

PM 2 2020-03-26 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direkttilldelning (tekniska skäl – konkurrens saknas).**

*En kommun har – under föregivande av bristande konkurrens – beslutat köpa bowlingutrustning för i vart fall 2.7 miljoner kronor direkt från ett visst privat företag och utan annonserad anbudsinfordran.*

Vimmerby kommun (nedan Kommunen) har den 23 juli 2019 beslutat sluta avtal direkt med ett privat företag (nedan Bowlingföretaget)<sup>1</sup> utan föregående annonserad av anbudsinfordran.<sup>2</sup> Såvitt framgår av ett meddelande om frivillig förhandsinsyn som publicerades den 25 juli 2019 (nedan Meddelandet)<sup>3</sup>, syftar köpet till att ”under andra halvan av 2019 uppgradera Vimmerby Bowlinghall” med ”nya resningsmaskiner, nya banor, nya returser, nya bumpers/barnstaket, nya klotbanor, ny fullt integrerad scoring med inkluderat bokningssystem samt anpassning lokal”.<sup>4</sup>

Upphandlingen har angivits att huvudsakligen avse Bowlingutrustning<sup>5</sup> (CPV 37472000).<sup>12</sup> Någon annonserad anbudsinfordran har inte förekommit. Kommunen har istället angivit sin avsikt att teckna avtal direkt med Bowlingföretaget inom ramen för ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering (direkt tilldelning).<sup>6</sup> Till grund för det valda förfarandet åberopar Kommunen att varorna endast kan tillhandahållas av en viss anbudsgivare, beroende på att konkurrens saknas av tekniska skäl. Härtill anges följande förklaring.

”Lösningen skall uppfylla följande krav avseende teknik:

- Resningsmaskiner skall kunna styras och ställa individuella käglor från reception respektive från i nätverket ansluten smartphone, ett krav ur arbetsmiljöhänsyn under spel. Detta innebär att personal slipper aktivt utfärda åtgärd i och under maskin.
- Bumpers/barnstaket skall vara utformade så att om någon får in fingrar eller hand under dem när de går ner så "lyfts" railen/staketet så att den inte klämmer och därmed undviker att orsaka skada. Bumpers/barnstaket skall kunna styras och aktiveras från smartphone.
- Bumpers/barnstaket skall drivas med individuella motorer (ej tryckluft) och ha frikopplingsfunktion av staket som säkerhetsfunktion.
- Resningsmaskinerna skall ha energibesparande 380V 3-fas matning.
- I Vimmerby Bowlinghall består en betydande del av tävlingsbowling därför skall banorna ha brytpunktsmärkning i sin yta.
- Scoring skall ha full support från Sverige med svensktalande supportpersonal med utveckling förlagd i Sverige. Scoringen skall vara fullt integrerad och inkludera bokningssystem. Lösningen skall uppfylla följande krav avseende på lokal:
- Ombyggnationer gällande anpassad el i lokalen för resningsmaskiner och automatiserade bumpers/barnstaket skall ingå.
- Ombyggnationer i maskinrummet samt ny curtainwall skall ingå.
- Byte av bowlingbanor skall ingå där gamla träbanan under laminaten ersätts med nytt dött material på både minst 1 m ansats och 5 m på banan.”<sup>7</sup>

Det finns på marknaden för bowlingutrustning flera verksamma leverantörer.<sup>8</sup> Upphandlingens s.k. kontraktswärde kan med ledning av vad som anges i Meddelandet<sup>9</sup> uppskattas till i vart fall 2.7 miljoner kronor, exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).

<sup>1</sup> Bowlingföretaget har till föremål för sin verksamhet att utveckla och försälja bowlingmaterial, datorstyrda presentationssystem och därmed förenlig verksamhet. Såvitt kunnat utredas har Bowlingföretaget ingen egen produktion utan är återförsäljare av olika fabrikat.

<sup>2</sup> Kommunens referensnummer för upphandlingen är F-003-2019.

<sup>3</sup> *Sverige-VIMMERBY: Bowlingutrustning (2019/S 144-354693) Meddelande om frivillig förhandsinsyn Varor*, som skickades den 25 juli 2019 till EU-kommissionen för publicering den 29 juli 2019 i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED. Publiceringen har skett i enlighet med EU-direktiv 2014/24/EU.

<sup>4</sup> Meddelandet, punkten II.2.4.

<sup>5</sup> Meddelandet, punkten II.1.2 (med rubriken Huvudsaklig CPV-kod). Kommunen har under punkten II.2.2 (med rubriken Ytterligare CPV-koder) även angivit koderna för vissa byggtreprenadarbeten (CPV 45212210, 45400000 och 45453100) vilket det dock inte är fråga om.

<sup>6</sup> Meddelandet, punkten II.1.4.

<sup>7</sup> Meddelandet, punkten IV.1.1.

