

PM 2 2017-06-15 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direkttilldelning (tekniska skäl – ensamrätt).

Ett universitet avser att, under föregivande av tekniska skäl, köpa konsulttjänster för i vart fall 1,2 miljoner direkt från ett lokalt företag, utan föregående annonserad anbudsinfordran.

Göteborgs universitet (nedan Universitetet)¹ har givit tillkänna sin avsikt att sluta avtal direkt med ett lokalt företag, BSS BuildingSolutionServices AB (nedan BSS),² utan föregående annonserad anbudsinfordran. Avsikten är köp av konsulttjänster för en kvalitativ analys över lokalanvändningen vid Universitetet, innefattande huvudsakligen en ”kvalitativ analys över utbildningsvetenskapliga fakultetens lokaler. Efterfrågat uppdrag syftar till att analysera lokalplanering och lokalanvändning utifrån ett ekonomiskt, socialt, miljö och verksamhetsmässigt perspektiv” (referensnummer: EUI 17 027).

Någon annonserad anbudsinfordran har inte förekommit. Universitetet har däremot genom en annons om s.k. frivillig förhandsinsyn – som skickades den 27 april 2017 till EU-kommissionen för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED – annonserat sin avsikt att teckna avtal direkt med BSS inom ramen för ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande (direktupphandling).³ Till grund för det valda förfarandet påstår Universitetet att tjänsterna endast kan tillhandahållas/utföras av en viss anbudsgivare, beroende på att konkurrens saknas av tekniska skäl. Härtill anges i annonsen följande förklaring.

”Utbildningsvetenskapliga fakulteten vid [Universitetet] hyr lokaler i en fastighet som inom universitetet benämns Pedagen. På grund av den kraftiga förtätning som skett de senaste 2 åren, med ökning av såväl anställda som studenter, finns ett behov hos fakulteten att göra en kvalitativ analys över hur befintliga lokaler kan nyttjas på ett mer effektivt och hållbart sätt – där ekonomiska, verksamhets-, miljö- och arbetsmiljömässiga faktorer beaktas. Syftet med analysen är att verka som en del i beslutsunderlaget vid lokalplaneringen. Enligt [Universitetet] finns för närvarande endast ett företag på marknaden som kan erbjuda sådan kvalitativ analys som fakulteten har behov av – Business solution services BSS AB (BSS). BSS affärsmodell är unik på marknaden då metoden för analys och planering av lokaler grundas på forskning som bedrivs vid Chalmers (SSO modellen för smarta och hållbara kontor) i kombination med att modellens kvalitativa analys bl.a. fastställer ett s.k. kontors-DNA utifrån lokalanvändarnas beteendemönster. SSO innefattar alla 3 hållbarhetsdimensioner – ekonomi, miljö och socialt, med syfte att stödja hållbara designlösningar (eko-vänliga kontor) och erbjuda högre prestation än traditionella kontor. SSO strategin baseras på världens största databas över inomhusmiljöer, innehållandes detaljuppgifter (1.000.000 mätpunkter) från olika kontorsbyggnader samt uppgifter från över 6.000 medarbetare enkätresultat med återkoppling på den upplevda arbetsmiljön samt dess funktionella och designkvaliteter. BSS affärsmodell sätter användaren i centrum med hjälp av flera olika kvalitativa metoder som analyserar kombinationen av mänskliga faktorer, byggnadsteknologi, inredningsdesign och utveckling av kontor och tar på så vis fram skräddarsydda lösningar (Kontors-DNA) för respektive organisations lokalanvändningsbehov. Med hänsyn till ovan nämnda tekniska skäl saknas det konkurrens på marknaden för dessa tjänster”.⁴

Upphandlingens s.k. kontraktswärde kan med ledning av vad som anges i annonsen uppskattas till i vart fall 1,2 miljoner kronor, exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).⁵

¹ Göteborgs universitet är en central statlig myndighet enligt bilagan 1 till LOU-direktivet (2014/24/EU).

