

Kammarrätten i Stockholm
Box 2302
103 17 Stockholm

Kammarrätten i Stockholms mål nr 4258-12 Ekerö kommun ./. NEC Scandinavia AB

Kammarrätten i Stockholm har anmodat Konkurrensverket att avge yttrande i ovan rubricerat mål. Yttrandet ska, utifrån de frågeställningar som är aktuella i målet, avse frågan om när ett förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt 4 kap. 2 § 3 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling får användas.

Mot denna bakgrund får Konkurrensverket anföra följande.

Omständigheter i målet

1. Ekerö kommun genomför en upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) av telefoni. Upphandlingen har skett genom ett förhandlat förfarande med föregående annonsering. Som grund för tilldelning av kontrakt har angetts att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas.
2. Ekerö kommun beslutade att tilldela kontrakt till annan leverantör än NEC Scandinavia AB (NEC). NEC ansökte om överprövning av upphandlingen och anförde bland annat att lagens förutsättningar för att ett förhandlat förfarande med föregående annonsering ska få tillämpas inte var uppfyllda i den aktuella upphandlingen.
3. Förvaltningsrätten i Stockholm förordnade, med bifall till NEC:s talan, i dom av den 8 juni 2012 att upphandlingen ska göras om. Som skäl angavs i huvudsak följande. De telefonitjänster som kommunen upphandlat kan anses utgöra en sådan intellektuell tjänst som avses i 4 kap. 2 § tredje punkten LOU. Med hänsyn till att upphandlingen avser telefonitjänster för ca. 1 000 användare samt att kommunens behov relativt detaljerat återges i förfrågningsunderlaget kan det dock inte anses ha varit så svårt att utarbeta ett förfrågningsunderlag att användandet av ett förhandlat förfarande var

motiverat. Inte heller det faktum att det aktuella tjänsteområdet är av komplex natur och präglas av en snabb utveckling, vilket medförde att kommunen upplevde en osäkerhet avseende potentiella lösningar, motiverade ett förhandlat förfarande.

4. Ekerö kommun har överklagat förvaltningsrättens dom och anfört att förutsättningar för förhandlat förfarande med föregående annonsering föreligger avseende aktuell upphandling. Som skäl har kommunen bland annat angett följande. Upphandling av kommunikation, där telefoni ingår, är idag IT-upphandling där telefonifunktionerna baseras på och är beroende av olika IT-lösningar. Utvecklingen på området går snabbt och nya funktioner och möjligheter erbjuds ständigt. Teknikområdets komplexitet har som en följd av detta ökat väsentligt under senare år och till detta ska läggas en varierande prisbild. Följden är att upphandlande myndigheters behov kan vara beroende av vad som erbjuds på marknaden och till vilket pris. Detta innebär att det i många fall inte är möjligt för beställarna att utforma förfrågningsunderlag, och för leverantörerna att ta fram anbud, med tillräcklig precision utan att förhandlingar sker. Kommunen har i den aktuella upphandlingen inte ställt några detaljerade krav på hur leverantörerna ska tillgodose behovet utan istället redovisat krav utifrån en beskrivning av de aktuella behoven. Genom detta har öppnats för leverantörer att offerera olika typer av lösningar för att tillgodose dessa behov. Därvid har kommunen förutsett att man skulle komma att behöva förhandla olika lösningar med olika leverantörer och då kunna gå in djupare på frågor om hur de olika erbjudna lösningarna faktiskt uppfyller de i förfrågningsunderlaget beskrivna behoven. Den omständigheten att de fyra inbjudna leverantörerna samtliga valde att offerera enkla, traditionella lösningar har inte någon betydelse för den bedömning kommunen gjorde innan upphandlingen publicerades, då man hade att ta ställning till vilket förfarande som var mest lämpligt utifrån föreliggande omständigheter.
5. NEC har med anledning av kommunens överklagande anfört bland annat följande. Huvudregeln är att ett öppet eller selektivt förfarande ska användas. Ett förhandlat förfarande med föregående annonsering kan därmed bara användas i undantagsfall. Det är den som åberopar dessa undantagsbestämmelser som har bevisbördan för att förfarandet kan användas. Kommunen har inte kunnat påvisa någon konkret omständighet som visar att just de telefonitjänster som kommunen avsåg att upphandla var så komplexa att ett förhandlat förfarande varit motiverat. Att telefonitjänster som sådana utgör ett komplext och dynamiskt område medför inte i sig att kommunens aktuella upphandling kunnat genomföras med tillämpning av ett förhandlat förfarande. Omständigheterna i det enskilda fallet talar snarare för att kommunen hade kunnat utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågnings-

