

PM 2 2011-03-17 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande likabehandling, transparens och proportionalitet i riktlinjer för offentlig upphandling (direktköp av lokalproducerade livsmedel).**

*Sigtuna kommun har i samband med upphandling av livsmedel angivit att viss kvantitet, motsvarande tio procent av kommunens totala behov, kommer att köpas direkt från lokala producenter.*

Sigtuna kommun har infortrat anbud avseende löpande leveranser av livsmedel. Ett meddelande om upphandlingen skickades den 4 november 2010 till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE) för annonsering i bl.a. databasen TED.<sup>1</sup> Enligt punkten II.1.5 i meddelandet om upphandling är syftet med den aktuella upphandlingen att säkerställa Sigtuna kommuns behov av livsmedel under avtalsperioden. Upphandlingen innefattar köp och distribution av livsmedel. Kommunen uppger i meddelandet om upphandling att den har som mål att successivt öka andelen ekologiskt odlad mat i skolor, förskolor och äldreomsorg samt att tillhandahålla rätt kvalitet och servera god och näringsriktig mat samt att kommunen avser att teckna ramavtal med en eller flera leverantörer. Av punkten II.1.6 i samma meddelande framgår att upphandlingen omfattar följande CPV-nummer: 15100000, 15890000, 15896000, 15897200 och 44618420.<sup>2</sup>

Upphandlingen handläggs som ett öppet förfarande<sup>3</sup> och avser perioden 1 april 2011 till och med den 31 mars 2013 med möjlighet till förlängning i två omgångar om vardera ett år (2+1+1 = 4 år).<sup>4</sup>

Kommunens aktuella förfrågningsunderlag är daterat den 4 november 2010 och rubricerat "Anbudsinbjudan livsmedel för Sigtuna kommun". Av detta underlag, punkten 1.2, "Volym", framgår att kommunen under föregående år köpte livsmedel till ett värde av c:a 19.000.000 kronor. Enligt kommunens bedömning kommer värdet av den aktuella upphandlingen ligga på samma nivå under de närmaste åren.

I samma underlag, punkten 1.1, "Syfte och mål", framgår vidare bl.a. följande:

*"Sigtuna kommun kommer att arbeta med projekt i syfte att öka skolbarns förståelse för hur livsmedel produceras. Det innebär att vi i pedagogiskt syfte kommer att göra inköp direkt från gårdar i omgivningen. Denna verksamhet ingår alltså som en del i skolans pedagogiska verksamhet och volymen på dessa inköp är ytterst begränsad, högst 10 % av det totala värdet av kommunens köp av livsmedel men troligtvis mindre än så".*

Under hand har kommunen som svar på en fråga från leverantör uppgivit att "[k]ommunen delar inte uppfattningen att det strider mot LOU att som led i undervisningen besöka gårdar i omgivningen och där göra mycket begränsade inköp. Kommunen vill också betona att dessa inköp högst kommer uppgå till tio procent av det totala värdet av kommunens köp av livsmedel men troligtvis mindre än så. Det kommer helt säkert inte uppgå till några 7,6 miljoner kronor under fyra år. Kommunen vill också påpeka att punkten 1.1 sista stycket inte är ett krav i denna upphandling

<sup>1</sup> Tenders Electronic Daily (TED) är Europeiska unionens databas för annonsering av bl.a. offentlig upphandling. Databasen utgör ett tillägg till Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och publicerar annonser som har skickats till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE).

<sup>2</sup> CPV eller *Common Procurement Vocabulary*, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. – Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003 (numera ändrad genom en ny förordning, som trädde i kraft per den 13 september 2008).

<sup>3</sup> Se punkten IV.1.1 i meddelandet om upphandling.

<sup>4</sup> Se meddelandet om upphandling, punkten II.3, jämte kommunens förfrågningsunderlag, punkten 1.3, "Avtalstid". Vid händelse av överprövning kan enligt förfrågningsunderlaget avtalstiden komma att förskjutas.

utan endast information om vad som ligger utanför denna upphandling. Om en leverantör anser att denna typ av inköp strider mot LOU så får leverantörer överpröva inköpen när det sker”.<sup>5</sup>

Kommunen har även, inom ramarna för en pågående process i allmän förvaltningsdomstol om överprövning av den aktuella upphandlingen, uppgivit att den information som anges i förfrågningsunderlaget inte utgör något krav eller kriterium i den aktuella upphandlingen, utan endast information om vad som ligger utanför upphandlingen. Kommunen har inte tagit några beslut om att inleda detta projekt. Skulle kommunen göra så, är det dess uppfattning att aktuella köp ingår som en del av undervisningen. Inköpen utgör alltså inte en del av den nu aktuella upphandlingen, utan del av skolans pedagogiska verksamhet. Inköpen kommer dessutom att ha mycket liten omfattning. De kommer endast att avse frukt och grönsaker och inte uppgå till några tio procent av kommunens samlade livsmedelsbehov. Enligt vad kommunen uppger till domstolen rör det sig snarare om köp omkring direktupphandlingsgränsen, d.v.s. c:a 288.000 kronor om året.<sup>6</sup>

