantören

hade kunnat tilldelas kontraktet, måste myndigheten genomföra en ny upphandling.⁵²

Förordningen innebär däremot inte några problem i förhållande till LOU i de fall där den statliga myndighetens avtal eller kontrakt om hyra av lokal faller under det så kallade hyresundantaget.⁵³

2.7 Kontrakt som subventioneras med mer än hälften av en upphandlande myndighet

I 3 kap. 2 § LOU anges att lagen ska tillämpas på byggentreprenadkontrakt som upphandlas av någon annan än en upphandlande myndighet om mer än hälften av kostnaden för kontraktet täcks av direkta bidrag från den upphandlande myndigheten. Detta gäller också om en upphandlande myndighet upphandlar för någon annans räkning. Bestämmelsen är tillämplig på kontrakt som överstiger tröskelvärdena. Den gäller för kontrakt som avser uppförande av sjukhus, anläggningar för sport, rekreation och fritid, skol- eller universitetsbyggnader eller byggnader för administrationsändamål. Bestämmelsen omfattar även tjänster som har samband med sådana byggentreprenader.

Bestämmelsen innebär att den upphandlande myndighet som ger bidrag till en aktör för att utföra eller ansvara för en sådan byggentreprenad eller tjänst, ska kräva att aktören följer upphandlingsreglerna.⁵⁴

⁵² EU-domstolens dom i mål C-454/06 *Pressetext*.

⁵³ Konkurrensverket har påpekat dessa tillämpningsproblem i en skrivelse till Regeringen, dnr 571/2010.

⁵⁴ Prop. 2006/07:128 s. 314.

2.8 Undantag från skyldigheten att annonsera en upphandling

Detta avsnitt beskriver de fall där en den upphandlande myndigheten inte behöver annonsera en upphandling av en byggtreprenad.

För att upphandlingsdirektivens syfte ska kunna upprätthållas och för att de grundläggande principerna som gäller all offentlig upphandling ska kunna garanteras är det nödvändigt att upphandlingar annonseras. Huvudregeln är således att den upphandlande myndigheten ska annonsera samtliga upphandlingar i förväg. I likhet med EU-domstolens praxis om bestämmelser om undantag från upphandlingsreglerna, ska undantag från denna huvudregel tolkas restriktivt. Det är den upphandlande myndighet som åberopar ett undantag som ska visa att det verkligen föreligger omständigheter som gör undantaget tillämpligt.⁵⁵ Detta gäller även undantag från huvudregeln om annonsering.⁵⁶

Exempel på när en annons om ett kontrakt inte behöver publiceras är när undantagsförfarandet förhandlat förfarande utan föregående annonsering är tillämpligt. Detta förfarande är endast tillåtet att användas i de fall som står angivna i lagtexten.⁵⁷ I följande avsnitt redogörs för tillämpligheten av undantaget för tekniska skäl, vissa kompletterande byggtreprenader och upprepade byggtreprenader.

Det är också möjligt att under vissa förutsättningar övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering efter att en upphandling har påbörjats med ett annonserat öppet eller selektivt förfarande. Detta kan göras om det inte lämnats några anbudsansökningar eller några anbud, eller om de anbud som lämnats inte

⁵⁵ Se not 46.

⁵⁶ RÅ 2005 ref. 10.

⁵⁷ EU-domstolens dom i mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien* punkt 14.

är lämpliga. Men i dessa fall gäller emellertid att de ursprungliga villkoren för kontraktet inte får ändras väsentligt.

Den upphandlande myndigheten kan också använda direktupphandling om kontraktets värde understiger 287 000 kr.⁵⁸ En direktupphandling är en upphandling utan krav på anbud i viss form.

Ett kontrakt som överstiger det gällande tröskelvärdet kan direktupphandlas om det är fråga om synnerlig brådska. För att detta undantag ska vara tillämpligt måste det vara absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av och inte heller är hänförliga till den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid de förfaranden som gäller enligt huvudregeln.⁵⁹

2.8.1 Tekniska skäl

Om det som ska upphandlas på grund av tekniska skäl endast kan fullgöras av en viss leverantör behöver annonsering av ett kontrakt inte ske. Förhandlat förfarande utan föregående annonsering med hänvisning till tekniska skäl som grund kan endast användas om den upphandlande myndigheten – på objektiva grunder – kan visa att endast en viss leverantör kan utföra kontraktet.⁶⁰ Två villkor måste samtidigt vara uppfyllda för att undantaget ska vara tillämpligt. De arbeten som är föremål för upphandlingen ska vara av teknisk karaktär och det ska därför vara absolut nödvändigt att tilldela en viss leverantör kontraktet. Att arbeten anses vara komplicerade, att arbeten ska samordnas med andra arbeten eller att arbeten är särskilt

⁵⁸ Siffrorna gäller för åren 2010-2011.

⁵⁹ Konkurrensverkets yttrande till Kammarrätten i Göteborg i mål 784-10, dnr 346/2010 rör tillämpligheten av detta undantag.

⁶⁰ EU-domstolens dom i mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland* punkterna 32 och 34-39, som rörde upphandling av kontrakt för konstruktion av ett transportbandsystem för ett värmekraftverk.

svåra att utföra räcker inte för att visa att arbetet uteslutande kan anförtros en enda leverantör.⁶¹ Detta gäller särskilt när arbetena delats upp i flera delar och genomförts under ett stort antal år.⁶²

EU-domstolen har bland annat prövat frågan om tekniska skäl i ett mål som rörde inköp av helikoptrar. Den upphandlande myndigheten gjorde gällande att det var möjligt att tilldela kontraktet genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Myndigheten hänvisade till tekniska skäl på grund av helikoptrarnas tekniskt sett specifika karaktär samt det faktum att de berörda helikoptrarna var tillägg till ursprungliga inköp av samma vara. Domstolen fastställde att den upphandlande myndigheten måste visa *på vilket sätt* ett byte av en leverantör skulle tvinga den upphandlande myndigheten att köpa material som tillverkats med en annan teknik, vilket skulle kunna leda till oförenlighet eller oproportionerliga tekniska svårigheter vid användning och underhåll.⁶³

Det framgår av 4 kap. 5 § punkten 2 LOU och av EU-domstolens praxis att det inte är tillräckligt att visa att en särskild leverantör är mest effektiv avseende ett visst utförande. Det krävs istället att leverantören är den enda som *kan* utföra det som efterfrågas.

Avsnitt 3.1.1 redogör för ett tillsynsärende där den upphandlande myndigheten hade åberopat tekniska skäl som grund för att inte annonsera en upphandling. Konkurrensverket ansåg att den upphandlande myndigheten inte visat varför det var absolut nödvändigt att tilldela kontraktet till den valde leverantören.

