

PM 2 2024-10-16 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direkttilldelning.

En kommun har beslutat köpa varor och byggtreprenadarbeten för anläggning av konstgräsplaner utan föregående annonserad anbudsinfordran.

Stenungsunds kommun (nedan Kommunen) har i ett meddelande om s.k. *frivillig förhandsinsyn* som publicerades den 24 maj 2024¹ annonserat sin avsikt att sluta avtal direkt med ett privat företag (nedan Konstgräsleverantören) om köp av arbeten m.m. för anläggning av konstgräsplaner vid Vallens IF.² Av meddelandet framgår bland annat följande:

”Beskrivning: Stenungsunds kommun annonserar i enlighet med LOU (2016:1145) 10 kap § 5, meddelande om frivillig förhandsinsyn, i syfte att försäkra sig om att ingen annan leverantör än [Konstgräsleverantören] med [Underleverantören X] som UE och varumärket [Y] kan erbjuda en plan med lika många speltimmar på ett miljövänligt vis. Samt att ingen annan leverantör kan leverera gräset och stå för Produkt- och funktionsgarantitid för ett komplett konstgrässystem inklusive kravställt performance/infill.

Motivering till varför upphandlingen inte annonseras: se bifogad bilaga "2024–138 förhandsinsyn". Kommunen bedömer således att endast [Konstgräsleverantören] på grund av tekniska skäl är ensam leverantör för genomförande av denna entreprenad. Kommunen har, efter genomförande av förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt lag (2016:1145) om offentlig upphandling 6 kap. 14 § punkt 2 och detta meddelande, för avsikt att ingå avtal med [Konstgräsleverantören] avseende entreprenaden på Vallens IF. Innan avtalet tecknas tillämpas avtalsspärr till och med 2024-06-03 (söndagregeln tillämpad). Ansökan om överprövning ska skickas till förvaltningsrätten i Göteborg”.³

I den bilaga som kommunen hänvisar till i meddelandet⁴ anges vidare följande:

”Motivering till att direktupphandla [Konstgräsleverantören] för denna entreprenad är följande: Konstgräsplanerna ligger i nära anslutning till Anråsån som har höga naturvärden och planen som anläggs måste klara gällande recipientklassning för Anråsån. Utifrån den spridningsberäkning Stenungsunds kommun gjort med hjälp av Stormtac⁵ klarar en SBR plan⁶ inte gällande recipientklassning detta gäller även med filtrering av dagvatten. Utifrån Stenungsunds kommuns kännedom finns det ingen annan leverantör än [Konstgräsleverantören] med [Underleverantören X] som UE och varumärket [Y] som kan erbjuda en plan med lika många speltimmar på ett miljövänligt vis. Samt att ingen annan leverantör kan leverera gräset och stå för Produkt- och funktionsgarantitid för ett komplett konstgrässystem inklusive kravställt performance/infill, se nedan kravställning:

- Infillet ska vara av biologiskt nedbrytbart polymer.
- Leverantören ska på anmodan från beställaren lämna in certifiering för nedbrytbarhet, antingen på respektive ingående ingrediens eller för materialet som helhet.
- Infillet får inte absorbera vatten eller fukt och ha en densitet på min 1,20 g/cm³.
- Infillet ska kunna återvinnas och användas till samma ändamål med bibehållna egenskaper som nyproducerat material för att tillse 100% cirkulär ekonomi. Leverantör ska kunna påvisa hur detta krav uppfylls på anmodan från beställaren.
- Infillet får inte bestå utav sand i någon del.

Genom publicering av denna frivilliga förhandsinsyn påbörjas en tio dagar lång avtalsspärr. Därefter avser Stenungsunds kommun att direktupphandla entreprenaden.”

¹ Meddelandet ”Sverige: Anläggningsarbete Frivillig förhandsinsyn avseende konstgräsplaner till Vallens IF - 306554-2024 - Förhandsmeddelande om direkttilldelning” som skickades den 22 maj 2024 till Europeiska kommissionen för publicering den 24 maj 2024 i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och databasen TED – OJ S 100/2024 24/05/2024.

