

PM 2 2018-03-07 SLUTLIG BEDÖMNING

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

*Ett kommunalt fastighetsbolag har återkommande köpt renhållningstjänster för 17 miljoner kronor direkt från ett privat företag, utan föregående annonserad anbudsinfordran.*

Det av Eskilstuna kommun helägda bolaget Eskilstuna Kommunfastigheter AB (nedan Kommunfastigheter) har från april 2014 återkommande köpt tjänster avseende service av fettavskiljare inklusive erforderliga varor i form av fettavskiljare och pumphus.

Kommunfastigheter har tidigare haft ett under 2003 tecknat avtal om att köpa aktuella renhållningstjänster från Bioteria Technologies AB (nedan Bioteria). Detta avtal har upphandlats i ett annonserat förfarande och avser perioden 1 juni 2003 till och med som längst den 30 april 2008.<sup>1</sup> Avtalsförhållandet har därefter förlängs genom återkommande direkttilldelningar till Bioteria.<sup>2</sup>

Under 2014 tilldelades Bioteria på detta sätt avtal utan föregående annonsering. Dessa avtal hade generellt en treårig löptid utan möjlighet till ytterligare förlängning, och löpte successivt ut under våren 2017. Vissa av avtalen löpte på obestämd tid.

Kommunfastigheter har under 2017 fortsatt att köpa aktuella tjänster och varor från Bioteria. Till grund för detta förfarande har Kommunfastigheter bland annat angivit att det föreligger tekniska skäl och den ensamrätt som ligger i att Bioteria har patent på produkten ”GOR BioSystem” som levereras i samband med de aktuella servicetjänsterna. Förutom GOR BioSystem finns det dock på marknaden även andra verksamma preparat för biologisk fettavskiljning.<sup>3</sup>

Under tiden från och med den 1 januari 2011 har Kommunfastigheter utbetalat sammanlagt 17.470.963 kronor till Bioteria,<sup>4</sup> eller i genomsnitt 242.652 kronor per månad.<sup>5</sup> Av detta belopp hänför sig 1.988.704 kronor till betalningar som har gjorts efter den 14 mars 2017. Med ledning av vad Kommunfastigheter uppgivit<sup>6</sup> fördelar sig betalningarna på ungefär två tredjedelar tjänster och en tredjedel varor.<sup>7</sup>

Eftersom de senast direkttilldelade avtalen har förlängts på obestämd tid ska enligt 5 kap. 13 § LOU kontraktsvärdet av dessa beräknas som 48-månaderskontrakt, sammanlagt uppgående till c:a 11.647.308 kronor.<sup>8</sup>

På marknaden för drift och underhåll av fettavskiljare finns det flera olika leverantörer med alternativa tekniker som skulle kunna komma i fråga för anbudsgivning.<sup>9</sup>

Förvaltningsrätten i Linköping har i dom av den 14 december 2017 förordnat om ogiltighet av de avtal som har träffats mellan Kommunfastigheter och Bioteria.<sup>10</sup> Av domskälen framgår bland annat att det inte visats föreligga några tekniska skäl och att den ensamrätt som består i ett patent inte kan läggas till grund för att med stöd av legalundantag köpa de löpande tjänster och varor som avtalen avser direkt från Bioteria.

<sup>1</sup> Se förfrågningsunderlag ”Administrativa föreskrifter för ramavtal entreprenadarbeten”.

<sup>2</sup> Uppgift från Kommunfastigheter, mail den 15 september 2017.

<sup>3</sup> Bland annat finns den på marknaden allmänt tillgängliga produkten Organi/clean, som i Sverige saluförs av det med Bioteria konkurrerande företaget Renenergetics Scandinavia AB.

<sup>4</sup> Uppgift ur Kommunfastigheters leverantörsreskontra avseende perioden 1 januari 2011 – 1 januari 2018. För perioden före 2011 finns inga bevarade uppgifter.

