

PM 2 2022-06-16 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direkttilldelning (tekniska skäl) samt överträdelse av icke-diskrimineringsprincipen.**

*En kommun har – under föregivande av tekniska skäl – beslutat köpa ett gatsopningsfordon för c:a 2,6 miljoner kronor direkt från ett privat företag.*

Alingsås kommun (nedan Kommunen) beslutade den 17 december 2021<sup>1</sup> att sluta avtal,<sup>2</sup> direkt med ett lokalt närbeläget företag (nedan Fordonsleverantören)<sup>3</sup>. Av ett meddelande om frivillig förhandsinsyn (nedan Meddelandet)<sup>4</sup> som publicerades den 24 december 2021 framgår bland annat följande:

”[Kommunen] har under hösten 2021 genomfört en marknadsundersökning i syfte att kartlägga leverantörsmarknaden av elektrisk midjestyrd sopmaskin. Resultat visar att det endast finns en leverantör på den svenska marknaden som kan leverera den sopmaskinen som uppfyller de krav som kommunen efterfrågar. [...]. Av ovanstående anledning så väljer [Kommunen] att genomföra en upphandling utan föregående annonsering och teckna avtal med [Fordonsleverantören] inklusive erforderliga, reservdelar, serviceavtal, support och garantier”.<sup>5</sup>

Någon annonserad anbudsinfordran har inte genomförts utan avtalet har tecknats direkt med Fordonsleverantören inom ramen för en *direkttilldelning*.<sup>18</sup> Till stöd för valet av förfarande har Kommunen angivit att ”*konkurrens saknas av tekniska skäl*”.<sup>4</sup>

På fråga om vilken ”marknadsundersökning” som åberopas till stöd för det valda förfarandet har Kommunen svarat följande:

”[Kommunen] har gjort en marknadsundersökning via offentliga kanaler där vi har tittat på sopmaskiner från totalt nio olika leverantörer och vi har utgått från dom skallkrav vi har satt, dessa skallkrav är: • Leverantör i Sverige, • Att maskinen är midjestyrd, • Att maskinen drivs av 100% el, • Att maskinen har delad framaxel.

Varför har vi valt just dessa skallkrav? Med vår erfarenhet av pågående covid-19 pandemi vill vi säkerställa att vi snabbt kan få leverans, reparationer och hjälp vid eventuella driftstopp under garantitiden. Vi väljer midjestyrdmaskin för att detta är ett krav från verksamheten istället för fyrhjulsstyrd eller framhjulsstyrd då detta är mycket smidigare och att det även minimerar risken för skador på maskinen eller fasta föremål med tanke på den omgivning vi använder kompakta sopmaskiner i.

Vi vill ha en maskin som driver sig själv framåt samt att den driver all utrustning för gatusopning fossilfritt, då är 100% el det ända alternativet. Detta är också ett politiskt mål i Alingsås samt att vi jobbar mot agenda 2030 som är politiskt antagen i Alingsås för ett hållbart utvecklande av samhället.

Att vi vill ha en maskin med delad framaxel handlar om den fysiska arbetsmiljön för den förare som ska sitta och köra sopmaskinen 8 timmar per dag. En delad framaxel blir en form av fjädring för förarhytten. Till exempel när man delvis behöver klättra över en kantsten så lyfter sig det hjulet som klättrar över kantstenen och med en delad framaxel så gungar/kränger inte hytten utan föraren kan sitta still och slipper parera lutningen med kroppen och vi minimerar risken för framtida förslitningsskador på vår personal.

Utifrån detta så valdes det att genomföra en frivillig förhandsinsyn i enlighet med LOU (2016:1145) 10 kap 5§, med avsikt att teckna avtal på en elektrisk midjestyrd sopmaskin. Efter den frivilliga förhandsinsynen verkar det endast finnas en leverantör som uppfyller samtliga skallkrav där av faller detta ut under enligt LOU (2016:1145) 6 kap 14.2 §. Vi hade gärna sett att utbudet på marknaden var större.”<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Se Meddelandet, punkten V.2.1, ”Datum för beslut om tilldelning av kontrakt”.

<sup>2</sup> Kommunens referensnummer 2021.574 SBN.

<sup>3</sup> Fordonsleverantören har säte och driftställe i till den till Alingsås närliggande Kungälv kommun, båda i Västra Götalands län.

<sup>4</sup> Meddelandet ”Sverige-Alingsås: Gatsopningsfordon 2021/S 250-661772, Meddelande om frivillig förhandsinsyn Varor”, som skickades till EU-kommissionen den 20 december 2021 för publicering den i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och databasen TED. Annonseringen har skett enligt det. s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU).

<sup>5</sup> Se Meddelandet, punkten IV.1.1, ”Typ av förfarande”.

<sup>6</sup> Kommunens e-postmeddelande ”SV: Begäran om allmänna handlingar” skickat till Konkurrenskommissionen den 13 januari 2022.