² Förfarandet avser utbyte av tre konstgräsplaner vid Vallens IF. En 11 mot 11-plan (med planstorleken 105 x 65 meter) samt en 7 mot 7-plan

³ Se det i fotnot 1 angivna meddelandet, avsnittet ”Motivering varför upphandlingen inte annonserats”.

⁴ Bilagan ”Frivillig förhandsinsyn – Direktupphandling av konstgräsplaner till Vallens IF”, daterad den 22 maj 2024 - dnr. 2024–138.

⁵ Stormtac AB är ett konsultföretag som tillhandahåller modeller för simulering av flöden och föroreningsbelastning som verktyg i arbetet med att bedöma dagvattens påverkan på miljön.

⁶ SBR är ett vanligt förekommande fyllnadsmaterial i konstgräsplaner som innefattar bl.a. material från återvunna bil- och maskindäck.

Någon annonserad infordran av konkurrerande anbud har således aldrig genomförts, utan avtalet skulle tecknas direkt med Konstgräsleverantören genom en s.k. *direkt tilldelning*.⁷

På marknaden för anläggning av konstgräsplaner m.m. finns det i Sverige och EU ett flertal andra företag, med sinsemellan olika lösningar, som borde kunna komma ifråga för anbudsgivning. Konstgräsleverantören är således inte ensam aktör på marknaden.

Upphandlingens aktuella kontraktsvärde anges inte i annonsen⁸ men kan uppskattas uppgå till i vart fall c:a två miljoner kronor.⁹

Den 17 juni 2024 ansökte en konkurrerande leverantör om överprövning av upphandlingen. Samma dag publicerades en annons där Kommunen meddelade att man beslutat avbryta förfarandet. Av meddelandet¹⁰ framgår bland annat följande:

”Stenungsunds kommun har beslutat att avbryta den frivilliga förhandsinsynen och därmed inte direktupphandla [Konstgräsleverantören] med [Underleverantören X] som UE för utförandet av entreprenaden av de nya konstgräsplaner till Vallens IF. Stenungsunds kommun kommer gå ut i en annonserad upphandling längre fram.”¹⁰

Den konkurrerande leverantören återkallade därefter talan, varefter Förvaltningsrätten i Göteborg beslutade avskryva överprövningsmålet från vidare handläggning.¹¹

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 varor, tjänster eller byggentreprenader mot ersättning.

Upphandlingar som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – LOU. I fråga om direktupphandling har det i lagen införts ett nytt kapitel 19 a för förfaranden som har påbörjats den 1 februari 2022 eller senare.¹²

Lagen är generellt tillämplig på åtgärder som vidtas av bl.a. kommunala myndigheter¹³ vid anskaffning av varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av offentliga kontrakt.

Regelverket utgår från ett antal grundläggande principer, som oavsett val av förfarande ska iakttas vid offentlig upphandling.¹⁴ Av dessa följer att alla *leverantörer*¹⁵ 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 ges samma relevanta information vid samma tillfälle.¹⁶

⁷ Med *direkt tilldelning* avses här antingen ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 12-18 § LOU eller en *direktupphandling* enligt 19 a kap. samma lag.

⁸ Vid meddelande om direktupphandling under tröskelvärdena ska värdet av kontraktet alltid anges – se 14 b § första stycket punkten 2 upphandlingsförrordningen (2016:1162).

⁹ Enligt uppgift kan priset uppgå till c:a 700.000 kronor för anläggning av konstgräs per fotbollsplan. Denna kostnad inkluderar både material och montering. Totalkostnaden kan dock fluktuera beroende på planens storlek och val av material och underlag m.m. Kostnaden för att lägga totalt tre konstgräsplaner kan i så fall uppskattas till c:a 2,1 miljoner kronor.

¹⁰ Meddelande om avbruten upphandling: UPPDATERING ”Sverige: Anläggningsarbete Frivillig förhandsinsyn avseende konstgräsplaner till Vallens IF - 306554-2024 - Förhandsmeddelande om direkttilldelning” som publicerades den 17 juni 2024 i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och databasen TED – OJ S 100/2024 24/05/2024.