<sup>5</sup> Beräkningen har gjorts utifrån ett sexårigt kontraktförhållande (17.470.963 kr / 72 månader=) 242.652,26 kronor.

<sup>6</sup> Se Kommunfastigheters yttrande av den 19 oktober 2017 i mål nr 6756-17.

<sup>7</sup> Såvitt avser de betalningar som utförts under perioden den 14 mars till och med den 15 september 2017 har Kommunfastigheter uppgivit att dessa hänför sig till totalt 1.017.636 kronor, varav 379.848 kronor (eller c:a 37 %) avser varor och resten (c:a 62,67 %) tjänster.

<sup>8</sup> Beräkning har gjorts utifrån ovan i not. 5 redovisat månadsvärde (242.652,26 kr x 48 månader=) 11.647.308 kronor.

<sup>9</sup> Se bland annat not 3 ovan.

<sup>10</sup> Se Förvaltningsrätten i Linköpings dom av den 14 december 2017 i mål nr. 6756-17.

## Rättslig reglering

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. Tidigare fanns motsvarande reglering i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling - ÄLOU.<sup>11</sup> 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).<sup>12</sup> Lagstiftningen är generellt tillämplig på alla åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa tjänster genom tilldelning av kontrakt.<sup>13</sup>

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.<sup>14</sup>

En upphandling som avser avlopps- och renhållningstjänster, sanering och liknande tjänster (CPV 90000000-7)<sup>15</sup> ska om det samlade kontraktsvärdet<sup>16</sup> understiger det vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde handläggas enligt de icke direktivstyrda bestämmelser som finns införda i 19 kap. LOU (eller 15 kap. ÄLOU). Det aktuella tröskelvärdet uppgick 2017 till 1 910 323 kronor. Under perioden 2014-2016 uppgick motsvarande tröskelvärde till 1 806 427 kronor.<sup>17</sup>

Som huvudregel ska upphandling genomföras i ett annonserat förfarande. En s.k. *direktupphandling*, där den upphandlande myndigheten utan föregående annonsering får vända sig direkt till vissa leverantörer, tillåts förekomma endast undantagsvis vid vissa särskilt angivna förutsättningar.

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 angivits ett antal unionsrättsligt grundade principer som oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid offentlig upphandling. Däribland principerna om *likabehandling och icke-diskriminering* samt *öppenhet (transparens)*.<sup>18</sup>

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.<sup>19</sup>

<sup>11</sup> ÄLOU har i sin tur ersatt den ännu äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, sedan ikraftträdandet den 1 januari 2008.

<sup>12</sup> Se EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU, av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

<sup>13</sup> Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU se även 2 kap. 12 § jämförd med 19 § ÄLOU.

<sup>14</sup> 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).

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> Gällande tröskelvärden för kommunal upphandling av varor och tjänster inom den s.k. klassiska sektorn - se regeringens tillkännagivanden i SFS 2014:5, 2016:14 och 2017:223.

<sup>18</sup> Se 4 kap. 1 § LOU samt 1 kap. 9 § ÄLOU. 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.).

<sup>19</sup> 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.

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*”.<sup>20</sup>

Länsrätten i Hallands län har i ett avgörande från 2007<sup>21</sup> 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.

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.<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> Ett sådant förfarande får dock användas endast om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.<sup>24</sup> En upphandling får heller inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde eller för att begränsa konkurrensen på sätt som medför att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.<sup>25</sup> I stället ska enligt den ovan angivna *likabehandlingsprincipen* alla leverantörer behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt.

Enligt EU-domstolens praxis<sup>26</sup> 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 2013<sup>27</sup> 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.

<sup>20</sup> Se 19 kap. 2 § jämförd med 9 kap. 6 § första stycket LOU samt motsvarande reglering i 15 kap. 2 § 6 kap. 4 § ÄLOU.

<sup>21</sup> Se Länsrätten i Hallands dom av den 12 mars 2007 i mål 304-07 (*Kiddes*). Se även Konkurrenskommissionens utredning KKO 07-010.