⁶¹ EU-domstolens dom i mål C-57/94 *Kommissionen mot Italien*, punkt 22.

⁶² EU-domstolens dom i mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien* punkt 21.

⁶³ EU-domstolens dom i mål C-337/05 *Kommissionen mot Italien* punkt 59.

2.8.2 Kompletterande byggtreprenader eller ändrings- och tilläggsarbeten

I LOU finns vissa möjligheter för den upphandlande myndigheten att göra tillägg och kompletteringar till en upphandlad byggtreprenad utan att upphandla separat.

I 4 kap. 8 § punkten 1 LOU står att den upphandlande myndigheten kan använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om en upphandling gäller kompletterande byggtreprenader som inte ingår i det ursprungliga kontraktet. För att undantaget ska vara tillämpligt ska följande förutsättningar vara uppfyllda.⁶⁴

- Det ska handla om kompletterande byggtreprenader som inte ingår i det ursprungliga projektet eller det ursprungliga kontraktet,
- kompletteringarna ska på grund av oförutsedda omständigheter ha blivit nödvändiga för att kunna utföra de byggtreprenader som beskrivs i kontraktet,
- och kontraktet ska tilldelas den ursprungliga leverantören.

Därutöver gäller att det antingen måste vara fråga om

- att de kompletterande byggtreprenaderna av tekniska eller ekonomiska skäl inte kan avskiljas från det ursprungliga kontraktet utan stora olägenheter för den upphandlande myndigheten,

eller

⁶⁴ Bestämmelsen i LOU överensstämmer inte helt med motsvarande bestämmelse i artikel 31 punkt 4 i direktiv 2004/18/EG, på grund av EU-rättens företräde gäller direktivens lydelse framför LOU.

- att byggentreprenaderna är absolut nödvändiga för att kontraktet ska kunna fullföljas.

Andra stycket i bestämmelsen begränsar möjligheterna ytterligare att använda undantaget. Här anges att bestämmelsen endast gäller om värdet av kompletteringarna inte överstiger hälften av det ursprungliga kontraktsvärdet.

Avsnitt 3.1.3 beskriver ett tillsynsärende som handlar om kompletterande arbeten där Konkurrensverket ansåg att undantaget inte var tillämpligt.

Ändrings- och tilläggsarbeten i standardavtalen

En vanlig benämning på kompletterande byggentreprenader är ändrings- och tilläggsarbeten, så kallade ÄTA-arbeten. Den benämningen används också i standardavtalen AB 04 och ABT 06.⁶⁵

Standardavtalen definierar ett ÄTA-arbete som ett arbete som står i omedelbart samband med kontraktsarbetena, och som inte är av väsentligt annan natur än dessa. Det innebär att de tilläggsarbeten som avses ska vara så nära förknippade med kontraktsarbetena eller del därav att de tillsammans utgör en teknisk helhet. Det finns exempelvis inget sådant samband om beställaren utan nackdel kan vänta med utförandet till dess att entreprenaden är färdigställd. Regeln innebär alltså ingen given rätt för entreprenören att få utföra arbetet. I Kommentarer till AB 04 m.m. anges att frågan om ett arbete är att anse som ett ÄTA-arbete eller en ny entreprenad kan lösas av att beställaren angett gränser för entreprenörens åtaganden eller genom att på annat sätt markera om eventuella fortsättningar, etapper m.m. utgör en ny entreprenad. Om en sådan precisering saknas synes entreprenören ha rätt att hävda att arbetet ifråga är en

⁶⁵ I 3 kap. 15 § punkten 3 ÄLOU benämndes motsvarande bestämmelse gälla för "tilläggsarbeten".

del av den entreprenad som denne utför och därmed ett ÄTA-arbete.⁶⁶

Det är viktigt att notera att en upphandlande myndighet är skyldig att tillämpa reglerna i LOU oavsett hur standardavtalen är utformade. I standardavtalen finns en direkt hänvisning till LOU. Här anges att det i LOU finns regler som i vissa situationer innebär att beställaren inte får utföra tillkommande arbeten utan att en ny upphandling genomförs. Vid bestämningen av om ett tilläggsarbete kan göras utan att en ny upphandling krävs räcker det alltså inte att ta hänsyn till standardavtalen. Det är LOU:s bestämmelser om kompletterande arbeten som avgör om någon ny upphandling måste ske eller inte.

2.8.3 Upprepning av byggentreprenader

Vid upphandling av en ny byggentreprenad som är en upprepning av en tidigare byggentreprenad, kan i vissa undantagsfall det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering tillämpas. Detta fastställs i 4 kap. 8 § punkten 2 LOU. Förfarandet får tillämpas under högst tre år efter det att det ursprungliga kontraktet slutits. Precis som vid kompletterande byggentreprenader är undantagsbestämmelsen endast tillämplig om värdet av kompletteringarna inte överstiger hälften av det ursprungliga kontraktetsvärdet. Förutsättningarna för att undantaget ska gälla är

- att de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare upphandlats enligt något av de förfaranden som ska användas enligt huvudregeln, det vill säga genom ett öppet eller selektivt förfarande

- att arbetena tilldelas samma leverantör

⁶⁶ Hedberg, a a s. 45.

- att det nya kontraktet är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet
- att värdet av det nya kontraktet ingått i beräkningen av värdet av det ursprungliga projektet, samt att
- att det i samband med den ursprungliga upphandlingen annonserats att det nu avsedda förfarandet kan komma att användas.

2.9 Sammanfattning

Alla upphandlingar ska som huvudregel föregås av en annons. Om värdet av upphandlingskontraktet överstiger tröskelvärdena ska annonsering ske inom hela EU. I vissa angivna undantagsfall behöver en upphandling inte föregås av en annons, och i vissa andra i lagstiftningen angivna fall behöver upphandlingsreglerna inte alls tillämpas. Undantag från upphandlingslagstiftningen ska tolkas restriktivt, och det är den upphandlande myndigheten som åberopar ett undantag som ska visa på omständigheter som gör detta undantag tillämpligt.

Exempel på ett undantag där upphandling inte behöver ske enligt LOU är kontrakt eller avtal som avser hyra av fastighet. Det kan i vissa fall vara svårt att avgöra om ett avtal är ett byggtreprenadkontrakt eller en annan typ av kontrakt, till exempel ett hyreskontrakt. För att kunna fastställa vad det är för typ av kontrakt är det viktigt att ta reda på det huvudsakliga syftet med kontraktet. Hur parterna själva har benämnt kontraktet är inte avgörande. Begreppet byggtreprenadkontrakt ska tolkas vidsträckt och på så sätt att upphandlingsreglernas ändamålsenliga verkan säkerställs.