¹¹ Förvaltningsrätten i Göteborg, sökandens återkallelse (aktbilaga 6) av den 17 juni 2024 samt rättens beslut om avskrivning den 18 juni 2024 i mål nr. 7017-24.

¹² Se lagen (2021:1110) om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling samt övergångsbestämmelserna punkterna 1 och 2.

¹³ Kommunala myndigheter och beslutande församlingar utgör sådana *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att följa lagens bestämmelser, se 1 kap. 18 och 22 § LOU.

¹⁴ Se 4 kap. 1 § eller 19 kap. 2 § LO; se även justitierådet Nords särskilda tillägg i HFD 2018 ref. 60.

¹⁵ Med *leverantörer* avses enligt 1 kap. 16 § LOU företag som är verksamma med att på marknaden tillhandahålla varor, tjänster eller byggentreprenader.

¹⁶ 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.

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.¹⁷ 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. Den upphandlande myndigheten ska därför objektivt beskriva de funktioner den önskar uppnå med den efterfrågade varan, tjänsten eller byggtreprenaden.

Vid upphandling enligt lagens direktivstyrda bestämmelser ska de tekniska egenskaperna för det som ska anskaffas anges som tekniska specifikationer med hänvisning till antingen prestanda- eller funktionskrav eller till objektiva standarder och bedömningar.¹⁸

De tekniska specifikationerna får vidare, 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 komma i fråga om det annars inte är möjligt att på ett tillräckligt tydligt sätt beskriva det som ska anskaffas, och ska i så fall följas av orden ”*eller likvärdigt*”.¹⁹

Den nu aktuella upphandlingen kan avse antingen ett *varukontrakt* för leverans av konstgräs med tillhörande installationsarbeten (CPV 39293300)²⁰ eller en *byggtreprenad* för anläggningsarbeten (CPV 45000000). I fråga om *blandade kontrakt* som avser både varor och byggtreprenadarbeten ska enligt en lagvalsregel i 2 kap. 2 § LOU 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 byggtreprenadarbeten, ske enligt *huvudsaksprincipen* utifrån vad som framstår som det huvudsakliga syftet med kontraktet.²¹

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

Som regel ska varje upphandling genomföras med annonserad infordran av konkurrerande anbud, där alla leverantörer ges lika möjlighet för att lämna anbud.²³ Den upphandlande myndigheten ska behandla alla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.²⁴ Det ska av upphandlingsdokumenten framgå bland annat en kravspecifikation med en redovisning av vilka minimikrav som anbudet ska uppfylla.²⁵

¹⁷ 4 kap. 2 § LOU.

¹⁸ 9 kap. 1-5 §§ LOU. Om de tekniska specifikationerna inte anges som prestanda- eller funktionskrav, ska de hänvisa till standarder och bedömningar enligt, i fallande prioritetsordning, (1) svensk standard som stämmer överens med europeisk standard, (2) europeisk teknisk bedömning, (3) gemensam teknisk specifikation, (4) internationell standard, (5) annat tekniskt referenssystem som utarbetats av europeiska standardiseringsorgan, eller (6) annan svensk standard, svenskt tekniskt godkännande eller, i fråga om en byggtreprenad eller användning av en vara, svensk teknisk specifikation för projektering, beräkning och utförande. Varje hänvisning ska följas av orden ”*eller likvärdigt*”.

¹⁹ 9 kap. 6 § LOU.

²⁰ CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, är fastställt som ett gemensamt klassifikationssystem inom EU – 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.

²¹ Se prop. 2015/16:195 del 1 s. 361 f. samt specialmotiveringen i prop. del 2, s. 945 f.

²² Vad som vid varje tidpunkt utgör *tröskelvärdet* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 5 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Tröskelvärdet för kommunal upphandling av varu- och tjänstekontrakt enligt LOU uppgår sedan den 1 januari 2024 till 2.389.585 kronor medan tröskelvärdet för upphandling av byggtreprenader uppgår till 55.991.099 kronor. - se regeringens tillkännagivande (2024:30) om tröskelvärdet vid offentlig upphandling.