underlag, vilket man också gjort eftersom underlaget har en omfattande och mycket detaljerad kravspecifikation där tonvikten för leverantörerna måste ha varit att försöka svara på denna. Kommunen har också medgett att samtliga leverantörer offererat tillfredsställande lösningar på de beskrivna behoven och att det inte funnits något att förhandla kring dessa lösningar.

Den rättsliga regleringen av upphandlingsförfarandena samt de grundläggande principerna för offentlig upphandling

De olika upphandlingsförfarandena

6. Huvudregeln enligt 4 kap. 1 § LOU är att upphandlingar ska ske genom ett öppet eller selektivt förfarande. Under vissa i lagen angivna förutsättningar kan dock den upphandlande myndigheten i stället använda sig av ett förhandlat förfarande, med eller utan föregående annonsering.¹
7. Enligt 4 kap. 2 § tredje punkten LOU får ett förhandlat förfarande med föregående annonsering användas för finansiella och intellektuella tjänster som är av sådan art att det inte går att utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden.
8. I artikel 30 1.c) i direktiv 2004/18/EG anges att ett förhandlat förfarande med föregående annonsering kan motiveras för tjänster, bland annat inom kategori 6 i bilaga II A och intellektuella tjänster, t.ex. projektering av anläggningar, om arten av de tjänster som skall tillhandahållas är sådan att det inte går att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden.
9. I beaktandesats 31 till direktiv 2004/18 anges bl.a. att upphandlande myndigheter som genomför särskilt komplicerade projekt kan vara objektivt sett oförmögna att specificera vilka medel som kan tillgodose deras behov eller bedöma vad marknaden kan erbjuda i form av tekniska och/eller finansiella och rättsliga lösningar, utan att därmed behöva utsättas för någon kritik. Detta kan bland annat inträffa vid genomförandet av större integrerade projekt för transportinfrastruktur, stora datanät eller projekt som omfattar komplicerad och strukturerad finansiering vars ekonomiska och rättsliga uppläggning inte kan fastställas i förväg. Om sådana kontrakt inte kan tilldelas genom användning av öppna eller selektiva förfaranden, bör

¹ Utöver dessa angivna förfaranden finns även, vid tilldelning av särskilt komplicerade kontrakt, möjlighet för upphandlande myndigheter att använda sig av förfarandet *konkurrenspräglad dialog*. Förutsättningarna för detta förfarande framgår av 4 kap. 10-21 §§ LOU.

följaktligen ett flexibelt förfarande föreskrivas som garanterar såväl konkurrensen mellan de ekonomiska aktörerna som den upphandlande myndighetens behov av att diskutera alla synpunkter på kontraktet med varje enskild anbudssökande. Detta förfarande får dock inte användas på ett sådant sätt att konkurrensen begränsas eller snedvrids, särskilt inte genom att grundläggande delar av anbuderna ändras, genom att nya väsentliga krav åläggs den utvalda anbudsgivaren eller genom att någon annan anbudsgivare än den som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan komma i fråga.

De grundläggande principerna

10. Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla alla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. De grundläggande principerna för offentlig upphandling har av EU-domstolen härletts ur EUF-fördraget² och återfinns i artikel 2 samt i beaktandesats 2 i direktiv 2004/18 .
11. Principen om likabehandling och icke-diskriminering utgör grunden för direktivet om offentlig upphandling och innebär bland annat att alla anbudsgivare ska ges lika möjligheter att utforma sina anbud och att de ska behandlas lika när anbuderna prövas av den upphandlande myndigheten.³ Principen om transparens anses utgöra ett utflöde av principerna om likabehandling och icke-diskriminering och syftar bland annat till att garantera att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att marknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera att upphandlingsförfarandena är opartiska.⁴
12. Den detaljerade regleringen av upphandlingsförfarandet i direktiv 2004/18 kan enligt Konkurrensverkets mening beskrivas som en konkretisering av vilken skydds nivå eller grad av iakttagande av de grundläggande principerna för offentlig upphandling som unionslagstiftaren vill upprätthålla, och vilka avvägningar som gjorts gentemot andra intressen.

