

Halmstad kommun
Box 153
301 05 Halmstad

Halmstads kommuns upphandling av Halmstad Arena

Beslut

Halmstads kommun har brutit mot upphandlingslagstiftningen genom att tilldela ett kontrakt avseende projektering, utförande och överlämnande av Halmstad Arena utan att genomföra en upphandling i konkurrens enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÅLOU).

Ärendet

Konkurrensverket inledde i februari 2010 en kartläggning av ett antal upphandlingar av byggtreprenadprojekt. Som ett led i detta inhämtade Konkurrensverket den 24 februari 2010 information om Halmstads kommuns upphandling av Halmstad Arena. Konkurrensverket önskade få del av den annons som föregått upphandlingen, förfrågningsunderlaget, tilldelningsbeslutet samt avtal som slutits. Härutöver önskade Konkurrensverket få information om kommunen genomfört kompletterande byggtreprenader eller tjänster som inte ingick i det ursprungliga kontraktet för genomförandet av entreprenaden samt, den juridiska grunden för detta. Konkurrensverket informerade även om att ett tillsynsärende skulle kunna komma att inledas.

Av det svar och de handlingar från Halmstads kommun som inkom den 24 mars 2010 framgår sammanfattningsvis följande. Byggtreprenaden Halmstad Arena föregicks av en inbjudan som skickades ut den 23 juni 2005 till ett flertal leverantörer. Enligt denna inbjudan sökte Halmstads kommun en intressent för att medverka i planering, genomförande, finansiering, ägande och fastighetsdrift av en ny arenahall samt tillkommande isyta under tak med tillhörande anpassning av befintlig ishall, allt beläget på Sannarps idrottsområde. Efter inkomna intresseanmälningar från ett antal leverantörer valdes fyra ut i den fortsatta processen, s.k. prekvalificering. Upprättat förfrågningsunderlag skickades ut till dessa leverantörer. Därefter har anbudsunderlag inkommit och en utvärdering företagits i vilken

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

NCC/Anjobygg AB (NCC/Anjobygg) bedömdes vara det mest ekonomiskt fördelaktiga. Ett partneringavtal upprättades mellan Halmstads kommun och Anjobygg avseende projektering, utförande och överlämnande av Halmstad Arena. I partneringavtalet angavs bl.a. att den överenskommelse/avsiktförklaring som tecknats mellan Halmstads kommun och NCC/Anjobygg även ska gälla som avtalsunderlag. Kommunfullmäktige beslutade den 19 juni 2007 att anta NCC/Anjobyggs anbud och det föreliggande partneringavtalet, och uppdrog åt fastighetsnämnden att inom den fastställda ekonomiska ramen om 360 mkr genomföra projektet. Tackbrev/beslut skickades ut till övriga deltagande leverantörer. Den 24 juni 2009 beslutade fastighetsnämnden att utföra utformning av Halmstad Arenas entrétorg. Av utdrag ur protokoll från fastighetsnämndens sammanträde framgår att bakgrunden till detta var att fastighetsnämnden under hösten 2007 beslutade att arrendekontraktet för en Statoil bensinstation skulle sägas upp och att en ny detaljplan skulle reglera marken. Bensinstationen revs, och den yta som då uppkom, vilken ligger i anslutning till huvudentrén till Halmstad Arena, skulle lämpa sig väl till att skapa ett entrétorg och en trevlig mötesplats framför arean. Kostnaden för detta, 1 700 000, skulle belasta projektet Halmstad Arena.

Med anledning av det svar och material som inkommit bad Konkurrensverket Halmstads kommun i en skrivelse av den 28 maj 2010 och förelägganden av den 10 juni och den 6 juli 2010 att inkomma med ytterligare information om huruvida upphandlingen av Halmstad Arena föregåtts av en offentlig upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) /lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÄLOU). I förekommande fall ville Konkurrensverket få del av dokumentation till stöd för detta. I det fall en offentlig upphandling enligt LOU/ÄLOU inte genomförts ville Konkurrensverket veta vilken rättslig grund som kommunen åberopade samt för detta relevant dokumentation. Halmstads kommun ombads även att tydligt beskriva upphandlingens föremål och huruvida tillägg till det ursprungliga kontraktsföremålet tillkommit samt, i förekommande fall, värdet av detta tillägg. Härvid skulle kommunen särskilt redogöra för hur upphandlingen av arenans entrétorg gått till. Slutligen ombads kommunen att lämna information om det slutliga kontraktsvärdet.

