

PM 2 2018-04-25 PRELIMINÄR BEDÖMNING

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

Ett kommunalt renhållningsbolag har – under föregivande av tekniska skäl – beslutat köpa renhållningstjänster för c:a 8 miljoner kronor direkt från ett privat företag.

Det kommunala renhållningsbolaget Renova Miljö AB (nedan Renova) har beslutat köpa tjänster för behandling av restprodukt från förbränningslagg direkt från det privata företaget Econova Energy AB (nedan Econova).¹ Någon annonserad anbudsinfordran har inte skett. Renova har istället givit tillkänna sin avsikt att teckna avtal direkt med Econova genom ett meddelande om s.k. *frivillig förhandsinsyn* – som skickades den 8 februari 2018 till EU-kommissionen för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.² Av punkten V.2.1 i annonsen framgår att kontraktstilldelningen beslutades ske den 7 februari 2018. Under punkten II.1.4 redovisas vidare följande beskrivning av upphandlingen.

”Renova Miljö AB har för avsikt att genomföra en frivillig förhandsinsyn över tröskelvärdet gällande behandling av restprodukt från Sävenäs AKV av förbränningslagg till en uppskattad volym om ca. 15.000 ton/år.

Om vi inte lyckas avsätta förbränningslagget så blir det deponiavfall med tillhörande skatter och avgifter. Renova har funnit en leverantör som kan tillhandla en lösning om omhändertagande av denna restprodukt där resultatet blir en produkt ECA som nyttjande i anläggande av vägbanor, planer och andra hårdgjorda ytor, som fått myndighetstillstånd att bygga ytor inom avfallsanläggningarna.

Det förefaller sannolikt att det bara finns en Leverantör (Econova Energy AB) som kan erbjuda denna produkt med innehåll av vår sorterad restprodukt förbränningslagg till den kapacitet som efterfrågas och med myndighetstillstånd kan bli en godkänd produkt till vägbanor, planer m.m. som kan användas inom avfallsanläggningar.

Med denna frivilliga förhandsinsyn, vill Renova AB försäkra sig om att ingen annan leverantör än Econova Energy AB erbjuder motsvarande lösning att kunna ta vår restprodukt förbränningslagg och med tillhörande myndighetstillstånd kunna skapa en avsättningsprodukt.

Leverantör som kan tillhandahålla efterfrågad lösning på omhändertagande av restprodukt förbränningslagg till en myndighetsgodkänd avsättningsprodukt mötande den kapacitet vi efterfrågar (15.000 ton/år) ska inkomma med kontaktuppgifter till upphandlande myndighet, senast sista dag för förhandsinsyn.

*I det fall ingen annan leverantör erbjuder efterfrågad lösning har Renova AB för avsikt att ingå avtal med Econova Energy AB. OBS! Under vecka 7 [den 12-18 februari 2018] har vi begränsade möjligheter för att ge svar på frågor, vi ber om förståelse för att svar kan dröja men vi ska ge svar innan sista dag för frågor”.*³

Under punkten IV.1.1 motiverar Renova valet av *förhandlat förfarande utan föregående annonsering* med att de aktuella tjänsterna endast kan tillhandahållas/utföras av en viss anbudsgivare på grund av tekniska skäl.⁴ Bland annat anges följande.

*”Om vi inte lyckas avsätta förbränningslagget så blir det deponiavfall med tillhörande skatter och avgifter. Renova har funnit en leverantör som kan tillhandla en lösning om omhändertagande av denna restprodukt där resultatet blir en produkt ECA som nyttjande i anläggande av vägbanor, planer och andra hårdgjorda ytor, som fått myndighetstillstånd att bygga ytor inom avfallsanläggningarna. Det förefaller sannolikt att det bara finns en Leverantör (Econova Energy AB) som kan erbjuda denna produkt med innehåll av vår sorterad restprodukt förbränningslagg till den kapacitet som efterfrågas och med myndighetstillstånd kan bli en godkänd till vägbanor, planer m.m. som kan användas inom avfallsanläggningar”.*⁴

Upphandlingens s.k. kontraktsvärde kan med ledning av vad som anges i annonsen⁵ uppskattas till c:a 8 miljoner kronor, exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms). På marknaden för *behandling av förbränningslagg* finns det i Sverige och inom övriga EU även andra leverantörer som förutom Econova skulle kunna komma i fråga för anbudsgivning.

