

PM 2 2023-06-14 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direkttilldelning.

En kommun har beslutat köpa specialdesignade vågdämpare för 2,6 miljoner kronor direkt från ett privat företag, utan föregående annonserad anbudsinfordran.

Nyköpings kommun (nedan Kommunen) har annonserat avsikt att den 21 mars 2023¹ sluta avtal direkt med privat företag (nedan Hamnentreprenadföretaget) om köp av vågdämpare till en fritidsbåthamn, att utnyttjas som en temporär lösning till dess att ett byte av befintlig pirkonstruktion sker i sin helhet.

Av ett meddelande om förhandsinsyn² som publicerades den 10 mars 2023 framgår bland annat följande:

”Nyköping har en av Sveriges längsta pিরer om 1 500 meter. Piren är uppbyggd i sektioner och är således en flytbrygga, delvis av betong, vilket innebär att vågorna går igenom piren. Under ca år 2030 planeras att byta ut piren i dess helhet, vilket innebär att nuvarande behov är en temporär lösning till dess att utbyte av pir sker. För att i nuläget dämpa vågorna längs piren har Nyköpings kommun för avsikt att montera vågdämpare som en temporär lösning, till dess att byte av pir sker i dess helhet.

Vågdämparna ska med lätthet kunna tas upp ur-, respektive läggas tillbaka i vattnet, samt på ett flexibelt sätt kunna flyttas efter de vind- och väderförhållanden som råder. Samtliga delar av produkten måste i tillägg med enkelhet vara nåbara för att säkerställa att påväxt med regelbunden frekvens kan tas bort. Piren ska även klara att belastas av totalvikten av samtliga vågdämpare.

Då anpassad produkt för syftet och behovet inte finns på marknaden har tilltänkt leverantör skapat en flexibel och anpassningsbar produkt enkom för detta ändamål.

Mot bakgrund av allt sammantaget har Nyköpings kommun för avsikt att teckna avtal med [Hamnentreprenadföretaget] för köp av deras specifikt framtagna produkt för att säkerställa Nyköpings kommuns temporära behov av vågdämpare”.³

Någon annonserad anbudsinfordran har aldrig genomförts, utan avtalet ska tecknas direkt med Hamnentreprenadföretaget genom en s.k. *direkt tilldelning*.²⁶ Något protokoll med beslut om tilldelningen finns dock inte upprättat utan meddelandet om förhandsinsyn ska enligt Kommunen ses som ett komplett underlag och bakgrund till varför Kommunen tillämpat det aktuella förfarandet. Härutöver hänvisar Kommunen till att kommunikation även har skett mellan Kommunen som beställare och Hamnentreprenadföretaget.⁴

På marknaden för flytponton och vågbrytare m.m. finns det i Sverige och EU dock ett flertal andra företag, med sinsemellan olika möjligheter till tekniska lösningar, som borde kunna komma ifråga för anbudsgivning. Hamnentreprenadföretaget är således inte ensam aktör på marknaden för vågdämpare med möjlighet till individuella konstruktionslösningar.

Kontrakt i aktuellt avseende slöts mellan parterna den 25 april 2023,⁵ där den ersättning Kommunen ska betala Hamnföretaget anges till 2,6 miljoner kronor exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).⁶ Upphandlingens samlade kontraktvärde kan därmed uppskattas till detta belopp.⁷

¹ Se det i fotnot 2 anmärkta meddelandet, uppgift i ingressen under rubriken ”Kontraksdatum”.

² Meddelandet ”Förhandsinsyn” (dnr. VTR 2023-37) som publicerades den 10 mars 2023 i e-Avrop, som är en nationell databas som är registrerad enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik.

³ Se det i fotnot 2 anmärkta meddelandet, redovisningen under rubriken ”Motivering varför upphandlingen inte annonserats”.

⁴ Se e-postmeddelande den 17 maj 2023, från Kommunen till Konkurrenskommissionen.

⁵ Kontrakt VÅGDÄMPARE TE23/446 NYKÖPINGS KOMMUN, som tecknades mellan parterna den 24 april (Kommunen) och 25 april (Hamnentreprenadföretaget) 2023, dnr. dnr. VTR 2023-37.

⁶ Se punkten 10 i kontraktet (fotnot ovan).

⁷ Jfr. även det i fotnot 2 anmärkta meddelandet, uppgift i ingressen under rubriken ”Kontraktsföremålets värde” där värdet angivits till 2,5 miljoner kronor.