² BSS BuildingSolutionServices AB, med organisationsnummer 556988-1963, bildades den 5 september 2014 och registrerades av Bolagsverket den 29 oktober samma år. Nuvarande firma och bolagsordning registrerades samtidigt. Bolaget har enligt bolagsordningen till föremål för sin verksamhet att fokusera på ”... konsulttjänster, forskning och utveckling inom området bygg- och vägbyggen teknik. Detta står för utveckling av mjukvara, metoder som syftar på hållbarhet och lösningar med låga koldioxidutsläpp och därmed förenlig verksamhet”. Bolaget har under 2014 och 2015 inte något redovisat omsättning eller anställd personal. Bolaget är inte registrerat som arbetsgivare.

³ Annsen i EUT, ”Sverige-Göteborg: Arkitekt-, bygg-, ingenjör- och besiktningstjänster 2017/S 083-161590, Meddelande om frivillig förhandsinsyn, Tjänster”, publicerad den 28 april 2017 - 161590-2017- SV.

⁴ Se punkten IV.1.1 i ovan angivna annons.

⁵ Se punkten II.1.7 i ovan angivna annons.

Gällande rätt

Med offentlig upphandling avses förfarandet fram till och med tilldelningen av bl.a. ett *offentligt tjänstekontrakt* 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 av offentliga tjänstekontrakt som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU. Lagen, som ersätter tidigare motsvarande bestämmelser i äldre lagstiftning,⁶ 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 (FEU-fördraget) samt det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU).⁷

Statliga myndigheter utgör enligt legaldefinitionen i 1 kap. 22 § LOU sådana s.k. *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iaktta lagens bestämmelser. Företag som tillhandahåller aktuella tjänster utgör enligt samma kapitel 16 § *leverantörer* som ska ges möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan om att lämna anbud. Konkurrentverket är tillsynsmyndighet för upphandling enligt LOU.⁸

Arkitekt-, bygg-, ingenjör- och besiktnings-tjänster (CPV 71000000) innefattande arkitekt-tjänster (CPV 71200000), ingenjörstjänster (CPV 71300000), kontorshjälp (CPV 79500000) samt under-söknings- och säkerhetstjänster (CPV 79700000)⁹ ska som huvudregel upphandlas enligt de direktivstyrda bestämmelserna LOU. Om kontraktsvärdet understiger gällande tröskelvärde, för närvarande 1.233.941 kronor,¹⁰ får upphandlingen dock genomföras enligt de icke direktivstyrda bestämmelserna i 19 kap. LOU. Upphandling enligt detta kapitel ska som regel utlysas i ett annonserat förfarande genom antingen *förenklad upphandling* eller *urvalsupphandling*. Däremot tillåts *direktupphandling*, där den upphandlande myndigheten utan föregående annonsering får vända sig direkt till vissa leverantörer, endast undantagsvis vid vissa i lagen särskilt angivna förutsättningar (se vidare nedan).

Syftet med reglerna om offentlig upphandling är bland annat att säkerställa att den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. Det har därför i 4 kap. 1 § LOU införts ett antal unionsrättsligt grundade principer som oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid offentlig upphandling. Däribland principerna om *likabehandling och icke-diskriminering* samt *öppenhet (transparens)*.¹¹

Av dessa principer följer att alla leverantörer ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn, att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud utifrån samma villkor. Vissa leverantörer eller grupper av leverantörer får inte ensidigt gynnas, utan samtliga på marknaden verksamma leverantörer ska på lika villkor ges samma relevanta information vid samma tillfälle.¹²

⁶ Se lagarna (1992:1528) respektive (2007:1091) om offentlig upphandling.

⁷ Se EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU, av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

⁸ Se 22 kap. 1 § LOU jämförd med 1 § förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrentverket.

⁹ CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska Unionen (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster. – se 4 kap. 19 § LOU samt Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), numera i delvis ändrad lydelse sedan 2008.