² Jfr mål C-3/88 *Kommissionen mot Italien*, punkt 8 och C-458/03 *Parking Brixen*, punkt 48.

³ Se bl.a. EU-domstolens domar i mål C-470/99 *Universale-Bau*, punkt 91-93, i mål nr C-19/00 *SIAC Construction*, punkt 34, i mål C-324/98 *Telaustria och Telefonadress*, punkt 61, och i mål C-92/00 *HI*, punkt 45.

⁴ Se bland annat mål C-275/98 *Unitron Scandinavia*, punkt 31, C-324/98 *Telaustria*, punkt 60-62, C-470/99 *Universale-Bau*, punkt 91-92 och C-454/06 *Pressetext*, punkt 32.

Konkurrensverkets svar på kammarrättens fråga

Finansiella och intellektuella tjänster

13. I direktiv 2004/18 anges att ett förhandlat förfarande med föregående annonsering kan motiveras för tjänster, bland annat inom kategori 6 i bilaga II A och intellektuella tjänster. Tjänster inom kategori 6 i bilaga II A är finansiella tjänster och avser huvudsakligen bank- och investeringstjänster samt försäkringstjänster. Vad som avses med "intellektuella tjänster" definieras inte i direktivet och det kan inte anses helt klarlagt vad som innefattas i detta begrepp. I artikel 30 1.c) anges dock som exempel "projektering av anläggningar", vidare anges i beaktandesats 31 att flexibla förfaranden kan bli aktuella vid särskilt komplicerade projekt där det är svårt att på förhand bedöma vilka tekniska och/eller finansiella och rättsliga lösningar som är tänkbara. Detta kan bland annat inträffa vid genomförandet av större integrerade projekt för transportinfrastruktur, stora datanät eller projekt som omfattar komplicerad och strukturerad finansiering.⁵
14. I direktivet anges endast exempel och det är tänkbart att tolkningsutrymmet är relativt omfattande under förutsättning att det rör sig om tjänster av en viss intellektuell svårighetsgrad. Ordet "intellektuell" implicerar enligt Konkurrensverkets uppfattning att det i vart fall krävs ett visst mått av kvalificerat tänkande och analys, kreativitet, teknisk problemlösningsförmåga eller dylikt från leverantörens sida. Enklare tjänster av standardtyp eller mer mekanisk karaktär torde inte kunna omfattas. Huruvida en viss tjänst är att kategorisera som intellektuell eller ej är i slutändan en bedömning som måste göras utifrån de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall.

Tjänster av sådan art att det inte går att utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågnings-underlag

15. Om det kunnat konstateras att den tjänst som ska upphandlas är att anse som en finansiell eller intellektuell tjänst är nästa moment att bedöma om tjänsten är av sådan art att det inte går att utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag som möjliggör att välja det bästa anbudet vid användning av något av normalförfarandena.

⁵ Det bör noteras att det i beaktandesats 31 talas om "flexibla förfaranden" övergripande, varför även t.ex. förfarandet konkurrenspräglad dialog innefattas. Förutsättningarna för att få använda konkurrenspräglad dialog, som får användas vid tilldelning av särskilt komplicerade kontrakt, skiljer sig något från förutsättningarna för att få använda förhandlat förfarande med föregående annonsering, bl.a. anges att ett kontrakt anses som särskilt komplicerat om det inte rimligen kan krävas av en upphandlande myndighet att den ska kunna ange de prestanda- eller funktionskrav enligt 6 kap. 3 § LOU som kan tillgodose myndighetens behov eller med vilka dess mål kan uppnås.

