

PM 2 2025-04-02 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom oproportionella kvalifikationskrav.**

*En kommun har vid upphandling av måltidsleveranser ställt ett volymmässigt referenskrav som gör att enbart en eller ett fåtal leverantörer kan komma ifråga för anbudsgivning.*

Göteborgs kommun, genom Inköps- och upphandlingsnämnden (nedan Kommunen), påbörjade i oktober 2024 en upphandling av ett fyraårigt ramavtal för löpande leveranser av kylda matportioner till omsorgstagare och verksamheter inom kommunala omsorgsverksamheter m.m. (nedan Upphandlingen).<sup>1</sup> Ett meddelande om Upphandlingen skickades till Europeiska kommissionen för publicering den 28 oktober 2024 i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och databasen TED.<sup>2</sup>

I upphandlingsdokumentet<sup>3</sup> anges vissa referenskrav som intresserade leverantörer måste uppfylla för att kvalificera sig för att delta i Upphandlingen, däribland följande.

*”Referensuppdraget ska ha utförts med en ändamålsenlig kvalitetsstandard och ska avse liknande uppdrag av liknande omfattning. Minst ett referensuppdrag ska ha utförts för en organisation som köper kylda matportioner till minst 500 registrerade omsorgstagare.”<sup>4</sup>*

Detta referenskrav medför att i praktiken endast den som Kommunen tidigare anlitat för aktuella tjänster (befintlig leverantör) kan kvalificera sig för anbudsgivning, eftersom ingen annan kan åberopa referenser med 500 registrerade omsorgstagare samlade i ett och samma uppdrag.

När en konkurrerande leverantör påtalat att det aktuella kravet riskerar leda till en otillbörlig begränsning av konkurrensen har Kommunen svarat följande.

*”Det ställda kravet på erfarenhet av att leverera till minst 500 registrerade omsorgstagare baseras på behovet att säkerställa leveranskapacitet för Göteborgs Stad och dess kranskommuner. Leverantören ska varje vecka kunna tillhandahålla tillförlitliga leveranser till ett stort antal omsorgstagare vilket ställer höga krav på leveranssäkerhet och kontinuitet. Kravet på beprövad erfarenhet av liknande omfattning är av avgörande betydelse för att säkerställa detta. Vi har, med proportionalitetsprincipen i åtanke, funnit att erfarenhet av leveranser till minst 500 omsorgstagare utgör ett rimligt och relevant mått på leverantörens kapacitet och lämplighet. Andra bedömningssätt, såsom kapacitetsförklaringar eller alternativa kriterier, bedöms i detta sammanhang inte ge samma grad av trygghet som faktiskt uppfyllda leveransåtaganden av motsvarande storlek. Vid en avvägning mellan kravet på leveranssäkerhet och principerna om konkurrens och likabehandling anser vi att det specificerade kravet är både motiverat och skäligt i förhållande till upphandlingens syfte. Vi finner därmed att kravet är väl förenligt med proportionalitetsprincipen och nödvändigt för att tillförsäkra en trygg och stabil leverans för omsorgstagarnas behov varje vecka.”<sup>5</sup>*

Sedan den klagande leverantören väckt talan om överprövning med yrkande att Upphandlingen ska rättas, alternativt göras om, har Kommunen justerat det aktuella kravet till att referensuppdraget istället gäller minst 400 registrerade omsorgstagare hos samma uppdragsgivare.<sup>6</sup> Anbudstiden förlängdes samtidigt med två veckor, från den 29 november till och med den 13 december 2024.

<sup>1</sup> Upphandlingen *Kylda matportioner*”, dnr. 0254/24, omfattar förutom Göteborgs kommun med kommunala bolag och föreningar även Stiftelsen Göteborgs sjukhem med stiftelser och bolag samt Alingsås, Kungälv, Lilla Edets och Partille respektive kommuner.

<sup>2</sup> Meddelandet 654894-2024 – *Konkurrensutsättning Sverige – Måltidsleveranser – Kylda matportioner OJ S 210/2024 28/10/2024* publicerades den 28 oktober 2024 i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och databasen TED.

<sup>3</sup> Upphandlingsdokumentet ”*Kylda matportioner*”, dnr. 0254/24.

<sup>4</sup> Se Upphandlingsdokument (fotnot 3), avsnitt 2.2.5 ”*Teknisk och yrkesmässig kapacitet*”, punkten 2.2.5.2.