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, som avser bland annat tillhandahållande av varor mot ersättning.⁸

Offentlig upphandling som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU.⁹ 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)¹⁰ och syftar till att bland annat skapa lika konkurrensförutsättningar och att motverka korrupcion i offentlig verksamhet.¹¹

Lagen är generellt tillämplig på åtgärder som vidtas av bl.a. kommunala myndigheter¹² vid anskaffning av tjänster genom tilldelning av offentliga kontrakt.⁶

Regelverket utgår från ett antal grundläggande principer, som oavsett val av förfarande ska iakttas vid offentlig upphandling.¹³ Av dessa följer att alla *leverantörer*¹⁴ 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.¹⁵ 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.¹⁶ 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 § LOU¹⁷ de tekniska specifikationerna för en upphandling som regel 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.¹⁸

⁸ 1 kap. 2 § och 15 LOU; alternativt 1 kap. 2 och 14 § LUF.

⁹ I lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna – LUF – återfinns motsvarande bestämmelser för upphandling som består av utnyttjande av ett geografiskt område i syfte att tillhandahålla flygplats, hamn eller annan terminal för transporter i luften eller till havs eller på inre vattenvägar. Eftersom lagen syftar till att reglera sådan hamnverksamhet som är inriktad på transporter (som regel godshamnar och annan terminalverksamhet) torde bestämmelserna inte omfatta fritidsbåtshamnar och motsvarande anläggningar för det rörliga fritidslivet.

¹⁰ Europaparlamentets och Rådets direktiv (2014/24/EU) om offentlig upphandling; jfr. Europaparlamentets och Rådets direktiv (2014/25/EU) om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

¹¹ Se bland annat betänkandet SOU 2018:44, avsnitt 7, ”*Ett regelverk som motverkar korrupcion*”, s. 233 ff. jämte där angivna rättskällor.

¹² Kommunala myndigheter och beslutande församlingar utgör sådana *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att följa lagens bestämmelser, se 1 kap. 18 och 22 § LOU; alternativt 1 kap. 22 och 23 § LUF. Inom LUF används istället genomgående termen *upphandlande enheter*.

¹³ 4 kap. 1 § LOU eller LUF, se även justitierådet Nords särskilda tillägg i HFD 2018 ref. 60.

¹⁴ *Leverantörer* är enligt 1 kap. 16 § LOU (alternativt 1 kap. 15 § LUF) företag som är verksamma med att på marknaden tillhandahålla varor, tjänster eller byggtreprenader.

¹⁵ 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.

¹⁶ 4 kap. 2 § LOU och LUF.

¹⁷ Motsvarande bestämmelse inom försörjningssektorerna finns i 9 kap. 6 § LUF.

¹⁸ För ”Upphandling av patenterad tjänst”, se vidare: www.upphandlingsmyndigheten.se/frageportalen/1591548/patent-yzjy/.

Den nu aktuella upphandlingen kan avse antingen ett *varukontrakt* för marin utrustning (CPV 34930000)¹⁹ eller en *byggentreprenad* för marina anläggningsarbeten m.m. (CPV 45244000).

Förfarandet får, om kontraktsvärdet understiger gällande tröskelvärde,²⁰ handläggas enligt de nationella bestämmelserna för annonspliktiga upphandlingar i 19 kap. LOU.²¹ I annat fall ska de direktivstyrda förfarandebestämmelserna i 1-18 kap. LOU tillämpas.²²

Vid *blandade kontrakt* som avser både varor och byggentreprenadarbeten ska enligt en lagvalsregel i 2 kap. 2 § LOU²³ förfarandet genomföras med tillämpning av bestämmelserna för det slag av upphandling som är *huvudföremålet* för kontraktet. Bestämningen av vad som utgör huvudföremålet ska, om det gäller byggentreprenadarbeten, ske enligt *huvudsaksprincipen* utifrån vad som framstår som det huvudsakliga syftet med kontraktet.²⁴

Som regel ska upphandling genomföras med annonserad infordran av konkurrerande anbud, där alla leverantörer ges lika möjlighet för att lämna anbud.²⁵ *Direkt tilldelning*,²⁶ där den upphandlande myndigheten tillåts vända sig direkt till viss leverantör, får endast komma ifråga vid följande i lagen särskilt angivna undantagsfall.

