

PM 2 2019-03-13 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direkttilldelning (tekniska skäl).

En statlig myndighet har – under föregivande av tekniska skäl – beslutat köpa finansiella konsulttjänster för c:a 800.000 kronor direkt från ett privat företag med anknytning till en hos myndigheten tidigare anställd medarbetare.

Tandvårds- och läkemedelsförmånsverket (nedan TLV) har den 17 oktober 2018 beslutat köpa konsulttjänster för kartläggning av apoteksmarknaden samt därmed sammanhängande tjänster. Köpet har beslutats ske direkt från ett privat företag, här nedan kallat Konsultföretaget. Någon annonserad anbudsinfördran har inte genomförts, utan TLV har givit tillkänna sin avsikt att teckna avtal direkt med Konsultföretaget genom ett meddelande om s.k. *frivillig* förhandsinsyn som publicerades den 19 oktober 2018.¹ Upphandlingen har enligt punkten II.2.2 i meddelandet angivits till att avse *finansiella konsulttjänster* (CPV 79412000).¹⁰ Vidare anges följande uppdragsbeskrivning.

”Uppdraget omfattar bland annat följande:

— Genomföra kartläggningar och analyser som syftar till att granska de möjligheter som finns i att använda den kunskap som genereras i öppenvårdsapotekens verksamhet och it-system i syfte att stödja de regeringsuppdrag TLV har på området.

— Kartläggningar och analyser av den svenska apoteksmarknaden, inklusive stödet till glesbygdsapotek. Uppdraget kan även komma att innefatta delområden av apoteksmarknaden som tidigare inte ingått i TLV:s kartläggningar, översyner och uppföljningar.

— Kartläggningar och uppföljningar av biosimilarmarknaden.

— Kartläggningar och uppföljningar av prisdynamiken på den svenska och internationella läkemedels- och medicinteknikmarknaderna.

— Ta ansvar för eventuellt servicearbete som kan komma att behövas för att analyserna ska kunna genomföras.”²

Under punkten IV.1.1 motiveras på följande sätt valet av *förhandlat förfarande utan föregående annonsering* med att kontraktet ligger utanför direktivets tillämpningsområde.³

”Avtalet kräver stora kunskaper om apoteks- och läkemedelsmarknaden och dess prisdynamik (både nationellt och internationellt) samt TLV:s respektive uppdrag inom områdena och en god förståelse för TLV:s tidigare analysstruktur. Uppdragen förutsätter även särskilda kunskaper rörande apotekstillgänglighet, direktexpedieringsundersökningar, marknaden för biosimilarer samt apoteksmarknadsutredningens arbete. TLV bedömer att det inte finns andra aktörer på marknaden som kan utföra uppdraget i sin helhet och avser teckna kontrakt med [Konsultföretaget]. Kontrakt tecknas utan föregående annonsering på grund av att tjänsten av tekniska skäl enbart kan tillhandahållas av en leverantör, jfr 6 kap. 14§ LOU punkt 2”.³

Den åberopade kompetensen uppges bestå i att Konsultföretaget har en medarbetare som tidigare varit anställd hos TLV med uppgift att utföra de tjänster som nu efterfrågas.⁴ Medarbetaren har bl.a. skrivit rapporter av aktuellt slag för myndighetens räkning och anses därför besitta en unik kompetens som ingen annan kan erbjuda.⁵ Såvitt förstås åberopar TLV inga andra ”tekniska skäl” än medarbetarens personliga kompetens till stöd för att direktupphandla aktuella tjänster.

Kontraktsvärdet av upphandlingen kan med ledning av vad som anges i meddelandet om frivillig förhandsinsyn⁶ uppskattas till c:a 800.000 kronor, exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms). Kontrakt har enligt uppgift ännu (januari 2019) inte tecknats mellan TLV och Konsultföretaget.⁷

¹ Se meddelandet ”Sverige-Stockholm: Finansiella konsulttjänster 2018/S 202-460479 Meddelande om frivillig förhandsinsyn Tjänster”, publicerad den 19 oktober 2018 i enlighet med EU-direktiv 2014/25/EU.