Såvitt får förstås uppgår avropens totala omfattning till åtminstone drygt 17 miljoner kronor per år.<sup>7</sup> Den aktuella upphandlingens totala kontraktvärde kan med ledning härav således uppskattas till i vart fall drygt 68 miljoner kronor under den totala kontraktstiden av fyra år, inklusive optionsår.<sup>14</sup>

### Gällande rätt

Offentlig upphandling som har påbörjas efter den 31 december 2007<sup>8</sup> regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Bestämmelserna innefattar bl.a. en implementering av Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).<sup>9</sup>

Bestämmelserna i LOU är, såvitt något undantag inte anger motsatsen, tillämpliga på ”kontrakt med ekonomiska villkor” av bland annat varor, som ingås mellan s.k. upphandlande myndigheter och från dessa fristående fysiska eller juridiska personer. Med upphandlande myndighet avses i LOU bl.a. statliga, kommunala och andra myndigheter samt beslutande församlingar i kommuner och landsting.<sup>10</sup> Företag, eller grupper av företag, som på marknaden tillhandahåller aktuella varor utgör ”leverantörer” som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).<sup>11</sup>

För upphandlingar som har påbörjats efter den 15 juli 2010 har i LOU införts vissa ändringar med avseende på bl.a. regleringen av möjlighet till s.k. direktupphandling samt tillgängliga rättsmedel.

Enligt vad EU-domstolen har fastslagit i mål C-26/03 (*Stadt Halle*)<sup>12</sup> ska en upphandling anses påbörjad, och därmed kunna göras till föremål för överprövning i nationell domstol, från och med den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan.

<sup>5</sup> Frågor och svar i den aktuella upphandlingen. Kommunens svar (pos.Nr 1.1) på frågan ”I pedagogiskt syfte uppger ni att det skall köpas direkt från gårdar i omgivningen för c:a 10 % av upphandlingsvärdet. Det innebär att ni under 4 år handlar för c:a 7,6 Mkr utan upphandling. Detta strider mot LOU och måste utgå. OK?”.

<sup>6</sup> Förvaltningsrätten i Uppsala, aktbilaga 9 i mål 8227-10, Servera R & S AB /. Sigtuna kommun, pp. 3.2.2 och 3.2.3.

<sup>7</sup> Den redovisade beräkningen har gjorts med ledning av kommunens uppgifter om den totala mängden avrop av livsmedel per år efter avdrag med tio procent, som ska köpas i särskild ordning; således: 19.000.000 – 1.900.000 = 17.100.000 kronor.

<sup>8</sup> Se övergångsbestämmelserna i lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

<sup>9</sup> För närvarande regleras offentlig upphandling av bl.a. varor genom Europeiska rådets och parlamentets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet) vilket trädde i kraft med för medlemsstaterna bindande s.k. direkt effekt per den 1 februari 2006. I Sverige har direktivet numera införlivats genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Motsvarande äldre gemenskapsrättslig reglering, vilken har legat till grund för den tidigare lagen (1992:1528) om offentligt upphandling, återfanns i bl.a. Europeiska rådets direktiv 93/36/EG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor (varuupphandlingsdirektivet).

<sup>10</sup> Se 2 kap. 19 § LOU. Även vissa andra organ, såsom offentligt styrda företag, kan enligt samma kapitel 12 § omfattas av begreppet upphandlande myndighet.

<sup>11</sup> Se 2 kap. 11 § LOU.

<sup>12</sup> Se EU-domstolens dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle och RPL Lochau*, REG 2005, s. I-1.

Livsmedel, i form av animaliska livsmedel, kött och köttprodukter (CPV 15100000-9), diverse livsmedel och torrvaror (CPV 15890000-3), djupfrysta livsmedel (CPV 15896000-5), konserverade livsmedel (CPV 15897200-4) samt livsmedelskonserver (CPV 44618420-5)<sup>13</sup>, utgör sådana varor vilka, under förutsättning att det samlade värdet av aktuella avrop överstiger gällande tröskelvärde, ska upphandlas med iakttagande av de direktivstyrda bestämmelserna i 1 kap. – 14 kap. LOU.

Enbart för det fall att det samlade kontraktsvärdet understiger tröskelvärdet kan handläggning ske enligt de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU. För närvarande uppgår gällande tröskelvärde för kommunala och landstingskommunala upphandlande myndigheter till 1.919.771 kronor.<sup>14</sup>

Frågan om grunderna för vilka anbud som ska antas är central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Syftet med den upphandlingsrättsliga regleringen är bland annat att säkerställa den lagliga efterlevnaden av EU-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. Det har därför införts i 1 kap. 9 § LOU ett antal unionsrättsliga principer som ska iakttas vid offentlig upphandling, oavsett upphandlingsförfarande. Dessa är principerna om *likabehandling och ickediskriminering, öppenhet (transparens), proportionalitet* samt *ömsesidigt erkännande*.