- värdet av upphandlingen beräknas understiga värdegränsen för *lågt värde* på 700.000 kronor²⁷ eller om det föreligger *synnerliga skäl*²⁸ eller *synnerlig brådska*,²⁹
- det har vid en tidigare genomförd annonserad upphandling inte lämnats några lämpliga anbud, eller enbart ogiltiga eller oacceptabla anbud,³⁰
- syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller konstnärlig prestation³¹
- 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,³²
- upphandlingen gäller endast anskaffning (av varor) för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål,³³

¹⁹ 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.

²⁰ Vad som vid varje tidpunkt utgör *tröskelvärdet* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 5 kap. 1 § LOU eller LUF löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Det särskilda tröskelvärdet för kommunal upphandling av varu- och tjänstekontrakt enligt LOU uppgår sedan den 1 januari 2022 till 2.236.731 kronor medan tröskelvärdet för upphandling av byggentreprenader uppgår till 55.991.099 kronor. Vid upphandling enligt LUF är tröskelvärdena 4.483.865 kronor för varu- och tjänstekontrakt och 55.991.099 kronor för byggentreprenader - Se regeringens tillkännagivande (2022:190) om tröskelvärdet vid offentlig upphandling.

²¹ Motsvarande bestämmelser inom försörjningssektorerna finns i 19 kap. LUF.

²² Motsvarande bestämmelse inom försörjningssektorerna finns i 1-18 kap. LUF

²³ Motsvarande bestämmelse inom försörjningssektorerna finns i 2 kap. 10 § LUF.

²⁴ Se prop. 2015/16:195 del 1 s. 361 f. samt specialmotiveringen i prop. del 2, s. 945 f.

²⁵ Vid upphandling över tröskelvärdena ska en annons om upphandlingen enligt 10 kap. 1 § LOU eller LUF samt 2 § upphandlingsförordningen (2016:1162) skickas till Byrån för Europeiska unionens officiella publikationer, för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED. Upphandling under tröskelvärdena ska enligt 19 kap. 8 § LOU eller 19 kap. 6 § LUF annonseras i en nationell annonsdatabas som är registrerad enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik.

²⁶ Med *direkt tilldelning* avses här, antingen ett *förhandlat förfarande utan föregående annonsering* enligt 6 kap. 12-19 §§ LOU, alternativt 6 kap. 6-12 §§ LUF, eller *direktupphandling* enligt 19a kap. samma lagar.

²⁷ 19 kap. 2 § LOU. Inom försörjningssektorerna uppgår motsvarande värde till 1.200.000 kronor, se 19 kap. 2 § LUF.

²⁸ 19a kap. 5 § första stycket 3 LOU; alternativt 19a kap. 4 § första stycket 3 LUF. Av lagförarbetena framgår 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.

²⁹ 19a kap. 5 § första stycket 1 eller 6 kap. 15 § LOU; alternativt 19a kap. 4 § första stycket 1 eller 6 kap. 8 § LUF. För undantag på grund av *synnerlig brådska* krävs att det ska föreligga yttre, oförutsebara omständigheter som varken kan tillskrivas eller har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten och som har gjort det omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid ett ordinarie annonserat förfarande (inklusive påskyndat förfarande). Enligt 11 kap. 10 § LOU (alternativt 11 kap. 10 § LUF) får en annonserad upphandling genomföras i ett *påskyndat förfarande* med en minsta anbudsfrist på 15 dagar, varvid det i så fall inte kan anses föreligga någon synnerlig brådska.

³⁰ 19a kap. 3 § eller 6 kap. 12 och 13 § LOU; alternativt 19a kap. 3 § eller 6 kap. 5 och 6 § LUF.

³¹ 19a kap. 5 § punkten 2 eller 6 kap. 14 § första stycket 1 LOU; alternativt 19a kap. 4 § punkten 2 eller 6 kap. 7 § första stycket 1 LUF.

³² 19a kap. 5 § punkten 2 eller 6 kap. 14 § första stycket 2 eller 3 LOU; alternativt 19a kap. 4 § punkten 2 eller 6 kap. 7 § första stycket 2 eller 3 LUF.

³³ 19a kap. 5 § punkten 2 eller 6 kap. 17 § LOU; alternativt 6 kap. 9 § LUF. Kontraktet får inte omfatta tillverkning i kvantiteter som är ägnade att åstadkomma lönsamhet eller att täcka forsknings- och utvecklingskostnader, och tilldelningen av kontraktet får inte påverka efterföljande konkurrensutsatt upphandling avsedd särskilt för sådana ändamål. Begränsningen till varukontrakt gäller bara LOU.

