

PM 2 2016-12-14 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direkttilldelning i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direktupphandling).**

*En kommun har direktupphandlat interaktiva projektorer i två avtal till ett sammanlagt värde av strax under en miljon kronor, trots att kommunen redan hade ett ramavtal för dylika avrop.*

Järfälla kommun har genom två skolförvaltningar under Barn- och utbildningsnämnden (nedan Kommunen) slutit avtal om köp av interaktiva projektorer jämte anslutande tjänster för installation m.m. Den 17 mars 2016 beslutade Kommunen att i ett direktupphandlingsförfarande tilldela ett företag, här angivet som Leverantör A, kontrakt avseende interaktiva projektorer och aktiva högtalare, m.m. samt installationsarbeten i Mälarskolan, för 489.576 kronor, exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms). I ett motsvarande förfarande beslutade Kommunen den 27 mars 2016 att tilldela ett annat företag, här angivet som Leverantör B, ett liknande kontrakt avseende Herrestaskolan för totalt 466.500 kronor (exkl. moms). Avtalen har slutits direkt med respektive leverantör, utan föregående annonserad upphandling. Det sammanlaga s.k. *kontraktsvärdet* av dessa båda avtal uppgår till 956.076 kronor (exkl. moms).

Kommunen hade samtidigt ett sedan tidigare upphandlat ramavtal med en tredje leverantör, här angiven som Leverantör X.<sup>1</sup> Ramavtalet har tilldelats efter ett öppet, annonserat upphandlingsförfarande där Leverantören X bedömdes ha lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.<sup>2</sup> Av förutsättningarna för denna upphandling framgår bland annat följande.

***”3.5.5 Rabattsats projektorer (ingår i utvärderingen)***

*Rabattsats ska lämnas för anbudsgivarens samtliga utbud av projektorer och direkta tillbehör till dessa, så som takfästen, filter och lampor. Ange rabattsats för projektorer i övrigt sortiment: (Fritextsvar) Ange övriga projektorer (varumärken och beteckning): (Fritextsvar)”*

Det anbud som Leverantören X lämnade till Kommunen omfattar följaktligen företagets hela sortiment av projektorer, inklusive interaktiva projektorer, med rabattsats i enlighet med punkten 3.5.5 som kan tillämpas vid löpande avrop.

Tilldelning beslutades i februari 2014. I beslutet antecknades bland annat följande: ”[s]yftet med upphandlingen är att få bättre villkor vid köp av tavlor och projektorer, installation, tillbehör, service, reparation samt utbildning”. Vidare anges att ”Utvärderingen av de anbud som godkänts i kvalificeringen sker utifrån lägsta totala anbudssumma. Det totala anbudsvärdet speglar kostnaderna för en efterfrågad aktiv tavla med projektorer, rabatter på tillbehör och installationsmateriel, service utbildningskostnader samt tillbehör. [...] Utvärderingssamanställningen har visat att anbudsgivaren [Leverantör X] har kommit in med det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet”.<sup>3</sup> Ramavtalet har även utnyttjats för avrop av interaktiva projektorer från Leverantör X.<sup>4</sup>

Förvaltningsrätten i Stockholm har i dom av den 6 oktober 2016 förordnat om ogiltighet av Kommunens avtal med Leverantör A respektive B, eftersom det sammanlagda värdet av dessa båda avtal överstiger värdegränsen för direktupphandling (se vidare nedan).<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande enligt LOU och annonserades den 20 december 2013 genom bland annat meddelande i TendSign och EUT/TED. Av punkten 1.1.2 i underlaget, rubricerad ”Orientering om uppdraget”, framgår att upphandlingen avser ”Järfälla kommuns (fortsättningsvis kallad kommunen) allmänna behov av interaktiva skrivtavlor och projektorer samt tillbehör”, och således ”omfattar köp, installation, och service av interaktiva skrivtavlor samt tillbehör och utbildning för användandet av sådana. Leverantörens utbud skall främst tillgodose skolors krav om omfattande pedagogiskt stöd men även för användning i konferensutrymmen” (dnr. Kst. 2013/161).