¹ TED-annonsen: ”Sverige-Göteborg: Avfallstjänster, 2018/S 029-063885, Meddelande om frivillig förhandsinsyn Tjänster”, publicerad den 10 februari 2018 i enlighet med EU-direktiv 2014/25/EU.

² Databasen Tenders Electronic Daily (TED) är EU-kommissionens elektroniska plattform för publicering av annonser som skickas till EUT.

³ TED-annonsen, punkt II.1.4) ”Kort beskrivning”.

⁴ TED-annonsen, punkt IV.1.1), ”Typ av förfarande”.

⁵ TED-annonsen, punkt V.2.4), ”Upplysningar om kontraktets/delens/koncessionens värde (exkl. moms)”.

Rättslig reglering

Med upphandling avses bland annat förfarandet till och med tilldelning av ett *kontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande enheter och som avser bland annat tillhandahållande av tjänster mot ersättning.

Upphandling av *tjänstekontrakt* inom området för energisektorn⁶ som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna- LUF. Lagen ersätter tidigare motsvarande bestämmelser i äldre lagar.⁷ Lagstiftningen är 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. LUF-direktivet (2014/25/EU).⁸ Lagen är generell tillämplig på alla åtgärder som vidtas av en upphandlande enhet i syfte att anskaffa tjänster genom tilldelning av kontrakt.⁹

Kommunala bolag utgör enligt legaldefinitionen i 1 kap. 22 § LUF¹⁰ sådana *upphandlande enheter* som obligatoriskt har att iaktta lagens bestämmelser.¹¹

En upphandling som avser avfallstjänster (CPV90500000-2)¹² eller annan avfallshantering (CPV 90510000-5) ska om det samlade kontraktsvärdet av tjänsterna¹³ överstiger tröskelvärdet 4.201.678 kronor¹⁴ handläggas enligt de direktivstyrda bestämmelserna i 1-18 kap. LUF. Som huvudregel ska tjänsterna upphandlas i ett annonserat förfarande. Ett *förhandlat förfarande utan föregående annonsering*, där den upphandlande enheten tillåts vända sig direkt till en viss leverantör, får förekomma endast undantagsvis, vid vissa i lagen särskilt angivna förutsättningar (se vidare nedan).

Syftet med reglerna om offentlig upphandling är bland annat att säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. Det har därför i 4 kap. 1 § LUF införts ett antal unionsrättsligt grundade principer som oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid offentlig upphandling. Däribland principerna om *likabehandling och icke-diskriminering* samt *öppenhet (transparens)*.¹⁵

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 ges samma relevanta information vid samma tillfälle.¹⁶

Enligt vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalat är nämligen en av regelverkets viktigaste funktioner att säkerställa leverantörernas lika förutsättningar att kunna lämna bärkraftiga anbud.

⁶ Enligt 2 kap. 1 § LUF omfattar lagens förfarandebestämmelser verksamhet som består i tillhandahållande eller drift av fasta publika nät i samband med produktion, transport eller distribution av bland annat värme eller el eller leveranser av värme eller el till sådana nät.

⁷ Lagen har kommit att ersätta de äldre lagarna (1992:1528) respektive (2007:1091) om offentlig upphandling.

⁸ Se EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster m.m.

⁹ Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 14 § LUF.

¹⁰ Se 1 kap. 22 § jämförd med 23 och 17 §§ LUF.

¹¹ På motsvarande sätt utgör enligt 1 kap. 15 § LUF företag eller grupper av företag som på marknaden tillhandahåller aktuella tjänster *leverantörer* som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).

¹² CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska Unionen (EU-kommissionen, GD XV/B/4). – se 4 kap. 17 § LUF 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.

