

PM 2 2023-06-14 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direkttilldelning.**

*En kommun köper löpande livsmedel och andra förbrukningsartiklar direkt från en lokal dagligvarubutik, utan föregående annonserad anbudsinfordran.*

Torsby kommun (nedan Kommunen) köper livsmedel på löpande räkning från en lokal dagligvarubutik för i genomsnitt c:a 500.000 kronor per år.

Tidigare hade Kommunen ett under 2016 upphandlat ramavtal med den berörda butiken.<sup>1</sup> Detta avtal löpte dock ut att gälla den 9 maj 2020, utan möjlighet till ytterligare förlängning.<sup>2</sup> Något nu gällande ramavtal till stöd för aktuella köp finns således inte.

Under perioden 2021 och 2022 har enligt uppgift Kommunen, genom sina olika förvaltningar och verksamheter, köpt varor i dagligvarubutiken för en dryg miljon kronor. Såvitt framkommit har enstaka köp även skett hos andra leverantörer. Räknad som ett fyraårskontrakt motsvarar värdet av aktuella köp sammanlagt c:a 2 miljoner kronor. Upphandlingens totala kontraktsvärde kan därmed beräknas till detta belopp.

**Rättslig reglering**

Med *offentlig 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 myndigheter och som avser bland annat tillhandahållande av varor mot ersättning. Varje köp som sker mellan en upphandlande myndighet och en leverantör utgör i formell mening en upphandling, oavsett värde eller belopp som betalas vid köpet.<sup>3</sup> I de fall där något särskilt kontrakt inte tecknats mellan parterna kan istället den faktura eller kvitto som har utställts som bekräftelse av köpet ses som ett ”kontrakt med ekonomiska villkor”.

Upphandlingar som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU - och det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU).<sup>4</sup>

Lagen är generellt tillämplig på åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa bl.a. varor genom tilldelning av ett kontrakt.<sup>5</sup> Kommunala myndigheter och beslutande församlingar utgör enligt 1 kap. 22 § LOU sådana *upphandlande myndigheter* som omfattas av upphandlingsskyldighet enligt lagen.<sup>6</sup> På motsvarande sätt utgör enligt 1 kap. 16 § LOU näringsidkare som på marknaden tillhandahåller aktuella varor, *leverantörer* som ska ges möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud.

Syftet med regelverket är att säkerställa den rättsliga efterlevnaden av de unionsrättsliga bestämmelserna om etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster<sup>7</sup> samt att motverka risk för korruption i offentlig verksamhet.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> ”Ramavtal livsmedel småkök”, dnr. 2015/087, undertecknat av parterna den 2 maj (Kommunen) och den 3 maj (dagligvarubutiken) 2016.

<sup>2</sup> Se punkten 1.4 ”Avtalstid” i ovan nämnda ramavtal. Avtalet avser perioden den 10 maj 2016 till och med den 9 maj 2018, med möjlighet till förlängning i två omgångar om vardera 12 månader, som längst till och med den 9 maj 2020.

<sup>3</sup> Med köp avses ömsesidiga förfaranden där exempelvis en vara eller tjänst lämnas mot ersättning. Även bytesaffärer utgör upphandling medan gåvor och andra rent ensidiga förfoganden ligger utanför själva upphandlingsbegreppet.

<sup>4</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>5</sup> Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

<sup>6</sup> På motsvarande sätt utgör enligt 1 kap. 16 § LOU näringsidkare som på marknaden tillhandahåller aktuella varor eller tjänster leverantörer, som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud.

<sup>7</sup> Kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

<sup>8</sup> Se bl.a. betänkandet SOU 2018:44, jämte där angivna rättskällor.

Det har därför i 4 kap. 1 § LOU införts ett antal grundläggande principer vilka oavsett förfarande ska iakttas vid offentlig upphandling, däribland kraven på *likabehandling* och *öppenhet (transparens)*.<sup>9</sup> Av dessa följer att alla på marknaden verksamma leverantörer<sup>10</sup> ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn att de i konkurrens med varandra kan lämna anbud utifrån samma villkor. Alla leverantörer ska ges samma relevanta information vid samma tillfälle.<sup>11</sup> Enligt vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalat i HFD 2012 ref. 48 är det nämligen en av regelverkets viktigaste funktioner att säkerställa leverantörernas lika förutsättningar att kunna lämna konkurrenskraftiga anbud.