¹⁰ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 5 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Gällande tröskelvärde för centrala upphandlande myndigheters upphandling av varor och tjänster inom den s.k. klassiska sektorn uppgår 2017 till 1.233.941 kronor - se regeringens tillkännagivande (2017:223) om tröskelvärden vid offentlig upphandling samt Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden.

¹¹ De grundläggande principer som här åsyftas följer numera av avdelning IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF - tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG. Angående de grundläggande 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 (s. 972 f.).

¹² Se EU-domstolens dom i *Succhi di Frutta* (C-496/99), EU:C:2004:236, pp. 108–111 och *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 *Connexion Taxi* (C-171/15) EU:C:2016:948, pp. 39 och 40.

Enligt vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalat utgör det en av regelverkets viktigaste funktioner att säkerställa att leverantörerna får lika förutsättningar att kunna lämna bärkraftiga anbud.

För att vissa leverantörer inte ska gynnas eller missgynnas får, enligt 19 kap. 2 § jämförd med 9 kap. 6 § första stycket LOU, de tekniska specifikationerna för en upphandling 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 inte annars är möjligt att på ett tillräckligt tydligt sätt beskriva det som ska anskaffas. Hänvisningen ska i sådant fall dock alltid följas av orden ”eller likvärdigt”.

Länsrätten i Hallands län har i ett avgörande från 2007¹³ prövat ett obligatoriskt krav där den upphandlande myndigheten beskrivit föremålet för upphandling så detaljrikt att endast ett visst (patentskyddat) fabrikat kunde komma ifråga. Rätten fann vid sin bedömning att detta stred mot (den då gällande motsvarigheten till) 6 kap. 14 § LOU och att några godtagbara skäl till en sådan ingående kravspecifiering inte visats i målet. Eftersom det i förfrågningsunderlaget saknades uppgift om att även likvärdiga produkter kunde komma ifråga ansågs upphandlingen strida mot principen om likabehandling.

Lagens förfarandebestämmelser behöver dock, enligt 3 kap. 10 § LOU, inte tillämpas på tjänstekontrakt som tilldelas en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. *rättsligt monopol*) att utföra tjänsten. Vidare får, enligt 19 kap. 7 § tredje stycket jämförd med 6 kap. 14 § första stycket 2 och 3 LOU, *direktupphandling* tillämpas utan föregående annonsering om det som ska upphandlas endast kan tillhandahållas av en viss leverantör, eftersom det av tekniska skäl eller ensamrätt inte finns någon konkurrens. Ett sådant förfarande får dock användas endast om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.¹⁴

Av EU-domstolens praxis¹⁵ framgår att för undantag på grund av *tekniska skäl* måste två kumulativa villkor visas samtidigt vara uppfyllda, nämligen (1) att de arbeten som är föremål för upphandling är av teknisk karaktär och (2) att det därför är absolut nödvändigt att tilldela ett visst företag kontraktet. Även om det skulle anses finnas tekniska skäl åligger det vidare den upphandlande myndigheten att visa att det endast är det företag som tilldelats kontraktet som kan utföra tjänsten eller arbetena eller leverera varorna.

Kammarrätten i Stockholm har i ett avgörande från 2013¹⁶ prövat en statlig myndighets beslut att – inom ramen för ett annonserat meddelande om frivillig förhandsinsyn – direkttilldela ett avtal om köp av bogserfordon. Det direkttilldelade avtalet uppgavs gälla kompletterande leveranser enligt tidigare avtal. Myndigheten åberopade även undantag på grund av tekniska skäl i enlighet med den då gällande motsvarigheten till 6 kap. 14 § LOU, eftersom säkerheten annars skulle kunna äventyras vid hanteringen av fordon med olika fabrikat och därmed uppkommande risk för sak- och personskador i verksamheten. Kammarrätten fann dock att det inte visats att den utvalda leverantören var den enda som kunde tillhandahålla efterfrågade fordon och att någon absolut nödvändighet att tilldela kontraktet till ett visst företag därmed inte förelåg. Den upphandlande myndigheten bedömdes ha brutit mot upphandlingsbestämmelserna och dömdes att betala en upphandlingsskadeavgift motsvarande c:a 7,5 procent av det fulla kontraktsvärdet.

