

PM 2 2022-10-19 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direkttilldelning.

En kommun har beslutat köpa tjänster för våtmarksunderhåll m.m. för c:a 9 miljoner kronor direkt från ett privat företag, utan föregående annonserad anbudsinfordran.

Västerås kommun (nedan Kommunen) beslutade den 23 juni 2022¹ att sluta avtal direkt med privat företag (nedan Eco-våtmarksföretaget) om köp av ingenjörstjänster för planering, projektering och underhåll av våtmarker inom kommunens område under en period av totalt (3+1+1=) fem år.³ Av ett meddelande om frivillig förhandsinsyn (nedan Meddelandet)² som publicerades den 1 juli 2022 framgår bland annat följande:

”Organisationstillhörighet/beställare: Teknik- och fastighetsförvaltningen Planering, projektering, entreprenad-upphandling samt installation av fosforåtgärder som kalkfilterbäddar, fosfordammar och våtmarker i Västerås kommun. Uppdraget omfattar också uppföljning samt underhåll av befintliga anläggningar. Konsulten ansvarar för den tekniska helheten vid genomförandet, från planering till kontroll av anläggningarnas funktion samt underhåll av desamma.”³

Någon annonserad anbudsinfordran har aldrig genomförts, utan avtalet har tecknats direkt med Eco-våtmarksföretaget genom *direkttilldelning*.²¹ På den plats i Meddelandet där den upphandlande myndigheten närmare ska ange skälen till varför kontraktet tilldelats direkt har Kommunen angivit ”x”.⁴ Någon redovisning av vilka grunder kommunen anser sig ha för att tillämpa ett *förhandlat förfarande utan föregående annonsering* lämnas således inte i annonsen. I Kommunens protokoll med beslut om tilldelningen anges däremot att det som ska upphandlas på grund av tekniska skäl kan levereras av endast den angivna leverantören, eftersom denne uppges ha ett patent på kalkfilterbädd för fosforavskiljning, som är en av de tekniska lösningar som ska anläggas för att rena vatten från jordbruksmark i Västerås kommun. När det gäller kalkfilterbäddar har därför bedömningen gjorts att det bara är Eco-våtmarksföretaget som kan projektera sådana. Företaget bedöms därmed också behöva stå för projekt- och byggledningen i anläggningsskedet samt vid underhåll av befintliga kalkfilterbäddar, för att tillse att dessa anläggs och underhålls enligt patentet.⁵

På marknaden för projektering och underhåll av våtmarker finns det i Sverige och EU dock ett flertal andra företag med sinsemellan olika tekniska lösningar som borde kunna komma ifråga för anbudsgivning. Eco-våtmarksföretaget är således inte ensam aktör på marknaden, utan endast inom ramen för sin patenterade metod.

Upphandlingens samlade kontraktvärde kan med ledning av vad som anges i Meddelandet uppskattas till c:a 9 miljoner kronor.⁶

¹ Se nedan under fotnot 2 anmärkta meddelandet/annonsen om upphandling, punkten V.2.1.

² Meddelandet ”Sverige-Västerås: Ingenjörstjänster 2022/S 125-356363 Meddelande om frivillig förhandsinsyn Tjänster” som skickades den 28 juni 2022 till EU-kommissionen för publicering den 1 juli 2022 i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och databasen TED. Annonseringen har skett enligt det. s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU).

³ Meddelandet, punkten II.2.4, ”Beskrivning av upphandlingen”.

⁴ Under punkten IV.1.1, ”Typ av förfarande”, i blanketten för meddelande om frivillig förhandsinsyn lämnas utrymme för den upphandlande myndigheten att redovisa skälen till varför aktuell tilldelning har beslutats utan att ett meddelande om upphandling först har offentliggjorts i Europeiska unionens officiella tidning. I blanketten har Kommunen valt alternativet ”• kontraktet ligger utanför direktivets tillämpningsområde”. Därefter lämnas utrymme för myndighetens ”Förklaring:” där Kommunen angivit ”x”.

⁵ Se Kommunens protokoll, ”Beslut om direktupphandling med förhandsinsyn”, av den 20 juni 2022 (dnr. TN 2022/00243).