¹³ Om ett tjänstekontrakt upphandlas utan att något totalpris anges ska enligt 5 kap. 2 § LUF det s.k. kontraktsvärdet vara det uppskattade totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader.

¹⁴ Gällande tröskelvärde 2018 för upphandling av varor och tjänster inom försörjningssektorn - se regeringens tillkännagivande (2018:34) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹⁵ 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 § LUF.

¹⁶ Se 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.

För att vissa leverantörer inte ska gynnas eller missgynnas får 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. Sådana hänvisningar ska dessutom alltid följas av orden ”*eller likvärdigt*”.¹⁷

Länsrätten i Hallands län har i ett avgörande från 2007¹⁸ 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 kravspecifisering inte visats i målet. Eftersom det i förfrågningsunderlaget saknades uppgift om att även likvärdiga produkter kunde komma ifråga ansågs upphandlingen strida mot kravet på likabehandling.

Lagens förfarandebestämmelser behöver dock inte tillämpas på tjänstekontrakt som en upphandlande enhet tilldelar en upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. *rättsligt monopol*) att utföra tjänsten.¹⁹ Vidare får *förhandlad upphandling* utan föregående annonsering tillämpas om det som ska upphandlas endast kan tillhandahållas av en viss leverantör, eftersom det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens.²⁰ Ett sådant förfarande kan dock endast komma ifråga om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.²¹ En upphandling får heller inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde eller för att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.²² I stället ska enligt den ovan angivna *likabehandlingsprincipen* alla leverantörer behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt.

Enligt EU-domstolens praxis²³ måste för att undantag på grund av *tekniska skäl* ska komma ifråga två kumulativa villkor samtidigt vara uppfyllda, nämligen (1) att de arbeten som är föremål för upphandling är av sådan teknisk karaktär att det (2) därför är absolut nödvändigt att tilldela ett visst företag kontraktet. Även om det skulle finnas tekniska skäl åligger det vidare den upphandlande parten 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 2013²⁴ 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 en då gällande motsvarighet till 6 kap. 7 § LUF, 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.

¹⁷ Se 9 kap. 6 § första stycket LUF.

¹⁸ Se Länsrätten i Hallands dom av den 12 mars 2007 i mål 304-07 (*Kiddes*). Se även Konkurrenskommissionens utredning KKO 07-010.

¹⁹ Se 3 kap. 9 § LUF.

²⁰ Se 6 kap. 7 § första stycket 2 LUF.

²¹ Bestämmelsen motsvaras av art. 50.c (ii) LUF-direktivet, innebärande att ”*de undantag som angivits [i fråga om bl.a. tekniska skäl] endast gälla när inget rimligt alternativ eller substitut finns och om avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstgjord begränsning av upphandlingsparametrarna.*”

²² Se 4 kap. 2 § LUF.

²³ 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.

²⁴ Se Kammarrätten i Stockholms dom av den 11 april 2013 i mål nr. 5426-12.

Förvaltningsrätten i Linköping har i ett avgörande från 2018²⁵ prövat ett kommunalt bolags direkttilldelningar av kontrakt avseende fettavskiljare. Det kommunala bolaget anförde att den anlitade leverantören hade patent på det biologiska medel som användes i fettavskiljarna och att det därmed förelåg tillräckliga förutsättningar för direkttilldelning på grund av tekniska skäl och ensamrätt. Enligt domstolens bedömning hade det dock inte visats föreligga några tekniska skäl till att använda enbart det aktuella medlet. Den ensamrätt som utgjordes av ett patent på detta medel kunde således inte läggas till grund för att direkttilldela de aktuella kontrakten med stöd av legalundantaget i LOU. Avtalen ogiltigförklarades följaktligen av domstolen.

Även om den upphandlande enheten tror sig veta att enbart en viss leverantör faktiskt kan komma ifråga för aktuell leverans (s.k. *faktisk ensam situation*) medför detta inte i sig något skäl för undantag på grund av tekniska skäl eller ensamrätt enligt LOU.