² TED-annonsern, punkten punkten II.2.4, ”Beskrivning av upphandlingen”.

³ TED-annonsern, punkten IV.1.1, ”Typ av förfarande”.

⁴ Konsultbolaget, som drivs av den aktuella medarbetarens maka, omsatte enligt senast tillgängliga årsredovisning (2017) c:a 257.000 kronor. Medarbetaren är suppleant i bolagets styrelse.

⁵ Uppgift lämnad vid telefonsamtal mellan Konkurrenskommissionen och Tf. enhetschef, Ekonomienheten vid TLV av den 29 oktober 2018, se även e-postmeddelande av den 2 november 2018 från TLV till Konkurrenskommissionen.

⁶ TED-annonsern, punkten V.2.4, ”Upplysningar om kontraktets/delens/koncessionens värde (exkl. moms)”.

Rättslig reglering

Med upphandling avses bland annat förfarandet till och med tilldelning av ett *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 *tjänster* som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU. Bestämmelserna är en följd av bl.a. kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU).⁸ Lagen är generellt tillämplig på åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa varor och tjänster genom tilldelning av ett kontrakt.⁹

Centrala (statliga) myndigheter¹⁰ utgör enligt legaldefinitionen i 1 kap. 22 § LOU sådana *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt måste följa lagens bestämmelser. På motsvarande sätt utgör enligt 1 kap. 16 § LOU företag som på marknaden tillhandahåller aktuella varor eller tjänster *leverantörer*, som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud. En upphandling av finansiella konsulttjänster (CPV 79412000-5)¹¹ ska om det samlade kontraktsvärdet understiger gällande tröskelvärde handläggas enligt de nationella bestämmelserna i 19 kap. LOU. Tröskelvärdet för den nu aktuella upphandlingen uppgår till 1.365.782 kronor.¹² Vid detta förhållande ska enligt lagens huvudregel ske en annonserad infordran av konkurrerande anbud.¹³

Syftet med upphandlingsbestämmelserna är att bland annat 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 förfarande ska iakttas vid offentlig upphandling, däribland krav på *likabehandling* och *öppenhet (transparens)*.¹⁴ De grundläggande principerna har enligt 4 kap. 1 § LOU införts till att även omfatta förfaranden som annars ligger utanför det direktivstyrda regelverket.¹⁵

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. Av det till kravet på likabehandling kopplade *förbudet mot diskriminerande särbehandling* följer vidare att medlemsstaterna och deras myndigheter inte får inskränka möjligheten till information om förutsättningarna att delta med anbud i en upphandling till att omfatta enbart nationellt etablerade företag. Tvärtom ska samtliga leverantörer som är verksamma på EU:s inre marknad ges samma relevanta information vid samma tillfälle.¹⁶ Enligt vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalat i HFD 2012 ref. 48 är det nämligen en av regelverkets viktigaste funktioner att säkerställa leverantörernas lika förutsättningar inom hela EU att kunna lämna konkurrenskraftiga anbud.

⁷ Se e-postmeddelande av den 18 januari 2019, från TLV till Konkurrenskommissionen.

⁸ EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU, av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

⁹ Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

¹⁰ Enligt den förteckning som redovisas i bilagan I till LOU-direktivet (2014/24/EU) utgör TLV en central (statlig) myndighet i Sverige.

¹¹ CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, är ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska Unionen (EU-kommissionen, GD XV/B/4) – se vidare 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.

¹² Gällande tröskelvärde sedan den 1 januari 2017 för centrala (statliga) myndigheters upphandling av varor och tjänster i den klassiska sektorn - se regeringens tillkännagivande (2018:34) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹³ Konkurrerande anbud ska enligt 19 kap. 7 och 9 §§ LOU inhämtas genom i vart fall annonsering i en nationell databas.