<sup>22</sup> Se 3 kap. 10 § LOU samt motsvarande reglering i 1 kap. 7 § ÄLOU.

<sup>23</sup> Se 19 kap. 7 § tredje stycket jämförd med 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU, motsvarande 15 kap. 3 § jämförd med 4 kap. 5-9 §§ ÄLOU.

<sup>24</sup> 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*”.

<sup>25</sup> Se 4 kap. 2 § LOU samt motsvarande reglering i 1 kap. 9 § ÄLOU.

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> Se Kammarrätten i Stockholms dom av den 11 april 2013 i mål nr. 5426-12.

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 avgörande<sup>28</sup> prövat två upphandlingar om omhändertagande av avloppsvatten respektive bortskaftande 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).

Av EU-domstolens rättspraxis följer att ett undantag från upphandlingsreglerna som görs med hänvisning till *tekniska skäl* ska vara förenligt med de grundläggande unionsrättsliga principerna, i synnerhet principen om icke-diskriminering. Domstolen har bland annat konstaterat att *”risken för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte ska ske i konkurrens”*.<sup>23</sup> För att få tilldela kontrakt utan föregående annonsering är det således inte tillräckligt att det kan styrkas att den leverantör som direkttilldelats kontraktet har den mest effektiva förmågan och kapaciteten att leverera det som kontraktet avser, utan det krävs även att det styrks att endast denna leverantör överhuvudtaget har förmåga och kapacitet att leverera det som efterfrågas.

Det räcker alltså inte med att den upphandlande myndigheten kan visa att den önskat köpa just en viss definierad tjänst, som i sig omfattar tekniska skäl eller ensamrätt. För att undantaget ska kunna göras tillämpligt måste det röra sig om behov för vilket det i princip inte finns något alternativt utbud eller tillgänglig konkurrens på marknaden.<sup>29</sup> Den avgörande frågan för att undantaget ska kunna tillämpas är således om det överhuvudtaget är möjligt för någon annan leverantör att leverera aktuella tjänster. Myndigheten måste därför kunna *visa* att det inte är möjligt för någon annan leverantör att på ett likvärdigt, objektiva godtagbart sätt komma i fråga för att lämna anbud på det aktuella avtalet.<sup>30</sup> I detta sammanhang räcker det inte med att myndigheten på egen hand undersökt förutsättningarna för en fungerande konkurrens. En sådan marknadsundersökning kan nämligen 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.<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> Se bl.a. prop.1992/93:88, s. 77.

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23 samt där noterad praxis.

<sup>32</sup> EU-domstolens dom i det ovan angivna målet *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) p. 24.

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.<sup>33</sup>

Utöver ovan redovisade undantagsförutsättningar föreligger det enligt LOU även undantag från obligatorisk annonseringsskyldighet om något av följande förutsättningar är uppfyllda.<sup>34</sup>

- värdet av det som ska upphandlas har *lågt värde* – d.v.s. maximalt 534.890 kronor, motsvarande 28 procent av gällande tröskelvärde<sup>35</sup> - eller om det föreligger *synnerliga skäl*,<sup>36</sup>
- 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 eller 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.

Exempelvis kan undantag på grund av *synnerliga skäl* eller *synnerlig brådska* endast komma ifråga vid extraordinära situationer. För att sådant undantag överhuvudtaget ska vara möjligt måste anskaffningen framstå som absolut nödvändig. Enligt praxis ska det vidare röra sig om en brådskande anskaffning av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art.<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup>

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 *egenförvållad brådska* som har sin grund i bristande planering från den upphandlande myndighetens sida inte medföra möjlighet till undantag. I kravet på oförutsebarhet ligger att förhållandena närmast ska ha *karaktären av force majeure*.<sup>39</sup> Tidsnöden måste härutöver vara sådan att det inte har varit objektivt möjligt att hålla tidsfristen vid annonserat förfarande.