Halmstads kommun inkom med svar och material den 7 juni, den 2 juli samt den 3 augusti 2010 och anger i dessa sammanfattningsvis följande. Upphandlingen är en förhandlad upphandling utan föregående annonsering enligt 3 kap. 15 § 1 p ÄLOU, dvs. att arbetena av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt endast kan utföras av en viss leverantör. De omständigheter som förelåg 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 entreprenad, totalentreprenad, var kraftigt begränsad och en annons bedömdes inte tjäna något konkurrensuppsökande syfte. Kommunen anförde vidare att det framgår av protokollet från öppnandet av anbuderna (vilken visar att intresseförfrågan skickats ut till minst

femton företag, Konkurrensverkets anm.) att kommunens bedömning var väl grundad. Genom denna inbjudan/ intresseförfrågan uppnåddes lagens syfte med att få en konkurrenssituation. Upphandlingens föremål är en modern multiarena med innehåll och funktioner enligt det tidigare underlag som översänts. Det slutliga kontraktsvärdet för Halmstad Arena ligger på 347 850 000 kr.

Skäl

Rättsläget

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) trädde ikraft den 1 januari 2008. Enligt övergångsbestämmelserna till LOU ska lagen i dess äldre lydelse lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÄLOU) tillämpas beträffande upphandlingar som påbörjades före den 1 januari 2008. En upphandling anses 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.¹

Upphandlingslagstiftningen bygger i huvudsak på EU-direktiv.² EU har genom dessa direktiv infört gemensamma bestämmelser om upphandling inom unionens hela inre marknad. Upphandlingslagstiftningen ska tolkas och tillämpas i enlighet med direktivens syfte och lydelse samt EU-domstolens praxis. Även de grundläggande principerna³ som härrör ur EUF-fördraget⁴ ska iakttas vid upphandlingar. I 1 kap. 4 § ÄLOU anges att upphandling ska göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska vidare behandlas utan ovidkommande hänsyn.⁵

ÄLOU ska enligt 1 kap. 2 § tillämpas när en upphandlande enhet vidtar åtgärder i syfte att tilldela ett kontrakt avseende varor, tjänster, byggtreprenader eller byggkoncessioner. Enligt 1 kap. 5 § ÄLOU avses med kontrakt ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som 1. sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, 2. avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster, och 3. undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur. Ett byggtreprenadkontrakt utgör ett kontrakt som avser utförande, eller både projektering och utförande, av ett arbete som kan hänföras till någon av de i bilaga C till ÄLOU angivna verksamheterna, eller medföra att ett byggnadsverk realiserar.

¹ Prop. 2006/07:128 s. 447.

² För i detta ärende aktuell upphandling direktiv 93/37/EEG. Nu gällande direktiv är direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster för upphandling.

³ Bl.a. likabehandlingsprincipen (inkl. principen om icke-diskriminering), principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och transparensprincipen.

⁴ Vid tiden för den aktuella upphandlingen gällde EG-fördraget.

⁵ Denna bestämmelse motsvaras av de grundläggande principerna för offentlig upphandling nämnda i fotnot 3, se prop. 2006/07:128 s. 293.

Det beräknade förväntade värdet av ett kontrakt avgör vilket förfarande som ska tillämpas vid dess tilldelning. När värdet överstiger ett visst tröskelvärde ska upphandlingen handläggas enligt de direktivstyrda delarna i ÄLOU. Tröskelvärdet för byggentreprenader var 46 134 000 kr mellan åren 2004-2006.⁶ Enligt huvudregeln ska öppen eller selektiv upphandling användas (3 kap. 12 § ÄLOU), vilket innebär att upphandlingar ska annonseras och alla leverantörer ska få lämna anbud respektive ansöka om att få lämna anbud.