<sup>8</sup> Enbart på den svenska marknaden finns fyra kända företag, härtill kommer ett större antal leverantörer på den gemensamma marknaden.

<sup>9</sup> Meddelandet, punkten II.1.7.

## **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 varor.

Upphandling som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – LOU – samt det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU).<sup>10</sup> Syftet med lagen är att bland annat säkerställa efterlevnaden av de unionsrättsliga bestämmelserna om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna<sup>11</sup> att motverka korruption i offentlig verksamhet.<sup>12</sup> Det har därför i 4 kap. 1 § LOU införts ett antal grundläggande principer som oavsett förfarande ska iakttas vid offentlig upphandling, däribland krav på *likabehandling* och *öppenhet (transparens)*.<sup>13</sup> Av dessa följer att alla leverantörer<sup>14</sup> ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud utifrån samma villkor. Av det till kravet på likabehandling kopplade *förbudet mot diskriminerande särbehandling* följer vidare att medlemsstaterna och deras upphandlande myndigheter inte får inskränka möjligheten till information om förutsättningarna att delta med anbud i en upphandling till att omfatta enbart nationellt etablerade företag. Tvärtom ska samtliga leverantörer som är verksamma på EU:s inre marknad ges samma relevanta information vid samma tillfälle.<sup>15</sup> Enligt vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalat i HFD 2012 ref. 48 är det nämligen en av regelverkets viktigaste funktioner att säkerställa leverantörernas lika förutsättningar inom hela EU att kunna lämna konkurrenskraftiga anbud. I 4 kap. 2 § LOU finns därför en förtydligande bestämmelse enligt vilken en upphandling inte får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (jfr. 6 kap. 14 § andra stycket LOU).

Kommuner (kommunala myndigheter) utgör enligt legaldefinitionen i 1 kap. 22 § LOU sådana s.k. *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iakttå lagens bestämmelser.

Ett kontrakt som huvudsakligen avser köp av bowlingutrustning (CPV37472000),<sup>16</sup> utgör ett *varukontrakt* enligt LOU.<sup>17</sup> Om kontraktsvärdet överstiger tröskelvärdet 2.096.097 kronor<sup>18</sup> ska upphandlingen genomföras med iakttagande av de direktivstyrda förfarandebestämmelserna i 1-18 kap. LOU. Upphandlingen ska i så fall som huvudregel genomföras i ett annonserat öppet<sup>19</sup> eller selektivt<sup>20</sup> förfarande där alla leverantörer ges möjlighet att delta med anbud.<sup>21</sup>

<sup>10</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>11</sup> Kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEU-fördraget).

<sup>12</sup> Se bl.a. betänkandet SOU 2018:44, jämte där angivna rättskällor.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> Med *leverantörer* avses enligt 1 kap. 16 § LOU företag som är verksamma med att på marknaden tillhandahålla varor, tjänster eller byggtreprenader.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</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>17</sup> 1 kap. 24 § LOU enligt vilken med varukontrakt avses ett kontrakt som gäller köp, leasing, hyra eller hyrköp av en vara. Enligt bestämmelsen kan ett varukontrakt som ett underordnat inslag även omfatta kompletterande monterings- och installationsarbeten.

<sup>18</sup> 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 varukontrakt som tilldelas av upphandlande myndigheter som inte är centrala upphandlande myndigheter (bland annat kommuner) uppgår 2019 till 2.096.097 kronor - se regeringens tillkännagivande (2018:34) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>19</sup> 6 kap. 2 § LOU.

<sup>20</sup> 6 kap. 3 § LOU.

<sup>21</sup> 10 kap. 1 § LOU.

Direkttilldelning genom ett *förhandlat förfarande utan föregående annonsering* får enligt 6 kap. 14 § första stycket 2 och 3 LOU undantagsvis komma ifråga om det som ska upphandlas endast kan tillhandahållas av en viss leverantör och det av tekniska skäl därför inte finns någon konkurrens.<sup>22</sup> Enligt andra stycket i samma paragraf får ett sådant förfarande dock endast användas om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen (jfr. 4 kap. 2 § LOU).

Den upphandlande myndigheten måste i förekommande fall således kunna visa att de skäl som motiverar undantaget också har gjort det absolut nödvändigt att tilldela kontraktet till den valda leverantören.<sup>23</sup> I lagförarbetena<sup>24</sup> beskrivs detta på följande sätt.

Av *andra stycket* [i 6 kap. 14 § LOU] framgår under vilka förutsättningar undantagen i första stycket 2 och 3 får tillämpas. Dels krävs att det inte finns några rimliga alternativ, dels att denna situation inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen. Med detta avses att den upphandlande myndigheten inte själv skapat bristen på konkurrens genom att utforma förutsättningarna för upphandlingen på så sätt att bara en viss leverantör kan komma ifråga. Att avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen uttrycks i direktivet som att avsaknaden av konkurrens inte får bero på en konstgjord begränsning av upphandlingsparametrarna. Ändringen har gjorts i förenklande syfte och någon skillnad i sak är inte avsedd.