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis<sup>40</sup> ska vidare möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de unionsrättsliga rättigheterna vid offentlig upphandling tolkas restriktivt.<sup>41</sup> Det ankommer också på den som åberopar ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.<sup>42</sup>

<sup>33</sup> Se 19 kap. 9 § LOU samt motsvarande reglering i 15 kap. 3 och 3 a §§ ÄLOU.

<sup>34</sup> Se 19 kap. 7 § tredje stycket jämförd med 6 kap. 12-16, 18 och 19 §§ LOU.

<sup>35</sup> Se ovan redovisade tröskelvärden samt regeringens tillkännagivanden i SFS 2014:5, 2016:14 och 2017:223.

<sup>36</sup> 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 eller 15 kap. ÄLOU.

<sup>37</sup> Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i mål nr 7469--7472-11.

<sup>38</sup> I rättspraxis har exempelvis uteblivna livsmedelsleveranser till skolor, förskolor och servicehus ansetts vara av brådskade natur - se Kammarrätten 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.

<sup>39</sup> Se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

<sup>40</sup> Från senare rättspraxis se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23.

<sup>41</sup> Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden i *kommissionen mot Spanien* (C-71/92) EU:C:1993:890, *Kommissionen mot Spanien II* (C-328/92) EU:C:1994:178 och *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) EU:C:1995:150.

<sup>42</sup> Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens avgöranden i *Kommissionen mot Italien* (C-199/85), *Kommissionen mot Spanien II* (C-328/92) EU:C:1994:178 och *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) EU:C:1995:150. Från senare praxis, se även domstolens avgöranden i de förenade målen *Bockhorn-Braunschweig* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220 och *Stadt Halle* (C-26/03) EU:C:2005:5, p. 46.

När det gäller otillåten direkttilldelning har bland annat EU-domstolen uttalat att detta utgör den ”allvarligaste överträdelsen av unionslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande myndighet kan begå”.<sup>43</sup>

Om en upphandlande myndighet har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller mot någon annan upphandlingsrättslig bestämmelse kan en skadelidande leverantör ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att upphandlingen ska rättas eller att den ska göras om.<sup>44</sup>

I fall där avtal redan uppkommit kan rätten istället besluta att avtalet är *ogiltigt*, för det fall att avtalet har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga.<sup>45</sup> Om det kan motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska rätten dock besluta att avtalet får bestå, trots att förutsättningarna för ogiltighet annars är uppfyllda.<sup>46</sup> Vid sådan utgång ska Konkurrensverket, i särskild ordning, föra talan i allmän förvaltningsdomstol om att den upphandlande myndigheten ska betala en särskild *upphandlingsskadeavgift*<sup>47</sup> på upp till tio procent av kontraktsvärdet, dock lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor.<sup>48</sup> Verket får även i andra fall av otillåten direkttilldelning föra sådan talan.<sup>49</sup> I rättspraxis har upphandlingsskadeavgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet,<sup>50</sup> men en individuell bedömning ska alltid ske med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.<sup>51</sup>

### **Yttrande**

Kommunfastigheter 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.

### **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.

Kommunfastigheter är en sådan upphandlande myndighet vars anskaffningar omfattas av regelverket i LOU. Av utredningen framgår att Kommunfastigheter återkommande slutit direkttilldelade avtal med Bioteria sedan i maj 2008, då det tidigare upphandlade avtalet om service av fettavskiljare löpte ut, utan möjlighet till ytterligare förlängning. Värdet av de dessa tjänster kan med ledning av hittills gjorda utbetalningar uppskattas till totalt c:a 17 miljoner miljoner kronor.

Direktupphandling är ett i LOU förekommande undantagsförfarande som enligt den s.k. försiktighetsprincipen ska tillämpas restriktivt.

<sup>43</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom i *Stadt Halle* (C-26/03) EU:C:2005:5, p 37, i framförallt engelsk eller tysk språkversion; se även skäl 13 till Europaparlamentets och Rådets direktiv (2007/66/EG) av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

<sup>44</sup> Se 20 kap. 4-6 § LOU samt motsvarande bestämmelser i 16 kap. 4-6 §§ ÄLOU.