¹⁴ 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.

¹⁵ Se bl.a. Högsta förvaltningsdomstolens dom av den 19 oktober 2018 i mål nr. 3038-17 med särskilt yttrande av justitierådet Nord – ännu inte refererat i HFD.

¹⁶ 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.

I 4 kap. 2 § LOU finns en förtydligande bestämmelse enligt vilken en upphandling inte får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.¹⁷ Om förutsättningarna har utformats på ett sätt som syftar till att otillbörligt favorisera eller missgynna viss eller vissa ekonomiska aktörer ska de således anses innefatta en otillåten konstgjord begränsning av konkurrensen som strider mot bland annat kravet på likabehandling.¹⁸

Enligt den i 4 kap. 1 § LOU även införda *proportionalitetsprincipen* måste kravspecifikationen vidare vara relevant i förhållande till det behov som ska täckas med upphandlingen. Proportionaliteten ska vanligen prövas i tre steg. För det första ska bedömas om förekommande krav och kriterier, särskilt sådana som har uppställts som obligatoriska krav, är *ägnade* att tillgodose det avsedda ändamålet. I det andra steget ska prövas om kraven även är *nödvändiga* för att uppnå det avsedda ändamålet och slutligen ska i det tredje steget bedömas om den fördel som det allmänna vinner med kraven *står i rimlig proportion* till den skada som åtgärden förorsakar berörda enskilda intressen.¹⁹

Lagens förfarandebestämmelser behöver dock inte tillämpas på rena tjänstekontrakt som tilldelas en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. *rättsligt monopol*) att utföra tjänsten.²⁰ *Direktupphandling* – där den upphandlande myndigheten tillåts att vända sig direkt till en eller flera leverantörer²¹ – får tillämpas om det på grund av tekniska skäl eller ensamrätt inte finns någon konkurrens. Detta tillåts dock endast komma ifråga om avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av upphandlingsförutsättningarna.²² Upphandlingen får exempelvis inte vara utformad i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde eller för att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.²³ I LOU-direktivet motiveras motsvarigheten till direktupphandling med att detta förfarande endast bör användas under *exceptionella omständigheter* då det begränsas till fall då ett annonserat förfarande antingen är omöjligt, på grund av oförutsedd synnerlig brådska, eller där det redan från början står klart att offentliggörandet inte kommer att leda till ökad konkurrens eller bättre upphandlingsresultat därför att *det objektivt sett* endast finns en ekonomisk aktör som kan fullgöra kontraktet. Den marknadsbedömning som i så fall ska göras ska enligt det ovan angivna *förbudet mot diskriminerande särbehandling* genomföras utifrån en analys av hela den inre marknaden.

Enligt EU-domstolens praxis 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 sådan teknisk karaktär att det (2) därför är absolut nödvändigt att tilldela ett visst företag kontraktet. Även om det skulle finnas tekniska skäl åligger det vidare den upphandlande parten att visa att det endast är det företag som tilldelats kontraktet som kan utföra tjänsten eller arbetena eller leverera varorna.²⁴

Kammarrätten i Stockholm har i ett avgörande från 2013²⁵ prövat en statlig myndighets beslut att – inom ramen för ett annonserat meddelande om frivillig förhandsinsyn – direkttilldela ett avtal som uppgavs gälla kompletterande leveranser enligt tidigare avtal. Myndigheten åberopade även undantag på grund av tekniska skäl i enlighet med en då gällande motsvarighet 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 inte att den utvalda leverantören visats vara enda leverantör som kunde tillhandahålla efterfrågade fordon och att någon absolut nödvändighet att tilldela kontraktet till ett visst företag därmed inte förelåg. Den upphandlande

¹⁷ Bestämmelsen följer av artikel 18.1 andra stycket i LOU-direktivet.

¹⁸ Se artikel 18.1 andra stycket i LOU-direktivet.