⁶ Se Meddelandet, punkterna II.1.4, ”Beskrivning av upphandlingen” samt V.2.4 ”Upplysningar om kontraktets/delens/koncessionens värde (exkl. moms)”.

Rättslig reglering

Med *offentlig 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 och varor mot ersättning.

Upphandling som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU. Bestämmelserna är en följd av bland annat 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)⁷ och syftar till att bland annat skapa lika konkurrensförutsättningar och att motverka korrup-tion i offentlig verksamhet.⁸

Lagen är generellt tillämplig på åtgärder som vidtas av bland annat myndigheter vid anskaffning av tjänster genom tilldelning av offentliga kontrakt.⁹ Kommunala myndigheter utgör sådana *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att följa lagens bestämmelser.¹⁰

Regelverket utgår från ett antal grundläggande principer, som oavsett val av förfarande ska iakttas vid offentlig upphandling.¹¹ Av dessa följer att alla leverantörer¹² ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn (öppenhet) att de i konkurrens med varandra kan lämna anbud på samma villkor. Samtliga leverantörer ska vidare ges samma relevanta information vid samma tillfälle.¹³ Lagen har även en förtydligande bestämmelse om att en upphandling inte får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.¹⁴ Enligt vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalat i HFD 2012 ref. 48 är det nämligen en av regelverkets viktigaste funktioner att säkerställa leverantörernas lika förutsättningar att kunna lämna konkurrenskraftiga anbud.

För att vissa leverantörer inte ska gynnas eller missgynnas får enligt 9 kap. 6 § LOU de tekniska specifikationerna för en upphandling som huvudregel 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 annars inte är möjligt att på ett tillräckligt tydligt sätt beskriva det som ska anskaffas. Och ska i så fall alltid följas av orden ”*eller likvärdigt*”.

Den upphandlande myndigheten ska därför i upphandlingsdokumenten inför sin anskaffning objektivt beskriva de funktioner den önskar uppnå med den efterfrågade tjänsten.¹⁵

⁷ Europaparlamentets och Rådets direktiv (2014/24/EU) av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG – LOU-direktivet.

⁸ Se bland annat betänkandet SOU 2018:44, avsnitt 7, ”*Ett regelverk som motverkar korrup-tion*”, s. 233 ff. jämte där angivna rättskällor.

⁹ Se 1 kap. 2 och 15 § LOU.

¹⁰ Se legaldefinitionen i 1 kap. 18 och 22 § LOU.

¹¹ Se 4 kap. 1 § LOU samt justitierådet Nords särskilda tillägg i HFD 2018 ref. 60.

¹² *Leverantörer* är enligt 1 kap. 16 § LOU företag som är verksamma med att på marknaden tillhandahålla varor, tjänster eller byggtreprenader.

¹³ 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 *Connex-ion Taxi* (C-171/15) EU:C:2016:948, pp. 39 och 40.

¹⁴ Se 4 kap. 2 § LOU.

¹⁵ För ”Upphandling av patenterad tjänst”, se vidare: www.upphandlingsmyndigheten.se/frageportalen/1591548/patent-yzjy/.

Ingenjörstjänster (71300000)¹⁶ samt Arkitekt-, bygg-, ingenjör- och besiktningstjänster (CPV 71000000)¹⁷ ska, om det samlade kontraktsvärdet av tjänsterna¹⁸ överstiger tröskelvärdet 2.236.731 kronor,¹⁹ upphandlas med iakttagande av de direktivstyrda förfarandebestämmelserna i 1-18 kap. LOU. Vid detta förhållande ska upphandlingen som regel genomföras i en annonserad anbudsinfördran, där alla leverantörer ges lika möjlighet för att lämna anbud.²⁰

Direkttilldelning,²¹ där den upphandlande myndigheten tillåts vända sig direkt till viss leverantör, får användas endast vid vissa i lagen särskilt angivna undantagsfall.²² Bland annat om det som ska upphandlas endast kan tillhandahållas av en viss leverantör, eftersom det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens. I lagförarbetena anges bland annat följande.