²³ En upphandling under tröskelvärderna ska enligt 19 kap. 8 § LOU annonseras i en nationell annonsdatabas som är registrerad enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik. Motsvarande bestämmelser för upphandling över tröskelvärderna finns i 10 kap. 1 § LOU samt 2 § upphandlingsförordningen (2016:1162), enligt vilka en annons om upphandlingen enligt skickas till Europeiska kommissionen, för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.

²⁴ 19 kap. 2 § LOU.

²⁵ 19 kap. 9 § LOU.

Direktupphandling, där den upphandlande myndigheten tillåts vända sig direkt till viss leverantör får, i fråga om varor eller byggtreprenader, komma ifråga endast vid följande i lagen särskilt angivna undantagsfall.

- värdet av upphandlingen beräknas understiga värdegränsen för *lågt värde* på 700.000 kronor²⁶ eller om det föreligger *synnerliga skäl*²⁷ eller *synnerlig brådskas*,²⁸
- det har vid en tidigare genomförd annonserad upphandling inte lämnats några lämpliga anbud, eller enbart ogiltiga eller oacceptabla anbud,²⁹
- det som ska upphandlas kan på grund av *konstnärliga* eller *tekniska skäl* eller på grund av *ensamrätt* endast tillhandahållas av en viss leverantör,³⁰
- det är fråga om en *kompletteringsbeställning* av tidigare upphandlade varor³¹ eller byggtreprenadarbeten³² eller
- det är fråga om en nödvändig anskaffning för att tillgodose ett angeläget behov som har uppstått till följd av allmän förvaltningsdomstols handläggning av en tidigare (motsvarande) upphandling.³³

Undantagen för *ensamrätt* eller *tekniska skäl* förutsätter att det överhuvudtaget inte finns någon konkurrens på marknaden. 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.”³⁴

Vid återopande av *ensamrätt* eller *tekniska skäl* måste den upphandlande myndigheten således visa att det inte finns något rimligt alternativ och att avsaknaden av befintlig konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av upphandlingsförutsättningarna.³⁵ De skäl som motiverar undantaget ska även ha gjort det absolut nödvändigt att tilldela kontraktet till den valda leverantören.³⁶ För det fall att 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 anbudsinfordran ändå ska genomföras.³⁷

Om de legala förutsättningarna för *direktupphandling* är uppfyllda kan myndigheten informera om sin avsikt genom att publicera en annons om förhandsinsyn.³⁸ I annonsen ska i så fall anges bland annat värdet av kontraktet samt skälen till varför upphandlingen inte har annonserats.³⁹

²⁶ 19 kap. 2 § LOU.

²⁷ 19 a kap. 5 § första stycket 3 LOU. 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.

²⁸ 19 a kap. 5 § första stycket 1 jämförd med 6 kap. 15 § LOU. För undantag på grund av *synnerlig brådskas* 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).

²⁹ 19 a kap. 3 § jämförd med 6 kap. 12 och 13 §§ LOU.

³⁰ 19 a kap. 5 § punkten 2 jämförd med 6 kap. 14 § LOU.

³¹ 19 a kap. 5 § punkten 2 jämförd med 6 kap. 17 § LOU.

³² 19 a kap. 5 § punkten 2 jämförd med 6 kap. 18 § LOU. En förutsättning för kompletteringsbeställning är dock att de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare har varit föremål för upphandling och att det där angetts att kompletteringsbeställning kan komma att användas.

³³ 19 a kap. 6 § LOU. Undantaget kan komma ifråga vid ett angeläget behov som har uppstått till följd av att en allmän förvaltningsdomstol antingen (1) handlägger eller har avgjort ett mål om överprövning av en upphandling och avtal inte får ingås, (2) har beslutat att en upphandling ska göras om eller rättas, eller (3) handlägger ett mål om överprövning av ett avtals giltighet och avtalet inte får fullgöras.

³⁴ Prop. 2015/16:195, s. 998. Se även skäl 50 till LOU-direktivet (2014/24/EU).