<sup>5</sup> Se Upphandlingens frågor-och-svarsfunktion, Kommunens svar på fråga 18 som publicerades den 21 oktober 2024.

<sup>6</sup> Se aktbilagorna 1 och 10 i Förvaltningsrätten i Göteborgs mål nr. 13305-24. Den klagande leverantören angav att företaget som mest kunde erbjuda referens från en organisation som köper kylda matportioner till 420 registrerade omsorgstagare.

Vid anbudstidens utgång registrerades endast två inkomna anbud; från den befintliga leverantören, som återopade bland annat sitt pågående uppdrag för Kommunen som referens samt från den överprövningsklagande leverantören, som återopade en referens med 420 registrerade omsorgstagare i ett och samma uppdrag.

Upphandlingens aktuella kontraktsvärde kan med ledning av vad som bland annat redovisas i meddelandet om upphandling uppskattas till c:a 79 miljoner kronor (exkl. moms).<sup>7</sup>

### Rättslig reglering

Med offentlig upphandling avses förfarandet fram till och med tilldelningen av bl.a. ett *offentligt kontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter som avser bl.a. tillhandahållande av tjänster.

Upphandling sedan den 1 januari 2017 i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – LOU. Bestämmelserna är en följd av bl.a. kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet i artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU)<sup>8</sup> och syftar bland annat till att motverka korrupcion i offentlig verksamhet.<sup>9</sup>

Kommunala myndigheter och beslutande församlingar utgör sådana s.k. *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iaktta bestämmelserna i LOU<sup>10</sup> vid anskaffning av bland annat tjänster genom tilldelning av kontrakt med ekonomiska villkor.<sup>11</sup>

För att säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets föreskrifter om etableringsfrihet och fri rörlighet har det i lagen införts ett antal unionsrättsligt grundade principer som, oavsett förfarande,<sup>12</sup> ska iakttas vid offentlig upphandling. Däribland krav på *likabehandling och ickediskriminering* och *proportionalitet*<sup>13</sup> samt den s.k. *konkurrensprincipen*, enligt vilken en upphandling inte får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.<sup>14</sup> De upphandlande myndigheterna har således en på LOU och det bakomliggande direktivet grundad skyldighet att vid varje tillfälle tillvarata och stimulera möjligheten till en likabehandlande och effektiv konkurrens.

Ett avtal som avser köp av måltidsleveranser (CPV 55521200)<sup>15</sup> ska, om värdet överstiger det särskilda tröskelvärdet 8.109.450 kronor,<sup>16</sup> handläggas enligt de unionsrättsligt reglerade bestämmelserna för annonspliktig<sup>17</sup> upphandling av s.k. *Bilaga 2-tjänster*, i 19 kap. LOU.<sup>18</sup>

<sup>7</sup> Se meddelandet om upphandling (fotnot 2) punkten 2.1.3 samt Upphandlingsdokumentet, punkten 2.1.5 ”*Volymangivelser*”. Ramavtalets aktuella takvolym uppgavs samtidigt till 110 miljoner kronor (punkten 2.1.5, underrubriken ”*Takvolym*”).

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

<sup>9</sup> Se bl.a. SOU 2018:44, avsnitt 7, ”*Ett regelverk som motverkar korrupcion*”, (s. 233 ff).

<sup>10</sup> 1 kap. 22 § LOU.

<sup>11</sup> 1 kap. 2 § LOU.

<sup>12</sup> De grundläggande principerna i 4 kap. 1 och 2 § LOU följer av artikel 18.1 första och andra stycket LOU-direktivet (2014/24/EU). För förfaranden utanför det direktivstyrda regelverket motsvaras dessa av 19 kap. 2 § LOU – jfr. även HFD 2018 ref. 60 med särskilt yttrande av justitierådet Nord.

<sup>13</sup> De grundläggande principer som här åsyftas följer av avdelning IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF. Angående 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.

<sup>14</sup> Se 4 kap. 2 § LOU samt, artikel 18.1 andra stycket i LOU-direktivet.

<sup>15</sup> CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, har fastställts 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.

<sup>16</sup> 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 tjänstekontrakt enligt bilaga 2 till LOU uppgår sedan den 1 januari 2024 till 8.109.450 kronor - se regeringens tillkännagivande (2024:30) om tröskelvärdet vid offentlig upphandling.

<sup>17</sup> En annons om upphandlingen ska enligt 19 kap. 6 och 8 § LOU samt 5 b § upphandlingsförordningen (2016:1152) publiceras i en annonsdatabas som är registrerad enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik.