¹⁹ Se bland annat EU-domstolens dom i *Contse* (C-234/03) EU: C:2005:644 samt RÅ 1999 ref. 76. Se även HFD 2016 ref. 37 I och II.

²⁰ Se 3 kap. 10 § LOU.

²¹ Se 19 kap. 4 § och 7 § tredje stycket jämförd med 6 kap. 12-19 §§ LOU.

²² Se 6 kap. 14 § första stycket 2. Bestämmelsen motsvaras av art. 32.2 (b) LOU-direktivet (2014/24/EU), 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.*”

²³ Se 4 kap. 2 § LOU.

²⁴ 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.

²⁵ Se Kammarrätten i Stockholms dom av den 11 april 2013 i mål nr. 5426-12.

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 endast en viss leverantör faktiskt kan komma ifråga för aktuella leveranser (s.k. *faktisk ensamsituation*) medför detta således inte i sig något skäl för undantag på grund av tekniska skäl eller ensamrätt enligt LOU.

EU-domstolen har i ett avgörande²⁶ prövat två upphandlingar om omhändertagande av avloppsvatten respektive bortsjaffande av restavfall genom värmebehandling, där två tyska kommuner (Bockhorn och Braunschweig) åberopat 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 *riskan 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 även att valet av viss angiven teknisk process inte i sig kan utgöra ett tekniskt skäl som skulle kunna motivera undantag, om detta inte kan visas (p. 64). Den omständligheten att Tyskland hänvisat till att den valda leverantören rent faktiskt var det enda företaget som i praktiken kunde tilldelas kontraktet och att en ny upphandling inte skulle ändra detta förhållande medförde inte någon annan bedömning av domstolen (p. 57), som fällde Tyskland för fördragsbrott (p. 68).

Det räcker således inte med att den upphandlande myndigheten kan visa att den har önskat köpa just en viss definierad tjänst, som i och för sig omfattar aktuella tekniska skäl eller ensamrätt. För att undantaget överhuvudtaget 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.²⁷ Den upphandlande myndigheten måste därför kunna visa att det överhuvudtaget inte har varit möjligt för någon annan leverantör inom hela EU att på ett likvärdigt, objektiva godtagbart sätt komma i fråga för att lämna anbud på det aktuella avtalet.²⁸ 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 anbudsinfördran.

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis ska vidare 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 på den som åberopar ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar detta faktiskt föreligger.²⁹ 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.³⁰

Vid upphandling som till övervägande del avser tjänster under tröskelvärdet föreligger det som huvudregel en obligatorisk skyldighet för den upphandlande myndigheten att upprätta ett skriftligt förfrågningsunderlag och att infordra anbud genom annons i nationell databas.³¹

²⁶ 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.

²⁷ Se bl.a. prop.1992/93:88, s. 77.

²⁸ 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 (2013), s 226 f.

²⁹ Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23 samt där noterad praxis.

³⁰ EU-domstolens dom i det ovan angivna målet *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) p. 24.

³¹ Se 10 kap. 1 § LOU samt 2 § upphandlingsförordningen (2016:1162).

Från detta föreligger dock undantag om bland annat någon av följande förutsättningar är uppfyllda.³²

- det som ska upphandlas har *lågt värde* – d.v.s. kontraktsvärdet understiger 586.907 kronor³³ – eller om det föreligger *synnerliga skäl*.³⁴
- det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men *synnerlig brådska*, orsakad av icke förutsebara omständigheter som gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett förfarande med föregående annonsering,
- det har vid annonserad upphandling inte lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud,
- syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation,
- det som ska anskaffas skyddas av *ensamrätt* eller det av *tekniska skäl* inte finns någon konkurrens,³⁵
- upphandlingen gäller vissa nödvändiga och brådskande kompletterande tjänster, eller
- upphandlingen gäller nya tjänster som står i överensstämmelse med tidigare upphandlade tjänster från samma leverantör där omfattningen av möjligen tillkommande tjänster framgår av upphandlingsdokumenten och har lagts till grund för värdeberäkningen av denna upphandling.³⁶