<sup>2</sup> Se ramavtalet ”Interaktiva skrivtavlor” mellan Kommunen och Leverantör X, daterat den 17 och 18 mars 2014 (dnr. Kst. 2013/161).

<sup>3</sup> Se Kommunstyrelseförvaltningens ”Delegeringsbeslut” avseende ”Upphandling av Interaktiva skrivtavlor” av den 20 februari 2014 (dnr. Kst. 2013/161).

<sup>4</sup> Den 21 augusti 2014 avropade Kommunen genom Fjällenskolan fyra interaktiva projektorer av fabrikat Epson 585wi (Kommunens beställningsnummer 631211).

<sup>5</sup> Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 6 oktober 2016 i mål nr.14042-16. Avgörandet har vunnit laga kraft.

### Gällande rätt

Med offentlig upphandling avses förfarandet fram till och med tilldelningen av bland annat ett offentligt kontrakt med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser tillhandahållande av bl.a. varor. Karakteristiskt för ett offentligt *varukontrakt* är således att leverantören mot ersättning ska tillhandahålla varor, och eventuella anknyttande tjänster för installation och montering, för den upphandlande myndighetens räkning.<sup>6</sup>

Upphandling av offentliga varukontrakt regleras i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Lagen har kommit till som en följd av bl.a. kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt (numera) artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG).<sup>7</sup>

Kommunala myndigheter utgör enligt legaldefinitionen i 2 kap. 19 § LOU sådana s.k. *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iaktta lagens bestämmelser. Begreppet *myndighet* hänför sig till de kommunala nämnder som enligt gällande nämndorganisation organiserar de olika förvaltningarnas verksamhet. Förvaltningarna utgör således inga självständiga kommunala *myndigheter*, utan ingår som avdelningar (till exempel skolenheter) i en ansvarig kommunal nämnds organisation. Företag som tillhandahåller aktuella varor och tjänster utgör ”*leverantörer*” som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).

Varor vars sammanlagda värde understiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärdet (för närvarande 1.910.323 kronor)<sup>8</sup> ska upphandlas enligt de nationellt styrda bestämmelserna i 15 kap. LOU.

Ändamålet med regelverket om offentlig upphandling är att bland annat säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. Det har i 1 kap. 9 § LOU därför angivits ett antal unionsrättsligt grundade principer som oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid offentlig upphandling. Därbland principerna om *likabehandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparens)*, innebärande att alla leverantörer ska behandlas lika och ges möjlighet till sådan insyn att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud på lika villkor.<sup>9</sup>

Bestämmelserna har utformats i syfte att bl.a. försvåra möjligheterna att vid offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensnedvridande sätt. Härigenom skyddas skattebetalarna på sikt mot onödigt höga kostnader och motverkas korrupcion.

Bestämmelserna i LOU är generellt tillämpligt på alla åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela kontrakt eller ramavtal avseende bl.a. köp av varor.<sup>10</sup>

Vid en varuupphandling under tröskelvärdet föreligger det som regel en obligatorisk skyldighet för den upphandlande myndigheten att upprätta ett skriftligt förfrågningsunderlag samt, enligt 15 kap. 4 § LOU, offentliggöra upphandlingen genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller genom annons i annan form som möjliggör en effektiv konkurrens.

---

<sup>6</sup> Se 2 kap. 21 § LOU.

<sup>7</sup> Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster.

<sup>8</sup> Tröskelvärdet för kommunal upphandling av varor inom den s.k. klassiska sektorn uppgår för närvarande (2016) till 1.919.323 kronor – se regeringens tillkännagivande (2016:14) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>9</sup> De grundläggande principer som åsyftas följer numera av avdelning IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF - tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG.

<sup>10</sup> Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § samt 15 kap. 2 § LOU.

Vid sådan upphandling föreligger dock, enligt 15 kap. 3 § andra stycket jämförd med 4 kap. 5 och 7-8 §§ LOU, undantag från denna skyldighet vid följande förutsättningar för *direktupphandling*.