Direkt tilldelning får även komma i fråga om:

- upphandlingen gäller vissa nödvändiga och brådskande kompletterande tjänster,³⁴ eller
- 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,³² eller
- om anskaffningen är nödvändig för att tillgodose ett angeläget behov som har uppstått till följd av pågående eller avslutad handläggning vid allmän förvaltningsdomstol.³⁵

Undantaget för *ensamrätt och tekniska skäl* förutsätter att det överhuvudtaget inte finns någon konkurrens. I lagförarbetena anges bland annat följande.

”Av *andra stycket* [i 6 kap. 14 § LOU]³⁶ 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.”³⁷

I skäl 50 till LOU-direktivet³⁸ 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.³⁹ Det ska även visas att de skäl som motiverar undantaget har gjort det absolut nödvändigt att tilldela kontraktet till den valda leverantören.⁴⁰

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 ensam situation*) medför detta dock inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.⁴¹

³⁴ 19a kap. 5 § punkten 2 eller 6 kap. 17-19 § LOU; alternativt 19a kap. 4 § punkten 2 eller 6 kap. 10-11 § LUF.

³⁵ Se 19a kap. 6 § LOU; alternativt 19a kap. 5 § LUF. Direktupphandling enligt dessa bestämmelser får dock inte ha längre löptid eller vara mer omfattande än vad som krävs med hänsyn till upphandlingens syfte (se 19a kap. 7 § LOU; alternativt 19a kap. 6 § LUF).

³⁶ Motsvarande bestämmelse inom försörjningssektorerna finns i 6 kap. 7 § LUF.

³⁷ Prop. 2015/16:195, s. 998.

³⁸ LOU-direktivet (2014/24/EU); i LUF-direktivet (2014/25/EU) finns motsvarande motivering i skäl 61 till direktivet.

³⁹ Jfr. 4 kap. 2 § LOU eller LUF.

⁴⁰ EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-57/94) EU:C:1995:150, p. 24.

⁴¹ EU-domstolens dom i de förenade målen *Bockhorn Braunschweig* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220.

Enligt en allmänt gällande *försiktighetsprincip* ska 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.⁴²

En upphandling som har annonserats genom förhandsinsyn kan endast angripas genom ordinarie rättsmedel (rättelse/omgörelse eller ogiltighet av avtal) om en ansökan om överprövning har givits in till förvaltningsrätt senast tio dagar från det att annonsen publicerats.⁴³ En förutsättning för detta är dock att annonseringen har skett i korrekt ordning.⁴⁴ I annat fall är annonseringen en nullitet och därmed avsedd preskription blir utan rättslig verkan.⁴⁵

Efter ingripande av Konkurrensverket kan den upphandlande myndigheten dock tvingas att betala en särskild *upphandlingsskadeavgift*.⁴⁶ 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.⁴⁷ 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 om avtalsogiltighet eller i annat fall senast ett år från den tidpunkt då avtalet slöts.⁴⁸

Yttrande

Kommunen har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande.

Kommunen bestrider att anskaffningen inte skulle ha stöd i LOU och anser att den inte gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling. De aktuella vågdämparnas konstruktion skapar en effekt som motsvarar det totala behovet för Kommunen. Vågdämparna grundar sig i en unik idé som Hamnentreprenadföretaget vidareutvecklat till den produkt som nu producerats. Motsvarande effekt kan i kommunens mening inte uppnås av andra aktörer på marknaden, då det inte föreligger några likvärdiga lösningar. Hamnentreprenadföretaget har sedan tidigare levererat vågdämpare som på ett mycket tillfredställande sätt tillgodosett Kommunens behov. Sedan dess har företaget vidareutvecklat produkten. Kommunen har mot denna bakgrund gjort bedömningen att vågdämparna erbjuder en teknisk lösning som inte kan uppnås av andra aktörer på marknaden. För att säkerställa riktigheten i denna bedömning har en frivillig förhandsinsyn publicerats i syfte att avgöra om det föreligger konkurrens på marknaden. Förfarandet bekräftade Kommunens bedömning eftersom potentiella aktörer uteblev med svar under annonseringstiden. Sammanfattningsvis kan det enligt Kommunens mening inte föreligga någon konkurrens med den tekniska lösning som Hamnentreprenadföretaget erbjuder, vilket också bekräftats av den frivilliga förhandsinsynen. Kommunens handläggning visar att det inte funnits skäl eller vilja att frånga bestämmelserna i LOU. Det föreligger därmed inte några förutsättningar att bedöma anskaffningen som otillåten i LOU:s mening.⁴⁹

⁴² 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.

