



Datum

2025-02-04

Adress

Diarienummer

TN-2024-1695

Yttrande

Till

Kommunfullmäktige

**Remiss- Motion Anfal Mahdi (V) om att ta tillbaka
kontrollen över skattepengarna, STK-2024-1224
STK-2024-1224**

Tekniska nämnden beslutar att lämna följande yttrande:

Sammanfattning

Tekniska nämndens bedömning är att den första föreslagna åtgärden i motionen inte anses ändamålsenlig samt att andra och tredje föreslagna åtgärderna inte är i överensstämmelse med gällande lagstiftning.

Motionen bör därför avslås.

Yttrande

Att en ny upphandling startas skyndsamt om ett företag visar att de inte kan fullfölja sitt åtagande

Alla företag påverkas på olika sätt av den ekonomiska utvecklingen och andra omvärldshändelser. Detta gäller även samtliga de företag som den offentliga sektorn genom offentlig upphandling köper varor, tjänster eller byggtreprenader från. I vissa fall kan sådana omständigheter leda till att företag hamnar i ekonomiska svårigheter, vilket i sin tur kan leda till exempelvis likviditetsproblem och i värsta fall resultera i konkurs. Det är en naturlig del av den ekonomiska verkligheten och något som är ytterst svårt för en upphandlande myndighet att förutspå eller värja sig mot.

Vidare kan det vid genomförande av ett kontrakt som har tillkommit genom offentlig upphandling ske olika saker som påverkar möjligheten till en effektiv framdrift, hindrar kontraktssenlig leverans eller innebär att leverans inte alls kan ske. När sådana händelser inträffar kan det leda till att leverantören/entreprenören (nedan endast kallad Leverantören), med vilken den upphandlande myndigheten (nedan kallad Beställaren) tecknat avtal, inte kan fullfölja sitt åtagande. Orsaken till att sådana händelser inträffar kan naturligtvis bero på företaget enskilt eller, vilket sannolikt är vanligare förekommande, vara resultatet av ett flertal samverkande faktorer där företaget självt inte nödvändigtvis råder över samtliga. Övergången mellan en förväntad leverans och ett konstaterande att en leverantör inte kommer kunna leverera enligt åtagandet är sällan en binär fråga, utan sker gradvis då det efterhand står klart att omständigheterna som hindrar kontraktsgenomförandet inte kan överkommas.



Även om Beställaren anser att en Leverantör sannolikt inte kan fullfölja sitt åtagande är det inte självklart att Leverantören också vill bli "lösgjord" från sitt uppdrag.

Leverantören kan anse sig förmögen att fullgöra uppdraget och även ha ambitionen att göra det, parterna kan ha olika syn på det arbete som redan utförts och det som återstår att göras och parterna kan göra olika tolkningar av det avtal som ligger till grund för uppdraget. Det kan således saknas en ömsesidig partsvilja att upplösa avtalsförhållandet, varvid det inte låter sig göras med mindre än att Beställaren ensidigt häver avtalet.

Hävning av ett offentligt upphandlat avtal kan endast ske om vissa specifika situationer föreligger – exempelvis att motparten gjort sig skyldig till ett eller flera väsentliga avtalsbrott. Om en upphandlande myndighet väljer att formulera avtalet så att denne utökar sin möjlighet att avbryta eller häva avtalet med större frihet, för mindre förseelser eller där hävningsmöjligheten innebär ett oproportionerligt avtalsvillkor kan det få negativa konsekvenser för anbudsgivningen och det riskerar även att strida mot upphandlingslagstiftningen. En hävning av ett avtal är dessutom den mest ingripande avtalsrättsliga åtgärden som kan vidtas. Om Leverantören i det skedet inte delar Beställarens vilja att avbryta uppdraget finns en överhängande risk att Leverantören också bestrider hävningen genom att väcka talan i domstol.

Som påpekats ovan är orsakerna till att ett kontraktsgenomförande inte kunnat ske på avsett sätt är oftast resultatet av en rad samverkande faktorer. En domstolstvist angående Beställarens rätt till hävning av avtal blir därför ofta invecklad och parternas respektive inställningar svårbevisade. Oaktat vad utfallet blir av en hävningstvist riskerar parterna att låsas upp i domstol under en i sammanhanget avsevärd tid. Sannolikheten är övervägande att tvisten i domstol pågår i minst 6-9 månader. Om tvisten överklagas till överrätt kan den pågå mycket längre än så.