1. värdet av det som ska upphandlas har ett *lågt värde* motsvarande 534.890 kronor<sup>11</sup> – d.v.s. kontraktsvärdet understiger 28 procent av gällande tröskelvärde – eller om det föreligger *synnerliga skäl*,
2. det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller *inte lämnats några anbud* eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt,
3. det som ska upphandlas kan av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av *ensamrätt* fullgöras av endast en viss leverantör, eller
4. det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men *synnerlig brådska* orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

*Direktupphandling* kan enligt 15 kap. 3 § andra stycket jämförd med 4 kap. 7 § LOU även tillämpas om:

5. det gäller varor som framställs endast för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål, och kontraktet syftar inte till vinst eller till att täcka forsknings- och utvecklingskostnader,<sup>12</sup>
6. det gäller kompletterande leveranser av varor från den ursprungliga leverantören om a) varorna är avsedda som antingen delvis utbyte av eller tillägg till tidigare leveranser, och b) ett byte av leverantör skulle medföra att den upphandlande myndigheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll,<sup>13</sup>
7. det gäller varor som noteras och omsätts på en råvarumarknad, eller
8. det är möjligt att anskaffa varor på särskilt förmånliga villkor genom köp i samband med att en leverantör upphört med sin verksamhet eller är i likvidation, konkurs eller motsvarande obeståndsförfarande.

Enligt 15 kap. 3 a § LOU utgör kontraktsvärdet det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet och upphandlingen får inte delas upp i syfte att kringgå lagens bestämmelser. Vid värdeberäkningen ska därför även beaktas direktupphandlingar av samma slag som har gjorts av den upphandlande myndigheten under räkenskapsåret.<sup>14</sup>

Av lagförarbetena (prop. 2009/10:180, s.293) framgår att den upphandlande myndigheten ska se till att de upphandlingar som görs inom myndigheten inte överskrider direktupphandlingsbeloppen. Bland annat anger regeringen att den upphandlande myndigheten ”*måste ha kontroll över vilka upphandlingar som görs inom myndighetens samtliga avdelningar. Samtliga upp-handlingar av samma slag inom samma upphandlande myndighet bör läggas till grund för beräkningen av kontraktets värde*”.

Den upphandlande myndigheten ska enligt 15 kap. 3 § andra stycket, tredje meningen LOU besluta om riktlinjer för användning av direktupphandling. Av Kommunens motsvarande interna riktlinjer framgår bland annat följande: ”*vid bedömning av lågt värde så ska bedömning av hela kommunens sammanlagda inköp av den aktuella varan eller tjänsten under ett år göras [...] En upphandling får inte delas upp i mindre delar i syfte att komma under direktupphandlingsgränser eller tröskelvärden*”.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> Beloppsgränsen avser upphandling som har påbörjats 2016 och baseras på tröskelvärdet 1.910.323 kronor för den klassiska sektorn, se vidare regeringens tillkännagivande (2016:14) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>12</sup> Undantag enligt punkten 4 gäller under förutsättning att det inte försämrar möjligheten till konkurrens vid en senare kontraktstilldelning som i första hand har ett sådant syfte.

<sup>13</sup> Ett varukontrakt enligt punkten 5 får gälla längre tid än tre år endast om det föreligger särskilda skäl.

<sup>14</sup> Se bl.a. Förvaltningsrätten i Linköpings dom av den 8 januari 2015 i mål 7380-14.

<sup>15</sup> Se punkten 5.1, ”*Direktupphandlingar p.g.a. ’lågt värde’*” i gällande ”*Tillämpningsanvisningar för upphandling i Järfälla kom-mun*”, Antagna som bilaga till Kommunens upphandlingspolicy av kommunfullmäktige den 8 oktober 2012, senast reviderade (version 5.0) den 4 januari 2016.