16. Det förhållandet att det är "tjänstens art" som ska bedömas innebär att bedömningen ska ske med utgångspunkt i tjänstens karaktär som sådan och inte i den upphandlande myndighetens subjektiva uppfattning om sin kapacitet att upphandla tjänsten i ett öppet eller selektivt förfarande. Lagens ordval "tillräckligt exakt" antyder att det finns ett manöverutrymme för bedömningar i det enskilda fallet av tjänstens art och den potentiella svårigheten för myndigheten att utforma ett förfrågningsunderlag inom ramen för ett normalförfarande.⁶
17. Under vissa omständigheter kan det vara vanskligt för en upphandlande myndighet att utforma ett tillräckligt preciserat förfrågningsunderlag, till exempel när myndigheten utifrån sitt aktuella behov är medveten om vilken lösning som eftersträvas eller vilket slutresultat som ska uppnås, men där myndigheten inte i förväg kan precisera *hur* denna lösning eller detta resultat optimalt ska uppnås. Detta kan innebära svårigheter för myndigheten att utforma någon mer exakt specifikation i underlaget. Särskilt torde detta gälla inom dynamiska tjänsteområden präglade av en snabb utveckling eller hög komplexitet, där det kan finnas för myndigheten okända eller oprövade lösningar vilket gör det komplicerat att utforma förfrågningsunderlaget på ett sådant sätt att det öppnar för alla tänkbara lösningar som marknaden kan erbjuda.
18. Det förhandlade förfarandet med föregående annonsering torde kräva att den aktuella tjänsten är så avancerad, komplex eller av så dynamisk karaktär att det på goda grunder kan antas att en upphandlande myndighet inte förmår att specificera den lösning som efterfrågas eller av något annat skäl inte kan bedöma vilken alternativ lösning som är att föredra utan att förhandla med anbudsgivarna.
19. Av ovanstående följer till exempel att så kallade funktionsupphandlingar⁷ av tjänster inte *regelmässigt* kan motivera ett förhandlat förfarande med föregående annonsering. Endast det förhållandet att en upphandlande myndighet begär in olika förslag på hur ett visst behov ska tillgodoses innebär inte i sig en omständighet som visar att myndigheten inte kunnat specificera den önskade tjänsten konkret. En funktionsupphandling behöver inte nödvändigtvis avse komplicerade upphandlingsföremål.

⁶ I den engelska språkversionen av direktivet anges "sufficient precision".

⁷ Det saknas en vedertagen definition av termen funktionsupphandling. Kortfattat kan en sådan upphandling beskrivas som en upphandling där köparen efterfrågar en viss funktionalitet, och således inte en viss preciserad tjänst, vara eller byggentreprenad i sig. Den upphandlande myndigheten överlämnar därmed till anbudsgivarna att leverera ett förslag till lösning utifrån ett redovisat behov eller problem.

20. Det är ofrånkomligt att alla bedömningar huruvida en viss tjänst är av sådan art att det inte går att utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag är av utpräglad in casu-karaktär. Att i generella termer med någon närmare precision redogöra för undantagets räckvidd torde därför inte vara möjligt. Bedömningen måste göras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet och en viktig faktor, utöver tjänstens art, är hur strikt undantaget i 4 kap. 2 § tredje punkten LOU ska tolkas.

Bevisbördan samt frågan om en restriktiv tolkning av undantagets tillämplighet

21. Båda de förhandlade förfarandena, med respektive utan föregående annonsering, utgör i LOU undantagsförfaranden. Detta innebär att det måste föreligga vissa särskilda förutsättningar för att de ska vara tillåtna att använda vid offentlig upphandling.
22. Det är dock endast det icke-annonserade förfarandet som har blivit föremål för EU-domstolens prövning. Den praxis som därvid utvecklats innebär bland annat att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger sådana omständigheter som medger att detta undantagsförfarande är tillämpligt samt att tolkningen ska vara restriktiv, det är således endast i rena undantagsfall som en upphandlande myndighet kan använda sig av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering.⁸
23. Eftersom ett förhandlat förfarande *utan* föregående annonsering är det enda förfarande som medger att anbud infordras från endast en leverantör framstår det som uppenbart att det är det av de olika förfarandena som riskerar att innebära den svagaste konkurrensutsättningen. Det kan antas att upphandlande myndigheter inte sällan kontaktar endast en leverantör i dessa situationer och således underlåter konkurrensutsättning helt. Detta torde också vara det starkaste skälet till att EU-domstolen så påtagligt begränsat omfattningen av detta förfarandes tillämplighet. Domstolen har bland annat uttalat att "risken för att icke-diskrimineringsprincipen åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte skall ske i konkurrens".⁹
24. Angående utrymmet för upphandlande myndigheter att tillämpa ett förhandlat förfarande *med* föregående annonsering saknas vägledande praxis från EU-domstolen. Rent generellt torde dock som huvudregel gälla att det är den som åberopar undantag från ett regelverk som har att visa att detta undantag är tillämpligt.