Det gatusopningsfordon Kommunen valt är en modell kallad Bucher CityCat V20e-b av Schweizisk tillverkning med återförsäljare inom bland annat hela EU och den inre marknaden. Fordonsleverantören är således inte ensam återförsäljare/leverantör att tillhandahålla fordon av aktuellt slag.<sup>7</sup>

Upphandlingens samlade kontraktvärde kan med ledning av vad som anges i Meddelandet uppskattas till c:a 2,650 miljoner kronor.<sup>8</sup>

### **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 i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – LOU. Bestämmelserna är en följd av bl.a. kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet i artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU)<sup>9</sup> och syftar bland annat till att motverka korruption i offentlig verksamhet.<sup>10</sup>

Lagen är generellt tillämplig på åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa bland annat varor genom tilldelning av kontrakt.<sup>11</sup> Kommuner (kommunala myndigheter) utgör enligt legaldefinitionen i 1 kap. 22 § LOU sådana s.k. *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iaktta lagens bestämmelser.

För att bland annat säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets föreskrifter om etableringsfrihet och fri rörlighet har det i 4 kap. 1 § LOU införts ett antal unionsrättsligt grundade principer vilka oavsett förfarande<sup>12</sup> ska iakttas vid offentlig upphandling, däribland krav på *likabehandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparens)*.<sup>13</sup>

Av den till kravet på likabehandling kopplade principen om *icke-diskriminering* följer bland annat att en upphandling inte får utformas så att den endast riktar sig till leverantörer i ett visst land eller annat avgränsat geografiskt område. Även om den upphandlande enheten inte förväntar sig några utländska anbud får den vid utformandet av förfrågningsunderlaget således inte införa krav som enbart svenska företag kan uppfylla eller specifikt rikta sig till den svenska marknaden.<sup>14</sup>

Ett kontrakt om köp av gatusopningsfordon (CPV 34144430),<sup>15</sup> ska handläggas som ett *varukontrakt*. Om värdet av upphandlingen i så fall överstiger tröskelvärdet 2.236.731 kronor<sup>16</sup> ska upphandling genomföras med iakttagande av de direktivstyrda förfarandebestämmelserna i 1-18 kap. LOU. Upphandlingen ska i så fall som huvudregel handläggas med annonserad anbudsinfordran.

<sup>7</sup> Fordonet Bucher CityCat V20 tillverkas och saluförs av Bucher Municipal AG med säte i Niederweningen, Schweiz.

<sup>8</sup> Se Meddelandet, punkten V.2.4, ”Upplysningar om kontraktets/delens/koncessionens värde (exkl. moms)”. I Fordonsleverantörens anbud, såvitt detta gjorts tillgängligt, anges det totala priset till 2.663.050 kronor exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).

<sup>9</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>10</sup> Se bl.a. SOU 2018:44, avsnitt 7, Ett regelverk som motverkar korruption, (s. 233 ff).

<sup>11</sup> Se 1 kap. 2 § LOU.

<sup>12</sup> Bestämmelsen i 4 kap. 1 § LOU omfattar även förfaranden som annars ligger utanför det direktivstyrda regelverket - se bl.a. HFD 2018 ref. 60 med särskilt yttrande av justitierådet Nord.

<sup>13</sup> De grundläggande principer som här åsyftas följer 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> Se prop. 2006/07:128, s. 132.

<sup>15</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>16</sup> Vad som vid varje tidpunkt utgör *tröskelvärdet* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 5 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Det särskilda tröskelvärdet för kommunal upphandling av varukontrakt inom den klassiska sektorn uppgår sedan den 1 januari 2022 till 2.236.731 kronor - se regeringens tillkännagivande om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

En annons om upphandlingen ska i så fall skickas för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.<sup>17</sup> *Direkttilldelning*,<sup>18</sup> där den upphandlande myndigheten i ett *förhandlat förfarande utan föregående annonsering* vänder sig direkt till en viss leverantör, får komma ifråga endast vid vissa i lagen särskilt angivna undantagsfall.

Enligt 6 kap. 14 § första stycket 2 och 3 LOU får direkttilldelning ske om det som ska upphandlas endast kan tillhandahållas av en viss leverantör och det på grund av *ensamrätt* eller av *tekniska skäl* inte finns någon konkurrens.<sup>19</sup> Enligt andra stycket i samma paragraf får ett sådant förfarande dock användas endast 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 också kunna visa att de skäl som motiverar undantaget har gjort det absolut nödvändigt att tilldela kontraktet till den valda leverantören.<sup>20</sup>

För att *ensamrätt* ska kunna göras gällande krävs att kontraktet av legala skäl kan fullgöras av *endast en leverantör*. I fall den upphandlande myndigheten tror sig veta att enbart en viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för aktuella leveranser (s.k. *faktisk ensam situation*) medför detta dock inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.<sup>21</sup> I lagförarbetena<sup>22</sup> lämnas bland annat följande vägledning.

”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.”

I skäl 50 till LOU-direktivet anvisas 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 byggtreprenader, 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 byggtreprenader, varor eller tjänster som ska upphandlas kommer att fungera”.