Om den upphandlande myndigheten har ett sedan tidigare upphandlat ramavtal ska i första hand detta utnyttjas för avrop. Med tilldelning av ett ramavtal följer nämligen en ensamrätt/exklusivitet för den eller de leverantörer vars anbud har valts ut.<sup>16</sup>

Av Kommunens interna riktlinjer framgår bland annat följande ”I första hand ska kommunens ramavtal användas vid inköp. Ramavtal finns tecknade för standardvaror/förbrukningsvaror och vanligt förekommande tjänster” samt att ”Direktupphandling kan göras av enstaka varor och tjänster såvida ramavtal saknas”.<sup>17</sup>

Möjligheten till undantag enligt LOU på grund av *synnerlig brådska* avser extraordinära fall. Bland annat måste omständigheterna kunna härledas till yttre förhållanden, d.v.s. till sådant som ligger utanför det område som den upphandlande myndigheten har kunnat förutse eller påverka. *Egenförvållad brådska* som uppkommit till följd av bristande planering hos den upphandlande myndigheten grundar exempelvis inte möjlighet till undantag. I kravet på oförutsebarhet ligger sålunda att förhållandena närmast ska ha *karaktären av force majeure*.<sup>18</sup> Härutöver måste tidsnöden vara sådan att det har varit omöjligt att hålla fristen för ett annonserat förfarande. Vid upphandling av varor under tröskelvärdet<sup>19</sup> får denna frist bedömas från fall till fall, utifrån vad som framstår som *skälig tid*,<sup>20</sup> varmed normalt anses tillräckligt med omkring tre veckors anbudsfrist.<sup>21</sup>

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta rättspraxis<sup>22</sup> ska möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som inom området för offentlig upphandling ges enligt unionsrätten tolkas restriktivt<sup>23</sup> och det ankommer på den som åberopar ett sådant undantag att bevisa de särskilda omständigheter som motiverar undantaget.<sup>24</sup>

När det gäller otillåten direkttilldelning har bland annat EU-domstolen uttalat att detta utgör den ”*allvarligaste överträdelsen av unionslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande myndighet kan begå*”.<sup>25</sup>

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU kan en skadelidande leverantör ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att upphandlingen ska rättas eller att den ska göras om.<sup>26</sup>

I fall där avtal redan uppkommit kan rätten, jml. 16 kap. 13 § LOU,<sup>27</sup> besluta att avtalet är *ogiltigt*, om det har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga.<sup>28</sup> Det är i sådant fall fråga om ursprungso giltighet (*ex tunc*).

<sup>16</sup> Se bland annat EU-domstolens dom i *Dr. Falk Pharmacia* (C-410/14) EU:C:2016:399, pp. 36-37.

<sup>17</sup> Se punkten 2, ”*Ramavtal och uppföljning*” och 5.1 i Kommunens ovan, i **footnot 15**, angivna tillämpningsanvisningar.

<sup>18</sup> Se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål nr. 3209-14.

<sup>19</sup> Vid upphandling över tröskelvärdet uppgår motsvarande frist för en öppen annonserad upphandling, jml. 8 kap. 2 § jämförd med 5-6 §§ LOU, till som lägst 40 dagar.

<sup>20</sup> Se 15 kap. 9 § LOU. Fristen för vad som ska anses utgöra *skälig tid* ska bedömas med utgångspunkt i upphandlingens art, storlek och karaktär samt med iakttagande av de grundläggande principerna om bl.a. likabehandling och ickediskriminering. I praxis har frister på mellan två och fyra veckor ansett utgöra skälig tid – se prop. 2009/10:180 I, s. 347 och prop. 2006/07:128 I, s. 432, se även prop. 2001/02:142 s.99 och prop. 1999/2000:128 s. 25 ff. och 39.

<sup>21</sup> Se bl.a. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) Årssammanställning för 1996, avsnitt 14.2, s. 39 samt ärendebedömningar i fråga om Stiftelsen Baldersnäs (dnr. 1998/0166-26) och Göteborgs stad (dnr 1998/0160-26); se vidare RÅ 1999 not. 1 samt Länsrätten i Stockholms läns dom i mål nr. 4546-94 samt Länsrätten i Västernorrlands läns dom i mål nr. 99-04.