”Av *andra stycket* [i 6 kap. 14 § LOU] framgår under vilka förutsättningar undantagen i första stycket 2 och 3 får tillämpas. Dels krävs att det inte finns några rimliga alternativ, dels att denna situation inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen. Med detta avses att den upphandlande myndigheten inte själv skapat bristen på konkurrens genom att utforma förutsättningarna för upphandlingen på så sätt att bara en viss leverantör kan komma ifråga.”²³

I skäl 50 till LOU-direktivet anvisas härutöver följande.

”Med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen bör förhandlade förfaranden utan föregående offentliggörande av meddelande om upphandling endast användas under mycket exceptionella omständigheter. [---]

Upphandlande myndigheter som åberopar detta undantag bör motivera varför det inte finns några rimliga alternativ eller andra möjliga utvägar, såsom att använda alternativa distributionskanaler, inklusive utanför den medlemsstat där den upphandlande myndigheten finns, eller överväga till sin funktion jämförbara byggtreprenader, varor och tjänster. Om den exklusiva situationen har uppstått av tekniska skäl bör de definieras och motiveras ytterst noggrant från fall till fall. Det kan exempelvis röra sig om att det är tekniskt nära nog omöjligt för en annan ekonomisk aktör att uppnå erforderlig fullgörandenivå eller att det är nödvändigt att använda specifik kunskap eller specifika verktyg eller medel som endast en ekonomisk aktör har. Tekniska skäl kan också innebära särskilda driftskompatibilitetskrav som måste uppfyllas i syfte att säkerställa att de byggtreprenader, varor eller tjänster som ska upphandlas kommer att fungera”.

Vid åberopande av *tekniska skäl* måste myndigheten således visa att det inte finns något rimligt alternativ och att avsaknaden av befintlig konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av upphandlingsförutsättningarna.²⁴ Det ska även visas att de skäl som motiverar undantaget gjort det absolut nödvändigt att tilldela kontraktet till den valda leverantören.²⁵

¹⁶ CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, är fastställt som ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska unionen – se 4 kap. 19 § LOU samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

¹⁷ Jfr. Meddelandet, punkterna II.1.2, ”*Huvudsaklig CPV-kod*” samt II.1.2, ”*Ytterligare CPV-kod(er)*”.

¹⁸ Vid blandade kontrakt som avser både varor och tjänster ska enligt den s.k. *övertviktsprincipen* i 2 kap. 2 § LOU huvudföremålet för upphandlingen bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för varorna eller tjänsterna. Detsamma gäller för blandade kontrakt som avser både tjänster som anges i bilaga 2 och andra tjänster.

¹⁹ Vad som vid varje tidpunkt utgör *tröskelvärdet* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 5 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Det särskilda tröskelvärdet för kommunal upphandling av varukontrakt inom den klassiska sektorn uppgår sedan den 1 januari 2022 till 2.236.731 kronor - se regeringens tillkännagivande om tröskelvärdet vid offentlig upphandling.

²⁰ En annons om anbudsinfördran ska enligt 10 kap. 1 § LOU samt 2 § upphandlingsförordningen (2016:1152) skickas för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.

²¹ Med *direkttilldelning* avses här ett *förhandlat förfarande utan föregående annonsering* enligt 6 kap. 12-19 § LOU, som skiljer sig från *direktupphandling* enligt 19 a kap. samma lag.

²² Här aktuella undantag kan enligt 6 kap. 12-19 §§ LOU föreligga vid följande förhållanden: - det har vid en tidigare genomförd annonserad upphandling inte har lämnats några lämpliga anbud (se 12 §) eller enbart ogiltiga eller oacceptabla anbud (se 16 §), - syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation, det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens, eller det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt och därför endast kan tillhandahållas av en viss leverantör (se 14 §) - det, på grund av synnerlig brådska som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av myndigheten är omöjligt att hålla de tidsfrister som annars gäller vid ett annonserat förfarande och anskaffningen är absolut nödvändig (se 15 §), - anskaffningen gäller vissa nödvändiga och brådskande kompletterande tjänster, eller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tidigare upphandlade tjänster från samma leverantör (se 18 §) eller - vid upphandling av en tjänst som följer på en projekttävling, där kontraktet ska tilldelas vinnaren eller vinnarna (se 19 §).