Ett kontrakt behöver i vissa i upphandlingslagstiftningen specificerade undantagsfall inte annonseras (3 kap. 15 § och 6 kap. 2 och 2b §§ ÄLOU). Exempel på sådana undantagssituationer är bl.a. att tjänsterna av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt endast kan utföras av viss leverantör (3 kap. 15 § p 1), eller om det är absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen och den upphandlande myndigheten har hamnat i synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till den upphandlande myndigheten (3 kap. 15 § p 2). Ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering kan även tillämpas i det fall upphandlingen ifråga gäller tilläggsarbeten av den ursprungliga leverantören som inte omfattas av det först avsedda projektet, men som på grund av oförutsedda omständigheter blivit nödvändiga för arbetets utförande. Detta gäller under förutsättning att tilläggsarbetena inte utan tekniska eller ekonomiska olägenheter kunnat skiljas från det ursprungliga kontraktet, eller att tilläggsarbetena är nödvändiga för att byggentreprenaden ska kunna slutföras (3 kap. 15 p 3).

Av EU-domstolens praxis framgår att bestämmelser om undantag ska tolkas restriktivt och att det är den som åberopar undantaget som ska visa omständigheter som gör undantaget tillämpligt.⁷

Förhandlad upphandling utan föregående annonsering med hänvisning till tekniska skäl som grund kan endast tillämpas om den upphandlande myndigheten – på objektiva grunder – kan visa att endast en viss leverantör som kan utföra kontraktet.⁸ Två kumulativa villkor ska vara uppfyllda, dels ska de arbeten som är föremål för upphandlingen vara av teknisk karaktär, dels ska det därför vara absolut nödvändigt att tilldela en viss leverantör kontraktet.⁹ Endast den omständigheten att arbeten påstås vara komplicerade och vanskliga räcker inte för att visa att arbetet uteslutande kan anförtros en enda leverantör.¹⁰

⁶ Se 1 § förordning (2004:4) om ändring i förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

⁷ Se bl.a. EU-domstolens dom i mål C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland* p 58.

⁸ EU-domstolens dom i mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland* p 32 och 34-39.

⁹ EU-domstolens dom i mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland* p 34.

¹⁰ EU-domstolens dom i mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien* p 21.

Med ensamrätt avses att ett kontrakt som av legala skäl enbart kan utföras av en leverantör, som i praktiken har ett monopol,¹¹ vilket innebär att leverantören i realiteten är den enda som kan utföra beställningen.¹² Det ska således röra sig om en produkt eller specialitet för vilken det i princip inte föreligger någon konkurrens på marknaden för att undantaget ska kunna göras gällande.¹³ Exempel på när undantaget kan vara tillämpligt är om det som ska upphandlas skyddas av intellektuella rättigheter som patent, varumärkesskydd m.m.

Tilldelning av ett kontrakt till en viss leverantör på grund av konstnärliga skäl kan göras gällande bl.a. då en upphandlande enhet införskaffar tjänster avseende konstnärlig gestaltning.¹⁴ Liksom i ovan redovisade fall måste den upphandlande myndigheten visa på omständigheter som gör det absolut nödvändigt att kontraktet tilldelas till den särskilda leverantören ifråga.¹⁵

Bedömning

Den aktuella upphandlingen är påbörjad innan den nu gällande LOU trädde ikraft, och skulle därmed ha skett i enlighet med ÄLOU. Halmstads kommun är en upphandlande enhet¹⁶ enligt 1 kap. 5 § ÄLOU som ska tillämpa upphandlingslagstiftningen vid tilldelning av offentliga kontrakt. Kommunen har ingått avtal med Anjobygg AB avseende projektering, utförande och överlämnande av Halmstad Arena. Enligt Konkurrensverkets bedömning är kontraktet ett avtal med ekonomiska villkor som slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör, och som syftar till utförande av en byggtreprenad. Ett sådant avtal är att betrakta som ett offentligt byggtreprenadkontrakt och ska tilldelas i enlighet med de förfaranden som anges i upphandlingslagstiftningen. Värdet av det aktuella kontraktet (347 850 000 kr) överstiger klart då gällande tröskelvärde (46 134 000 kr) för byggtreprenader. Upphandlingen omfattas därför av de direktivstyrda delarna av ÄLOU och skulle ha föregåtts av en annonsering inom hela unionen. Som redogjorts för ovan tillåter lagstiftningen endast i vissa undantagsfall tillämpning av förhandlad upphandling utan föregående annonsering.