Det finns en särskild förordning som gäller hur statliga myndigheter ska gå till väga för att hyra eller arrendera exempelvis lokaler för sin

verksamhet. Förordningen kan vara problematisk att tillämpa i de fall när undantaget i LOU gällande hyra inte är tillämpligt.

Exempel på när ett kontrakt inte behöver annonseras är när det handlar om kompletterande byggtreprenader, även kallade ändrings- och tilläggsarbeten (ÄTA), eller vid upprepning av en tidigare byggtreprenad. Även tekniska skäl kan leda till att annonsering av en upphandling inte behöver göras.

Bevisbördan för att något av dessa undantag är tillämpligt ligger på den upphandlande myndigheten. Detta innebär att den upphandlande myndigheten noga måste kontrollera att samtliga förutsättningar föreligger för att undantaget ska få användas. Bristande planering är till exempel inte ett skäl för att använda undantaget om att en byggtreprenad kan kompletteras. Det är också viktigt att känna till att det inte är standardavtalen för byggtreprenader som avgör om tilläggsarbeten kan beställas. Den upphandlande myndigheten ska tillämpa LOU:s regler när det gäller tilläggsarbeten.

För att komma till rätta med att det saknats effektiva rättsmedel har det införts möjligheter att ogiltigförklara avtal som ingåtts i strid med lagen. Ansökan om ogiltighet av avtal inges av leverantör till allmän förvaltningsdomstol. I LOU har det också införts en möjlighet för allmän förvaltningsdomstol att efter ansökan från Konkurrensverket döma ut en upphandlingsskadeavgift.

3 Konkurrensverkets beslut i tillsynsärendena

Konkurrensverket har fattat beslut i fyra tillsynsärenden som handlar om upphandling av byggentreprenader. Syftet med tillsynsärendena har varit att klargöra och exemplifiera vad som enligt Konkurrensverkets bedömning kan utgöra otillåtna direktupphandlingar inom området för byggentreprenader.

Tre av tillsynsärendena behandlar byggentreprenader som genomförts av kommuner eller ett kommunalt bolag, och ett tillsynsärende rör en byggentreprenad genomförd av en statlig myndighet. För att ge en så tydlig och omfattande information som möjligt har Konkurrensverket tagit upp olika typer av direktupphandlingar i tillsynsärendena. Ärendena gäller:

- icke annonserad upphandling med åberopande av tekniska skäl
- fråga om ett avtals innebörd var en byggentreprenad
- kompletterande byggentreprenader och
- det särskilda undantaget gällande hyra av fastighet

Som finns att läsa i avsnitt 2.1 kan Konkurrensverket ansöka om upphandlingsskadeavgift om en upphandlande myndighet har genomfört en otillåten direktupphandling. Reglerna om upphandlingsskadeavgift gäller för upphandlingar som har påbörjats den 15 juli 2010 eller senare. När det gäller otillåten direktupphandling anses en sådan påbörjad först när avtalet har slutits, om inte myn-

digheten kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt.⁶⁷

3.1.1 Icke annonserad upphandling med åberopande av tekniska skäl⁶⁸

Halmstads kommun lät uppföra Halmstad Arena utan att tillämpa ett annonserat förfarande enligt upphandlingsreglerna. Som skäl för detta hänvisade kommunen bland annat till undantaget för tekniska skäl.

Halmstads kommun skickade i juni 2005 ut en inbjudan till ett flertal företag. Kommunen ville hitta en leverantör som skulle medverka bland annat i planeringen och uppförande av Halmstad Arena.⁶⁹ Efter att kommunen fått in intresseanmälningar valdes fyra leverantörer ut till nästa gallring. En av dessa var NCC/Anjobygg AB, vars anbud kommunen sedan antog. Ett partneringsavtal upprättades under år 2007 mellan Halmstads kommun och NCC/Anjobygg AB som innefattade projektering, utförande och överlämnande av Halmstad Arena. Det slutliga värdet av kontraktet uppgick till 348 miljoner kronor.

Halmstads kommun meddelade Konkurrensverket att upphandlingen av Halmstad Arena hade genomförts som en förhandlad upphandling utan föregående annonsering eftersom arbetena endast kunde utföras av en viss leverantör, av tekniska eller konstnärliga skäl, eller på grund av ensamrätt.⁷⁰ De omständigheter som enligt

⁶⁷ Prop. 2009/10:180, s. 310.

⁶⁸ Konkurrensverkets den 15 september 2010 (dnr 334/2010), Halmstads kommuns upphandling av Halmstad Arena.

⁶⁹ Tillämplig lag var ÄLOU eftersom kommunen inlett förfarandet och ingått avtalet innan LOU trädde i kraft.

⁷⁰ Bestämmelsen om förhandlat förfarande utan föregående annonsering finns i 4 kap. 5 § punkten 2 LOU. I avsnitt 2.9.1 finns en närmare redogörelse av bestämmelsen.

kommunen talade för att undantaget var tillämpligt var att kommunen "avsåg att skapa en kreativ anbudstävling, med förväntningen att skapa ett nytt landmärke i Halmstad för idrott och evenemang". Kommunen ansåg att marknaden för denna typ av entreprenader var kraftigt begränsad, och den ansåg inte heller att en annons skulle tjäna något konkurrensuppsökande syfte. Kommunen menade också att det framgår av protokollet från öppnandet av anbuderna att kommunens bedömning var väl grundad. Protokollet visade att intresseförfrågan skickats ut till minst femton företag. Genom denna intresseförfrågan menade kommunen att lagens syfte med att få en konkurrenssituation uppnåddes.

Konkurrensverket konstaterade inledningsvis att avtalet som ingåtts mellan Halmstads kommun och NCC/Anjobygg AB var ett upphandlingskontrakt som avsåg en byggentreprenad.

När det gällde Halmstads kommuns hänvisning till tekniska skäl menade Konkurrensverket att kommunen inte hade åberopat några skäl till, eller visat varför endast en viss leverantör kunnat utföra det aktuella arbetet. Inte heller hade kommunen vare sig åberopat skäl till eller visat varför det skulle vara absolut nödvändigt att tilldela denne särskilde leverantör kontraktet.

Konkurrensverket erinrade om att det förfarande som kommunen använt, förhandlat förfarande utan föregående annonsering, är ett undantagsförfarande som tillåts endast i vissa i lagen angivna fall. För att tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering är det inte tillräckligt att visa att en särskild leverantör är mest effektiv avseende ett visst utförande. Det krävs istället att leverantören är den enda som *kan* utföra det som efterfrågas.