Den omständigheten att den upphandlande myndigheten tror sig veta att enbart viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för aktuell leverans (s.k. *faktisk ensamsituation*) medför vidare inte skäl för undantag på grund av tekniska skäl eller ensamrätt enligt LOU.

EU-domstolen har i ett avgörande¹⁷ prövat två upphandlingar om omhändertagande av avloppsvatten respektive

¹³ Se Länsrätten i Hallands dom av den 12 mars 2007 i mål 304-07 (*Kiddes*). Se även Konkurrenskommissionens utredning KKO 07-010.

¹⁴ Bestämmelsen motsvaras av art. 32.2.b (iii) LOU-direktivet, innebärande att ”*de undantag som angivits* [i fråga om bl.a. tekniska skäl] *ska endast gälla när inget rimligt alternativ eller substitut finns och om avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstgjord begränsning av upphandlingsparametrarna*”.

¹⁵ Se EU-domstolens avgöranden i *kommissionen mot Grekland* (C-394/02) EU:C:2005:336, p. 34 och i *kommissionen mot Italien* (C-57/94) EU:C:1995:150, pp. 23-25.

¹⁶ Se Kammarrätten i Stockholms dom av den 11 april 2013 i mål nr. 5426-12.

¹⁷ Se EU-domstolens dom i de förenade målen *kommissionen mot Tyskland* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220, pp. 57, 62-66 och 68.

bortskaffande av restavfall genom värmebehandling, där de berörda kommunerna Bockhorn och Braunschweig åberopade tekniska skäl för att inte inhämta anbud i konkurrens på den allmänna marknaden. EU-domstolen fann att detta inte kunde godkännas och uttalade att *ett förfarande som används på grund av att det föreligger ett tekniskt skäl ska vara förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen* (p. 62), samt att *risken för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte ska ske i konkurrens* (p. 63). Domstolen angav att valet av viss angiven teknisk process inte i sig kan anses utgöra tekniskt skäl som skulle kunna motivera undantag, om detta inte kan visas (p. 64). Domstolen fann vidare att åberopade miljöhänsyn till följd av korta transportavstånd inte ensamt kunde medföra tekniska skäl (pp. 65-66). Den omständigheten att Förbundsrepubliken Tyskland hänvisat till att den valda leverantören rent faktiskt var det enda företag som i praktiken kunde tilldelas kontraktet och att en ny upphandling inte skulle ändra detta förhållande medförde heller inte någon annan bedömning av domstolen (p. 57), som fällde Tyskland för fördragsbrott (p. 68).

Det räcker således inte med att den upphandlande myndigheten kan visa att den önskat köpa just en viss definierad tjänst, som i sig omfattas tekniska skäl eller ensamrätt, utan för att undantaget ska kunna göras tillämpligt måste det röra sig om ett behov för vilket det i princip inte finns något alternativt utbud eller konkurrens på marknaden.¹⁸ Myndigheten måste sålunda kunna visa att det inte är möjligt för någon annan leverantör att på ett likvärdigt, objektivet godtagbart sätt komma i fråga för att lämna anbud på det aktuella avtalet.¹⁹ Från svensk nationell praxis kan i fråga om ensamrättsundantaget nämnas bl.a. följande avgöranden.