Gällande bestämmelser för livsmedelshantering, i form av tillverkning, kylkedja, transport och hantering av färdigförpackade måltider (inklusive hygienregler och HACCP),<sup>19</sup> är i stort sett desamma oavsett vem som ska vara slutkonsument.<sup>20</sup> Det finns alltså inga särskilda livsmedelsrättsliga regler som gör att exempelvis leveranser till ”omsorgstagare” skulle skilja sig från övriga leveranser till skolor, företagsmatsalar, butiker (livsmedelshandeln) eller direkt till privatpersoner (via cateringföretag etc.). Ska livsmedel levereras till äldre eller sjuka personer kan det dock, avtalsvägen, ställas särskilda krav på exempelvis ändamålsenlig temperaturhållning, beredning, kylprocess samt textur- eller näringsanpassning som är mer omfattande än vid exempelvis leveranser till en vanlig lunchrestaurang.<sup>21</sup>

Det eftersträlvade målet med bestämmelserna om offentlig upphandling är att öppna marknaden för offentliga kontrakt för så bred konkurrens som möjligt, särskilt i förhållande till små och medelstora företag.<sup>22</sup> I beaktandesats 59 till det s.k. LOU-direktivet anges bl.a. följande.

”Det finns en starkt växande tendens på unionens marknader för offentlig upphandling att begära att offentliga upphandlare ska samla sina inköp för att uppnå stordriftsfördelar, bland annat lägre priser och transaktionskostnader, och för att förbättra och professionalisera upphandlingsverksamheten. Detta kan uppnås genom att inköpen samordnas med avseende på antingen antalet upphandlande myndigheter eller volym och värde över tiden. Sammanläggning och centralisering av inköp bör dock noga övervakas för att kunna undvika för långt driven koncentration av köpkraft och hemliga överenskommelser, bevara öppenhet och konkurrens samt ge små och medelstora företag möjlighet att få tillträde till marknaden”.

I beaktandesats 78 anges vidare följande.

”Den offentliga upphandlingen bör anpassas till de små och medelstora företagens behov. [...] I detta syfte och för att stärka konkurrensen bör de upphandlande myndigheterna i synnerhet uppmuntras att dela upp större kontrakt i delar. En sådan uppdelning kan göras på kvantitativ basis, så att storleken på de enskilda kontrakten bättre överensstämmer med de små och medelstora företagens kapacitet, eller på kvalitativ basis, beroende på de olika berörda verksamhetsgrenarna och specialiseringarna, så att innehållet i de enskilda kontrakten närmare anpassas till de specialiserade sektorer där de små och medelstora företagen är verksamma eller till olika därpå följande projektfaser.

Storleken på och föremålet för delarna bör bestämmas av den upphandlande myndigheten [...] Om den upphandlande myndigheten beslutar att det inte är lämpligt att kontraktet delas upp, bör den i den enskilda rapporten eller upphandlingsdokumenten ange huvudskälen till sitt val. Dessa skäl kan exempelvis vara att den upphandlande myndigheten anser att en uppdelning kan riskera att begränsa konkurrensen eller att kontraktets genomförande blir orimligt tekniskt svårt eller dyrt, eller att behovet av att samordna de olika leverantörerna av delarna allvarligt kan riskera att underminera ett korrekt genomförande av kontraktet.”

<sup>18</sup> För upphandlingar som värdemässigt överstiger det *särskilda tröskelvärdet* gäller bestämmelserna i LOU-direktivets (2014/24/EU) Avdelning III, kapitel I - däribland artiklarna 75 (annonsering) och 76 (principer för tilldelning av kontrakt). Den upphandlande myndigheten är härigenom underkastad en direkt, unionsrättslig tillämpning av de grundläggande principerna om bland annat likabehandling, proportionalitet och konkurrens.

<sup>19</sup> Med HACCP (*Hazard Analysis and Critical Control Points*) avses en av Förenta nationernas livsmedels- och jordbruksorganisation (FAO) utarbetad arbetsmetod för att standardisera hur man systematiskt kartlägger, bedömer och kontrollerar faror i livsmedelsproduktionen med syfte att livsmedel ska vara säkra att använda i konsumentled. Enligt svensk livsmedelslagstiftning och EU:s livsmedelsregler är alla livsmedelsföretag skyldiga att följa HACCP-baserade rutiner för att säkerställa säkra livsmedel. Livsmedelsverkets riktlinjer, branschriktlinjer och annan praxis (se fotnot nedan) gäller oavsett om slutkunden är omsorgstagare, skola, företag eller privatpersoner.