Konkurrensverket menade vidare att eftersom Halmstads kommun skickat ut en intresseförfrågan till minst femton företag, borde kommunen ha ansett att flera leverantörer var tänkbara för uppdraget.

Enligt Konkurrensverkets mening var undantaget för tekniska skäl således inte tillämpligt avseende aktuell upphandling.

Det var alltså fråga om en otillåten direktupphandling. Det aktuella kontraktet skulle ha upphandlats i konkurrens, och genomförts som ett annonserat förfarande enligt lagen. Värdet av kontraktet översteg klart det då gällande tröskelvärdet för byggentreprenader, och omfattades därför av de direktivstyrda delarna av ÄLOU. Upphandlingen skulle därför ha föregåtts av en annons inom hela EU.

3.1.2 Avtals huvudsakliga syfte⁷¹

Färgelanda kommun hade ingått ett avtal gällande ombyggnation av en kommunalägd fastighet. Kontraktet hade inte föregåtts av någon upphandling enligt upphandlingslagstiftningen.

Färgelanda kommun träffade i december 2007 ett avtal med tre livsmedelsföretag om att etablera en livsmedelsindustri i en kommunal industrifastighet. Livsmedelsföretagen skulle ansvara för och bekosta inre projektering och byggledning i sina respektive lokaler, men kommunen skulle ansvara för och bekosta yttre projektering och byggledning. Företagens upparbetade investeringskostnader gällande fastigheten kunde överlåtas till kommunen, enligt avtalet.

Färgelanda kommun menade att kommunen saknat inflytande över kontraktstilldelningen till de entreprenörer som utfört arbeten på fastigheten. Kommunen ansåg också att den inte hade varit inblandad i urvalet av entreprenörer och att kommunen därför inte varit upphandlare. Fakturor från entreprenörerna hade enligt kommunen betalats av företaget Mathuset AB som ägdes av de tre livsmedelsföretagen. Kommunens uppfattning var att det var de

⁷¹ Konkurrensverkets beslut den 6 december 2010 (dnr 533/2010) Färgelanda kommuns ombyggnation av fastigheten Gatersbyn 1:120 "Björnhuset".

privata företagen som hade bekostat sina lokalanpassningar och därför omfattades inte arbetena på fastigheten av upphandlingslagstiftningen.

Kommunen menade också att avsikten med avtalet bland annat var att kommunen skulle kunna ta över livsmedelsföretagens nedlagda kostnader i sin egenskap av hyresvärd. Kostnaderna skulle sedan omvandlas till ett hyrespåslag. Detta hade kommunen sedermera gjort. Kostnader som var rent företagsspecifika skulle enligt kommunen inte överföras på detta sätt.

Två olika revisionsbyråer har i två separata granskningsrapporter riktat kritik mot hur kommunen har behandlat ombyggnationen av fastigheten.⁷² I en av rapporterna konstateras att arrangemanget är "en gråzon i fråga om lagen om offentlig upphandling". I den andra revisionsrapporten står det att avtalet inte återspeglade vad parterna faktiskt kommit överens om. Utredaren hade fått uppgifter om att avtalet inte upprättats i enlighet med vad som faktiskt avtalats eftersom avtalet då kunde ha uppfattats som ett avtal i strid med upphandlingslagstiftningen. Parterna träffade enligt utredaren egentligen ett avtal om förpliktelser för kommunens räkning som inte framkom av avtalet och avsikten var att företagarna skulle genomföra projektet och att kommunen skulle bekosta det. Enligt samma rapport hade kommunen stått för företagsspecifika anpassningar och företrädare för kommunen hade också deltagit vid projektmöten gällande ombyggnationen.

Fakturor som avsåg projektet hade enligt rapporten granskats före betalningen av en tjänsteman hos kommunen. När det var svårt att avgöra om en faktura omfattades av överenskommelsen eller inte, hade jämförelser inte skett med avtalet utan med hur olika personer i kommunen uppfattat överenskommelsen mellan kommunen och

⁷² Rapport avseende granskning av Björnhuset, Deloitte, juni 2009 och Utvärdering Projekt Björnhuset, Ernst & Young, 28 oktober 2010.

företagarna. Kommunens budget för projektet hade successivt utökats från 30 miljoner till 88 miljoner kronor.

Inledningsvis konstaterade Konkurrensverket att avtalet var ett kontrakt i lagstiftningens mening. Konkurrensverket kunde också slå fast att kommunen med god marginal betalat mer än tröskelvärdet för byggentreprenader.

Avtalet var inte ett hyresavtal även om det till vissa delar reglerade skyldigheter och ansvar gällande nyttjande av fastighet. Det var angivet i avtalet att ett hyresavtal skulle tecknas separat. Av avtalet framgick också att kommunen inte haft någon skyldighet att betala ombyggnationen direkt. Det kunde dock slås fast att avsikten med avtalet varit att kommunen skulle stå för investeringarna i fastigheten.

Konkurrensverket menade att det var kommunen som stod för den ekonomiska risk som arbetena på fastigheten innebar, eftersom kommunen löpande betalat fakturor hänförliga till ombyggnationen. Det framgick inte om företagen hade stått för några kostnader för ombyggnationen. Värdet av alla de arbeten som utförts på fastigheten och som kommunen betalat, tillkom kommunen i egenskap av fastighetsägare.

Sammantaget innebar detta att kommunen hade ett sådant direkt ekonomiskt intresse av ombyggnadsarbetena för att det ska vara fråga om ett byggentreprenadkontrakt.⁷³

Färgelanda kommun ansåg att den inte haft någon insyn i projektet utan att kommunen varit leverantör i projektet. Kommunen uppgav däremot inte på vilket sätt som kommunen skulle vara leverantör eller vad det var som kommunen hade levererat. Påståendet att kommunen inte haft någon insyn i arbetena på fastigheten stämde

⁷³ Se avsnitt 2.3 och där angivna domar från EU-domstolen.

inte med andra uppgifter som Konkurrensverket hade tillgång till. Kommunen hade tillförsäkrat sig insyn i projektet genom att delta vid projektmöten och kommunen hade även innan betalning granskat fakturor gällande ombyggnationen. Enligt Konkurrensverket tyder detta på att kommunen kunnat påverka utformningen av arbetena på fastigheten.

Kommunen anförde också till stöd för att upphandling inte behövde ske att ombyggnationen av lokalerna skulle finansieras genom ett hyrespåslag. Konkurrensverket fann därför anledning att påpeka att det saknar betydelse i upphandlingsrättslig mening hur en upphandlande myndighet väljer att finansiera ett inköp av en byggentreprenad.