²³ Prop. 2015/16:195, s. 998.

²⁴ Jfr. jfr. 4 kap. 2 § LOU.

²⁵ EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-57/94) EU:C:1995:150, p. 24.

För det fall att den upphandlande myndigheten tror sig veta att endast viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för aktuella leveranser (s.k. *faktisk ensamsituation*) medför detta dock inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.²⁶

Enligt en allmän *försiktighetsprincip* ska vidare varje undantag från de regler som säkerställer effektiviteten av det unionsrättsliga regelverket för offentlig upphandling tolkas restriktivt och bevisbördan att visa sådana särskilda omständigheter som motiverar undantaget ankommer på den upphandlande myndigheten.²⁷

Ramavtal för löpande avrop av bland annat tjänster får dessutom inte avse längre tid än fyra år om det inte finns *särskilda skäl*, vilket även ankommer på den upphandlande myndigheten att visa.²⁸

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 ges in inom en frist av tio dagar räknad från det att annonsen publicerats, där efter föreligger det inte längre någon möjlighet att föra sådan talan.²⁹ En förutsättning för detta är dock att annonseringen skett i korrekt ordning med en kortfattad redogörelse för skälen till beslutet angiven i meddelandet.³⁰ I annat fall är annonseringen en nullitet och den därmed avsedda preskriptionen utan rättslig verkan.³¹

Efter ingripande av Konkurrensverket kan den upphandlande myndigheten dock tvingas att betala en särskild *upphandlingsskadeavgift*.³² Denna straffavgift, som ytterst beslutas av allmän förvaltningsdomstol, ska beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor dock inte mer än tio procent av kontraktsvärdet.³³ I rättspraxis har dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet. Talan om upphandlingsskadeavgift ska vara väckt senast inom sex månader från lagkraftvunnen dom avtalsogiltighet eller i annat fall senast ett år från den tidpunkt då avtalet slöts.³⁴

Yttrande

Kommunen har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet angivit att man inte kommer att teckna avtal i enlighet med publicerad förhandsinsyn. Istället kommer en upphandling avseende ”Åtgärder mot övergödning i Västerås kommun” i ett öppet förfarande enligt LOU genomföras.

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 som upphandlande myndighet skyldig att iaktta regelverket i LOU vid anskaffning av bland annat varor och tjänster. Av utredningen framgår att Kommunen utan före-

²⁶ Se bl.a. EU-domstolens dom i de förenade målen *Bockhorn Braunschweig* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220.

²⁷ Se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23 samt HFD 2017 ref. 66 med där anmärkta rättsfall.

²⁸ Se 7 kap. 2 § LOU. Förekommande undantagsfall måste vederbörligen motiverats, särskilt genom föremålet för ramavtalet. Enligt lagförarbetena kan *särskilda skäl* anses föreligga om uppdraget är förenat med stora investeringar som måste kunna avskrivas under längre tid än fyra år eller avser ett avgränsat projekt som beräknas pågå något längre tid än fyra år och som inte har någon naturlig fortsättning när det väl avslutats, se prop. 2015/16:195, s. 1008 f. se även art. 33.1 samt skäl 62 till LOU-direktivet, 2014/24/EU.

²⁹ 20 kap. 3 § och 15 § första stycket 3 LOU.

³⁰ Enligt artikel 3a rättsmedelsdirektivet (89/665/EG) i lydelse enligt art. 2f.4 ändringsdirektivet (2007/66/EG) ska ett meddelande om frivillig förhandsinsyn innehålla följande uppgifter: (a) den upphandlande myndighetens namn och kontaktuppgifter, (b) en beskrivning av avtalets ändamål, samt (c) en motivering av den upphandlande myndighetens beslut att tilldela kontraktet utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i Europeiska unionens officiella tidning.

³¹ Se art. 2c jämförd med art. 2f ändringsdirektivet (2007/66/EG).

