

Publikation

EU-domstolsåret 2018

4 mars, 2019

EU-domstolsåret 2018

För svenskt vidkommande kommer EU-domstolsåret 2018 bli mest ihågkommet som det år då domstolen för första gången höll muntlig förhandling i ett svenskt upphandlingsmål.[1] Det gångna året har dock även bjudit på flera intressanta avgöranden från domstolen. I denna artikel lyfter vi fram tre domar som vi bedömer är av stort intresse för framtida upphandlingar. Med all säkerhet kommer de även bli föremål för en hel del debatt och få sin tillämpning i nationella domstolar i medlemsstaterna.

C- 9/17, Tirkkonen

EU-domstolen preciserar begreppet upphandlingskontrakt.

Enbart det faktum att en tjänst konkurrensutsätts innebär inte automatiskt att det är fråga om ett upphandlingskontrakt. Detta klargörs i målet *C- 9/17, Tirkkonen där EU-domstolen* preciserar begreppet upphandlingskontrakt.

Enligt domstolen omfattas inte en upphandling av upphandlingsregelverket om den upphandlande myndigheten ingår ramavtal med alla godkända anbudsgivare och den enskilde väljer utförare. Kortfattat kan det konstateras att det som skiljer upphandlingskontrakt från övriga inköp är användningen av tilldelningskriterier.

I likhet med det tidigare målet *C-410/14 Falk Pharma* var det i *Tirkkonen* fråga om ett auktorisationssystem. Den stora skillnaden mellan *Falk Pharma* och *Tirkkonen* var emellertid att det senare systemet inte var öppet för löpande ansökan. Särskilt intressant är det finns påtagliga likheter mellan ett sådant system och ett ramavtal där den enskildes val avgör vilken leverantör som tilldelas varje avropsavtal. Det återstår att se vilket genomslag *Tirkkonen* får på de offentliga inköpen. Vår bedömning är dock att det finns anledning att tro att förekomsten av liknande upplägg kommer att öka.

C-14/17, VAR och ATM

Bevis för att erbjuda produkter är likvärdiga med originalprodukterna ska företes redan när anbudet lämnas.

Det har sedan länge stått klart att en upphandlare som definierar ett upphandlingsföremål genom att hänvisa till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning är enligt 9 kap. 6 § andra stycket LOU/LUF tvungen att ha med orden "eller likvärdig". Detta för att inte gynna en viss leverantör.

I målet *C-14/17 VAR och ATM* berörde EU-domstolen frågan om *när* en leverantör som erbjuder en likvärdig produkt behöver bevisa att produkten är likvärdig.

EU-domstolen besvarade denna fråga på följande sätt. När de tekniska specifikationerna hänvisar till ett varumärke, ett

ursprung eller tillverkning, ska den upphandlande myndighet eller enheten kräva att anbudsgivaren redan i sitt anbud bevisar att de produkter som föreslås är likvärdiga med de produkter som definieras i de tekniska specifikationerna. Detta ställer således krav på både hur förfrågningsunderlag och anbud utformas när bestämmelsen i 9 kap. 6 § andra stycket LOU/LUF är tillämplig.

C-124/17 Vossloh Laeis

EU-domstolen ger vägledning avseende s.k. self-cleaning i förhållande till överträdelser av konkurrenslagstiftningen

I domen *C-124/17 Vossloh Laeis* besvarade EU-domstolen två viktiga frågor avseende möjligheten till fakultativ uteslutning vid överträdelser av konkurrensreglerna. Upphandlingsreglerna möjliggör för en anbudsgivare som omfattas av en uteslutningsgrund att undvika uteslutning genom sk self-cleaning, t.ex. genom att medverka i Konkurrensverkets eftergiftsprogram.

En tysk upphandlande myndighet hade begärt att en anbudsgivare skulle ge in ett beslut från den federala konkurrensmyndigheten som avsåg böter pga. medverkan i en kartell. Anbudsgivaren vägrade dock att lämna in konkurrensmyndighetens beslut, bl.a. med hänvisning till att samarbetet med konkurrensmyndigheten är tillräckligt för att anses utgöra en självrättelse.

EU-domstolen fann emellertid att en upphandlande myndighet får begära in eventuella bevis som visar att de åtgärder som en anbudsgivare vidtagit är tillräckliga för att denne ska få delta i upphandlingen. Sådana bevis kan t.ex. innefatta beslut inom ramen för konkurrensmyndighetens eftergiftsprogram.

I samma dom klargjorde domstolen även från vilket datum den längsta tillåtna uteslutningsperioden ska beräknas. Det aktuella datumet är dagen för beslutet om eventuella sanktioner och inte, som anbudsgivaren hade hävdad, dagen efter det att den aktuella överträdelsen avslutats. Det innebär att ett företag kan riskera uteslutning långt efter att den uteslutningsgrundande överträdelsen har ägt rum.

EU-domstolens avgörande visar att företag som exempelvis medverkar i Konkurrensverkets eftergiftsprogram behöver ta ställning till hur dessa frågor ska hanteras inom ramen för deras deltagande i offentliga upphandlingar och under vilken tidsram så ska ske.

[1] Målet, som ännu inte avgjorts, gäller två städavtal som SJ, som ägs av svenska staten, ingått utan konkurrensutsättning enligt upphandlingslagstiftningen. Enligt Konkurrensverket är SJ en upphandlande enhet som ska följa upphandlingsreglerna. SJ menar däremot att verksamheten inte utgör sådan transportverksamhet som avses i direktiv 2004/17/EG – och att det därför inte har förelegat någon annonseringsskyldighet. EU-domstolens avgörande kommer sannolikt få stor betydelse för offentligägda aktörer inom europeisk persontrafik.