Avtalets syfte var således bland annat utförande av en byggentreprenad, bestående av ombyggnation av kommunens fastighet. Enligt Konkurrensverkets sammantagna bedömning var avtalet ett byggentreprenadkontrakt som skulle ha föregåtts av en upphandling. Färgelanda kommun hade därmed brutit mot det upphandlingsrättsliga regelverket. Eftersom kontraktsvärdet översteg det aktuella tröskelvärdet omfattades upphandlingen av de direktivstyrda delarna av upphandlingslagsstiftningen. Upphandlingen och skulle således ha annonserats inom hela EU.

3.1.3 Kompletterande arbeten⁷⁴

Det kommunala bolaget Sundsvall Arena AB hade beställt stora kompletterande arbeten till en i övrigt annonserad upphandling av byggentreprenad. Frågan i ärendet var om dessa arbeten kunde vara

⁷⁴ Konkurrensverkets beslut den 6 december 2010 (dnr 582/2010) Sundsvall Arena AB:s upphandling av Himlabadet.

undantagna från skyldigheten att annonsera på grund av att det handlade om kompletterande arbeten.⁷⁵

I september 2007 publicerade Sundsvall Arena AB en annons om upphandling av en byggentreprenad, både inom EU och i en svensk nationell databas. Byggentreprenaden kallades Äventyrsbadet Sundsvall Arena AB. Entreprenaden skulle upphandlas som en delad entreprenad i enlighet med standardavtalet AB 04. I annonsen stod skrivet att samverkansformen partnering skulle användas.

Kostnaderna för entreprenaden hade ökat från cirka 210 miljoner till cirka 357 miljoner kronor. Orsaken till detta var enligt Sundsvall Arena AB att det skett förändringar i det tänkta utförandet av äventyrsbadet med åtföljande merkostnad. Tre kompletterande arbeten svarade enligt bolaget för den största delen av kostnadsökningen. Dessa tre var utförandet av en surfanläggning för 28 miljoner kronor, ny hiss med höjning av ett rutschkanetorn för 3,7 miljoner kronor och förlängning av en rutschkana för 1,8 miljoner kronor. Till detta kom prisökningar från avtalstillfället fram till utförandet där framförallt den svenska valutan försvagats gentemot euron, vilket medfört ökade kostnader på cirka 5,5 miljoner kronor. Resten av de ökade kostnaderna berodde enligt bolaget på en stor mängd ändringar, cirka 700 stycken, var och en till förhållandevis låga belopp.

De tre större ändringarna var enligt Sundsvall Arena AB omöjliga att frigöra till en ny upphandling. När det gällde förlängningen av rutschkanan kunde den inte köpas av någon annan leverantör, eftersom den då inte skulle passa rent tekniskt.

Efter en lång period av utredningsarbete och kontakter med handikapporganisationer och myndigheter beslutade sig Sundsvall Arena AB för att installera en ny hiss, vilket även innebar en höjning av rutschkanetornet. Detta skedde sent i produktionen och det var

⁷⁵ Se avsnitt 2.9.2 för en närmare beskrivning av bestämmelsen.

enligt bolaget inte möjligt att frigöra en sådan integrerad del för en separat upphandling.

Enligt bolaget var det inte heller möjligt att separera surfanläggningen från projektet för separat upphandling. Bolaget menade att även surfanläggningen utgjorde en så integrerad del av hela anläggningen att det skulle ha påverkat byggnadens planlösning, konstruktioner och installationer. Enligt Sundsvall Arena AB kunde de nämnda tilläggen inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande myndigheten skiljas från det ursprungliga kontraktet.

Konkurrensverket konstaterade i sitt beslut att det enligt bestämmelsen om kompletterande arbeten inte räcker med att åberopa tekniska eller ekonomiska olägenheter för att den ursprungliga leverantören ska kunna anses vara den som måste utföra arbetena. Det måste också vara fråga om kompletterande arbeten som på grund av oförutsedda omständigheter blivit nödvändiga för arbetets utförande.⁷⁶ Konkurrensverket menade att de argument som bolaget anfört avseende tilläggsbeställningarna snarare hänförde sig till bristande planering och/eller senare tillkomna önskemål avseende badhusets attraktioner, och inte om oförutsedda omständigheter.

Konkurrensverket ansåg att bolaget inte kunnat tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering i vart fall beträffande surfanläggningen, den nya hissen med höjning av rutschkanetornet eller förlängningen av rutschkanan. Dessa kompletterade arbeten var därmed otillåtna direktupphandlingar.

⁷⁶ Tillämplig bestämmelse var 3 kap. 15 § punkten 3 ÄLOU vilken var utformad i enlighet med direktivet. Nu gällande 4 kap. 8 § punkten 1 LOU ska läsas i ljuset av artikel 31 punkten 4 i direktiv 2004/18/EG.

3.1.4 Tillämpning av hyresundantaget på ombyggnation av befintlig byggnad⁷⁷

Den fråga som Konkurrensverket hade att ta ställning till i ärendet var om ett avtal mellan Migrationsverket och Brinova Åstorp AB var ett byggentreprenadkontrakt som skulle ha föregåtts av en offentlig upphandling, eller ett avtal som kunde undantas från lagens tillämpningsområde med hänvisning till undantaget för hyra av fastighet, det så kallade hyresundantaget.

Migrationsverket ingick avtalet med Brinova Åstorp AB i oktober 2010. Avtalet kallades för ett hyreskontrakt. Avsikten var att använda lokalerna till en förvarsenhet, det vill säga lokaler för personer i utlänningsärenden som är frihetsberövade. Det var nödvändigt att bygga om lokalerna för att dessa skulle passa den verksamhet som Migrationsverket skulle bedriva i lokalerna. Brinova Åstorp AB, som var ägare till fastigheten, fungerade som huvudentreprenör för hyresgästanpassningen. Migrationsverket hade för detta ändamål överlämnat ett så kallat lokalprogram gällande förvarsenheten. Lokalprogrammet fungerade som Migrationsverkets beställning av hyresgästanpassningen. Det innehöll bland annat beskrivningar av hur byggnaden skulle se ut och hur lokalen skulle utformas. Programmet ställde också en rad säkerhetskrav som förvarsenheten måste uppfylla.

Avtalstiden uppgick enligt avtalet till tio år, med möjlighet till fem års förlängning. Hyran bestod av en grundhyra som uppgick till drygt två miljoner kronor per år och en tilläggshyra på närmare sju miljoner kronor per år. Tilläggshyran baserades på Migrationsverkets krav på anpassningen av lokalerna. Vidare angavs att Migrationsverket skulle delta i en projektgrupp som skulle arbeta in Migrationsverkets krav i handlingarna. Kraven skulle sedan utgöra

⁷⁷ Konkurrensverkets beslut den 3 januari 2011 (dnr 584/2010) Migrationsverkets upphandling av ombyggnad av förvarsenhet i Åstorp.

underlaget för hyresgäst Anpassningen. Migrationsverket skulle godkänna anpassningsåtgärderna innan arbetena utfördes. Det framgick också av hyresavtalet att Migrationsverkets hyresandel av lokalen var 100 procent.