³⁵ 19 kap. 2 § LOU, jfr. 4 kap. 1 och 2 § LOU.

³⁶ EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-57/94) EU:C:1995:150, p. 24.

³⁷ EU-domstolens dom i de förenade målen *Bockhorn Braunschweig* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220.

³⁸ 19 a kap. 9 § LOU. Annonseringen ska ske i en annonsdatabas som är registrerad enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik. För motsvarande bestämmelse över tröskelvärdena, se 10 kap. 5 § LOU.

³⁹ 14 b § första stycket punkten 2 upphandlingsförordningen (2016:1162).

Enligt en allmänt gällande *försiktighetsprincip* ska varje undantag från de regler som säkerställer effektiviteten av regelverket för offentlig upphandling tolkas restriktivt och bevisbördan att visa sådana särskilda omständigheter som motiverar undantaget ankommer på den upphandlande myndigheten.⁴⁰

Varje upphandlande myndighet ska enligt 19 a kap. 15 § LOU besluta om interna riktlinjer för sin direktupphandling. För Kommunens vidkommande finns sådana i dokumentet ”Riktlinjer för upphandling och inköp”.⁴¹

En upphandling som har annonserats genom frivillig förhandsinsyn⁴² kan endast angripas genom ordinarie rättsmedel (rättelse/omgörelse eller ogiltighet av avtal). Ansökan om ett sådant ingripande ska ges in till allmän förvaltningsdomstol (förvaltningsrätt) inom tio dagar räknat från det att annonsen publicerats, därefter föreligger inte längre möjlighet att föra sådan talan.⁴³

Har föreskriven tio-dagars avtalsspärr inte iakttagits kan avtalet istället förklaras ogiltigt på talan av konkurrerade leverantör.⁴⁴ Sådan talan ska väckas inom sex månader från den dag då avtalet slöts, därefter går möjligheten till talan förlorad.⁴⁵

Härutöver kan Konkurrensverket⁴⁶ besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av den upphandlande myndigheten.⁴⁷ Straffavgiften ska beräknas till lägst 10.000 och högst 20 miljoner kronor, dock inte mer än tio procent av kontraktsvärdet.⁴⁸ Ett beslut om upphandlingsskadeavgift ska meddelas inom sex månader från laga kraftvunnen dom eller inom två år från det att avtalet slöts. Beslutet får dock inte meddelas innan tiden för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut.⁴⁹

En upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i LOU kan även dömas att betala *upphandlingsskadestånd* till den eller de leverantörer som kan visa skada till följd av detta.⁵⁰ Sådan talan ska väckas vid allmän domstol (tingsrätt) inom ett år från den dag då leverantören fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om att avtal i aktuellt avseende har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.⁵¹

Yttrande

Kommunen har i ett yttrande⁵² över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande. Kommunen instämmer i vikten av rättssäker tillämpning av LOU. I det specifika fallet bedömer kommunen att regelverket med marknadsanalys, förhandsinsyn och upphandling har tillämpats så som avsett. De olika processtegen har fungerat väl och resulterat i att en annonserad upphandling kommer att genomföras. Syftet med frivillig förhandsinsyn och tillämpningen av resultatet kan därmed anses vara uppfyllt.

⁴⁰ 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.

⁴¹ Riktlinjer för upphandling och inköp, beslutade av kommunstyrelsen i Stenungsund den 25 mars 2024 (KS § 97/24), dnr. KS2024/100.

⁴² Se 19 a kap. 9 § LOU, enligt vilken en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal genom direktupphandling får informera om sin avsikt genom en annons i en annonsdatabas som är registrerad enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik. I annonsen ska bland annat anges skälen till varför upphandlingen inte annonserats se 14 b upphandlingsförordningen (2016:1152).

⁴³ 20 kap. 3 § och 15 § punkten 4 LOU.

⁴⁴ 20 kap. 15 § punkten 4 jämförd med 13 a § LOU.

⁴⁵ 20 kap. 17 § LOU.

⁴⁶ Konkurrensverket är, jml. 21 kap. 1 § LOU samt 3 § förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket, behörig tillsynsmyndighet vid offentlig upphandling.