<sup>22</sup> Från senare rättspraxis se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23.

<sup>23</sup> Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden i *kommissionen mot Spanien* (C-71/92) EU:C:1993:890, *Kommissionen mot Spanien II* (C-328/92) EU:C:1994:178 och *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) EU:C:1995:150.

<sup>24</sup> Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens avgöranden i *Kommissionen mot Italien* (C-199/85), *Kommissionen mot Spanien II* (C-328/92) EU:C:1994:178 och *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) EU:C:1995:150. Från senare praxis, se även domstolens avgöranden i de förenade målen *Bockhorn-Braunschweig* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220 och *Stadt Halle* (C-26/03) EU:C:2005:5, p. 46.

<sup>25</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom i *Stadt Halle* (C-26/03) EU:C:2005:5, p 37, i framförallt engelsk eller tysk språkversion; se även skäl 13 till Europaparlamentets och Rådets direktiv (2007/66/EG) av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

<sup>26</sup> Se 16 kap. 4-6 § LOU.

Av lagförarbetena framgår i detta avseende bland annat följande.<sup>29</sup>

*”Om avtalet förklaras ogiltigt innebär det att det är civilrättsligt ogiltigt och inte kan göras gällande. Skyldigheten att fullgöra avtalet bortfaller alltså för båda parter. Har förpliktelserna i avtalet helt eller delvis uppfyllts är huvudregeln att prestationerna ska återgå. Om en återgång av prestationerna inte är möjlig är utgångspunkten att det förmögenhetsläge som gällde innan det ogiltiga avtalet slöts ska återställas. Om exempelvis varor som levererats redan förbrukats eller tjänster redan utförts kan parterna få utge ersättning för den nytta de haft av varandras prestationer.”*

Den upphandlande myndigheten kan också bli skadeståndsskyldig gentemot en leverantör som fått sitt avtal ogiltigförklarat.<sup>30</sup> Utgångspunkten är enligt lagförarbetena att skadeståndersättning som regel bör utgå med ett uppskattat skäligt belopp, med hänsyn till bl.a. överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikterna till vinst. En skälighets-bedömning ska även göras där bland annat frågan om leverantören varit i god eller ond tro i förhållande till myndighetens regelöverträdelse ska kunna beaktas.<sup>31</sup>

Konkurrensverket kan även begära att en upphandlande myndighet som har slutit avtal på sätt som strider mot annonseringsbestämmelserna i LOU ska betala en särskild *upphandlingsskadeavgift*. En sådan straffavgift beslutas ytterst av allmän förvaltningsdomstol och ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor.<sup>32</sup> Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktsvärdet. I rättspraxis har upphandlingsskadeavgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet<sup>33</sup> men en individuell bedömning ska alltid ske med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.<sup>34</sup>

### Yttrande

Kommunen har i yttrande över en preliminär bedömning i ärendet angivit att Kommunen kommer att agera utifrån förvaltningsrättens dom. Kommunen får dock konstatera att Konkurrenskommissionens utredning är behäftad med allvarliga sakfel. Projektörerna som ingår i ramavtalet är projektörer som ska installeras mot de interaktiva skrivtavlor. En *interaktiv projektor* kan däremot inte installeras mot en interaktiv skrivtavla. I det förfrågningsunderlag som låg till grund för upphandlingen har kommunen inte ställt några krav på *interaktiva projektorer* varför de inte kan ingå i avtalet. Om Kommunen skulle ha köpt interaktiva projektorer från avtalet, skulle därmed en konkurrensproblematik ha uppstått i förhållande till övriga marknaden

### 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.

---

27 Rätten kan jml. 16 kap. 16 § LOU även förordna att ett avtal inte får fullgöras till dess att något annat har bestämts (interimistiskt förbud) men får enligt 16 kap. 16 § andra stycket LOU avstå från ett sådant interimistiskt förbud om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

28 Rätten får emellertid, enligt 16 kap. 14 § LOU, besluta att avtalet trots allt får bestå om det skulle föreligga någon tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bevisbördan för sådant undantag åvilar den upphandlande myndigheten.