Högsta förvaltningsdomstolen (Regeringsrätten) har i RÅ 2005 ref. 10 (*Ryanair*)²⁰ bedömt lagligheten av en direkttilldelning av ett avtal för marknadsföringstjänster. Den upphandlande myndigheten, som var en kommun, hade bl.a. åberopat undantag för den ”*ensamrättsliknande situation*” som bestod i att den kontrakterade leverantören ensam trafikerade den lokala flygplatsen, och att därigenom ingen annan kunde komma ifråga för att leverera just sådana tjänster i form av reklam och information till flygresenärer som kommunen avsåg köpa. Högsta förvaltningsdomstolen påpekade dock att bestämmelsen om ensamrätt utgör ett undantag från lagens huvudregel med krav på annonserat förfarande och att möjligheten till undantag ska tillämpas restriktivt. Av underinstansernas bedömning, som Högsta förvaltningsdomstolen hänvisar till i sina domskäl, framgår vidare att det anlitade flygbolaget inte kunde anses ha någon ensamrätt i rättslig mening och att det i målet inte visats att det inte fanns någon annan leverantör som kunde tillhandahålla reklamtjänster för marknadsföring av kommunen. Det ansågs därför inte möjligt att direkttilldela kontraktet på grund av ensamrätt.

Kammarrätten i Stockholm har i ett avgörande från 2005²¹ funnit att en ”*de facto-monopolsituation*” på marknaden för TV-distributionstjänster i det marksända nätet inte i sig inneburit en sådan ensamrätt som medför undantag för direkttilldelning. Vidare ansågs det inte visat i målet att det inte fanns någon annan än den tillfrågade leverantören som hade kunnat tillhandahålla dylika nättjänster. I ett annat avgörande från 2013²² har samma kammarrätt funnit att den omständigheten att det mellan parterna fanns ett bakomliggande *koncessionsavtal* avseende anslutning och leverans av fjärrvärme inte i sig innebar någon sådan ensamrätt som medförde undantag för direkttilldelning.

Kammarrätten i Göteborg har i ett avgörande från 2016²³ funnit att landsting som ville uppdatera ett för specialistvården ursprungligen upphandlat journalsystem, för att användas även inom öppenvården, inte kunde åberopa tekniska skäl för direkttilldelning enligt den då gällande motsvarigheten till 6 kap. 14 § LOU. Eftersom syftet med upphandlingen var att anskaffa ett journalsystem bedömde kammarrätten att även andra leverantörer hade varit tänkbara för anbudsgivning. Förfarandet ansågs därmed strida mot kravet att leverantörer ska behandlas på ett likvärdigt sätt.

Konkurrensverket har i ett tillsynsärende från 2009²⁴ utrett en direkttilldelat avtal om köp av en lastbilssimulator till en kommunal trafikskola. Verket bedömde att den åberopade *varulicens* som den kontrakterade leverantören hade för

¹⁸ Se bl.a. prop.1992/93:88, s. 77.

¹⁹ Se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-199/85) EU:C:1987:115 och i *kommissionen mot Spanien* (C- 328/92), EU:C:1994:178, pp. 17-19; se även, *kommissionen mot Belgien* (C- 252/01) EU:C:2003:547. Avseende svensk nationell praxis se RÅ 2005 ref. 10 (*Ryanair*) samt Rosén-Andersson m.fl. *Lagen om offentlig upphandling - en kommentar*, Norstedts Gula bibliotek (upplaga 1:1 – 2013), s 226 f.

²⁰ Högsta förvaltningsdomstolens dom av den 21 mars 2005 i mål 8466-03 (*Rynair*), även refererat i RÅ 2005 ref. 10. Se även Konkurrenskommissionens utredning KKO 03-010--011.

²¹ Kammarrätten i Stockholms dom av den 21 februari 2005 i mål 2588-04 (*Teracom*).

²² Kammarrätten i Stockholms dom av den 17 april 2013 i mål 1446-13 (*E.ON*), se även Förvaltningsrätten i Stockholms bakomliggande dom av den 13 februari 2013 i mål 25212-12.

²³ Kammarrätten i Göteborgs dom av den 16 september 2016 i mål 2545-16 (*Region Skåne*).