⁴⁷ 21 kap. 6-8 §§ LOU.

⁴⁸ 21 kap. 9 § LOU. I rättspraxis har dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktsvärde. I ringa fall ska enligt samma kapitel 8 § någon upphandlingsskadeavgift inte påföras. Vidare får eftergift beviljas om det finns synnerliga skäl.

⁴⁹ 21 kap. 10-11 §§ LOU. Ett beslut om upphandlingsskadeavgift får enligt samma kapitel 15 § överklagas av den upphandlande myndigheten till den förvaltningsrätt i vars domkrets myndigheten har sin hemvist. När ett beslut överklagas är Konkurrensverket motpart i domstolen.

⁵⁰ 20 kap. 20 § LOU.

⁵¹ 20 kap. 21 § LOU. Har allmän förvaltningsdomstol har beslutat ogiltigförklara avtalet får skadeståndstalan istället väckas inom ett år från laga kraftvunnen dom.

⁵² Kommunens yttrande, e-postmeddelande till Konkurrenskommissionen den 9 oktober 2024.

Kommunen vill lyfta fram brister i Konkurrenskommissionens analys. Bl.a. tar Kommunen beslut om avbrytande av förhandsinsynen innan det att Kommunen informeras om att förhandsinsynen är överprövad.

Kommunens bedömning, efter genomförd annonsering, visar att det inte kan anses fullt ut klarlagt, att det inte finns ytterligare någon leverantör som uppfyller kraven på det specifika infillett/granulatet som motsvarar de högt ställda miljökraven för den känsliga biotopen i området. Av denna orsak avbryts förhandsinsynen för att bjuda in till en annonserad upphandling. Precis så som också föreslås av Konkurrenskommissionen men gången dit är därmed en annan. Det ska tilläggas att ett omfattande arbete föregick förhandsinsynen eftersom kraven för denna konstgräsplan skiljer sig väsentligt åt mot vad som normalt kravställs. Avseende leverantörsnamn och produktnamn följer Kommunen Upphandlingsmyndighetens anvisning avseende vad som ska framgå i en förhandsinsyn.⁵³ Kommunen noterar att Konkurrenskommissionen har granskat frågan om förhandsinsyn tidigare.⁵⁴ Frågan gällande tillämpningen är i sig viktig och kan med fördel föras. I just detta fall ser Kommunen att processen fungerat väl.

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 sina anskaffningar av bland annat varor och byggtreprenadarbeten. Av utredningen framgår att Kommunen publicerat ett meddelande om frivillig förhandsinsyn med innebörden att man avser att köpa arbeten för anläggning av konstgräs vid Vallens IF direkt från en närbelägen leverantör.

Trots att det finns en uttrycklig föreskrift i upphandlingsförordningen⁸ har Kommunen underlåtit att redovisa värdet av kontraktet i meddelandet om förhandsinsyn. Värdet kan emellertid uppskattas till i vart fall c:a två miljoner kronor.

Upphandlingen avser i så fall ett sådant värde att förfarandet får genomföras med iakttagande av de nationella förfarandebestämmelserna i 19 och 19 a kap. LOU. Eftersom värdet överstiger direktupphandlingsgränsen 700.000 kronor föreligger det enligt lagens huvudregel ett krav på att anbudsinfordran ska ske genom annonserat förfarande, så att alla på marknaden verksamma leverantörer ges möjlighet att lämna konkurrerande anbud.

Undantag från kravet på annonsering kan endast komma ifråga vid vissa i lagen särskilt angivna förutsättningar, så som att det av *tekniska skäl* inte finns någon konkurrens. Det får dock inte vara fråga om en konstruerad avgränsning till exempelvis ett visst företag, viss vara, produktion eller geografisk marknad.

Den omständigheten att Kommunen uppger sig ha genomfört omfattande arbeten i vad som får förstås som en egenutförd marknadsundersökning kan inte i sig medföra skäl för undantag. Problemet med en sådan undersökning är bland annat att urvalet av leverantörer sker på den upphandlande myndighetens initiativ, utifrån vad denna tror sig veta om den aktuella marknaden. Urvalet av tillfrågade leverantörer blir därför skevt jämfört med ett annonserat förfarande, där samtliga på marknaden verksamma leverantörer ges samma information med möjlighet att själva, på eget initiativ, anmäla intresse för den aktuella upphandlingen.