<sup>20</sup> Se bl.a. Europaparlamentets och rådets förordning (852/2004/EG) om livsmedelshygien samt förordningen (1169/2011/EU) om tillhandahållande av livsmedelsinformation till konsumenterna, med anslutande föreskrifter från Livsmedelsverket i bl.a. ”*Nationella riktlinjer för måltider i äldreomsorgen – ordinära och särskilda boenden, hemtjänst och äldreboenden*” (2019, uppdaterad 2024) och ”*Nationella riktlinjer för måltider i skolan – förskoleklass, grundskola, gymnasieskola och fritidshem*” (2019, uppdaterad 2024) samt Livsmedelsverkets föreskrifter om livsmedelsinformation (LIVFS 2014:4).

<sup>21</sup> Även den som levererar mat i stor skala (till t.ex. sjukhus, barnomsorg eller speciallivsmedel till butiker) kan behöva följa samma, eller ibland ännu hårdare, rutiner. Det finns inget som hindrar en leverantör som levererar till riskgrupper (exempelvis patienter inom en region/sjukhus) från att i sin ordinarie verksamhet hålla sådan standard.

<sup>22</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom i *PipoPizzo* (C-27/15) EU:C:2016:404, p. 27; för liknande resonemang, se även *CoNISMa*, C-305/08, EU:C:2009:807, p. 37 med där anmärkta rättsfall.

En upphandlande myndighet får ställa krav på att leverantörerna, för att komma ifråga för anbudsgivning, ska vara kvalificerade i vissa avseenden. Kraven får avse bland annat *teknisk och yrkesmässig kapacitet*<sup>23</sup> och får i så fall innebära att leverantören ska förfoga över nödvändiga personalresurser och tekniska resurser samt ha en sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard.<sup>24</sup>

För att styrka uppfyllandet av krav på bl.a. teknisk och yrkesmässig kapacitet får leverantörer återropa andra företags kapacitet. Om kapaciteten gäller särskilda utbildnings- och yrkeskvalifikationer får ett annat företags kapacitet dock endast återropas om det återropade företaget också kommer att utföra den tjänst för vilken kapaciteten krävs.<sup>25</sup>

I anslutande praxis har EU-domstolen uttalat att en leverantör ska tillåtas styrka sin tekniska och yrkesmässiga erfarenhet genom att samtidigt återropa två eller flera kontrakt såsom ett enda kontrakt, om den upphandlande myndigheten inte har uteslutit en sådan möjlighet genom krav som står i samband med och i *proportion* till kontraktets föremål och syfte.<sup>26</sup>

Sådana krav, som medför konkurrensbegränsande effekter, måste dock kunna motiveras utifrån objektiva skäl, med hänvisning till *tvingande hänsyn till allmänintresset*.<sup>27</sup> Förekommande krav och kriterier ska således underkastas en rimlighetsbedömning. I detta avseende har EU-domstolen uttalat att prövningen ska utifrån fyra förutsättningar, det s.k. *Gebhard-testet*,<sup>28</sup> där uppställda krav och kriterier ska:

- tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt,
- vara motiverade av tvingande hänsyn till allmänintresset,
- vara ägnade att säkerställa att det mål som eftersträvas med dem uppnås, samt
- inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträfvade målet.<sup>29</sup>

De två sistnämnda momenten ovan ger uttryck för den s.k. *proportionalitetsprincipen*.<sup>30</sup> I varje situation ska därför åtgärder som kan medföra en konkurrensbegränsande begränsning eller göra det mindre attraktivt för leverantörer att delta i en upphandling uppfylla kraven på proportionalitet.<sup>31</sup> Ett inskränkande krav får endast vara ägnat att säkerställa förverkligandet av det för upphandlingen relevanta målet (anskaffningen) och det ska kunna fastställas att det verkligen på ett sammanhängande och systematiskt sätt tillgodoser behovet av att uppnå detta mål.<sup>32</sup> I fall där mindre ingripande åtgärder istället hade kunnat tillämpas för att uppnå samma mål, kan en inskränkning exempelvis inte anses vara förenlig med kravet på proportionalitet.<sup>33</sup>

<sup>23</sup> 14 kap. 1 § första stycket 3 LOU.

<sup>24</sup> 14 kap. 5 § LOU.