²⁴ Konkurrensverkets beslut av den 6 oktober 2009 i ärende nr. 613/2008 (*Nybrobrunn*), s. 8.

den efterfrågade produkten inte gick att jämföra med en sådan ensamrätt som avses enligt den då gällande motsvarigheten till 6 kap. 14 § LOU samt att det inte heller i övrigt varit omöjligt för den upphandlande myndigheten att i ett annoserat upphandlingsförfarande uppställa sådana krav som svarar mot det aktuella behovet. Verket fann det därigenom inte visat att enbart den kontrakterade leverantören var i stånd att leverera aktuell lastbilssimulator. I avgörandet påpekas även att ett offentligt förfarande hade gjort det möjligt för andra leverantörer som agerar på marknaden att kunna anpassa sina produkter för att svara mot myndighetens behov.

Konkurrensverket har vidare, i ett tillsynsärende från 2015,²⁵ utrett ett direkttilldelat avtal om köp av utbildningsrelaterade tjänster enligt viss pedagogisk metod som omfattas licensierad ensamrätt. Den upphandlande myndigheten, som var en kommun, gjorde gällande att icke licensierade leverantörer skulle sakna tillgång till erforderliga pedagogiska verktyg för att på ett tillfredsställande sätt kunna utföra tjänsten enligt kommunens önskemål. Verket bedömde att det inte gick tillämpa undantaget för ensamrätt enligt då gällande motsvarighet till 6 kap. 14 § LOU. Till stöd härför hänvisade verket bland annat till att Högsta förvaltningsdomstolen i HFD 2010 ref. 78 fastslagit att det för upphandling aktuella behovet inte får definieras på ett sätt som är diskriminerande. Friheten för en myndighet att bestämma föremålet för upphandlingen begränsar sig således till de ramar som ges av de allmänna principerna. En upphandlings konstruktion får exempelvis inte utgöra ett konstlat upplägg i syfte att kringgå upphandlingsbestämmelserna. Även om den upphandlande myndigheten önskar köpa en viss produkt ska den, enligt verket, ange och efterfråga sitt behov i ett förfarande enligt vid varje tidpunkt gällande upphandlingsbestämmelser och de grundläggande principerna. Myndigheten bör även i sin behovsbeskrivning ta höjd för alternativa lösningar.

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis²⁶ ska möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i FEU-fördraget inom området för offentlig upphandling tolkas restriktivt²⁷ och det ankommer på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantag faktiskt föreligger.²⁸ Den upphandlande myndigheten måste exempelvis kunna visa att de skäl som angivits för att motivera undantag för tekniska skäl eller ensamrätt också har gjort det absolut nödvändigt att kontraktet tilldelas den kontrakterade leverantören.²⁹

Vid upphandling av tjänster under tröskelvärde föreligger det som huvudregel en obligatorisk skyldighet för den upphandlande myndigheten att upprätta ett skriftligt förfrågningsunderlag och offentliggöra upphandlingen genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller annons i annan form som möjliggör en effektiv konkurrens.³⁰

Utöver ovan redovisade undantagsförutsättningar föreligger det, enligt 19 kap. 7 § tredje stycket jämförd med 6 kap. 12-16, 18 och 19 §§ LOU, även undantag från obligatorisk annonseringsskyldighet om något av följande förutsättningar är uppfyllda.

- värdet av det som ska upphandlas har *lågt värde* – d.v.s. maximalt 534.890 kronor, motsvarande 28 procent av gällande tröskelvärde³¹ - eller om det föreligger *synnerliga skäl*,³²
- det föreligger synnerliga skäl såsom *synnerlig brådska* beroende på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutsägas av upphandlande myndigheten,

²⁵ Konkurrensverkets beslut av den 21 maj 2015 i ärende nr. 693/2014 (*Flens kommun*) se även Konkurrenskommissionens utredning KKO 14-019.