Enligt den ovan redovisade *försiktighetsprincipen* ska även dessa undantagsmöjligheter tolkas restriktivt³⁴ och det ankommer på den upphandlande myndigheten att bevisa att sådana särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger. Exempelvis kan undantag på grund av *synnerliga skäl* eller *synnerlig brådska* endast komma ifråga vid extraordinära situationer. För att sådant undantag överhuvudtaget ska kunna aktualiseras måste anskaffningen framstå som absolut nödvändig. Enligt praxis ska det vidare röra sig om ett brådskande behov av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art.³⁷ Det ska även framstå som uppenbart att ett kontrakt omedelbart måste komma till stånd för att det inte annars ska uppstå mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa.³⁸

De omständigheter som åberopas till stöd för *synnerlig brådska* måste vidare bero på yttre förhållanden, dvs. saker som ligger utanför det område som den upphandlande myndigheten har kunnat förutse eller påverka. *Egenförvållad brådska* hos den upphandlande myndigheten, som exempelvis kan ha uppkommit till följd av bristande planering, medför inte möjlighet till undantag.³⁹ I äldre lagförarbeten kommenteras den omständigheten att brådskan inte får vara ”*orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten*” bland annat med att ”*sådana omständigheter [...] torde inte vara omöjliga att förutse för myndigheten*”.⁴⁰ I rekvisitetet om oförutsebarhet ligger sålunda att förhållandena närmast ska ha *karaktären av force majeure*.⁴¹

³² Se 6 kap. 5, 7 och 11-12 §§ LUF.

³³ Värdegränsen för direktupphandling ska enligt 19 kap. 7 § tredje stycket LOU beräknas till 28 procent av tröskelvärdet för upphandlande myndigheter som inte är centrala myndigheter. Detta tröskelvärde uppgår sedan den 1 januari 2017 till 2 096 097 kronor – se regeringens tillkännagivande (2018:34) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

³⁴ För bedömningen av om det föreligger *lågt värde*, se 19 kap. 7 § tredje stycket jämförd med 5 kap. 1 § LOU samt regeringens tillkännagivande (2017:223) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Av 19 kap. 8 § LOU följer vidare att en upphandling inte får delas upp i syfte att kringgå lagen och att förekommande options- och förlängningsklausuler därvid ska beaktas som om de utnyttjats. Vid värdeberäkningen ska vidare beaktas samtliga direktupphandlingar av samma slag som har gjorts av den upphandlande myndigheten under räkenskapsåret.

³⁵ Undantag på grund av *tekniska skäl* eller *ensamrätt* kan enligt 6 kap. 14 § andra stycket LOU endast komma ifråga om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.

³⁶ Se 6 kap. 18 § LOU.

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

³⁸ 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.

³⁹ Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien III* (C-385/02) EU:C:2004:522, punkten 38.

⁴⁰ Se prop. 2006/07:128, s. 327, specialmotiveringen till 4 kap. 5 § LOU.

⁴¹ Se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

En upphandling som har annonserats genom frivillig förhandsinsyn kan endast angripas genom ordinarie rättsmedel (rättelse/omgörelse eller ogiltighet av avtal). Ansökan om ett sådant ingripande ska ha givits in inom tio dagar från det att annonsen publicerats, annars går möjligheten att klaga på förfarandet förlorad.⁴²

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 anbudsinfördan har slutit avtal direkt med viss leverantör.

En sådan straffavgift ska enligt 21 kap. 4 § LOU beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor, dock inte mer än tio procent av det aktuella kontraktsvärdet. I rättspraxis har dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet.⁴³ Talan om upphandlingsskadeavgift ska enligt samma kapitel 7 § senast vara väckt inom en frist om sex månader från lagakraftvunnen dom eller senast ett år från den tidpunkt då avtalet slöts.