<sup>25</sup> 14 kap. 6 § LOU. Bestämmelsen gäller oavsett den rättsliga arten av förbindelserna mellan den anbudsgivande leverantören och de återropade företagen. Det är leverantören som genom ett skriftligt åtagande som ges in i samband med själva anbudet ska visa att den kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras.

<sup>26</sup> EU-domstolens dom i *Esaprojekt* (C-387/14) EU:C:2017:338, p. 88, jfr. även avgöranden i *Partner Apelski Dariusz* (C-324/14) EU:C:2016:214, pp. 40 och 56), *CoNISMa* (C-305/08) EU:C:2009:807, p. 41 och *Ostas celtnieks* (C-234/14) EU:C:2016:6, p. 23.

<sup>27</sup> Se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Portugal* (C-458/08) EU:C:2010:692, pp. 87 och 88 (ibland även refererad till som *kommissionen mot Polen*).

<sup>28</sup> EU-domstolens dom i *Gebhard* (C-55/94) EU:C:1995:411.

<sup>29</sup> Se EU-domstolens ovan angivna dom i *Gebhard*, p. 37. Jfr. även domstolens dom i målet *Centros* (C-212/97) EU:C:1995:411, p. 34.

<sup>30</sup> Se 19 kap. 2 § och 4 kap. 1 § LOU samt prop. 2015/16:195, s 427 ff. För proportionalitetsprincipens unionsrättsliga tillämpning, se även de Búrca, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, Yearbook of European Law vol. 13, 1993, s. 105-150.

<sup>31</sup> Se EU-domstolens dom i *ASM Brescia* (C-347/06) EU:C:2008:416, p. 60.

<sup>32</sup> Se EU-domstolens dom i *Engelmann* (C-64/08) EU:C:2010:506, p. 35.

<sup>33</sup> Se EU-domstolens dom i *Gambelli* (C-243/01) EU:C:2003:597, p. 7.

Sammanfattningsvis ska samtliga urvals- och tilldelningskriterier för en upphandling vara utformade i enlighet med de grundläggande principerna. Oavsett vilket regelverk som är tillämpligt måste förekommande krav och kriterier därmed vara tillämpliga på ett likabehandlande sätt samt vara ägnade att säkerställa förverkligandet av det mål som eftersträvas med förfarandet och får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis<sup>34</sup> ska vidare alla möjligheter till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges inom området för offentlig upphandling, inklusive förekommande proportionalitetsbedömningar,<sup>35</sup> tillämpas *restriktivt* och det ankommer på den som åberopar sådant undantag att även visa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.

### Yttrande

Kommunen har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

### Slutlig bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Kommunen är som upphandlande myndighet skyldig att iaktta regelverket i LOU vid anskaffning av bland annat måltidsleveranser. Även om Upphandlingen avser sådana särskilda tjänster som regleras i Bilagan 2 till LOU medför det höga kontraktsvärdet (79 miljoner kronor) att förfarandet omfattas av en direkt tillämpning av de unionsrättsliga principerna för tilldelning av kontrakt, däribland kraven på likabehandling, proportionalitet och konkurrens.<sup>12</sup>

Av utredningen framgår att föremålet och syftet med Upphandlingen är att erhålla löpande leveranser av kylda matportioner till omsorgstagare i Göteborg med omnejd. Vad leverantörerna därmed behöver styrka är att de besitter en tillräcklig yrkesmässig och teknisk kapacitet för att aktuella leveranser ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard.<sup>24</sup>

I detta syfte har Kommunen ursprungligen ställt krav på att leverantörer, för att kvalificera sig för att lämna anbud i upphandlingen, måste kunna visa ett referensuppdrag om leverans av kylda matportioner till en organisation med *minst 500 registrerade omsorgstagare*. Leverantörer som i och för sig har omfattande erfarenhet och kapacitet att tillhandahålla matportioner, men vars leveranser inte avser en ensam uppdragsgivare/organisation med mer än 500 registrerade omsorgstagare, utesluts härigenom effektivt från varje möjlighet att lämna anbud. Det nu aktuella uppdraget omfattar inte enbart Göteborg, som är Sveriges andra stad, utan även fyra kranskommuner. Någon motsvarande känd upphandling med denna volym finns inte i Sverige och i praktiken är marknaden för köpare av kylda matportioner för minst 500 registrerade omsorgstagare ytterst begränsad. Referenskravet – såsom detta ursprungligen har utformats – är därmed ägnat att utesluta samtliga på marknaden kända leverantörer, utom det företag som Kommunen sedan tidigare anlitar för det aktuella uppdraget (sittande leverantör).