Migrationsverket skulle stå för utlägg och kostnader hänförliga till projekteringen av hyresobjektet. Om uthyrningen av lokalerna skulle upphöra skulle Migrationsverket ersätta bolaget för alla nedlagda och upparbetade kostnader. Migrationsverket skulle i sådana fall också stå för utlägg och kostnader för att återställa lokalerna till ursprungligt skick.

Konkurrensverket konstaterade inledningsvis i sitt beslut att det var fråga om ett kontrakt i LOU:s mening. Vidare framhöll Konkurrensverket att det vid bedömningen av om ett kontrakt är ett hyreskontrakt eller ett byggtreprenadkontrakt är det inte av avgörande betydelse hur parterna själva har valt att benämna kontraktet eller avtalet, utan det är kontraktets huvudsakliga föremål och syfte som ska ligga till grund för denna bedömning.

Ett av kriterierna vid bedömningen av om ett kontrakt är ett byggtreprenadkontrakt är att aktuella arbeten utförs enligt krav som ställts av den upphandlande myndigheten. Enligt Konkurrensverket hade Migrationsverket deltagit aktivt i projekteringen av arbetena, och arbetena utfördes också enligt Migrationsverkets krav och anvisningar. Enligt Konkurrensverkets mening var det därför tydligt att arbetena skulle täcka det behov som Migrationsverket specificerat. Migrationsverket stod också för kostnaden för arbetena. Av hyresavtalet framgick också att den del av hyran som gällde ersättning för hyresgäst Anpassningen var betydligt högre än den del som rörde grundhyran.

Konkurrensverket menade att Migrationsverket erhöll en prestation mot ersättning genom avtalet. Det innebar att Migrationsverket erhöll en ombyggnation som betalades genom hyra. Eftersom

Migrationsverket skulle ersätta Brinova Åstorp AB för nedlagda kostnader om projektet upphörde, bar Migrationsverket även den ekonomiska risken för projektet och hade därför också ett direkt ekonomiskt intresse av prestationen. Lokalerna skulle även användas för offentliga ändamål som förvarsenhet där frihetsberövade utlänningar skulle vistas i väntan på beslut.

Migrationsverket menade att det inte behövde genomföras någon offentlig upphandling, därför att undantaget för hyra av fastighet kunde tillämpas på avtalet. Konkurrensverket ansåg däremot att undantaget inte var tillämpligt.

Konkurrensverket menade att undantaget i och för sig kan åberopas om det är fråga om uppförande av byggnader som vem som helst kan tänkas hyra. Däremot är det, liksom vid befintliga byggnader, fråga om en byggentreprenad om uppförandet sker i enlighet med en upphandlande myndighets anvisningar och riktlinjer. Detta blir särskilt tydligt om byggnaderna är av speciell karaktär. Att förvarsenheter har en speciell karaktär och att deras alternativa användningsområden är få, framgår tydligt av Migrationsverkets krav på lokalerna. Andra potentiella hyresgäster finns knappast utan att omfattande ombyggnadsarbeten måste genomföras. I detta fall är det särskilt tydligt eftersom Migrationsverket ska ersätta Brinova Åstorp AB för att återställa lokalerna till ursprungligt skick om det aktuella projektet upphör.

Konkurrensverket bedömde att avtalet mellan Migrationsverket och Brinova Åstorp AB var ett byggentreprenadkontrakt och inte ett hyresavtal. Kontraktet skulle därför ha föregåtts av en offentlig upphandling i enlighet med förfarandereglererna i LOU. Eftersom värdet av kontraktet översteg det aktuella tröskelvärdet borde upphandlingen ha annonserats inom hela EU. Migrationsverkets upphandling av förvarsenheten i Åstorp var således en otillåten direktupphandling.

3.1.5 Tidigare tillsynsbeslut gällande tillämpningen av hyresundantaget

Konkurrensverket har i två tidigare tillsynsärenden tagit ställning till om det särskilda undantaget i LOU gällande förvärv av hyresrätt varit tillämpligt. Båda ärendena rörde hyra av ännu inte existerande byggnader. Det ena ärendet gällde bland annat lokaler till ett kommunalt bolag⁷⁸ och det andra ett kommunalt badhus⁷⁹.

I ärendet om lokaler till ett kommunalt bolag hade parterna kallat avtalet för ett hyreskontrakt. Det var det kommunala bolaget som hade fått bygglov på den aktuella fastigheten. Det framgick också av detaljplanen för området att det var det kommunala bolaget som önskat att bygga en trafikövningsplats för utbildning av förare. Det kommunala bolaget skulle också vara ensam hyresgäst i den färdiga byggnaden.

Konkurrensverket menade i sitt beslut att det inte var fråga om hyra av lokal. Huvudföremålet för kontraktet var att uppföra lokalen enligt den upphandlande myndighetens riktlinjer, och det huvudsakliga syftet var att uppföra ett byggnadsverk. Eftersom värdet av kontraktet understeg det gällande tröskelvärdet skulle bestämmelserna i 15 kap. LOU ha använts för att tilldela kontraktet.

I ärendet om det kommunala badhuset hade parterna kallat det aktuella avtalet för nyttjanderätt till badhus. Badhuset skulle uppföras enligt kommunens krav och specifikationer. Även i detta fall var det alltså fråga om ett byggentreprenadkontrakt.

⁷⁸ Konkurrensverkets beslut den 6 oktober 2009 (dnr 613/2008), AB Nybro Brunns avtal avseende trafikskola och köp av lastbilssimulator.

⁷⁹ Konkurrensverkets beslut den 9 september 2009 (dnr 128/2009), Kristinehamns kommuns nyttjanderättsavtal med Kunskapsporten Kristinehamn AB.

4 Slutsatser

Byggentreprenader rör ofta mycket stora värden och är många gånger komplexa, med många deltagare och med flera olika regelverk att ta hänsyn till. Av en beställare som är en upphandlande myndighet krävs det inte bara stora kunskaper om byggnationer, om ekonomi och de regler och avtal som gäller dessa områden, utan också om upphandlingsreglerna.