Yttrande

TVL har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört att verket inte har tecknat något sådant kontrakt som påstås i den inskickade promemorian. I och med detta svar anser verket att frågeställningen är besvarad och ärendet avslutat.⁴⁴

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.

TLV är en sådan central (statlig) myndighet som vid sina anskaffningar måste följa bestämmelserna i LOU.⁹ Av utredningen framgår att TVL den 17 oktober 2018 beslutat tilldela ett tjänstekontrakt för c:a 800.000 kronor direkt till Konsultföretaget, där en av verkets tidigare medarbetare numera är verksam. TLV har även publicerat en annons med denna innebörd i som finns införd i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.

I anslutning till att annonsen publicerades har det valda förfarandet förklarats med att den tidigare medarbetaren har ansetts besitta en unik kompetens som ingen annan kan erbjuda och att det därmed förelegat grund för direktupphandling till följd av tekniska skäl. Detta framgår även av det meddelande som verket skickat för publicering i EUT och TED samt har bekräftats i ett e-postmeddelande som TLV skickade till Konkurrenskommissionen i början av november 2018. Det kan således knappas råda något tvivel om att TLV har haft till avsikt att sluta avtal direkt med Konsultföretaget.

Utifrån upphandlingens aktuella s.k. kontraktsvärde är det 19 kap. LOU som ska tillämpas på förfarandet. Eftersom kontraktsvärdet överstiger den beloppsgräns då direktupphandling på grund av lågt värde tillåts komma ifråga har verket varit skyldig enligt lagens huvudregel att även låta andra leverantörer än Konsultföretaget vara med och lämna anbud.

Direktupphandling är ett undantagsförfarande som enligt den s.k. försiktighetsprincipen ska tillämpas restriktivt. Utrymmet för att tillämpa direktupphandling på grund av tekniska skäl är dessutom tydligt begränsat. Upphandlingen får exempelvis inte vara utformad så att vissa leverantörer otillbörligt gynnas eller missgynnas, utan den upphandlande myndigheten måste undersöka och ta tillvara varje alternativ utformning som möjliggör en konkurrerande anbudsgivning. Någon sådan utredning har, såvitt framkommit, dock inte genomförts.

⁴² Se 20 kap. 3 § och 15 § första stycket 2 LUF.

⁴³ 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.

⁴⁴ TLV:s yttrande i e-postmeddelande av den 21 februari 2019, rubr. ”Med anledning av er promemoria yttrar sig myndigheten” (dnr 4032019).

Finansiella konsulttjänster såsom de nu beskrivits kan vidare knappast anses vara av teknisk karaktär eller till sin natur så unika att det endast skulle finnas en leverantör inom hela EU som kan utföra aktuella tjänster till fullgörande av TLV:s behov.

Av de uppgifter som TLV har lämnat till Konkurrenskommissionen framgår vidare att den avgörande faktorn för tilldelningen av kontraktet har varit att Konsultföretaget har en person knuten till sig som tidigare har arbetat med motsvarande frågor på verket. Även om denna omständighet visserligen kan anses unik grundar den varken ensamrätt eller tekniska skäl enligt LOU.

Eftersom det inte kan råda något tvivel om TLV:s aktuella avsikt har tilldelningen beslutats på ett sätt som enligt Konkurrenskommissionen bedömning strider mot LOU och de i lagen intagna principerna om bland annat likabehandling och icke-diskriminering. Bestämmelser som bland annat syftar till att säkerställa en sund konkurrens och att motverka korruption. Det finns därför anledning att rikta allvarlig kritik mot TLV, som uppenbarligen behöver se över sina upphandlingsrutiner. Den omständigheten att TLV, efter att förhållandena uppmärksammats, enligt egen uppgift valt att inte fullfölja kontraktstecknandet kan inte medföra någon annan bedömning.