²⁶ Från senare rättspraxis se EU-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i målet C- 157/06, *kommissionen mot Italien*, REU 2008 s. I-7313, p. 23.

²⁷ Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden av den 17 november 1993 i mål C-71/92, *kommissionen mot Spanien*, REU 1993, s. I-5923, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REU 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REU 1995, s. I-1249.

²⁸ Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens dom av den 10 mars 1987 i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, REU 1987, s. 1039, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REU 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REU 1995, s. I-1249. Från senare års praxis, se också domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *Kommissionen mot Tyskland*, REU 2003 s. I- 3609, p. 58, samt av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REU 2005, s. I-1, p. 46.

²⁹ EU-domstolens dom i det ovan angivna målet *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) p. 24.

³⁰ Se 19 kap. 9 § LOU.

³¹ Det aktuella tröskelvärdet uppgår sedan den 1 januari 2016 till 1.910.323 kronor - se regeringens tillkännagivanden (2016:14) och (2017:223) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

³² Möjligheten till undantag vid *lågt värde* eller vid *synnerliga skäl* kan i fråga om varukontrakt endast tillämpas vid upphandling under tröskelvärdet, som genomförs enligt de nationella bestämmelserna i 19 kap. LOU.

- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några lämpliga anbud,
- det har vid en annonserad upphandling enbart lämnats ogiltiga eller oacceptabla anbud,
- syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller konstnärlig prestation
- upphandlingen gäller vissa nödvändiga och brådskande kompletterande tjänster, eller
- upphandlingen gäller 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.
- det är fråga om en tjänst som följer på en projekttävling.

Undantaget från annonseringskravet på grund av *synnerlig brådska* avser extraordinära situationer. För att undantag överhuvudtaget ska kunna komma ifråga måste anskaffningen framstå som absolut nödvändig. Enligt praxis krävs att det rör sig om en brådskande anskaffning av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art.³³ Det ska även framstå som uppenbart att kontrakt omedelbart måste komma till stånd för att det inte annars ska uppstå mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa.³⁴

Det som kan rättfärdiga undantaget måste vidare bero på yttre förhållanden, dvs. omständigheter som ligger utanför det område som den upphandlande myndigheten har kunnat förutse eller påverka. *Egenförvällad brådska* hos den upphandlande myndigheten, till följd av exempelvis bristande planering, grundar inte möjlighet till undantag, utan i kravet på oförutsebarhet ligger att förhållandena närmast ska ha *karaktären av force majeure*.³⁵

Enligt den ovan redovisade *försiktighetsprincipen*²⁶ ska även dessa undantagsmöjligheter tolkas restriktivt²⁷ och det ankommer på den upphandlande myndigheten att bevisa att sådana särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.²⁸⁻²⁹

En upphandling som annonserats genom frivillig förhandsinsyn kan endast angripas genom ordinarie rättsmedel (rättelse/omgörelse eller ogiltighet av avtal) om ansökan ges in inom tio dagar från annonsen.³⁶ Allmän förvaltningsdomstol kan dock senare, på talan av Konkurrensverket, besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av den upphandlande myndighet som utan iakttagande av föreskrifterna om annonserad anbudsinfordran har slutit avtal direkt med viss leverantör. En sådan straffavgift ska enligt 17 kap. 4 § LOU beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor, dock inte mer än tio procent av det aktuella kontraktsvärdet. I rättspraxis har avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet.³⁷

Yttrande

Universitetet har i yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande. Behovet av aktuell analystjänst ingår i ett stort lokalplaneringsarbete som hanterar många frågor. Efter att förhandsinsyn-annonseringen genomfördes har vissa frågor varit uppe för fortsatt diskussion. Beroende på utfallet av de lokalfrågor som fortfarande diskuteras, är det oklart om aktuell tjänst behövs och i så fall om behovet avser denna tjänst eller om behovet innefattar även andra tjänster. Något avtal har därför inte ingåtts med aktuellt bolag och kommer inte att ingås före behovet kan fastställas slutligt. Eftersom behovet måste utredas ytterligare kommer Universitetet att avbryta upphandlingsärendet, varför också kontraktstilldelningen upphävs. Universitetet har tagit till sig Konkurrenskommissionens synpunkter inför framtida

³³ Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i mål nr 7469--7472-11.