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis<sup>23</sup> ska alla möjligheter 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 undantag faktiskt föreligger.

<sup>17</sup> Se 10 kap. 1 § LOU samt 2 § upphandlingsförordningen (2016:1152).

<sup>18</sup> Med *direkt tilldelning* avses här ett *förhandlat förfarande utan föregående annonsering* enligt 6 kap. 12-19 § LOU, som skiljer sig från *direktupphandling* enligt 19 a kap. samma lag.

<sup>19</sup> 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU. Bestämmelsen genomför artikel 32.2(b) LOU-direktivet.

<sup>20</sup> EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-57/94) EU:C:1995:150, p. 24.

<sup>21</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom i de förenade målen *Bockhorn Braunschweig* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220.

<sup>22</sup> Prop. 2015/16:195, s. 998.

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

En upphandling som har 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 en frist av tio dagar räknad från det att annonsen publicerats, därefter föreligger det inte längre någon möjlighet att föra sådan talan.<sup>24</sup>

Efter ingripande av Konkurrensverket kan den upphandlande myndigheten dock tvingas att betala en särskild *upphandlingsskadeavgift*.<sup>25</sup> Denna straffavgift, som ytterst beslutas av allmän förvaltningsdomstol, ska beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor dock inte mer än tio procent av kontraktsvärdet.<sup>26</sup> I rättspraxis har dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet. Talan om upphandlingsskadeavgift ska vara väckt senast inom sex månader från lagakraftvunnen dom avtalsogiltighet eller i annat fall senast ett år från den tidpunkt då avtalet slöts.<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. Av utredningen framgår att Kommunen direkt och utan föregående annonserad upphandling beslutat köpa ett gatusopningsfordon för c:a 2,6 miljoner kronor från en lokal återförsäljare.

Eftersom det rör sig om ett varukontrakt till ett värde över tröskelvärdet ska upphandlingen genomföras med iakttagande av de direktivstyrda förfarandebestämmelserna i 1-18 kap. LOU. Som huvudregel föreligger därmed ett krav på att anbudsinfordran ska ske genom annonsering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED, som riktar sig till alla på den inre marknaden verksamma leverantörer. Undantag från att infordra konkurrerande anbud kan endast komma ifråga vid särskilda i lagen angivna omständigheter, så som att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens. Det får vid sådant förhållande dock inte vara fråga om någon konstruerad avgränsning till exempelvis ett visst företag, viss produktion eller geografisk marknad.

Som tydligt framgår av LOU-direktivet ska möjligheten till undantag endast användas under mycket exceptionella omständigheter och den upphandlande myndigheten måste kunna visa att det inte har funnits några rimliga alternativ eller andra möjliga utvägar, såsom alternativa distributionskanaler utanför den egna medlemsstaten. Myndigheten måste även väga in möjligheten av funktionellt jämförbara varor. Om tekniska skäl åberopas ska det således vara tekniskt nära nog omöjligt för någon annan leverantör att komma ifråga för att fylla det behov som upphandlingen avser.

Kommunen har i det aktuella fallet angivit att endast fordon av fabrikatet Bucher CityCat V20e-b uppfyller Kommunens tekniska krav samt att en marknadsundersökning visat att enbart Fordonsleverantören kan leverera ett sådant fordon.

---

<sup>24</sup> 20 kap. 3 § och 15 § första stycket 3 LOU.

<sup>25</sup> 21 kap. 1 § första stycket 3 LOU.

<sup>26</sup> 21 kap. 4 § LOU.

<sup>27</sup> 21 kap. 7 § LOU

Det är Kommunen som har att visa tillräckliga tekniska skäl, men det framstår som rätt uppenbart att de lokala förhållandena för gatusopning i Alingsås inte kan vara så pass speciella att det är nära nog omöjligt för maskiner av annat fabrikat än Bucher att kunna fylla Kommunens behov. Redan av detta skäl strider förfarandet mot LOU och det i lagen intagna kravet på likabehandling och öppenhet.

Av utredningen framgår vidare att Kommunen har begränsat sin påstådda ”marknadsundersökning” till att enbart omfatta leverantörer i Sverige. Kommunen har därmed uteslutit alternativa distributionskanaler och återförsäljare på EU:s inre marknad vilket också strider mot LOU och den grundläggande principerna om likabehandlings och icke-diskriminering. Även om Kommunen trots sig veta att Fordonsleverantören är enda tänkbara leverantör utgör detta inte något undantag från annonseringsskyldigheten enligt LOU och det bakomliggande upphandlingsdirektivet.

Det finns därmed anledning att rikta allvarlig kritik mot Kommunen, som på detta sätt brutit mot LOU och snedvridit marknaden för entreprenadmaskiner.

Om Konkurrensverket väljer att ingripa mot förfarandet riskerar Kommunen att tvingas betala upphandlingsskadeavgift, som är ett slags böter, med upp till c:a 180.000 kronor.