I annonsen med meddelande om förhandsinsyn som publicerats i EUT och TED, har Kommunen preciserat föremålet för upphandlingen till ett visst varumärke samt angivit att ingen annan än Konstgräslleverantören med underleverantörer kan leverera ett sådant gräs enligt kommunens kravställning.

⁵³ Upphandlingsmyndighetens hemsida: www.upphandlingsmyndigheten.se/frageportalen/1568517/frivillig-forhandsinsyn/.

⁵⁴ Se Konkurrenskommissionens utredning i ärendet KKO 17-017 samt Upphandling24, artikeln "Hård ordväxling mellan Danderyd och Konkurrenskommissionen".

Sådan hänvisning till visst varumärke är som regel förbjuden och hade inte tillåtits vid ett ordinarie upphandlingsförfarande enligt LOU. Om föremålet för en anskaffning på detta sätt anges som ett specifikt varumärke begränsas upphandlingen och möjligheten att lämna anbud till att avse endast en viss leverantör eller grupp av leverantörer. Det är i så fall fråga om en sådan konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen som inte får komma ifråga.³⁴

Till skillnad från vad Kommunen söker göra gällande föreligger i det aktuella fallet inte någon ensamrätt eller ensamsituation av tekniska skäl, eftersom även andra varumärken och aktörer än Konstgräsleverantören mycket väl skulle kunna vara intresserade av att lämna anbud. Detta visar sig bland annat i att en konkurrerande leverantör har ansökt om överprövning av förfarandet.

Det som Kommunen anför om den särskilda lämpligheten av efterfrågat konstgräs utgör sådana omständigheter som istället får bedömas inom ramen för en jämförande anbudsvärdering och medför inte i sig någon undantagsgrund för ensamrätt eller tekniska skäl. För detta krävs att det vid en objektiv bedömning kan *visas* att Konstgräsleverantören är den enda leverantören på hela EU:s inre marknad som skulle kunna leverera konstgräs av nu aktuellt slag.

Kommunen skulle istället ha genomfört en annonserad anbudsinfordran med en beskrivning av vilka krav de efterfrågade konstgräsplanerna ska uppfylla. Kraven ska anges genom tekniska specifikationer som är utformade som antingen prestanda- eller funktionskrav eller utifrån objektiva standarder.⁵⁵

Kommunen verkar uppenbarligen ha varit medveten om att även andra leverantörer skulle kunna vara aktuella för anbudsgivning, eftersom man har i meddelandet om förhandsinsyn angivit att man annonserat ”i syfte att försäkra sig om att ingen annan leverantör” skulle kunna komma ifråga. I denna del bygger förfarandet på en grundläggande missuppfattning. Systemet med att annonsera meddelande om förhandsinsyn får bara användas i situationer där det är uppenbart att det på hela EU:s inre marknad finns endast en befintlig leverantör och att undantag för direkttilldelning därmed är möjligt. Den som ändå vill invända mot detta måste i så fall, inom en viss frist från det att annonsen publicerades, inleda en rättsprocess om överprövning vid allmän förvaltningsdomstol. Det är således överhuvudtaget inte fråga om något slags extra marknadsundersökning eller motsvarande där den upphandlande myndigheten efterfrågar intresse från konkurrerande leverantörer, som Kommunen tydligen verkar tro.

Det finns därmed anledning att rikta kritik mot Kommunen, som på flera punkter brutit mot LOU och satt sig över de grundläggande principer som ytterst syftar till att garantera förutsättningarna för en fungerande konkurrens och att motverka korrupcion i offentlig verksamhet. Den omständigheten att Kommunen senare har beslutat att avbryta förfarandet kan inte medföra annan bedömning.

⁵⁵ Se avsnittet Tekniska specifikationer i 9 kap. 1-5 § LOU.