³² 21 kap. 1 § första stycket 3 LOU.

³³ 21 kap. 4 § LOU.

³⁴ 21 kap. 7 § LOU

gående annonserad anbudsinfordran beslutat köpa tjänster för underhåll m.m. av kommunala våtmarker direkt från Eco-våtmarksföretaget. Något generellt undantag som gör att denna typ av tjänst skulle ligga utanför direktivets tillämpningsområde föreligger inte.

Eftersom det rör sig om ett tjänstekontrakt till ett värde över tröskelvärdet ska upphandlingen genomföras med iakttagande av de direktivstyrda förfarandebestämmelserna i 1-18 kap. LOU. Som huvudregel ska anbudsinfordran därmed ske genom annonsering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED. Undantag från detta krav kan endast komma ifråga vid särskilda i lagen angivna omständigheter, som det ankommer på den upphandlande myndigheten att visa.

Enligt vad Kommunen ursprungligen angivit skulle det föreligga undantag på grund av tekniska skäl, eftersom Eco-våtmarksföretaget har patent på en av de tekniska lösningar som planeras anläggas inom ramen för uppdraget. Företaget har därmed även bedömts behöva svara för projekt- och byggledningen samt erforderliga underhållsarbeten.

Någon sådan inskränkning till endast viss leverantör eller ett visst patent får dock inte komma ifråga, utan varje upphandling ska genomföras med iakttagande av de unionsrättsligt grundade principerna om bland annat likabehandling och icke-diskriminering, så att samtliga leverantörer inom hela EU:s inre marknad ges möjlighet att lämna anbud. Lagen innehåller därför ett förbud mot att begränsa de tekniska specifikationerna för en upphandling genom hänvisning till ett visst patent eller framställningssätt, utan att i så fall ange att även andra, *likvärdiga* produkter eller tjänster, kan komma ifråga.

Det är i det aktuella ärendet även svårt att se varför just våtmarksförhållandena i Västerås med omnejd skulle medföra sådana mycket exceptionella omständigheter, att det framstår som nära nog omöjligt för andra leverantörer än Eco-våtmarksföretaget att komma ifråga för anbudsgivning eller varför det är nödvändigt att använda den specifika tekniska lösning som företaget har patenterat.

På den gemensamma marknaden för projektering och underhåll av våtmarker finns det istället ett flertal konkurrerande företag med sinsemellan olika tekniska lösningar. Det finns således även andra rimliga alternativ tillgängliga som borde ha kunnat komma ifråga för anbudsgivning och jämförande anbudsvärdering.

De omständigheter i form av hänvisning till ett visst patent som kommunen har angivit till grund för direkttilldelning medför en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen. Kommunen har därmed själv skapat bristen på konkurrens. Några objektiva skäl till undantag på grund av tekniska skäl kan därmed inte anses föreligga. I meddelande om frivillig förhandsinsyn som Kommunen låtit införa i EUT och TED har valet av förfarande vidare motiverats med ett kryss. Meddelandet uppfyller därmed inte kraven på vad en sådan annons ska innehålla eftersom det inte lämnas någon kortfattad redovisning, eller i vart fall inte någon korrekt sådan motivering, av myndighetens beslut att tilldela kontraktet utan föregående annonserad anbudsinfordran.

Kommunens ursprungliga beslut att köpa aktuella tjänster direkt från Eco-våtmarksföretaget har således fattats i strid mot lagens bestämmelser, som bland annat syftar till att motverka korruption vid offentlig verksamhet. Kommunen verkar emellertid ha tagit till sig av den utredning och kritik som Konkurrenskommissionen framfört vid sin preliminära bedömning i ärendet, och enligt egen uppgift inte kommer att teckna avtal i enlighet med publicerad förhandsinsyn. Istället har Kommunen uppgivit att man ska genomföra en annonserad upphandling av aktuella tjänster i ett öppet förfarande enligt LOU. Det är tillfredsställande att Kommunen nu gjort denna bedömning, varför ärendet och den tidigare handläggningen hos Kommunen inte föranleder några ytterligare uttalanden från kommissionens sida.