EU-domstolen har i ett avgörande²⁶ prövat två upphandlingar om omhändertagande av avloppsvatten respektive 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 *riskan 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 enheten kan visa att den önskat köpa just en viss definierad tjänst, som i sig omfattar 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.²⁷ Enheten måste således kunna visa att det inte är möjligt för någon annan leverantör att på ett likvärdigt, objektiva godtagbart sätt komma i fråga för att lämna anbud på det aktuella avtalet.²⁸ I detta sammanhang räcker det inte med att enheten på egen hand undersökt förutsättningarna för en fungerande konkurrens. En sådan marknadsundersökning kan aldrig ersätta kravet på annonserad anbudsinfordran.

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis 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. Det ankommer vidare på den som åberopar ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar detta faktiskt föreligger.²⁹ Den upphandlande enheten 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.³⁰

²⁵ Se Förvaltningsrätten i Linköpings dom av den 14 december 2017 i mål nr. 6756-17. Se även Konkurrenskommissionens utredning KKO 17-025.

²⁶ 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.

²⁷ Se bl.a. prop.1992/93:88, s. 77.

²⁸ 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.

²⁹ Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23 samt där noterad praxis.

³⁰ EU-domstolens dom i det ovan angivna målet *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) p. 24.

Vid upphandling av tjänster över tröskelvärdet föreligger det som huvudregel en obligatorisk skyldighet för den upphandlande enheten att upprätta ett skriftligt förfrågningsunderlag och att offentliggöra upphandlingen genom annons i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.³¹

Utöver de ovan redovisade undantagsförutsättningarna föreligger det enligt LUF även undantag från den obligatoriska annonseringsskyldigheten om något av följande förutsättningar är uppfyllda.³²

- det föreligger synnerliga skäl såsom *synnerlig brådskande* beroende på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutsägas av upphandlande enheten,
- 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.

Enligt den ovan redovisade *försiktighetsprincipen* ska även dessa undantagsmöjligheter tolkas restriktivt²⁷ och det ankommer på den upphandlande enheten att bevisa att sådana särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.²⁶ Exempelvis kan undantag på grund av *synnerliga skäl* eller *synnerlig brådskande* endast komma ifråga vid extraordinära situationer. För att sådant undantag överhuvudtaget ska kunna komma ifråga måste anskaffningen framstå som absolut nödvändig. Enligt praxis ska det vidare röra 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 enheten har kunnat förutse eller påverka. Till exempel kan *egenförvårdad brådskande* hos den upphandlande enheten, till följd av bristande planering, inte medföra möjlighet till undantag. I kravet på oförutsebarhet ligger att förhållandena närmast ska ha *karaktären av force majeure*.³⁵

En upphandling som annonserats genom frivillig förhandsinsyn kan endast angripas genom ordinarie rättsmedel (rättelse/omgörelse eller ogiltighet av avtal). Ansökan om ett sådant ingripande ska ges in inom tio dagar från det att annonsen publicerats.³⁶ Allmän förvaltningsdomstol kan dock, på talan av Konkurrensverket, senare besluta att en särskild *upphandlings-skadeavgift* ska betalas av en upphandlande enhet som utan iakttagande av föreskrifterna om annonserad anbudsinfordran har slutit avtal direkt med viss leverantör. En sådan straffavgift ska enligt 21 kap. 4 § LUF beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor, dock inte mer än tio procent av det aktuella kontraktsvärdet. I rättspraxis har dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet.³⁷

³¹ Se 10 kap. 1 § LUF samt 2 § upphandlingsförordningen (2016:1162).

³² Se 6 kap. 5, 7 och 11-12 §§ LUF.

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 2 LUF.

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

Yttrande

Renova 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.