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

⁴⁴ Enligt art. 3a rättsmedelsdirektivet (89/665/EG), i lydelse enligt art. 2f.4 ändringsdirektivet (2007/66/EG), ska ett meddelande om 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 (EUT).

⁴⁵ Se art. 2c jämförd med art. 2f ändringsdirektivet (2007/66/EG).

⁴⁶ 21 kap. 1 § första stycket 3 LOU eller LUF.

⁴⁷ 21 kap. 4 § LOU eller LUF.

⁴⁸ 21 kap. 7 § LOU eller LUF.

⁴⁹ Kommunens yttrande till Konkurrenskommissionen den 1 juni 2023, dnr. TE23/446.

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 de upphandlingsrättsliga regelverken vid sina anskaffningar av bland annat varor och byggtreprenader.

Av utredningen framgår att Kommunen utan föregående konkurrensutsättning låtit Hamn-entreprenadföretaget specifikt skapa en flexibel och anpassningsbar produkt för att säkerställa behovet av vågdämpare som Kommunen härefter köpt av Hamnentreprenadföretaget mot en avtalad ersättning om 2.600.000 kronor, exkl. moms.

Eftersom det huvudsakliga syftet med kontraktet är varor i form av vågdämpare till Kommunens fritidsbåthamn bör LOU:s bestämmelser för upphandling av varukontrakt tillämpas på förfarandet. Då värdet av upphandlingen i så fall överstiger gällande tröskelvärde för kommunal upphandling av varor och tjänster skulle som regel konkurrerande anbud ha inhämtats genom annonsering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED. Undantag från detta krav kan endast komma ifråga vid särskilt angivna omständigheter, som det ankommer på Kommunen att visa.

Den omständigheten att Kommunen vänt sig direkt till Hamnentreprenadföretaget för att specifikt skapa de vågdämpare som Kommunen sedan ska köpa medför en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen. I yttrande till Konkurrenskommissionen motiverar Kommunen detta med att de aktuella vågdämparna har en unik teknisk lösning som endast Hamnentreprenadföretaget erbjuder och att det på marknaden inte föreligger någon konkurrens. Den omständigheten att Kommunen tycker sig veta att enbart Hamnentreprenadföretaget skulle kunna komma ifråga för uppdraget medför dock inte skäl till undantag,⁴¹ utan på marknaden finns även andra företag, med olika möjligheter till tekniska lösningar som borde ha givits möjlighet att lämna konkurrerande anbud och konstruktionsförslag. Först sedan en sådan ordinarie upphandling genomförts går det att med säkerhet uttala sig om gällande marknadsförhållanden.

I yttrandet hänvisar Kommunen även till att det vid den frivilliga förhandsinsyn som har genomförts inte inkommit några ”svar” och att detta skulle bekräfta riktigheten i Kommunens bedömning att det inte föreligger någon befintlig konkurrens.

Detta bygger på en grundläggande missuppfattning. Den i lagen och direktivet införda möjligheten till förhandsinsyn innefattar inte någon marknadsundersökning i sig. Annonsen om förhandsinsyn bygger tvärtom på att kontraktstilldelning redan beslutats ske till en viss leverantör och att den som vill invända mot detta har att vända sig direkt till domstol med ansökan om överprövning, inom tio dagar från dess att annonsen publicerats. Det är således inte fråga om några ”svar” som Kommunen tycks tro utan regelrätta rättegångshandlingar som måste komma ifråga inom en snäv tidsram. Det nu aktuella meddelandet om frivillig förhandsinsyn har inte annonserats i behörig ordning, i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED, utan endast i en nationell databas. Någon slutsats angående intresserade leverantörer inom hela EU:s inre marknad kan således heller inte dras av förfarandet.

Kommunens beslut att köpa aktuella varor och byggtreprenadarbeten direkt från Hamnentreprenadföretaget har således fattats i strid mot de upphandlingsbestämmelser som bland annat syftar till att motverka korruption vid offentlig verksamhet. Det finns därmed anledning att rikta allvarlig kritik mot Kommunen som på detta sätt snedvridit konkurrensen på marknaden för vågdämpare m.m.

Om Konkurrensverket väljer att ingripa mot förfarandet riskerar Kommunen att tvingas betala upphandlingsskadeavgift, som är ett slags böter med upp till c:a 200.000 kronor, motsvarande sju procent av det aktuella kontraktsvärdet.