³⁴ I rättspraxis har exempelvis uteblivna livsmedelsleveranser till skolor, förskolor och servicehus ansetts vara av brådskande natur - se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 29 februari 2012 i mål nr. 1446--1452-12. I lagförarbetena anges även 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.

³⁵ Se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

³⁶ Se 20 kap. 3 § och 15 § första stycket 3 LOU.

³⁷ 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.

annonseringar, även om Universitetet inte anser att något rättsligt fel föreligger i ärendet, i vart fall inte förrän sakfrågan avgjorts av allmän förvaltningsdomstol.³⁸

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.

Universitetet är en central upphandlande myndighet vars anskaffningar omfattas av regelverket i LOU. Enligt en annons om s.k. frivillig förhandsinsyn avser Universitetet att sluta avtal direkt med BSS om köp av arkitekt- eller ingenjörstjänster för uppskattningsvis 1,2 miljoner kronor.

Direktupphandling är ett i LOU förekommande undantagsförfarande som enligt den s.k. försiktighetsprincipen ska tillämpas restriktivt. Enligt praxis räcker det inte med att Universitetet visar att det verkligen föreligger tekniska skäl eller ensamrätt som kan grunda undantag, utan myndigheten måste även visa att det inte går att tillgodose det uppkomna behovet på något annat sätt än genom ett direktupphandlat avtal med BSS.

Den omständigheten att BSS affärsmodell uppges vara unik och passa sig väl för Universitetets efterfrågade behov medför inte i sig något tekniskt skäl eller ensamrätt som kan ligga till grund för undantag. Eftersom de aktuella tjänsterna heller inte kan sägas vara av särskilt teknisk karaktär kan det sättas i fråga om det överhuvudtaget föreligger några *tekniska skäl*. Det kan vidare knappast anses föreligga någon ensamrätt för BSS att tillhandahålla Universitetet med aktuella tjänster.

Det som Universitetet uppgivit i annonsen om förhandsinsyn medför inte att det skulle vara absolut nödvändigt att tilldela kontraktet till just BSS. Det som skapat avsaknad av konkurrens har istället sin huvudsakliga grund i att Universitetet utformat behovsbeskrivningen utifrån BSS särskilda förutsättningar. En sådan konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen tillåts emellertid inte enligt LOU. Såsom Högsta förvaltningsdomstolen framhållit ska det för upphandling aktuella behovet definieras på ett sätt som inte är diskriminerande. Friheten för en myndighet att bestämma föremålet för upphandlingen begränsar sig sålunda till de ramar som ges av de allmänna principerna om bland annat likabehandling och öppenhet (transparens).

Även om Universitetet önskat få just sådana tjänster som BSS kan tillhandahålla är myndigheten ändå skyldig ange och efterfråga sitt behov i ett förfarande enligt LOU, och utforma behovsbeskrivningen utifrån att även alternativa lösningar ska kunna komma ifråga.

Något annat undantag enligt LOU har inte påståtts föreligga. Universitetets ursprungliga avsikt att köpa aktuella konsulttjänster i ett direktupphandlat avtal med BSS strider således mot LOU och de grundläggande principerna. Den omständigheten att Universitetet numera beslutat avbryta upphandlingen medför ingen annan bedömning, detta särskilt eftersom myndigheten inte anser sig ha gjort något rättsligt fel. Det finns därför anledning att rikta kritik mot Universitetet som rimligen behöver se över sina upphandlingsrutiner.

³⁸ Göteborgs universitet, skrivelse till Konkurrenskommissionen av den 12 juni 2017 (dnr. I 2017/56).