I 4 kap. 2 § LOU anges 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. De grundläggande principerna med krav på likabehandling och öppenhet omfattar samtliga förfaranden, således även sådana som ligger utanför det direktivstyrda regelverket eller kravet på annonsering.<sup>12</sup>

För återkommande behov av löpande karaktär ska den upphandlande myndigheten upphandla ramavtal.<sup>13</sup> Skyldighet till ramavtal föreligger även om varje köp, var för sig, avser mindre värden, så länge det sammanlagda värdet av liknande köp kommer att överstiga lagens värdegränser. Ramavtal kan slutas med antingen en ensam leverantör<sup>14</sup> eller med flera leverantörer, varefter avrop i så fall ska ske i rangordning enligt en i förväg definierad avropsnyckel.<sup>15</sup> Avrop kan även ske efter förnyad konkurrensutsättning, där ramavtalsleverantörerna bjuds in att lämna separata anbud för varje konkret uppdrag, grundat på de villkor som sedan tidigare finns fastställda i det upphandlade ramavtalet.<sup>16</sup>

Vid upphandling av ramavtal ska enligt praxis<sup>17</sup> den upphandlande myndigheten i förväg ange en viss maximal kvantitet upp till vilken avrop kan ske. När denna gräns väl nåtts har avtalet nämligen inte längre någon verkan.<sup>18</sup> Härigenom uppkommer bland annat en kontroll av att avtal som har tecknats utan angivande av fast pris eller volym håller sig inom de värdegränser som styr valet av upphandlingsförfarande.<sup>19</sup>

Upphandling av varor ska om det samlade kontraktsvärdet<sup>20</sup> överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde, som för närvarande uppgår till 2.197.545 kronor<sup>21</sup> handläggas enligt de direktivstyrda förfarandebestämmelserna i 1-18 kap. LOU. Om värdet understiger tröskelvärdet får handläggningen istället ske enligt bestämmelserna i 19 kap. LOU.

<sup>9</sup> Angående de grundläggande principernas innebörd, se bl.a. prop. 2006/07:128, s. 132 samt prop. 2015/16:195, s. 426 ff.

<sup>10</sup> Med *leverantörer* avses enligt 1 kap. 16 § LOU företag som är verksamma med att på marknaden tillhandahålla varor, tjänster eller byggtreprenader.

<sup>11</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>12</sup> Se 19 kap. 1 § jämförd med 4 kap. 1 och 2 § LOU samt HFD 2018 ref. 60 med särskilt yttrande av justitierådet Nord.

<sup>13</sup> Med *ramavtal* avses enligt legaldefinitionen i 1 kap. 20 § LOU ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod.

<sup>14</sup> För ramavtal med en ensam leverantör se 7 kap. 4 § LOU.

<sup>15</sup> För ramavtal med flera leverantörer se 7 kap. 6 § LOU

<sup>16</sup> För ramavtal med förnyad konkurrensutsättning se 7 kap. 7-9 §§ LOU. Denna tilldelningsgrund brukar som regel dock förekomma endast för större eller tekniskt komplicerade beställningar.

<sup>17</sup> EU-domstolens dom i *CoopService* (C-216/17) EU:C:2018:1034 och i *Simonsen & Weel* (C-23/20) EU:C:2021:490.

<sup>18</sup> Se bl.a. ovan nämnda dom i *CoopService* (C-216/17), p. 61.

<sup>19</sup> Se bl.a. ”Konkurrensverkets ställningstagande om maximal omfattning av ramavtal och öppenhetsprincipen” (2022:2), av den 29 april 2022, dnr 625/2021.

<sup>20</sup> Kontraktsvärdesberäkningen för ett ramavtal ska enligt 19 kap. 1 § jämförd med 5 kap. 3 § LOU göras utifrån det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas enligt de varukontrakt som ingår i upphandlingen. Metoden för att uppskatta upphandlingens värde får enligt 19 kap. 1 § jämförd med 5 kap. 6 § samma lag inte väljas i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena blir tillämpliga.

<sup>21</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) uppgick under perioden den 1 januari 2020 till och med den 31 december 2022 till 2.197.545 kronor - se regeringens tillkännagivande (2020:8) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

Oaktat vilket ska som regel ett annonserat upphandlingsförfarande genomföras, där den upphandlande myndigheten inhämtar konkurrerande anbud, genom antingen en annons i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED<sup>22</sup> och/eller genom annons i en nationell elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.<sup>23</sup>

En *direkt tilldelning*<sup>24</sup> av varukontrakt, där den upphandlande myndigheten utan föregående publikt annonseringsförfarande tillåts vända sig direkt till viss leverantör, får endast komma ifråga vid följande i lagen särskilt angivna undantagsfall.