Som huvudregel föreligger det en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar.<sup>15</sup> En annons om upphandling ska på snabbaste lämpliga sätt sändas till Europeiska kommissionen<sup>16</sup> för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.<sup>1</sup> Vid upphandling under tröskelvärdet räcker det emellertid med att upphandlingen annonseras i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller i annan form som möjliggör effektiv konkurrens.<sup>17</sup>

Undantagsvis får en upphandlande myndighet, enligt 4 kap. 5-7 §§ eller 15 kap. 3 § (tidigare 15 kap. 3 och 5 §§) LOU<sup>18</sup> tillämpa *förhandlad upphandling utan föregående annonsering* eller *direktupphandling*. Nämnade undantagsförfaranden innefattar inte några krav på annonsering och får i fråga om varuupphandling inom den klassiska sektorn tillämpas vid följande förhållanden:

- om det vid ett annonserat, öppet, selektivt eller förenklat förfarande inte har lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller några lämpliga anbud, och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte har ändrats väsentligt, eller
- om det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör, eller
- om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering, eller

<sup>13</sup> CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. – Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003 (numera ändrad genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV, vilken trädde i kraft den 13 september 2008).

<sup>14</sup> Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärdet* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Tillkännagivande ska ske angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av varor inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten inte är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet), till 193.00 euro eller 1.919.771 svenska kronor – se vidare Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>15</sup> Avseende annonseringskravet, se 7 kap. 1 § samt 15 kap. 2 § sista stycket samt 4 § LOU. Avseende skriftlighetskravet, se 9 kap. 1 § samt 15 kap. 8 § LOU.

<sup>16</sup> Se 2 § förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

<sup>17</sup> Se 15 kap. 4 § LOU.

<sup>18</sup> Den aktuella regleringen har denna förtydligande lydelse från och med den 15 juli 2010, innebörden är dock densamma som tidigare, se prop. 2009/10:180, s. 287 nederst.

värdet av det som ska upphandlas uppgår till högst 15 procent av gällande tröskelvärde (f.n. c:a 288.000 kronor).<sup>19</sup>

Undantagsförfarandena får enligt 4 kap. 7 § LOU vid varuupphandling tillämpas även om något av följande förutsättningar är uppfyllda:

- det som ska upphandlas är varor som framställs endast för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål, och kontraktet inte syftar till vinst eller till att täcka forsknings- och utvecklingskostnader och under förutsättning att det inte försämrar möjligheten till konkurrens vid en senare kontraktstilldelning som i första hand har ett sådant syfte, eller
- upphandlingen gäller kompletterande leveranser av varor från den ursprungliga leverantören om a) varorna är avsedda som antingen delvis utbyte av eller tillägg till tidigare leveranser, och b) ett byte av leverantör skulle medföra att den upphandlande myndigheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll,<sup>20</sup>
- upphandlingen gäller varor som noteras och omsätts på en råvarumarknad, eller
- det är möjligt att anskaffa varor på särskilt förmånliga villkor genom att köpa i samband med att en leverantör upphört med sin verksamhet eller trätt i likvidation eller försatts i konkurs eller är föremål för motsvarande förfarande.

Den upphandlande myndigheten ska i fråga om direktupphandling dock iaktta de grundläggande principer som framgår av 1 kap. 9 § LOU, däribland principerna om *likabehandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparens)* och i möjligaste mån tillvarata befintlig konkurrens. Av äldre lagförarbeten framgår att även vid direktupphandling bör den lägsta kostnaden eller bästa kvaliteten eftersträvas, varvid prisjämförelser och andra undersökningar anges som lämpliga förfaringssätt.<sup>21</sup> Den upphandlande myndigheten kan vid direktupphandling t.ex. inte hindra andra leverantörer än de som har tillfrågats från att lämna anbud.

Det framgår vidare av EU-domstolens fasta rättspraxis<sup>22</sup> att varje undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EU- fördragen inom området för offentlig upphandling ska tolkas restriktivt<sup>23</sup> och det ankommer på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.<sup>24</sup>

Bestämmelser om beräkning av en upphandlings kontraktsvärde finns i 3 kap. respektive 15 kap. LOU, beroende på hur upphandlingen klassificeras.<sup>25</sup> Av 3 kap. 3 och 4 §§ samt 15 kap. 3a § LOU följer att värdet av varukontrakt ska uppskattas till det totala belopp som skall betalas enligt

<sup>19</sup> Se 15 kap. 3 § LOU i lydelse efter den 15 juli 2010. Där anges värdegränsen till 15 procent av gällande tröskelvärde. Vid kontraktsvärden under denna värdegräns får *direktupphandling* tillämpas. Nu gällande tröskelvärde uppgår till 1.919.9771 kronor se tidigare fotnot, jämte regeringens tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>20</sup> Ett tilldelat varukontrakt enligt undantaget i punkten 2 får gälla under längre tid än tre år endast om det finns särskilda skäl.