Men även utförare av byggentreprenader, leverantörer, måste ha goda kunskaper om upphandlingsreglerna. Detta gäller i synnerhet vid upphandlingar av byggentreprenader som påbörjats efter den 15 juli 2010, eftersom det sedan dess finns möjligheter att förklara avtal ogiltiga, vilket påverkar både upphandlande myndigheter och leverantörer. Upphandlande myndigheter kan även riskera att få betala en upphandlingsskadeavgift i de fall ett avtal ingåtts i strid med upphandlingsreglerna.

Även om en upphandlande myndighet anser att ett projekt eller ett avtalsförhållande inte är en byggentreprenad, visar redogörelsen ovan att upphandlingsreglerna ändå kan vara tillämpliga. EU-domstolen har tydligt uttalat att det inte är av avgörande betydelse vad parterna i ett avtalsförhållande kallar det aktuella avtalet eller samarbetet. Det som är avgörande är i stället vad avtalet verkligen har för innebörd.

I detta sammanhang är det viktigt att ha i åtanke att begreppet byggentreprenadkontrakt ska tolkas vidsträckt. Konkurrensverket har i flera ärenden funnit att det varit fråga om ett byggentreprenadkontrakt, trots att parterna kallat ett avtal för exempelvis hyra eller nyttjanderätt. Detta framgår av besluten om Färgelanda kommuns och Migrationsverkets upphandlingar av ombyggnationer, AB Nybro Brunns upphandling av lokaler samt Kristinehamns kommuns upphandling av ett badhus.

Tilldelning av vissa kontrakt är helt undantagna från upphandlingsreglerna, till exempel tilldelning av rena hyreskontrakt. Tecknande av vissa andra kontrakt behöver inte föregås av ett annonserat förfarande, exempelvis på grund av tekniska skäl. Det är mycket viktigt för en upphandlande myndighet att komma ihåg att alla undantag från upphandlingsreglerna ska tolkas restriktivt. Dessutom måste myndigheten kunna visa på de omständigheter som gör att undantaget gäller i just det aktuella fallet.

Huvudregeln är att alla offentlig upphandlingar ska offentliggöras för att så många leverantörer som möjligt ska få kännedom om vad upphandlande myndigheter behöver, och därmed kunna vara med och tävla om kontrakt. I en av de granskade byggentreprenaderna som gällde byggnationen av Halmstad Arena hade någon annonsering enligt LOU inte skett. Är det fråga om ett byggentreprenadkontrakt ska annonsering ske i enlighet med LOU. Är det dessutom fråga om ett kontraktsvärde som överstiger tröskelvärdet ska annonsering ske inom hela EU. Det är inte tillräckligt att den upphandlande myndigheten sökt konkurrens på annat sätt, till exempel genom uppsökande verksamhet.

För att kunna genomföra en byggentreprenadupphandling krävs också god framförhållning och ett väl genomfört planeringsarbete. Detta visar tillsynsärendet gällande Sundsvall Arena AB:s upphandling av Himlabadet. I LOU finns möjligheter att komplettera en pågående byggentreprenad om det behövs, utan att behöva gå ut i en ny upphandling. Men det gäller för den upphandlande myndigheten att ha klart för sig i vilka sammanhang detta undantag får tillämpas.

Bristande planering eller senare tillkomna önskemål från den upphandlande myndighetens sida är inte tillräckliga anledningar för att kunna använda undantaget om kompletterande byggentreprenader. Det är också viktigt att komma ihåg att utformningen av bestämmelserna i standardavtalen om tilläggs- och ändringsarbeten inte är

utformade på samma sätt som bestämmelsen om kompletterande byggentreprenader i LOU. När behov av kompletterande arbeten uppstår, räcker det alltså inte att endast ta hänsyn till bestämmelserna i det gällande standardavtalet. En granskning av om LOU:s bestämmelser tillåter kompletterande arbeten utan någon ny upphandling måste också ske.

I de flesta fall hyr statliga myndigheter lokaler för sin verksamhet som medför att hyresundantaget är tillämpligt, t.ex. vanliga kontorslokaler. Men i vissa fall kräver myndighetens verksamhet mer specialanpassade lokaler. Detta var fallet i tillsynsärendet gällande Migrationsverket. Sådana typer av specialanpassade lokaler måste antingen uppföras eller byggas om för att anpassas till myndigheten som hyresgäst. Kontrakt som avser uppförande eller ombyggnad utgör då byggentreprenadkontrakt som ska upphandlas i enlighet med LOU.

Syftet med reglerna om offentlig upphandling är att skapa fri rörlighet för varor, tjänster och byggentreprenader och att öppna för konkurrens. Upphandlingslagstiftningen innebär att upphandlande myndigheter ska kunna använda de offentliga medel som finansierar offentliga upphandlingar på bästa sätt. Detta ska ske genom att uppsöka och dra nytta av konkurrensen. Med goda kunskaper om upphandlingslagstiftningen ökar förutsättningarna för att syftet med regelverket uppnås.

Källförteckning

Litteratur

Hentze, Margareta & Sylvén, Hans, Offentlig upphandling – en lagkommentar, Norstedts Juridik, 1998

Hedberg, Stig, Kommentarer till AB 04, ABT 06 och ABK 09, Svensk Byggtjänst, 2010

Offentligt tryck

Förarbeten

Prop. 2006/07:128 Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Prop. 2009/10:180 Nya rättsmedel på upphandlingsområdet

Publikationer

Europeiska kommissionen, Guide to the Community Rules on Public Works Contracts other than in the water, energy, transport and telecommunications sectors, directive 93/37/EEC

Rättsfall

EU-domstolen

C-57/94 Kommissionen mot Italien

C-399/98 Ordine degli Architetti m.fl.

C-20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland

C-385/02 Kommissionen mot Italien

C-394/02 Kommissionen mot Grekland
C-220/05 Jean Auroux m.fl
C-337/05 Kommissionen mot Italien
C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH m.fl.
C-536/07 Kommissionen mot Tyskland
C-451/08 Helmut Müller GmbH m.fl.