<sup>45</sup> Se 20 kap. 13 § LOU samt motsvarande bestämmelse i 16 kap. 13 § ÄLOU. Enligt 20 kap. 16 § LOU (16 kap. 16 § ÄLOU) får rätten även förordna att ett avtal inte får fullgöras till dess att något annat har bestämts (interimistiskt förbud) men får avstå från detta om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

<sup>46</sup> Se 20 kap. 14 § LOU samt motsvarande bestämmelse i 16 kap. 14 § ÄLOU. Möjligheten att låta avtalet bestå ska enligt lagförarbetena tillämpas endast vid *exceptionella omständigheter* och bevisbördan för dessa omständigheter åvilar den upphandlande myndigheten – se prop. 2009/10:180 del 1 s. 139.

<sup>47</sup> Se 21 kap. 2 jämförd med 1 § LOU.

<sup>48</sup> Se 21 kap. 4 § LOU. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska enligt samma kapitel. 5 § särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. Av bestämmelsen framgår att i ringa fall ska någon avgift inte beslutas och at avgiften får efterges vid synnerliga skäl. Ett upprepat beteende från den upphandlande myndigheten kan bedömas som en försvarande omständighet som motiverar ett högre straffvärde - se bland annat Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 10 december 2015 i mål nr. 13345-15.

<sup>49</sup> Se 21 kap. 1 § punkten 3 LOU.

<sup>50</sup> Se exempelvis Kammarrätten i Stockholms mål nr. 1305-12, 5426-12 och 5452-12, Kammarrätten i Göteborgs mål nr 7009-12 Förvaltningsrätten i Stockholms mål nr 1281-12, 2916-13, 22373-12, 2922-13 och 2987-13, Förvaltningsrätten i Göteborgs mål nr 13115-12, Förvaltningsrätten i Faluns mål nr 2643-12, Förvaltningsrättens i Växjö mål nr 286-12 och Förvaltningsrättens i Luleå mål nr 2166-11.

<sup>51</sup> Se HFD 2015 ref. 69.

Kommunfastigheter har till grund för undantag från kravet på annonserad upphandling åberopat tekniska skäl och att Bioteria skulle ha en på patent grundad ensamrätt att leverera aktuella tjänster. Fråga uppkommer därmed om det föreligger sådan undantagsgrund.

Enligt praxis räcker det inte med att Kommunfastigheter visar att det verkligen föreligger tekniska skäl eller ensamrätt som skulle kunna grunda undantag, utan Kommunfastigheter måste även kunna visa att det inte går att tillgodose det uppkomna behovet på något annat sätt än genom ett direktupphandlat avtal med Bioteria. Till grund för denna bedömning ska beaktas att villkoren inte får 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 begränsas sig således till de ramar som ges av de allmänna principerna om bland annat likabehandling och öppenhet (transparens).

Bioteria har visserligen patent på det preparat för fettavskiljning som företaget använder i sin verksamhet, men det finns även andra konkurrerande preparat och metoder på marknaden som Kommunfastigheter hade kunnat upphandla. Något undantag till följd av tekniska skäl eller ensamrätt för Kommunfastigheter att köpa aktuella tjänster och varor direkt från Bioteria har därmed inte förelegat. Någon annan grund för undantag har inte ens påstås. De återkommande direktupphandlingar som sedan 2008 pågått mellan Kommunfastigheter och Bioteria strider således mot de vid varje tidpunkt gällande bestämmelserna om offentlig upphandling. Eftersom konkurrensen på den aktuella marknaden därigenom satts ur spel samt att det rör sig om ett långvarigt förfarande till ett sammanlagt värde av minst c:a 17 miljoner kronor finns det anledning att rikta allvarlig kritik mot Kommunfastigheter, som uppenbarligen behöver se över sina upphandlingsrutiner.