⁸ Se bl.a. EU-domstolens avgöranden i mål 199/85 *Kommissionen mot Italien*, punkt 14; C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland* punkt 58; C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 19 och C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 33.

⁹ Se de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 63.

25. Eftersom även det förhandlade förfarandet med föregående annonsering är ett undantag från regeln om att ett öppet eller selektivt förfarande ska användas, bör det därför på samma sätt som vid icke-annonserade förfaranden ankomma på den upphandlande myndigheten att visa att de omständigheter som anförts som skäl för undantag också föreligger i praktiken. Vad gäller placeringen av bevisbördan saknas således enligt Konkurrensverkets uppfattning anledning att göra någon åtskillnad mellan de båda förhandlade förfarandena, varför den praxis från EU-domstolen om bevisbördan som redovisats torde omfatta även upphandlande myndigheter som använder ett förhandlat förfarande *med* föregående annonsering.
26. Utrymmet för att tillämpa förhandlat förfarande *utan* föregående annonsering är som framgått mycket begränsat. Däremot är det inte klarlagt hur restriktiv bedömningen ska vara avseende frågan om ett förhandlat förfarande *med* föregående annonsering får användas.
27. Vad det gäller omfattningen av undantagets tillämplighetsområde finns dock enligt Konkurrensverkets uppfattning anledning att göra åtskillnad mellan de båda förhandlade förfarandena.¹⁰ De bakomliggande skälen till att det icke-annonserade förfarandet endast får användas vid exceptionella omständigheter gör sig nämligen inte gällande med samma styrka avseende det annonserade förfarandet.
28. Det kan konstateras att skyldigheten att annonsera innebär att alla intresserade leverantörer får möjlighet att inkomma med anbud när en upphandlande myndighet använder sig av ett förhandlat förfarande med föregående annonsering. Förfarandet torde därmed kunna medföra samma grad av konkurrensutsättning som vid ett öppet eller ett selektivt förfarande. Det kan vidare inte uteslutas att myndighetens möjlighet att förhandla med anbudsgivarna i vissa fall kan innebära en än mer effektiv konkurrensutsättning jämfört med normalförfarandena.
29. Orsaken till att det förhandlade förfarandet med föregående annonsering av lagstiftaren inte ansetts lämpligt som ett normalförfarande torde vara att förhandlingsmöjligheten bedömts kunna innebära vissa risker ur ett transparens hänseende och även ur ett likabehandlingshänseende. Som anges nedan har kommissionen bland annat uttalat att flexibla upphandlingsförfaranden ökar risken för favorisering och subjektivt beslutsfattande.

¹⁰ Det kan från doktrinen nämnas att Arrowsmith hävdade att skillnaderna mellan de två förhandlade förfarandena med respektive utan föregående annonsering är så stora att det framstår som vilseledande att kategorisera dem båda under benämningen "förhandlat förfarande". Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, andra upplagan, s. 559.

30. Enligt Konkurrensverkets uppfattning kan ett förhandlat förfarande visserligen medföra ett ökat handlingsutrymme för upphandlande myndigheter, bland annat innebärande en risk att vissa anbudsgivare ges otillbörliga favörer framför andra i själva förhandlingssituationen. Som i viss mån motverkande faktorer bör dock nämnas de ramar för upphandlingen som bland annat sätts av förfrågningsunderlagets och annonsens innehåll, kraven på redovisning och tillämpning av likabehandlande tilldelningskriterier samt reglerna om att väsentliga ändringar inte får göras i upphandlingen.
31. Sammantaget anser Konkurrensverket att de risker som kan bedömas vara förknippade med ett förhandlat förfarande med föregående annonsering inte gör sig gällande med samma styrka som de risker för utebliven eller snedvriden konkurrens och bristande likabehandling som kan kopplas till icke-annonserade förfaranden. EU-domstolens praxis om en mycket restriktiv tolkning av undantagets tillämpningsområde när det gäller icke-annonserade förfaranden framstår av detta skäl som alltför långtgående när det gäller ett förfarande med annonsering. Konkurrensverket anser därför att tolkningen av undantagets räckvidd vid bedömningen av ett förhandlat förfarande med föregående annonsering inte bör vara lika restriktiv som vid ett icke-annonserat förhandlat förfarande.