29 Se prop. 2009/10:180 s. 361 (nederst).

30 Se 16 kap. 20 § LOU, enligt vilken en upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i LOU ska ersätta därigenom uppkommen skada för en leverantör.

31 Se prop. 2009/10:180 s. 226 (mitten).

32 Se Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 10 december 2015 i mål nr. 13345-15.

33 Se bl.a. Kammarrätten i Stockholm mål nr 5426-12, 5427-12 respektive 5452-12, Kammarrätten i Göteborg mål nr 7009-12, Kammarrätten i Stockholm mål nr 1305-12, Förvaltningsrätten i Linköping mål nr 1785-13, Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 1271-12, 1273-12 och 1281-12, Förvaltningsrätten i Växjö mål nr 286-12, Förvaltningsrätten i Luleå mål nr 2166-11, Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 13115-12, Förvaltningsrätten i Falun mål nr 2643-12, Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 2916-13, 22373-12, 2922-13 och 2987-13.

34 Se HFD 2015 ref. 69.

Kommunen är såsom upphandlande myndighet skyldig att iakttä bestämmelserna i LOU. Såvitt framgår av utredningen har Kommunen ett befintligt ramavtal med Leverantör X som avser *interaktiva skrivtavlor och projektorer*. Ramavtalet upphandlades 2014 i syfte att erhålla ”*bättre villkor vid köp av tavlor och projektorer, installation, tillbehör, service, reparation samt utbildning*” och har i ett fall tidigare utnyttjats av Kommunen för avrop av just sådana *interaktiva projektorer* som Kommunen nu påstår inte skulle vara möjligt utan risk för uppkommande konkurrensproblematik. Den ensamrätt som därmed kan följa av ramavtalet gör att det behov som uppstått inom Kommunen i första hand borde ha kunnat tillgodoses genom avrop från Leverantör X.

Några synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska, för att direktupphandla aktuella projektorer, föreligger inte eftersom det aktuella behovet har kunnat förutses. Behovet borde även rimligen kunnat tillgodoses genom avrop på befintligt ramavtal istället för direktupphandling.

De nu aktuella direktupphandlingarna har vidare genomförts med tio dagars mellanrum och har ett sådant samband beträffande sitt innehåll att de måste anses vara av samma slag. Eftersom upphandlingarna genomförts under samma räkenskapsår ska deras värde räknas samman. Det sålunda uppkommande sammanlagda värdet, 956.600 kronor, överstiger den gräns på 534.890 kronor då direktupphandling är tillåten. Det har därmed inte heller förelegat grund för direktupphandling på grund av lågt värde.

Något annat undantag från skyldigheten till annonserad upphandling enligt punkterna 2, 3 eller 5-8 (ovan) kan heller inte göras tillämpligt i det aktuella fallet. Det finns därför anledning att rikta kritik mot Kommunen för den överträdelse av LOU och unionsrättens grundläggande principer om likabehandling och öppenhet (transparens) som de otillåtna förfarandena innebär.

De således direktupphandlade avtalen med Leverantörerna A och B har numera förklarats retroaktivt ogiltiga av domstol (*ex tunc*). Detta medför att Kommunen har att lämna tillbaka projektorerna samt rikta återkrav på hittills utbetalad ersättning mot Leverantörerna A och B. Dessa kan istället kompenseras genom skadestånd till följd av den eventuella skada som uppkommit på grund av Kommunens regelöverträdelse (upphandlingsskadestånd). Kommunen riskerar även att få betala skadestånd till Leverantör X för överträdelse av ramavtalet (skadestånd på grund av avtalsbrott). Uppkommande skadestandsfrågor prövas i sådant fall av allmän domstol. Slutligen kan Kommunen få betala upphandlingsskadeavgift på c:a 65.000 kronor om Konkurrensverket väljer att ingripa mot förfarandet.