Såvitt framgår av den annons om s.k. frivillig förhandsinsyn som skickats för publicering i EUT och TED har Renova beslutat köpa tjänster för behandling av förbränningslagg direkt från Econova, utan föregående infordran av konkurrerande anbud. Värdet av de således direkttilldelade tjänsterna har i annonsen angivits till c:a 8 miljoner kronor. Annonsering om frivillig förhandsinsyn syftar till att skydda en upphandlande myndighet och dess avtalsmotpart mot att först senare få ett direktupphandlat avtal ogiltigförklarat i domstol. Efter det att annonsen har publicerats har konkurrerande leverantörer nämligen bara tio dagar på sig att ansöka om överprövning i domstol. Därefter går det inte att ansöka om att få avtalet ogiltigförklarat. Förfarandet är däremot inte avsett till att fungera som ett sätt att hos marknaden undersöka intresset för konkurrerande anbudsgivning.

Eftersom den nu aktuella upphandlingen avser bortskaffande av restprodukter (slag) som uppkommit vid avfallsförbränning som bland annat utnyttjats för framställning av värme- eller elenergi omfattas förfarandet av regelverket i LUF. Renova, som även är en upphandlande myndighet, utgör i nu aktuellt avseende en upphandlande enhet.

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering är ett i LUF förekommande undantagsförfarande som enligt den s.k. försiktighetsprincipen ska tillämpas restriktivt. Enligt praxis räcker det inte med att Renova visar att det verkligen föreligger sådana tekniska skäl som skulle kunna grunda undantag, utan Renova måste även visa att det inte går att tillgodose det uppkomna behovet på något annat sätt än genom ett direktupphandlat avtal med Econova.

Till grund för en sådan bedömning får villkoren inte vara utformade i syfte att undanta upphandlingen från lagens tillämpningsområde eller för att begränsa konkurrensen, så att Econova gynnas på ett otillbörligt sätt.

Vidare får upphandlingens tekniska specifikationer inte utformas med hänvisningar till ett sådant framställningssätt som karakteriserar tjänster som tillhandahålls av just Econova, eller hänför sig till visst varumärke eller patent som innehas av detta företag. Som Högsta förvaltningsdomstolen framhållit ska det för upphandling aktuella behovet istället definieras på ett sätt som inte är diskriminerande. Friheten för en upphandlande enhet att bestämma föremålet för sina upphandlingar begränsar sig således till de ramar som ges av de allmänna principerna om bland annat likabehandling och öppenhet (transparens).

Av undantaget för direktupphandling på grund av tekniska skäl följer vidare en tydlig begränsning i att villkoren för kontraktet måste vara utformade så att de inte syftar till att undanta upphandlingen från lagens tillämpningsområde eller att de begränsar konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Den omständigheten att Renova ansett det sannolikt att det bara finns en leverantör (Econova) som kan erbjuda sig att utföra aktuella tjänster kan inte i sig medföra tillräckliga skäl för undantag från annonseringskravet i LUF. Även om Renova kan ha önskat att tjänsterna ska utformas på just det sätt som Econova gör är enheten ändå skyldig ange och efterfråga sitt behov i ett konkurrensutsatt förfarande, där behovsbeskrivningen utformas från att även alternativa lösningar ska kunna komma ifråga. Med beaktande av att det på marknaden för behandling av förbränningslagg finns andra leverantörer än Econova borde även dessa kunnat komma i fråga för anbudsgivning. Renova

har istället publicerat ett meddelande om förhandsinsyn på ett sätt som närmast verkar syfta till att efterhöra om det finns någon konkurrens. Mot bakgrund av att en frivillig förhandsinsyn endast ger konkurrerande leverantörer tio dagar på sig att reagera samt att detta ska ske genom ansökan till domstol, är ett sådant förfarande såväl olämpligt som i strid med lagens och direktivets syfte.

Renova skulle därför ha infodrat konkurrerande anbud med iakttagande av förfarandebestämmelserna i LUF. Att på sätt som nu skett, istället publicera ett meddelande om s.k. frivillig förhandsinsyn om att kontraktet har tilldelats Econova uppfyller inte detta krav. Som tidigare framhållits föreligger det överhuvudtaget inte någon laglig möjlighet att genom meddelande om frivillig förhandsinsyn kringgå regelverket på sätt som nu skett. Det finns därför anledning att rikta allvarlig kritik mot Renova, som uppenbarligen behöver se över sina upphandlingsrutiner.