<sup>21</sup> Se prop. 1993/94:78 till den äldre upphandlingslagen (1992:1528), specialmotiveringen till 6 kap. 2 § LOU, s. 24, vilken utgår från förhållandena i bl.a. det tidigare normalreglementet för kommunal upphandling (UR). Från anslutande rättspraxis kan nämnas dåvarande Länsrätten i Göteborgs och Bohus län, dom av den 25 maj 1994 i mål 1695-94, där rätten avseende en tjänstepphandling uttalade bl.a. att det "[v]id tillämpning av det kommunala upphandlingsreglementet torde [...] ha räckt med att tillfråga tre anbudsgivare vid upphandling inom den s.k. mjuka sektorn vård, socialtjänst, skola etc.". Rätten konstaterade således att till antalet fem tillfrågade, varav två hade samma ägare, skulle anses uppfylla lagens krav på affärsmässighet.

<sup>22</sup> Från senare rättspraxis, se EU-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i målet C- 157/06, *kommissionen mot Italien*, REG 2008 s. I-0000, p. 23.

<sup>23</sup> Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden av den 17 november 1993 i mål C-71/92, *kommissionen mot Spanien*, REG 1993, s. I-5923, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249.

<sup>24</sup> Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens dom av den 10 mars 1987 i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, REG 1987, s. 1039, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249. Från senare års praxis, se också domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28-01, *Kommissionen mot Tyskland*, REG 2003 s. I- 3609, p. 58, samt av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005, s. I-1, p. 46.

<sup>25</sup> För varuupphandling över tröskelvärdet gäller i detta avseende 3 kap. LOU; om det samlade kontraktsvärdet understiger gällande tröskelvärde regleras upphandlingen istället enligt 15 kap. LOU.

kontraktet under dess fulla löptid (det s.k. kontraktsvärdet) samt att eventuellt förekommande options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjats.<sup>26</sup>

Av 3 kap. 5 § respektive 15 kap. 3a § LOU följer vidare att som huvudregel en planerad anskaffning av t.ex. en viss mängd varor inte får delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i LOU. Av aktuella lagförarbeten framgår bl.a. följande:

”Bestämmelsen bör således förbjuda uppdelningar av upphandlingar som görs i avsikt att underskrida tillämpliga beloppsgränser. Den innebär naturligtvis inget förbud mot att dela upp en upphandling i delkontrakt. Upphandlingar som har ett naturligt samband i tid och beträffande innehåll bör dock inte upphandlas separat. Den upphandlande myndigheten eller enheten ansvarar således för att se till att de upphandlingar som görs inom myndigheten respektive enheten inte överskrider direktupphandlingsbeloppen. Det innebär vidare att en upphandlande myndighet måste ha kontroll över vilka upphandlingar som görs inom myndighetens samtliga avdelningar. Samtliga upphandlingar av samma slag inom samma upphandlande myndighet bör läggas till grund för beräkningen av kontraktets värde.”<sup>27</sup>

Skulle det emellertid framstå som sakligt motiverat att dela upp en planerad anskaffning av likartade varor i flera kontrakt, som ska upphandlas samtidigt i form av delkontrakt, ska enligt den *sammanvägningsprincip* som framgår av i 3 kap. 7 § LOU, det sammanlagda värdet av dessa delkontrakt beaktas vid beräkningen av kontraktsvärdet. Om tröskelvärdet då överskrids, ska varje enskild upphandling av delkontrakt göras enligt bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena, såvitt delkontrakts värde inte understiger 80.000 euro (motsvarande 795.760 kronor)<sup>28</sup> eller det sammanlagda värdet av alla delkontrakten inte överstiger 20 procent av det totala kontraktsvärdet. I sådant fall ska bestämmelserna i 15 kap. LOU tillämpas.

Den upphandlande myndigheten är också skyldig att dokumentera och lagra uppgifter som rör varje upphandlingsärende på ett säkert sätt. Det huvudsakliga regelverket om dokumentation m.m. finns i arkivlagen (1990:782).<sup>29</sup> Vid upphandling över tröskelvärdet ska den upphandlande myndigheten härutöver upprätta ett upphandlingsprotokoll, som ska finnas tillgängligt för bl.a. Europeiska kommissionen.<sup>30</sup>

Enligt en motsvarande bestämmelse för upphandling under tröskelvärdet, i 15 kap. 13 § LOU, ska den upphandlande myndigheten anteckna skälen för sina beslut och annat av betydelse vid upphandlingen. Detta gäller dock inte vid tilldelning av kontrakt under värdegränsen för direktupphandling (f.n. c:a 288.000 kronor).

Enligt den ovan omtalade principen om *likabehandling och icke-diskriminering* i 1 kap. 9 § LOU får krav som ställs i en upphandling inte ges diskriminerande verkan, med avseende på exempelvis nationalitet eller regionalt ursprung. Även om den upphandlande myndigheten inte förväntar sig

<sup>26</sup> I fråga om *ramavtal* över tröskelvärdet ska enligt 3 kap. 13 § LOU kontraktsvärdet beräknas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga de kontrakt som planeras under ramavtalets löptid. Vidare ska enligt 3 kap. 9 § LOU värdet av ett kontrakt som är avsett att gälla leasing, hyra eller hyrköp av varor och som löper på en bestämd tid om högst tolv månader beräknas till den totala kostnaden för kontraktet under löptiden. För varukontrakt som avser längre löptid skall värdet beräknas till den totala kostnaden inklusive varans uppskattade restvärde och för varukontrakt som löper på obestämd tid eller vilkas löptid inte kan bestämmas skall värdet beräknas till månadskostnaden multiplicerad med talet 48. Vid upphandling under tröskelvärdet ska enligt 15 kap. 3a § LOU den upphandlande myndigheten vid värdeberäkningen beakta samtliga direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret. Beräkningen ska enligt 3 kap. 4 och 10 § LOU utgå från värdet vid den tidpunkt då en annons om upphandlingen skickas ut eller, om en sådan annons inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten bjuder in leverantörer till anbudsgivning och värdet av kontraktet ska beräknas exklusive lagstadgad mervärdesskatt.

<sup>27</sup> Se prop. 2009/10:180, s. 293 jämte specialmotiveringen till 15 kap. 3a §, s. 345-346, där det även anges att vid behov av vägledning för tolkningen av bestämmelsen får stöd sökas i motiven för och praxis avseende motsvarande bestämmelser över tröskelvärdena (i denna del, se bl.a. prop. 2007/07:128, specialmotiveringen till 3 kap. 5 §, s. 316).

<sup>28</sup> Beräkningen har utgått från den kronkurs relativt euron som har fastställts av Europiska kommissionen i förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden (1.919.771 kr/193.000 euro = 9,947 kr).

<sup>29</sup> En upphandlande myndighet som inte omfattas av arkivlagens (1990:782) bestämmelser ska enligt 9 kap. 13 § LOU, på ett betryggande sätt förvara anbudsansökningar och anbud med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, protokoll och liknande. Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades.

<sup>30</sup> Se 9 kap. 12 § LOU enligt vilken det av protokollet ska framgå skälen till att (1) ett anbud som ansetts vara onormalt lågt har förkastats, (2) ett kontrakt eller ramavtal inte har tilldelats en leverantör, och (3) varför (i förvarande fall) ett förhandlat förfarande har tillämpats. Se vidare 14 § förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

några utländska anbud får den vid utformandet av förfrågningsunderlaget inte införa exempelvis krav som enbart nationella företag känner till eller kan tillhandahålla. Principen förutsätter att anbudssökande och anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet och oberoende av sådana faktorer som inte hänför sig till själva genomförandefasen. Sådana faktorer som inte får beaktas är i synnerhet nationalitet eller etablering i någon medlemsstat eller inom något annat specifikt geografiskt område, exempelvis en viss kommun. I EU-domstolens fasta praxis har principen om icke-diskriminering tolkats så att krav som ställts i en offentlig upphandling inte får gynna någon som kommer från viss ort eller representerar ett visst område, eftersom detta skulle leda till diskriminering av företag från andra länder. Principen har betydelse även avseende rent nationella förhållanden. Icke-diskriminering förutsätter således att vid kommunal upphandling leverantörer från andra kommuner eller orter måste behandlas på samma sätt och ges lika villkor som exempelvis leverantörer från den egna kommunen eller orten.<sup>31</sup>

Att i samband med offentlig upphandling ställa krav på geografisk närhet eller ange regionala krav m.m. står således i strid med de gemenskapsrättsliga principerna. Av samma skäl är det inte heller tillåtet att uppställa krav eller principer som generellt innebär att lokalproducerade varor eller tjänster ska komma att gynnas ("prioriteras").

Av EU-domstolens praxis framgår att krav i samband med offentlig upphandling på geografisk närhet samt regionala krav och upphandlingsbestämmelser som är ägnade att gynna lokala företag eller lokal produktion m.m. står i strid med EU-fördragets grundläggande bestämmelser, särskilt artikel 34 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) om förbud mot kvantitativa importrestriktioner m.m. (tidigare artikel 28 och därförinnan artikel 30 i EG-fördraget).

I mål C-31/87, *Gebroeders Beentjes*,<sup>32</sup> uttalade domstolen bland annat att ett krav i samband med en direktivstyrd offentlig upphandling av byggtreprenadarbeten med innebörd att den vinnande leverantören skulle anställa långtidsarbetslösa kunde strida mot upphandlingsdirektivet och de grundläggande principerna om kravet enbart kunde uppfyllas av nationella leverantörer eller innebar att anbudsgivare från andra länder skulle få svårt att uppfylla vad som krävs.

Av EU-domstolens dom i mål C-243/89, *kommissionen mot Danmark (Store Baelt-målet)*,<sup>33</sup> framgår vidare att föremålet för ett offentligt kontrakt inte får utformas så att målet eller resultatet blir att endast inhemska företag kan delta och anbudsgivare från andra länder stängs ute. I målet C-21/88, *Du Pont de Nemours Italiana*, fann EU-domstolen att en nationell lagstiftning som innebar att en viss andel (30 procent) av de offentliga varuupphandlingskontrakten skulle förbehållas företag belägna inom vissa socialt och ekonomiskt eftersatta regioner stred mot dåvarande artikel 30 EG.<sup>34</sup> Domstolen uttalade därvid bland annat följande:

"Det är därför nödvändigt att fastställa vilken inverkan ett preferenssystem som det omtvistade kan ha på den fria rörligheten för varor. (domskälen, p. 10). Det bör i detta hänseende påpekas att ett sådant system, som ger företräde åt varor vilka framställts eller bearbetats i en bestämd region i en medlemsstat, hindrar de berörda offentliga myndigheterna och organen från att göra en del av sin upphandling från företag i andra medlemsstater. Varor från andra medlemsstater diskrimineras därigenom i förhållande till varor tillverkade i den berörda medlemsstaten och den normala handeln inom gemenskapen hindras. (p. 11) Denna slutsats påverkas inte av den omständigheten att de begränsande verkningarna av ett sådant preferenssystem i lika stor utsträckning drabbar produkter tillverkade av företag i den berörda medlemsstaten, vilka inte är etablerade i den region som omfattas av preferenssystemet, som produkter tillverkade av företag etablerade i övriga medlemsstater. (p. 12) Det måste i själva verket betonas att det står klart dels att även om inte alla produkter från den berörda medlemsstaten tillförsäkras en fördel i förhållande till utländska produkter så är alla produkter som gynnas av preferenssystemet inhemska, dels att den omständigheten att

<sup>31</sup> Se EU-domstolens dom av den 20 september 1988 i mål C-31/87, *Gebroeders Beentjes*, REG 1988, s. 4635, samt den 22 juni 1993 i mål C-243/89, *kommissionen mot Danmark (Store Baelt)*, REG 1993, s. I-3353. Se även domstolens dom av den 20 mars 1990 i mål C-21/88, *Du Pont de Nemours Italiana*, REG 1990, s. I-889.

<sup>32</sup> EU-domstolens dom av den 20 september 1988 i mål C-31/87, *Gebroeders Beentjes*, REG 1988, s. 4635.

<sup>33</sup> EU-domstolens dom av den 22 juni 1993 i mål C-243/89, *kommissionen mot Danmark (Store Baelt)*, REG 1993, s. I-3353.

<sup>34</sup> Senare omnumrerad till artikel 28 EG, numera ersatt av artikel 34 FEUF.

den begränsande verkan på importen av en statlig åtgärd inte gynnar samtliga utan endast vissa inhemska produkter inte innebär att den berörda åtgärden undgår att omfattas av förbudet i [dåvarande] artikel 30. (p. 13)”.<sup>35</sup>

I ett annat avgörande, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 (*kommissionen mot Tyskland*),<sup>36</sup> fann EU-domstolen att förekommande transportavstånd och dessas eventuella miljöpåverkan som regel inte kan åberopas som grund för att gynna närbelägna leverantörer. För att särbehandling överhuvudtaget ska vara möjlig krävs enligt domstolen att det föreligger starka skäl under åberopande av dåvarande artikel 30 EG<sup>37</sup> för att skydda allmän ordning, allmän moral och allmän säkerhet, människors och djurs hälsa, människors och djurs liv eller att bevara växter och det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att visa tillräckliga skäl för sådant undantag.<sup>38</sup>

För svenskt vidkommande har möjligheten att vid offentlig upphandling särskilt gynna lokal handel tidigare varit föremål för bedömning av Upphandlingskommittén, vilken i slutbetänkandet SOU 2001:31, Mera värde för pengarna, uttalade bl.a. följande:

”Kommittén har utrett i vad mån det är möjligt för en upphandlande enhet att ställa upp villkor för deltagande i en upphandling eller tillämpa utvärderingskriterier som innebär att den tar lokala hänsyn i den enskilda upphandlingen. Kommittén anser inte att det är möjligt enligt gemenskapsrätten och LOU och inte heller önskvärt att öppna möjligheter för ett direkt gynnade av lokala leverantörer. Det är emellertid redan idag möjligt att arbeta med långsiktiga konkurrensstrategier och att planera upphandlingar på sådant sätt att även mindre och medelstora leverantörer har möjligheter att delta i offentlig upphandling. Detta kan bland annat ske genom att, när detta kan ske, upphandla i ’tårtbitar’ och att separera upphandling av varor från upphandling av lagerhållning och distribution.”<sup>39</sup>

I prop. 2001/02:142, Ändring i lagen om offentlig upphandling m.m., angav regeringen bland annat följande:

”Med lokal upphandling avses i regel att en upphandlande enhet i samband med ett upphandlingsförfarande försöker att direkt gynna leverantörer som har sitt säte i den upphandlande enhetens territoriellt avgränsade område. [...] För en kommun eller ett landsting kan det innebära att lokala eller regionala leverantörer gynnas framför leverantörer från andra delar av landet eller från andra länder. Att ta lokala hänsyn i den enskilda upphandlingen strider mot [motsvarigheten till regleringen i 1 kap. 9 § LOU] att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Lokala hänsynstaganden strider även mot upphandlingsdirektiven och de grundläggande EG-rättsliga principerna om likabehandling och förbud mot diskriminering. Stödköpsförfaranden strider vidare mot EG-fördragets statsstödsregler och kommunallagens (991:900) bestämmelser om stöd till enskild näringsidkare.”<sup>40</sup>

Upphandlande myndigheter ges dock relativt långtgående möjligheter att ställa miljökrav och att genomföra s.k. miljöanpassad offentlig upphandling. Av EU-domstolens dom i målet C-513/99, *Concordia bus*,<sup>41</sup> framgår att upphandlande myndigheter ges ganska betydande frihet att uppställa miljökrav vid sina anskaffningar, så länge förekommande krav inte är utformade som regionala eller lokala begränsningsbestämmelser utan hänför sig till de miljömål som ska uppfyllas med upphandlingen. Med hänvisning till bland annat gemenskapsrättslig praxis anger regeringen sin ovan refererade proposition om en sammanhållen klimat- och energipolitik, att miljöanpassad offentlig upphandling kan utgöra ett marknadsbaserat styrmedel baserat på väldefinierade miljökrav för att styra i första hand offentlig konsumtion och produktion mot långsiktig hållbarhet. Miljökrav

<sup>35</sup> EU-domstolens dom av den 20 mars 1990 i mål C-21/88, *Du Pont de Nemours Italiana*, REG 1990, s. I-889.

<sup>36</sup> Se EU-domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28-01, *kommissionen mot Tyskland*, REG 2003 s. I- 3609.

<sup>37</sup> Senare omnumrerad till artikel 28 EG, numera ersatt av artikel 34 FEUF.

<sup>38</sup> Angående bevisbördans placering, se EU-domstolens dom av den 10 mars 1987 i mål C-199/85, *kommissionen mot Italien*, REG 1987, s. 1039, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *kommissionen mot Spanien*, REG 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *kommissionen mot Italien*, REG 1995, s. I-1249. Från senare års praxis, se också domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28-01, *kommissionen mot Tyskland*, REG 2003 s. I- 3609, p. 58, samt av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005, s. I-1, p. 46.

<sup>39</sup> Se Upphandlingskommittén, slutbetänkandet SOU 2001:31, Mera värde för pengarna, s. 24.

<sup>40</sup> Se prop. 2001/02:142, Ändring i lagen om offentlig upphandling m.m., s. 50 f.

<sup>41</sup> Se EU-domstolens dom av den 17 september 2002 i mål C-513/99, *Concordia Bus*, REG 2002, s. I-7213.

vid offentlig upphandling kan bidra till en teknikutveckling, som kan stärka svenska företags konkurrenskraft även på andra marknader med liknande miljökrav. Det är enligt regeringen därför viktigt att den offentliga sektorn är ett föredöme i arbetet mot en hållbar utveckling. Den offentliga sektorn bör så långt som möjligt inom ramarna för bland annat LOU och gemenskapsrätten ställa miljökrav vid upphandling.<sup>42</sup>

Även LOU innehåller bestämmelser för miljöanpassad offentlig upphandling. Om upphandlande myndighet inte ska anta det anbud som erbjuder lägsta pris kan den enligt 12 kap. 1 § LOU uppställa och ta hänsyn till olika krav och kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom exempelvis miljöegenskaper. Myndigheten måste dock i förväg tydligt ange på vilket sätt aktuella krav eller kriterier ska komma att tillämpas vid värderingen av inkomna anbud.

Av 6 kap. 3 § LOU framgår vidare att en upphandlande myndighet får ange tekniska specifikationer som prestanda- eller funktionskrav. I dessa krav kan miljöegenskaper ingå. Kraven måste vara så utformade att föremålet för upphandlingen klart framgår. Enligt 6 kap. 7 § LOU får myndigheten med vissa begränsningar hänvisa till allmänt förekommande system för miljömärkning samt ange att varor eller tjänster som är försedda med ett visst miljömärke ska antas motsvara de tekniska specifikationer som krävs i förfrågningsunderlaget. Myndigheten måste i anbudsförutsättningarna dock specificera vari dessa krav består samt kunna godta även annat lämpligt bevis än miljömärkning för att en viss leverantör uppfyller uppställda miljökrav.

I svensk rättspraxis har krav i samband med livsmedelsupphandling som hänvisar till svensk djurskyddslagstiftning, och därmed försvårar för produkter från andra medlemsstater, ansetts strida mot de grundläggande principerna om likabehandling och icke-diskriminering samt ömsesidigt erkännande.<sup>43</sup>

Skolornas pedagogiska verksamhet regleras genom skollagen (2010:800) samt i läroplaner som har föreskrivits med stöd av denna lag (se 1 kap. 11 § skollagen). Gällande läroplaner beslutas av regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer (f.n. Skolverket). I läroplan anger de värden som skolan ska bygga sin undervisning på och de mål som ska genomsyra undervisningen. Nu gällande läroplaner är Läroplanen för förskolan (Lpfö 98), Läroplanen för det obligatoriska skolväsendet, förskoleklassen och fritidshemmet (Lpo 94) samt Läroplanen för de frivilliga skolformerna (Lpf 94). Såvitt kunnat utredas finns det i de angivna läroplanerna inte några föreskrifter med innebörden att t.ex. skolmat av pedagogiska skäl ska kunna köpas in från lokala lantbruk, eller någon annan motsvarande reglering som sätter det upphandlingsrättsliga regelverket åt sidan.

### Yttrande

Sigtuna har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

### Bedömning

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

Sigtuna kommun utgör en sådan upphandlande myndighet som är skyldig att följa vid varje tidpunkt gällande upphandlingsbestämmelser.

Av utredningen i målet framgår att kommunen i samband med upphandling av livsmedel till ett samlat uppgivet kontraktsvärde av åtminstone drygt 68 miljoner kronor har givit tillkänna att varor

<sup>42</sup> Se prop. 2008/07:162, En sammanhållen klimat- och energipolitik – Klimat, s. 151 ff.

<sup>43</sup> Se Kammarrätten i Göteborg, dom av den 16 december 2010 i de förenade målen 2921–2922-10. Avgörande har ännu inte vunnit laga kraft.



för upp till 1,9 miljoner kronor per år därutöver kan komma att köpas lokalt, direkt från gårdar i omgivningen, som ett led i skolornas pedagogiska verksamhet.

Kommunen har senare yttrat i domstol att andelen direktköp inte kommer att uppgå till tidigare uppgivna 1,9 miljoner per år, utan det sammanlagda värdet av direktköp av livsmedel kommer årligen understiga värdegränsen för direktupphandling på 288.000 kronor.

Den grundläggande frågan i ärendet är om kommunen har rätt att bryta upp den aktuella upphandlingen av livsmedel i mindre delar, för att därigenom kunna tilldela vissa mindre kontrakt direkt till lokala leverantörer. Enligt Konkurrenskommissionens mening framstår det inte som sakligt motiverat att avskilja vissa livsmedel till att upphandlas genom delkontrakt, särskilt som kommunen därigenom gynnar lokala producenter och därmed bryter mot principen om likabehandling och icke-diskriminering samt EU-fördragets förbud mot kvantitativa importrestriktioner m.m.

Den åberopade omständigheten, att direktköpen ska ske inom ramarna för skolornas pedagogiska verksamhet, kan inte sätta åt sidan upphandlingsregleringens tvingande bestämmelser.

Inte ens om de planerade direktköpen kommer att begränsa sig till endast frukt och grönsaker och till ett samlat värde som inte överstiger värdegränsen för direktupphandling (f.n. c:a 288.000 per år) kommer det vara möjligt för kommunen att köpa dessa varor direkt från vissa lokala leverantörer. Kommunen är nämligen skyldig att även vid direktupphandling genomföra prisjämförelser och andra undersökningar från flera leverantörer samt tilldela kontrakt till den leverantör som erbjuder det sammantaget ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, eller lägsta pris. Kommunen kan heller inte hindra leverantörer som inte är "gårdar i omgivningen" att lämna anbud i dessa upphandlingar.

Frågan huruvida de planerade livsmedelsköpen direkt från lokala producenter kan prövas inom ramarna för nu pågående process om överprövning ankommer ytterst på den berörda domstolen att avgöra. Den omständigheten att kommunen genom det aktuella förfrågningsunderlaget har tillkännagivit sina planer på att genomföra dessa direktköp medför dock att även dessa upphandlingar kan anses påbörjade i upphandlingsrättslig mening, och därmed ska kunna gå att pröva i domstol.

Sammantaget finner Konkurrenskommissionen att Sigtuna kommit att bryta mot huvudregeln att varukontrakt inte får brytas upp i mindre kontrakt, i avsikt att kringgå bestämmelserna i LOU. Den omständigheten att det aktuella förfarandet innebär ett gynnande av lokala producenter till förfång för andra leverantörer innebär dessutom ett brott mot den mest grundläggande av alla gemenskapsrättsliga principer, nämligen förbudet mot geografiska handelshinder. Konkurrensen på marknaderna för livsmedel har härmed kommit att snedvridas, samtidigt som förtroendet för Sigtuna kommun som upphandlare undergrävt ss.