Övrigt

32. Konkurrensverket anser att det faktiska utfallet av ett förhandlat förfarande med föregående annonsering normalt inte bör tillmätas avgörande betydelse vid en bedömning i efterhand av om myndigheten haft fog för att använda förfarandet. Detta följer av att det är tjänstens art som är avgörande för bedömningen. Det förhållandet att några förhandlingar mellan myndighet och anbudsgivare de facto inte ägt rum bör därför inte med automatik ses som en bekräftelse på att den aktuella upphandlingen inte varit tillräckligt komplex för att motivera ett undantagsförfarande. I stället bör bedömningen utgå från de faktiska omständigheterna vid tidpunkten då den upphandlande myndigheten tog ställning till vilket förfarande som skulle användas i upphandlingen. Det kan tilläggas att ett förhandlat förfarande med föregående annonsering i sig inte innebär ett absolut krav på att förhandlingar verkligen sker, utan detta torde närmast vara avhängigt anbudens innehåll och myndighetens bedömning av behovet att förhandla utifrån detta innehåll och syftet med upphandlingen.

Förslaget till nytt direktiv om offentlig upphandling

33. Det kan, utan att i sig ha betydelse för uttolkningen av gällande rätt, vara av visst intresse att studera utvecklingen på upphandlingsområdet utifrån de förslag till nya direktiv som lagts fram av Europeiska kommissionen.

34. Kommissionen har i frågan om mer flexibla upphandlingsförfaranden bland annat uttalat att "de tänkbara fördelarna med större flexibilitet och potentiell förenkling måste vägas mot de ökade riskerna för favorisering och, mer allmänt, alltför subjektiva beslut till följd av det större utrymme för egen fri bedömning som de upphandlande myndigheterna åtnjuter i förhandlade förfaranden".¹¹
35. I detta sammanhang kan vidare påpekas att Kommissionen i sitt förslag till nytt direktiv om offentlig upphandling¹² framhållit ett allmänt behov av större flexibilitet och särskilt av ökade möjligheter att använda ett upphandlingsförfarande med förhandling, eftersom detta uttryckligen anges i WTO-avtalet som tillåter förhandling i alla förfaranden.¹³ I förslaget till nytt direktiv återfinns också bestämmelser som, jämfört med nuvarande reglering, i viss mån får anses utvidga möjligheterna för upphandlande myndigheter att använda sig av ett förhandlat förfarande med föregående annonsering ("förhandlat förfarande under konkurrens").¹⁴ Som ovan nämnts saknar visserligen ett förslag till nytt direktiv omedelbar relevans avseende tolkningen av nuvarande rättsläge. Kommissionens inställning antyder dock att de farhågor som funnits angående annonserade förhandlade förfaranden kan komma att tonas ned.

¹¹ Se Kommissionens Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad (KOM(2011) 15 slutlig), s. 16.

¹² KOM(2011) 896 slutlig.

¹³ Se beaktandesats 15 i förslaget till nytt direktiv.

¹⁴ Se artikel 24 i förslaget.

Konkurrensverkets slutsatser

36. När det gäller frågan vad som avses med "intellektuella tjänster" torde tolkningsutrymmet kunna vara relativt omfattande under förutsättning att det rör sig om tjänster av en viss intellektuell svårighetsgrad. Bedömningen huruvida en viss tjänst är av sådan art att det inte går att utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag måste göras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Enligt Konkurrensverkets uppfattning saknas dock skäl för att denna bedömning ska ske med samma restriktivitet som enligt EU-domstolens praxis gäller för icke-annonserade förfaranden. Bevisbördan för att förutsättningarna för ett förhandlat förfarande med föregående annonsering är uppfyllda bör åvila den upphandlande myndigheten.

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit processrådet Magnus Ehn.

Dan Sjöblom

Magnus Ehn