Regeringsrätten

RÅ 1996 ref 50
RÅ 2005 ref 10

Kammarrätt

Kammarrätten i Sundsvall, dom den 24 augusti 2010 i mål nr 395-10
och 396-10
Kammarrätten i Göteborg, dom den 27 februari 2009 i mål nr 7477-08

Bilagor

Bilaga 1 Översikt av kartläggning kommunal sektor

Upphandlande myndighet	Upphandlingsföremål
Arenabolaget i Boden AB	Boden Arena
Borås stad	Borås simarena
Falkenbergs kommun	Falkhallen
Färgelanda kommun	Gatersbyn 1:120 "Björnhuset"
Halmstads kommun	Halmstad Arena
Hedemora kommun	Idrottsplatsen Vasaliden
Kalix kommun	Strandängarna (etapp 1)
AB Kristianstadbyggen	Kristianstad Arena
Kungälv kommun	Idrottshall Mimers Hus
Moderbolaget i Lindesbergs AB	Lindesbergs Arena
Luleå kommun	Sporthallen Örnäset
Nacka kommun	Skuruhallen
Skövde kommun	Arena Skövde
Sollentuna kommun	Idrottshallen Silverdal

Solna stad	Ishallar i Ritorp
Stockholms stad	Skanstullshallen
Sundsvall Arena AB	Himlabadet
Ulricehamns kommun	Idrottsanläggningen Lassalyckan
Uppsala kommun	Friidrotts- och innebandyhall i Gränby, träningshall för bandy i Gränby, utbyggnad av Fyrishov, uppförande av inomhusarena
Vänersborgs kommun	Arena Vänersborg
Västerås stad	Idrottshall på Sjöhagsvägen 7

Bilaga 2 Översikt av kartläggning i statlig sektor

Upphandlande myndighet	Upphandlingsföremål
Migrationsverket	Förvarsenhet i Åstorps kommun
Rikspolisstyrelsen	Polishus i Strängnäs, insynsskydd till Göteborg City Airport, reception till polisstation i Nyköping, polishus i Eksjö, arrester till polisstation i Vilhelmina, omklädningsrum i polisstation i Västberga
Domstolsverket	Skaraborgs, Attunda, Göteborgs och Jönköpings tingsrätter
Fortifikationsverket	Simulatorbyggnad i Karlskrona, teknikhall LV i Halmstad, utbildningsgarage i Kvarn, renovering av militärrestaurang samt nybyggnad SIB i Revingehed, ombyggnad Klagstorp i Skövde, Kasern ROT 4 i Boden (x2) samt anpassning etablering AMFI
Specialfastigheter AB	Kumla hus T och G, Kumla säkerhetsanstalt, Kumla konsekvens, Hall säkerhetsanstalt, Hall konsekvens, Saltvik nybyggnation, Saltvik säkerhetsanstalt, flygvapenmuseum i Linköping

Bilaga 3 Sammanställning av överprövningsstatistik, allmän förvaltningsdomstol

Konkurrensverket har sammanställt antalet överprövningar gällande byggtreprenader avseende åren 2007 - 2009. Några slutsatser av sammanställningen kan inte dras då jämförelsematerial saknas.

I sammanställningen ingår överprövningar av upphandlingar över och under tröskelvärden gällande ombyggnationer, större renoveringar och uppförande av byggnader. Sammanställningen har avgränsats på så sätt att endast avgörande i sak ingår. Vare sig avvisningsbeslut, avskrivningsbeslut, interimistiska beslut eller några andra former av beslut ingår därför. Eftersom materialet baserar sig på Konkurrensverkets databas för domstolsavgöranden som i sin tur är avhängig av att domstolarna skickat in samtliga domar till Konkurrensverket måste siffror läsas med detta i minne. I domarna anges inte alltid upphandlingens föremål särskilt noga, kontraktsvärdet eller vilket förfarande som använts. Konkurrensverket gör således inte anspråk på att nedan angivna siffror är annat än ungefärliga.

Rättsfrågor vid överprövning av byggtreprenadupphandlingar åren 2007 - 2009⁸⁰

Komplettering av anbud och reservationer i anbud	32
Bristande uppfyllelse av ska-krav	26
Felaktig utvärdering eller oklar/bristfällig utvärderingsmodell	23
Oklara förfrågningsunderlag	12
Avbrytande av upphandling	6
Rätt att förkasta anbud	4
Oproportionella/diskriminerande ska-krav	3
Otillåten direktupphandling (ej annonserat)	3
Sammanblandning av kvalificering och utvärdering	3
Ändring av förfrågningsunderlag	3

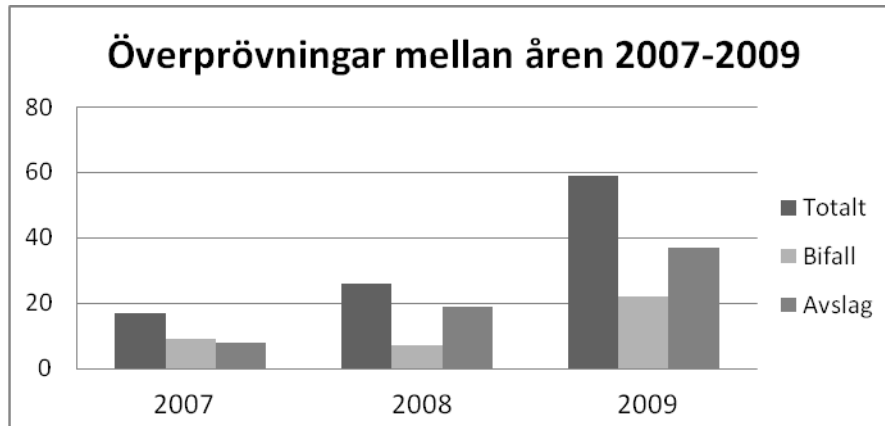
⁸⁰ I vissa mål har flera rättsfrågor varit föremål för prövning.

ÖVERPRÖVNINGAR	2007	2008	2009	TOTALT
Förvaltningsrätt, byggentreprenader	17	26	57	100
(cirka andel över t-värden)	(2)	(13)	(28)	(43)
<i>Total avgjorda underrätt⁸¹</i>	1123	1360	1990	
Överklagade till kammarrätt	5	9	11	25
(varav meddelade PT)	(1)	(3)	(2)	(6)
<i>Avgjorda mål totalt kammarrätt⁸²</i>	330	360	409	
Överklagade till Regeringsrätten	0	0	1	1
(varav meddelade PT)			(0)	
<i>Avgjorda mål totalt Regeringsrätt⁸³</i>	98	128	129	

⁸¹ I summan ingår slutliga beslut.

⁸² Observera att häri ingår även avgöranden gällande prövningstillstånd.

⁸³ Även här ingår avgöranden gällande prövningstillstånd.



Konkurrensverket har på eget initiativ granskat ett antal offentliga upphandlingar av byggentreprenader som gjorts av kommuner och statliga myndigheter. Tillsynen resulterade i att fyra ärenden bedömdes vara otillåtna direktupphandlingar.

Rapporten riktar sig till upphandlande myndigheter och leverantörer som vill få ökad kunskap om de regler som gäller för offentlig upphandling av byggentreprenader.

KONKURRENSVERKETS RAPPORTSERIE 2011:2



KONKURRENSVERKET

Swedish Competition Authority

Adress 103 85 Stockholm

Telefon 08-700 16 00

Fax 08-24 55 43

konkurrensverket@kkv.se

www.konkurrensverket.se