I skäl 50 till LOU-direktivet anges härutöver följande.

Med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen bör förhandlade förfaranden utan föregående offentliggörande av meddelande om upphandling endast användas under mycket exceptionella omständigheter. [---]

Upphandlande myndigheter som åberopar detta undantag bör motivera varför det inte finns några rimliga alternativ eller andra möjliga utvägar, såsom att använda alternativa distributionskanaler, inklusive utanför den medlemsstat där den upphandlande myndigheten finns, eller överväga till sin funktion jämförbara byggentreprenader, varor och tjänster. Om den exklusiva situationen har uppstått av tekniska skäl bör de definieras och motiveras ytterst noggrant från fall till fall. Det kan exempelvis röra sig om att det är tekniskt nära nog omöjligt för en annan ekonomisk aktör att uppnå erforderlig fullgörandenivå eller att det är nödvändigt att använda specifik kunskap eller specifika verktyg eller medel som endast en ekonomisk aktör har. Tekniska skäl kan också innebära särskilda driftskompatibilitetskrav som måste uppfyllas i syfte att säkerställa att de byggentreprenader, varor eller tjänster som ska upphandlas kommer att fungera.

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 ges i EUF-fördraget inom området för offentlig upphandling tolkas restriktivt och det ankommer på den som åberopar ett undantag att även visa att de särskilda omständigheter som motiverar detta faktiskt föreligger.<sup>25</sup>

En upphandling som annonserats genom frivillig förhandsinsyn kan endast angripas genom ordinarie rättsmedel (rättelse/omgörelse eller ogiltighet av avtal). Ansökan om sådant ingripande ska ges in inom tio dagar från det att annonsen publicerats, därefter föreligger inte längre möjlighet att föra sådan talan<sup>26</sup>

<sup>22</sup> 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU. Bestämmelsen genomför artikel 32.2 b LOU-direktivet och motsvarar 4 kap. 5 § första stycket 2 ÅLOU.

<sup>23</sup> Se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 24.

<sup>24</sup> Prop. 2015/16:195 s. 998.

<sup>25</sup> Se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23 jämte där noterad praxis.

<sup>26</sup> 20 kap. 3 § och 15 § första stycket 3 LOU.

Allmän förvaltningsdomstol kan dock, på talan av Konkurrensverket, besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av en 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 dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet.<sup>27</sup>

### **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 varor. Enligt ett meddelande om frivillig förhandsinsyn som skickats för publicering i EUT och TED har Kommunen beslutat sluta avtal direkt med Bowlingföretaget om köp av bowlingutrustning för 2,7 miljoner kronor. I detta kan som ett underordnat inslag även förekomma kompletterande monterings- och installationsarbeten men avtalet avser huvudsak varor och ska därför bedömas enligt bestämmelserna för varukontrakt.

Eftersom kontraktsvärdet överstiger gällande tröskelvärde för ett sådant kontrakt ska upphandlingen genomföras med iakttagande de direktivstyrda förfarandebestämmelserna i 1-18 kap. LOU med krav på annonserad anbudsinfordran.

Kommunen har dock valt att direkttilldela kontraktet, utan att andra leverantörer än Bowlingföretaget givits möjlighet att lämna anbud. Som skäl för detta har Kommunen angivit att varorna endast kan tillhandahållas av Bowlingföretaget, och att konkurrens därmed saknas av tekniska skäl.

Det är Kommunen som har bevisbördan för att sådana tekniska skäl faktiskt föreligger och att det även har varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet till Bowlingföretaget. Av utredningen framgår inte vilka tekniska skäl Kommunen åberopar eller varför just Bowlingföretaget är den enda leverantören på EU:s inre marknad som kan leverera aktuell utrustning till Kommunen. Såvitt kunnat utredas har Bowlingföretaget ingen egen produktion, utan är återförsäljare av olika fabrikat som finns tillgängliga på marknaden. I Sverige och inom EU:s övriga inre marknad finns det även andra med Bowlingföretaget konkurrerande företag som borde ha kunna komma ifråga för anbudsgivning. Undantagsförutsättningarna för att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 14 § LOU kan därmed inte anses uppfyllda.

Eftersom kontraktet tilldelats Bowlingföretaget i strid mot LOU och det bakomliggande unionsrättsliga direktivet finns det anledning att rikta allvarlig kritik mot Kommunen, som därmed har snedvridit konkurrensförhållandena på den aktuella marknaden. Om Konkurrensverket väljer att ingripa mot förfarandet riskerar Kommunen också att få betala upphandlingsskadeavgift (som är ett slags böter) till ett belopp om sju procent av kontraktsvärdet eller c:a 189.000 kronor.

---

<sup>27</sup> 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.