En upphandlande myndighet bör av naturliga skäl inte ha två parallella avtal med olika avtalsparter som reglerar samma uppdrag. Innan en ny upphandling kan påbörjas av ett uppdrag, vilket redan upphandlats och tilldelats en leverantör, måste det redan existerande avtalet därmed på ett eller annat sätt avbrytas. En följd av detta är först efter att en eventuell tvist avseende hävningen av det första avtalet slitits i domstol finns det en reell möjlighet för beställaren att genomföra en ny upphandling av samma tjänst, vara eller byggentreprenad. Det krävs dock att Beställaren vinner framgång i domstolstvisten och att hävningen av det första avtalet består. Finner domstolen att hävningen inte ska bestå kvarstår nämligen det första avtalet, varvid Beställaren inte kan upphandla detta på nytt.

Om domstol finner att Beställaren hade rätt att häva det ursprungliga avtalet kan en ny upphandling genomföras avseende uppdraget. Bland annat beroende på hur komplext uppdraget och underlaget är kommer en ny upphandling sannolikt att ta någonstans mellan 3 månader och 1 år att genomföra. Den nya upphandlingen kan naturligtvis också bli föremål för en ansökan om överprövning, vilket oftast tar någonstans mellan 3 och 6 månader i domstol – men risken finns också att den tar längre tid än så.

Oaktat anledningen till att en Leverantör inte anses kunna fullfölja sitt åtagande är det därför ofta inte en gångbar lösning att snarast möjligt upphandla uppdraget på nytt. Det är i alla avseende inte en lösning som kan vidtas skyndsamt.

Att företag som vill ha fler underleverantörer än en måste få detta godkänt av Malmö stad



Att tekniska nämnden ska ställa krav på att företag som upphandlar uppdrag genom Malmöstad ska till minst 75% vara huvudentreprenör, (till större del om det faller inom lagens ramar).

Generellt sett är möjligheten för en anbudsgivare att använda sig av underleverantörer omfattande. Rätten att nyttja underleverantörer för utförande av delar av kontrakt är av stor, och i vissa fall helt avgörande, betydelse för framför allt mindre och medelstora leverantörers möjlighet att lämna anbud i offentliga upphandlingar. Det bör i sammanhanget erinras att när upphandlingsdirektiven moderniserades 2014 var ett av syftena att ytterligare underlätta små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling. En av de saker som lyfts fram i det avseendet är vikten av att tydliggöra möjligheterna för små- och medelstora företag att ta del av offentliga upphandlingar genom att fungera som underleverantörer till större företag.

I både svensk och EU-rättslig praxis har frågan om begränsande av anbudsgivares möjlighet att använda sig av underleverantörer behandlats. I kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 3576-16 uttalade domstolen att ett förbud mot användandet av underleverantörer strider mot lagen om offentlig upphandling (LOU). I EU-domstolens dom C-402/18 *Tedeschi och Consorzio Stabile Istant Service* prövade EU-domstolen om det är tillåtet med lagstiftning där möjligheten till att anlita underleverantörer begränsas till viss procent av upphandlingens värde. EU-domstolen fann att den ifrågasatta bestämmelsen var oförenlig med upphandlingsdirektivet och befäste därmed utgångspunkten att leverantörssidan ska vara fri att anlita underleverantörer för att fullgöra upphandlade kontrakt. Domstolens resonemang ligger väl i linje med det bakomliggande syftet att öppna upp tilldelningen av upphandlingskontrakt för bred konkurrens och främja små och medelstora företags deltagande i upphandlingar.

I EU-domstolens dom C-406/14 *Wroclaw* prövades frågan om upphandlande myndighet kan uppställa krav på att den leverantör som tilldelas kontraktet måste utföra en viss andel av uppdraget med egna resurser. Domstolen fann att uppställande av ett sådant krav var oförenligt med upphandlingsdirektivet. Domstolen påpekade även att direktivet anger en, i princip oinskränkt, möjlighet för anbudsgivare att anlita underleverantörer för att fullgöra ett kontrakt.

Det ska framhållas att EU-domstolens tolkningar i ovanstående mål gäller i förhållande till det äldre LOU-direktivet (direktiv 2004/18/EG). Det finns dock ingen anledning att ifrågasätta att slutsatserna även har bäring på motsvarande bestämmelser i det nya LOU-direktivet (direktiv 2014/24/EU).

Tekniska nämndens bedömning

Med anledning av det som redovisats ovan kan den första föreslagna åtgärden i motionen inte anses ändamålsenlig. De andra och tredje föreslagna åtgärderna är inte i överensstämmelse med gällande lagstiftning.

Motionen bör därför avslås.



Direktör Tobias Nilsson

Reservation anmäld av Vänsterpartiet.