Halmstads kommun har gjort gällande att de aktuella arbetena av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt endast kan utföras av en viss leverantör, och att förfarandet förhandlad upphandling utan föregående annonsering därför var tillämpligt. Som stöd för detta har kommunen anfört att marknaden för denna typ av entreprenad var kraftigt begränsad och att en annons därför inte bedömts tjäna något konkurrensuppsökande syfte.

¹¹ Prop. 1992/93:88 s. 96.

¹² Prop. 1992/93:88 s. 77.

¹³ EU-domstolens dom i mål C-328/92 *Kommissionen mot Spanien* p 17.

¹⁴ Se bl.a. Regeringsrättens domar i mål 8272-08 och 1595-06.

¹⁵ Se bl.a. EU-domstolens dom i mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland* p 33-34.

¹⁶ I nu gällande LOU används begreppet "upphandlande myndighet" vilket fortsättningsvis även kommer användas i aktuellt ärende.

Vad gäller Halmstads kommuns hänvisning till tekniska skäl har kommunen dock inte åberopat några skäl till, eller visat, varför endast en viss leverantör kunnat utföra det aktuella kontraktet. Inte heller har kommunen vare sig åberopat skäl till eller visat varför det skulle vara absolut nödvändigt att tilldela denne särskilde leverantör kontraktet. Det faktum att Halmstads kommun skickat ut en inbjudan att lämna anbud till minst femton företag visar snarare att kommunen ansett att fler leverantörer skulle kunna komma på fråga för kontraktet. Enligt Konkurrensverkets mening är undantaget för tekniska skäl således inte tillämpligt avseende aktuell upphandling.

Halmstads kommun har även anfört att förfarandet förhandlad upphandling utan föregående annonsering är tillämpligt på den aktuella upphandlingen på grund av ensamrätt. Som beskrivits ovan innebär ensamrätt i den mening som avses i 3 kap. 15 § p 1 ÄLOU att det av legala skäl endast finns en leverantör som kan utföra kontraktet ifråga. Konkurrensverket bedömer att det i förevarande ärende inte föreligger några sådana omständigheter, detta undantag är därmed inte tillämpligt på det aktuella kontraktet. Enligt Konkurrensverket föreligger heller inte några omständigheter som visar att kontraktet skulle vara undantaget på grund av konstnärliga skäl.

Som ovan redovisats ska undantag från upphandlingslagstiftningen tolkas restriktivt, och det är den upphandlande myndigheten som åberopar ett undantag som ska visa på omständigheter som gör detta undantag tillämpligt. Enligt Konkurrensverkets mening framgår det vidare av ordalydelsen av 3 kap. 15 § p 1 ÄLOU, och av den praxis från EU-domstolen som redogjorts för ovan, att det för att tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering 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. Vid en sammantagen bedömning finner Konkurrensverket att Halmstads kommun inte visat att enbart det valda företaget är den enda leverantör som kunnat utföra det kommunen efterfrågat och därmed kunnat komma på fråga för kontraktet avseende projektering, utförande och överlämnande av Halmstad Arena. Kontraktet skulle ha upphandlats i konkurrens och genomförts som ett annonserat förfarande enligt 3 kap. 10 § ÄLOU. Halmstads kommuns upphandling av Halmstad Arena är enligt Konkurrensverkets bedömning därmed en otillåten direktupphandling.

BESLUT

2010-09-15 Dnr 334/2010 7 (7)

I det fall en upphandlande myndighet har genomfört en otillåten direktupphandling får Konkurrensverket enligt 17 kap. 2 § LOU ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att den upphandlande myndigheten ska betala en upphandlingsskadeavgift. Reglerna om upphandlingsskadeavgift gäller för upphandlingar som påbörjats den 15 juli 2010 eller senare. Upphandlingen av Halmstad Arena påbörjades under år 2005. Ansökan om upphandlingsskadeavgift är inte aktuell i förevarande fall.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Sara Sandelius.

Dan Sjöblom

Sara Sandelius

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats