

PM 2 2017-10-11 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otilåtten direkttilldelning (tekniska skäl – ensamrätt).

En kommun avser att, under föregivande av tekniska skäl, köpa renhållningstjänster för i vart fall 1,2 miljoner direkt från ett lokalt företag, utan föregående annonserad anbudsinfordran.

Danderyds kommun (nedan Kommunen) har beslutat att sluta avtal direkt med ett lokalt företag, Bioteria Technologies AB (nedan Bioteria), utan föregående annonserad anbudsinfordran. Avtalet avser köp av tjänster för drift och underhåll av c:a 30 fettavskiljare hos Kommunens verksamheter (dnr. 2017/0198).

Någon annonserad anbudsinfordran har inte förekommit. Kommunen har däremot genom en annons om s.k. frivillig förhandsinsyn – som skickades den 15 augusti 2017 till EU-kommissionen för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED¹ – tillkännagivit avsikt att teckna avtal direkt med Bioteria inom ramen för ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande (direktupphandling).² Grund för det valda förfarandet utgör enligt annonsen att tjänsterna endast kan tillhandahållas/utföras av Bioteria, beroende på att konkurrens saknas av tekniska skäl. Härtill anges följande förklaring.

”Upphandlingen avser drift och underhåll av fettavskiljare hos kommunens verksamheter ca 30 stycken. Antagen metod ska minska driftstörningar, kostnader samt minska negativ påverkan på miljön. De senaste åren har kommunen konverterat flertalet fettavskiljare till miljövänlig bioteknik.”³ samt att ”[Kommunen] arbetar efter högt uppsatta miljömål. Efter en noggrann marknadsundersökning har kommunen endast funnit en leverantör som har möjlighet att leverera drift och underhåll av fettavskiljare med miljövänlig bioteknik. Denna teknik minimerar tömningsbehovet och därmed minskar driftkostnaden samt bidrar till reducerat koldioxidutsläpp”.⁴

Upphandlingens s.k. kontraktsvärde kan med ledning av vad som anges i annonsen⁵ uppskattas till i vart fall 1,2 miljoner kronor, exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).

På marknaden för drift och underhåll av fettavskiljare finns det flera olika leverantörer med alternativa tekniker som skulle kunna komma i fråga för anbudsgivning.

Gällande rätt

Med offentlig upphandling avses förfarandet till och med tilldelning av ett *offentligt kontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser bland annat tillhandahållande av tjänster mot ersättning.

Upphandling av *offentliga tjänstekontrakt* som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU. Lagen ersätter tidigare motsvarande bestämmelser i äldre lagar.⁶ Lagstiftningen är följd av bl.a. kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt (numera) artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU).⁷ LOU är generellt tillämplig på alla åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa tjänster genom tilldelning av kontrakt.⁸

¹ Databasen Tenders Electronic Daily (TED) är EU-kommissionens elektroniska plattform för publicering av annonser som skickas till EUT.

² Annsen i EUT: ”Sverige-Djursholm: Vattenrening 2017/S 157-326015 Meddelande om frivillig förhandsinsyn Tjänster”, publicerad den 18 augusti 2017 – i enlighet med EU-direktiv 2014/24/EU.

³ Se under punkten II.1.4 i ovan angiven TED-annons.

⁴ Se under punkten IV.1.1 i ovan angiven TED-annons.

⁵ Se under punkten II.1.7 i ovan angiven TED-annons.

⁶ Lagen har kommit att ersätta de äldre lagarna (1992:1528) respektive (2007:1091) om offentlig upphandling.

⁷ Se EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU, av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

⁸ Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

Kommunala myndigheter och beslutande församlingar samt kommunala sammanslutningar utgör enligt legaldefinitionen i 1 kap. 22 § LOU sådana *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iaktta lagens bestämmelser.⁹

En upphandling som avser avlopps- och renhållningstjänster, sanering och liknande tjänster (CPV 90000000-7)¹⁰ ska om det samlade kontraktsvärdet¹¹ understiger gällande tröskelvärde, 1.910.323 kronor,¹² handläggas enligt de icke direktivstyrda bestämmelser som finns införda i 19 kap. LOU. Som huvudregel ska upphandling enligt LOU genomföras i ett annonserat förfarande. *Direkt-upphandling*, där den upphandlande myndigheten utan föregående annonsering får vända sig direkt till vissa leverantörer, tillåts förekomma endast undantagsvis vid vissa i lagen särskilt angivna förutsättningar (se vidare nedan).

Syftet med reglerna om offentlig upphandling är bland annat att säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. Det har därför i 4 kap. 1 § LOU införts ett antal unionsrättsligt grundade principer som oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid offentlig upphandling. Däribland principerna om *likabehandling och icke-diskriminering* samt *öppenhet (transparens)*.¹³

Av dessa principer följer att alla leverantörer ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn, att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud utifrån samma villkor. Vissa leverantörer eller grupper av leverantörer får inte ensidigt gynnas, utan samtliga på marknaden verksamma leverantörer ska ges samma relevanta information vid samma tillfälle.¹⁴

Enligt vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalat är det nämligen en av regelverkets viktigaste funktioner att säkerställa att leverantörerna får lika förutsättningar för att kunna lämna bärkraftiga anbud. För att vissa leverantörer inte ska gynnas eller missgynnas får enligt LOU de tekniska specifikationerna för en upphandling inte innefatta hänvisningar till visst fabrikat, ursprung eller framställningssätt som karakteriserar varor eller tjänster som tillhandahålls av en viss leverantör, eller till visst varumärke, patent eller typ, ursprung, eller tillverkning. Sådana hänvisningar får endast förekomma om det inte annars är möjligt att på ett tillräckligt tydligt sätt beskriva det som ska anskaffas. Förekommande hänvisningar ska vidare alltid följas av orden ”*eller likvärdigt*”.¹⁵

Länsrätten i Hallands län har i ett avgörande från 2007¹⁶ prövat ett obligatoriskt krav där den upphandlande myndigheten beskrivit föremålet för upphandling så detaljrikt att endast ett visst (patentskyddat) fabrikat kunde komma ifråga. Rätten fann vid sin bedömning att detta stred mot (den då gällande motsvarigheten till) 6 kap. 14 § LOU och att några godtagbara skäl till en sådan ingående kravspecifisering inte visats i målet. Eftersom det i förfrågningsunderlaget saknades uppgift om att även likvärdiga produkter kunde komma ifråga ansågs upphandlingen strida mot kravet på likabehandling.

⁹ På motsvarande sätt utgör enligt 1 kap. 16 § LOU företag som på marknaden tillhandahåller aktuella tjänster *leverantörer* som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).

¹⁰ CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska Unionen (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster. – se 4 kap. 19 § LOU samt Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), numera i delvis ändrad lydelse sedan 2008.

¹¹ Om ett tjänstekontrakt upphandlas utan att något totalpris anges ska enligt 3 kap. 12 § LOU det s.k. kontraktsvärdet vara det uppskattade totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader.

¹² Gällande tröskelvärde 2017 för kommunal upphandling av varor och tjänster inom den s.k. klassiska sektorn - se regeringens tillkännagivande (2017:223) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹³ De grundläggande principer som här åsyftas följer numera av avdelning IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF - tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG. Angående de grundläggande principernas innebörd, se bl.a. prop. 2006/07:128, s. 132 samt prop. 2015/16:195, avsnitt 9.1 (s. 426 ff.) och specialmotiveringen till 4 kap 1 § LOU (s. 972 f.).

¹⁴ Se prop. 2006/07:128, s 132, samt EU-domstolens domar i *Succhi di Frutta* (C-496/99), EU:C:2004:236, pp. 108–111, *SIAC Construction* (C-19/00) EU:C:2001:553, p. 42 och i *Cartiera dell'Adda* (C-42/13) EU:C:2014:2345, p. 44, se även domstolens avgörande i *Connexion Taxi* (C-171/15) EU:C:2016:948, pp. 39 och 40.

¹⁵ Se 19 kap. 2 § jämförd med 9 kap. 6 § första stycket LOU.

¹⁶ Se Länsrätten i Hallands dom av den 12 mars 2007 i mål 304-07 (*Kiddes*). Se även Konkurrenskommissionens utredning KKO 07-010.

Lagens förfarandebestämmelser behöver dock inte tillämpas på tjänstekontrakt som tilldelas en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. *rättsligt monopol*) att utföra tjänsten.¹⁷ Vidare får *direktupphandling* tillämpas utan föregående annonsering om det som ska upphandlas endast kan tillhandahållas av en viss leverantör, eftersom det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens.¹⁸ Ett sådant förfarande får dock användas endast om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konst-ruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.¹⁹ En upphandling får heller inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde eller för att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.²⁰ I stället ska enligt den ovan angivna *likabehandlingsprincipen* alla leverantörer behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt.

Enligt EU-domstolens praxis²¹ måste för att undantag på grund av *tekniska skäl* ska komma ifråga två kumulativa villkor samtidigt vara uppfyllda, nämligen (1) att de arbeten som är föremål för upphandling är av teknisk karaktär och (2) att det därför är absolut nödvändigt att tilldela ett visst företag kontraktet. Även om det skulle finnas tekniska skäl åligger det vidare den upphandlande myndigheten att visa att det endast är det företag som tilldelats kontraktet som kan utföra tjänsten eller arbetena eller leverera varorna.

Kammarrätten i Stockholm har i ett avgörande från 2013²² prövat en statlig myndighets beslut att – inom ramen för ett annonserat meddelande om frivillig förhandsinsyn – direkttilldela ett avtal om köp av bogserfordon. Det direkttilldelade avtalet uppgavs gälla kompletterande leveranser enligt tidigare avtal. Myndigheten åberopade även undantag på grund av tekniska skäl i enlighet med den då gällande motsvarigheten till 6 kap. 14 § LOU, eftersom säkerheten annars skulle kunna äventyras vid hanteringen av fordon med olika fabrikat och därmed uppkommande risk för sak- och personsador i verksamheten. Kammarrätten fann dock att det inte visats att den utvalda leverantören var den enda som kunde tillhandahålla efterfrågade fordon och att någon absolut nödvändighet att tilldela kontraktet till ett visst företag därmed inte förelåg. Den upphandlande myndigheten bedömdes ha brutit mot upphandlingsbestämmelserna och dömdes att betala en upphandlingsskadeavgift motsvarande c:a 7,5 procent av det fulla kontraktsvärdet.

Även om den upphandlande myndigheten tror sig veta att enbart en viss leverantör faktiskt kan komma ifråga för aktuell leverans (s.k. *faktisk ensamsituation*) medför detta inte i sig något skäl för undantag på grund av tekniska skäl eller ensamrätt enligt LOU.

EU-domstolen har i ett avgörande²³ prövat två upphandlingar om omhändertagande av avloppsvatten respektive bortskaffande av restavfall genom värmebehandling, där de berörda kommunerna Bockhorn och Braunschweig åberopade tekniska skäl för att inte inhämta anbud i konkurrens på den allmänna marknaden. EU-domstolen fann att detta inte kunde godkännas och uttalade att *ett förfarande som används på grund av att det föreligger ett tekniskt skäl ska vara förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen* (p. 62), samt att *risken för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte ska ske i konkurrens* (p. 63). Domstolen angav att valet av viss angiven teknisk process inte i sig kan anses utgöra tekniskt skäl som skulle kunna motivera undantag, om detta inte kan visas (p. 64). Domstolen fann vidare att åberopade miljöhänsyn till följd av korta transportavstånd inte ensamt kunde medföra tekniska skäl (pp. 65-66). Den omständigheten att Förbundsrepubliken Tyskland hänvisat till att den valda leverantören rent faktiskt var det enda företag som i praktiken kunde tilldelas kontraktet och att en ny upphandling inte skulle ändra detta förhållande medförde heller inte någon annan bedömning av domstolen (p. 57), som fällde Tyskland för fördragsbrott (p. 68).

¹⁷ Se 3 kap. 10 § LOU.

¹⁸ Se 19 kap. 7 § tredje stycket jämförd med 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU.

¹⁹ Bestämmelsen motsvaras av art. 32.2.b (iii) LOU-direktivet, innebärande att ”*de undantag som angivits [i fråga om bl.a. tekniska skäl] ska endast gälla när inget rimligt alternativ eller substitut finns och om avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstgjord begränsning av upphandlingsparametrarna*”.

²⁰ Se 4 kap. 2 § LOU.

²¹ Se EU-domstolens avgöranden i *kommissionen mot Grekland* (C-394/02) EU:C:2005:336, p. 34 och i *kommissionen mot Italien* (C-57/94) EU:C:1995:150, pp. 23-25.

²² Se Kammarrätten i Stockholms dom av den 11 april 2013 i mål nr. 5426-12.

²³ Se EU-domstolens dom i de förenade målen *kommissionen mot Tyskland* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220, pp. 57, 62-66 och 68.

Det räcker således inte med att den upphandlande myndigheten kan visa att den önskat köpa just en viss definierad tjänst, som i sig omfattas tekniska skäl eller ensamrätt, utan för att undantaget ska kunna göras tillämpligt måste det röra sig om ett behov för vilket det i princip inte finns något alternativt utbud eller konkurrens på marknaden.²⁴ Myndigheten måste således kunna visa att det inte är möjligt för någon annan leverantör att på ett likvärdigt, objektivet godtagbart sätt komma i fråga för att lämna anbud på det aktuella avtalet.²⁵ I detta sammanhang gäller det inte med att myndigheten på egen hand undersökt förutsättningarna för en fungerande konkurrens. En sådan marknadsundersökning kan aldrig ersätta kravet på annonserad anbudsinfordran.

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis ska möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som inom området för offentlig upphandling ges enligt unionsrätten tolkas restriktivt. Det ankommer vidare på den som åberopar ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar detta faktiskt föreligger.²⁶ Den upphandlande myndigheten måste exempelvis kunna visa att de skäl som angivits för att motivera undantag för tekniska skäl eller ensamrätt också har gjort det absolut nödvändigt att kontraktet tilldelas den kontrakterade leverantören.²⁷

Vid upphandling av tjänster under tröskelvärdet föreligger det som huvudregel en obligatorisk skyldighet för den upphandlande myndigheten att upprätta ett skriftligt förfrågningsunderlag och offentliggöra upphandlingen genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller annons i annan form som möjliggör en effektiv konkurrens.²⁸

Utöver ovan redovisade undantagsförutsättningar föreligger det enligt LOU även undantag från obligatorisk annonseringsskyldighet om något av följande förutsättningar är uppfyllda.²⁹

- värdet av det som ska upphandlas har *lågt värde* – d.v.s. maximalt 534.890 kronor, motsvarande 28 procent av gällande tröskelvärde³⁰ - eller om det föreligger *synnerliga skäl*,³¹
- det föreligger *synnerliga skäl* såsom *synnerlig brådska* beroende på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutsägas av upphandlande myndigheten,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några lämpliga anbud,
- det har vid en annonserad upphandling enbart lämnats ogiltiga eller oacceptabla anbud,
- syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller konstnärlig prestation
- upphandlingen gäller vissa nödvändiga och brådskande kompletterande tjänster, eller
- upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tjänster som tidigare varit föremål för öppen eller selektiv upphandling från samma leverantör och värdet av det nya kontraktet ingått i uppskattningen av värdet av det ursprungliga projektet.
- det är fråga om en tjänst som följer på en projekttävling.

Enligt den ovan redovisade *försiktighetsprincipen* ska även dessa undantagsmöjligheter tolkas restriktivt²⁷ och det ankommer på den upphandlande myndigheten att bevisa att sådana särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.²⁶ Exempelvis kan undantag på grund av *synnerliga skäl* eller *synnerlig brådska* endast komma ifråga vid extraordinära situationer. För att sådant undantag överhuvudtaget ska kunna komma ifråga måste anskaffningen framstå som absolut nödvändig. Enligt praxis ska det vidare röra sig om en brådskande anskaffning av varor eller

²⁴ Se bl.a. prop.1992/93:88, s. 77.

²⁵ Se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-199/85) EU:C:1987:115 och i *kommissionen mot Spanien* (C- 328/92), EU:C:1994:178, pp. 17-19; se även, *kommissionen mot Belgien* (C- 252/01) EU:C:2003:547. Avseende svensk nationell praxis se RÅ 2005 ref. 10 (*Ryanair*) samt Rosén-Andersson m.fl. Lagen om offentlig upphandling- en kommentar, Norstedts Gula bibliotek (upplaga 1:1 – 2013), s 226 f.

²⁶ Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C- 157/06) EU:C:2008:530, p. 23 samt där noterad praxis.

²⁷ EU-domstolens dom i det ovan angivna målet *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) p. 24.

²⁸ Se 19 kap. 9 § LOU.

²⁹ Se 19 kap. 7 § tredje stycket jämförd med 6 kap. 12-16, 18 och 19 §§ LOU.

³⁰ Det aktuella tröskelvärdet uppgår sedan den 1 januari 2016 till 1.910.323 kronor - se regeringens tillkännagivanden (2016:14) och (2017:223) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

³¹ Möjligheten till undantag vid *lågt värde* eller vid *synnerliga skäl* kan i fråga om varukontrakt endast tillämpas vid upphandling under tröskelvärdet, som genomförs enligt de nationella bestämmelserna i 19 kap. LOU.

tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art.³² Det ska även framstå som uppenbart att kontrakt omedelbart måste komma till stånd för att det inte annars ska uppstå mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa.³³

Det som kan rättfärdiga undantaget måste vidare bero på yttre förhållanden, dvs. omständigheter som ligger utanför det område som den upphandlande myndigheten har kunnat förutse eller påverka. Till exempel kan *egenförvällad brådska* hos den upphandlande myndigheten, till följd av bris-tande planering, inte medföra möjlighet till undantag. I kravet på oförutsebarhet ligger att förhållan-dena närmast ska ha *karaktären av force majeure*.³⁴

En upphandling som annonserats genom frivillig förhandsinsyn kan endast angripas genom ordi-narie rättsmedel (rättelse/omgörelse eller ogiltighet av avtal). Ansökan om ett sådant ingripande ska ges in inom tio dagar från det att annonsen publicerats.³⁵ Allmän förvaltningsdomstol kan dock, på talan av Konkurrensverket, senare besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av en upphandlande myndighet som utan iakttagande av föreskrifterna om annonserad anbudsinfördran har slutit avtal direkt med viss leverantör. En sådan straffavgift ska enligt 17 kap. 4 § LOU beräk-nas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor, dock inte mer än tio procent av det aktuella kon-traktsvärdet. I rättspraxis har dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet.³⁶

Yttrande

Kommunen har i yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande: Kommunens tekniska kontor annonserade sina avsikter med syfte att just kvalitetssäkra att deras marknadsundersökning varit korrekt. En leverantör inkom med invänd-ningar då de erbjuder fettavskiljare, men inte den tillhörande tjänsten. Därefter har kontoret genom andra sökvägar funnit en leverantör som kan ha en snarlik tjänst där bioteknik används. Därmed fattades beslut om att inleda förberedelser för att upphandla ett driftavtal enligt LOU. Eftersom företaget för annonseringsverktyget inte kan återkalla annonsen på kommunens begäran ligger den fortsatt ute och skapar bryderi.³⁷

Slutlig bedömning

Konkurrenskommissionen 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.

Kommunen är en sådan upphandlande myndighet vars anskaffningar omfattas av regelverket i LOU. Enligt den annons om s.k. frivillig förhandsinsyn som publicerades den 18 augusti 2017 ska Kommunen sluta avtal direkt med Bioteria om köp av tjänster för drift och underhåll av c:a 30 fett-avskiljare. Värdet av tjänsterna har i annonsen angivits till c:a 1,2 miljoner kronor.

³² Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i mål nr 7469--7472-11.

³³ I rättspraxis har exempelvis uteblivna livsmedelsleveranser till skolor, förskolor och servicehus ansetts vara av brådska natur - se Kammar-rätten i Göteborgs dom av den 29 februari 2012 i mål nr. 1446--1452-12. I lagförarbetena anges även att möjlighet till extra förmånliga köp på auktion samt särskilt personrelaterade behov av hälso- och sjukvårdstjänster kan anses medföra synnerliga skäl - se prop. 2001/02:142, s. 99 samt prop. 2006/07:128, s. 429; jfr. även Konkurrensverkets beslut av den 26 maj 2010 i ärende nr. 430/2009.

³⁴ Se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

³⁵ Se 20 kap. 3 § och 15 § första stycket 3 LOU.

³⁶ Se bl.a. Kammarrätten i Stockholm mål nr. 5426-12, 5427-12 respektive 5452-12, Kammarrätten i Göteborg mål nr. 7009-12, Kammarrätten i Stockholm mål nr. 1305-12, Förvaltningsrätten i Linköping mål nr. 1785-13, Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr. 1271-12, 1273-12 och 1281-12, Förvaltningsrätten i Växjö mål nr. 286-12, Förvaltningsrätten i Luleå mål nr. 2166-11, Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr. 13115-12, Förvaltningsrätten i Falun mål nr 2643-12, Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr. 2916-13, 22373-12, 2922-13 och 2987-13.

³⁷ E-postmeddelande, rubr. *Ert ärenden KKO 17-017*, den 8 september 2017 från Kommunen (Kommunledningskontoret/upphandlingschefen) till Konkurrenskommissionen.

Direktupphandling är ett i LOU förekommande undantagsförfarande som enligt den s.k. försiktighetsprincipen ska tillämpas restriktivt. Enligt praxis räcker det inte med att Kommunen visar att det verkligen föreligger sådana tekniska skäl som skulle kunna grunda undantag, utan Kommunen måste även visa att det inte går att tillgodose det uppkomna behovet på något annat sätt än genom ett direktupphandlat avtal med Bioteria.

Till grund för en sådan bedömning får villkoren inte vara utformade i syfte att undanta upphandlingen från lagens tillämpningsområde eller för att begränsa konkurrensen, så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Vidare får upphandlingens tekniska specifikationer inte utformas med hänvisningar till visst fabrikat, ursprung eller framställningssätt som karakteriserar tjänster som tillhandahålls av en viss leverantör, eller hänför sig till ett visst varumärke eller patent. Som Högsta förvaltningsdomstolen framhållit ska det för upphandling aktuella behovet istället definieras på ett sätt som inte är diskriminerande. Friheten för en myndighet att bestämma föremålet för sina upphandlingar begränsar sig således till de ramar som ges av de allmänna principerna om bland annat likabehandling och öppenhet (transparens).

Av undantaget för direktupphandling på grund av tekniska skäl följer vidare en tydlig begränsning i att villkoren för kontraktet måste vara utformade så att de inte syftar till att undanta upphandlingen från lagens tillämpningsområde eller att de begränsar konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Den omständigheten att Kommunen uppger sig ha genomfört en ”noggrann marknadsundersökning” kan inte i sig medföra tillräckliga skäl för undantag. Även om Kommunen önskat få just de tjänster som Bioteria kan tillhandahålla är myndigheten ändå skyldig ange och efterfråga sitt behov i ett konkurrensutsatt förfarande enligt LOU, och utforma behovsbeskrivningen utifrån att även alternativa lösningar ska kunna komma ifråga. Med beaktande av att det på marknaden för drift och underhåll av fettavskiljare finns andra leverantörer än Bioteria borde även dessa kunna komma i fråga för anbudsgivning. Den bästa marknadsundersökning som Kommunen hade kunnat göra är en annonserad anbudsinfordran där på marknaden verksamma leverantörer givits möjlighet att lämna anbud.

Förutom att åberopa tekniska skäl har Kommunen inte gjort gällande någon annan grund för undantag enligt LOU. Kommunens angivna plan att köpa aktuella tjänster direkt från Bioteria strider således mot LOU och de grundläggande principerna.

Den uppfattning Kommunen synes ge uttryck för i yttrandet till Konkurrenskommissionen – att annonseringskravet i LOU kan sättas åt sidan genom ett förfarande med en egen marknadsundersökning som ”kvalitetssäkras” genom annons om förhandsinsyn – bygger på en missuppfattning om det upphandlingsrättsliga regelverkets innebörd och funktion. Syftet med LOU och kravet på annonserad upphandling är att genom offentliggörande i en allmänt tillgänglig databas undersöka marknaden. Därmed lämnas lika information om upphandlingen till alla på marknaden verksamma leverantörer. Någon laglig möjlighet för Kommunen att kringgå detta regelverk genom egna underhandskontakter med utvalda leverantörer föreligger inte. Det finns därför anledning att rikta allvarlig kritik mot Kommunen som uppenbarligen behöver se över sina upphandlingsrutiner.