Först sedan en konkurrenadsleverantör ansökt om domstolsprövning av Upphandlingen har Kommunen justerat anbudsförutättningarna genom att, i enlighet med den klagande leverantörens förutsättningar, sätta ned referenskravet till att istället avse uppdrag för minst 400 registrerade omsorgstagare hos en samma uppdragsgivare. Därmed har även den klagande

<sup>34</sup> Se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23 med där anmärkta rättsfall samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134. Se även prop. 2001/02:142 s. 99 och prop. 2006/07:128 s. 291.

<sup>35</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom i *Humanplasma* (C-421/09) EU:C:2010:760 p. 38, med där anmärkta rättsfall.

leverantören givits möjlighet att lämna anbud, medan andra på marknaden<sup>36</sup> verksamma leverantörer fortfarande stängts ute från att delta i Upphandlingen.

Fråga uppkommer därmed om detta kan vara förenligt med LOU och de unionsrättsliga principer som gäller för den aktuella typen av upphandling.<sup>18</sup> För det första föreligger det en allmän skyldighet för Kommunen att tillvarata alla möjligheter till en fungerande konkurrens, och utforma anbudsförutsättningarna så att även små och medelstora företag ges möjlighet att delta med anbud. Förfarandet får inte utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.<sup>14</sup>

Kommunen får visserligen ställa krav på en viss teknisk och yrkesmässig kapacitet för att försäkra sig om att uppdraget kommer att utföras på ett tillfredsställande sätt, i enlighet med villkoret för kontraktet.<sup>24</sup> Kraven ska dock vara ägnade att säkerställa det mål som eftersträvas med upphandlingen och får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.<sup>29</sup> Om det finns mindre ingripande åtgärder som istället hade kunnat tillämpas för att uppnå samma mål, kan en inskränkande föreskrift inte anses vara förenlig med kravet på proportionalitet.<sup>33</sup>

Enligt vägledande praxis från EU-domstolen<sup>27</sup> ska leverantörer som regel tillåtas att styrka sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet genom att samtidigt åberopa två eller flera kontrakt såsom ett enda kontrakt. Den upphandlande myndighetens möjlighet att utesluta en sådan möjlighet måste vara proportionellt i förhållande till föremålet och syftet med det aktuella kontraktet.

Även om det kan vara relevant att i den aktuella Upphandlingen kontrollera leverantörernas volymmässiga kapacitet är det inte proportionellt med krav på att en minsta åberopad volym måste avse *samma* uppdragsgivare/organisation. Då det rör sig om kyllda matportioner som kan transporteras längre sträckor bör i princip leverantörer från hela Sverige (eller närliggande länder)<sup>36</sup> kunna komma ifråga för anbudsgivning. Som Upphandlingen emellertid utformats är ett storköksföretag som levererar exempelvis 1.550 portioner per dag hindrad från att överhuvudtaget lämna anbud i upphandlingen, om leveranserna fördelar sig på flera uppdragsgivare (olika kommuner eller kommunala förvaltningar). Detta trots att företagets volymmässiga erfarenhet och kapacitet knappast bör kunna sättas i fråga.

Det kan vidare inte vara proportionellt att ställa krav på att de aktuella referensuppdragen måste avse leveranser till enbart *omsorgstagare*. Regelverket kring tillverkning och hantering av färdigförpackade livsmedel är lika oavsett vem som är mottagare/konsument av den förpackade måltiden. Även leverantörer av elevmåltider till skolor eller färdigförpackade matportioner till företagsmatsalar, livsmedelshandeln eller direkt till privatpersoner, som inte utgör omsorgstagare, borde rimligen kunna anses ha en sådan teknisk och yrkesmässig kapacitet att uppdraget kan förväntas utföras på ett tillfredsställande sätt. Även dessa har dock uteslutits från möjligheten att lämna anbud, utan rimlig eller proportionell grund.

Det finns därmed anledning att rikta kritik mot Kommunen, som på detta sätt brutit mot de grundläggande principer i LOU och det bakomliggande direktivet som bland annat syftar till att motverka korruption och bristande likabehandling. Kommunen har genom förfarandet snedvridit konkurrensen på marknaden för tillverkning och leverans av kyllda matportioner.

---

<sup>36</sup> Den aktuella marknaden för tillverkning och transport av kyllda matportioner (med eventuell mellanlagring) för distribution i Göteborgsområdet torde omfatta i vart fall hela Mellansverige och södra Sverige.