- Värdet av det som upphandlas beräknas understiga 700.000 kronor<sup>25</sup> - eller om det föreligger *synnerliga skäl*,<sup>26</sup>
- Anskaffningen är *absolut nödvändig* och det föreligger en *synnerlig brådska* som gör det omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid ett annonserat förfarande,<sup>27</sup>
- det har vid en tidigare genomförd annonserad upphandling *inte lämnats några lämpliga anbud*, eller *enbart ogiltiga eller oacceptabla anbud*,<sup>28</sup>
- kontraktet gäller varor som framställs endast för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål<sup>29</sup>
- syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett *unikt konstverk eller konstnärlig prestation*.<sup>30</sup>
- det av *tekniska skäl inte finns någon konkurrens*, eller det som ska anskaffas *skyddas av ensamrätt* och därför endast kan tillhandahållas av en viss leverantör,<sup>31</sup>
- upphandlingen gäller kompletterande leveranser från den ursprungliga varuleverantören,<sup>32</sup> eller varor som är noterade och omsätts på en råvarumarknad, eller är möjliga att anskaffa på särskilt förmånliga villkor i samband med att en leverantör upphör med sin verksamhet eller är föremål för ett obeståndsförfarande.<sup>33</sup>
- 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.

*Direktupphandling*<sup>34</sup> får även komma i fråga om:

- anskaffningen är nödvändig för att tillgodose ett angeläget behov som har uppstått till följd av pågående eller avslutad handläggning vid allmän förvaltningsdomstol.<sup>35</sup>

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis ska alla möjligheter till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges inom området för offentlig upphandling tolkas *restriktivt* och det ankommer på den upphandlande myndigheten att *visa* sådana särskilda omständigheter som motiverar undantaget.<sup>36</sup>

<sup>22</sup> 10 kap. 1 § LOU och 2 § upphandlingsförordningen (2016:1162).

<sup>23</sup> 19 kap. 8 § och 10 kap. 5 a § LOU samt 10 § upphandlingsförordningen (2016:1162).

<sup>24</sup> Med *direkt tilldelning* avses här såväl ett *förhandlat förfarande utan föregående annonsering* enligt 6 kap. 12-19 § LOU som *direktupphandling* enligt 19 a kap. samma lag. Det senare förfarandet kan dock endast komma ifråga vid upphandling under tröskelvärdena.

<sup>25</sup> Före den 1 februari 2022 beräknades istället värdegränsen för direktupphandling till 28 procent av vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde.

<sup>26</sup> Se 19a kap. 5 § punkten 3 LOU. Av lagförarbetena framgår 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.

<sup>27</sup> Se 19a kap. 5 § punkten 1 och 6 kap. 15 § LOU. För undantag krävs att det ska föreligga yttre, oförutsebara omständigheter som varken kan tillskrivas eller har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten och som har gjort det omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid ett ordinarie annonserat förfarande (inklusive påskyndat förfarande). Enligt 11 kap. 10 § LOU får en annonserad upphandling genomföras i ett *påskyndat förfarande* med en minsta anbudsfrist på 15 dagar, varvid det i så fall inte kan anses föreligga någon synnerlig brådska.

<sup>28</sup> 19a kap. 4 § och 6 kap. 12 och 13 § LOU.

<sup>29</sup> 6 kap. 17 § LOU. Kontraktet får i så fall inte omfatta tillverkning i kvantiteter som är ägnade att åstadkomma lönsamhet eller att täcka forsknings- och utvecklingskostnader, och tilldelningen av kontraktet får inte påverka efterföljande konkurrensutsatt upphandling avsedd särskilt för sådana ändamål.

<sup>30</sup> 19a kap. 5 § punkten 2 jämförd med 6 kap. 14 § första stycket 1 LOU.

<sup>31</sup> 19a kap. 5 § punkten 2 jämförd med 6 kap. 14 § första stycket 2 (tekniska skäl) eller 3 (ensamrätt) LOU.

<sup>32</sup> 19a kap. 5 § punkten 2 jämförd med 6 kap. 17 § punkten 2 LOU.

<sup>33</sup> 19a kap. 5 § punkten 2 jämförd med 6 kap. 17 § punkterna 3 och 4 LOU.

<sup>34</sup> *Direktupphandling* kan endast komma ifråga om förutsättningarna i 19a kap. LOU är uppfyllda.

<sup>35</sup> Se 19a kap. 6 § LOU. Direktupphandling enligt denna bestämmelse får dock inte ha längre löptid eller vara mer omfattande än vad som krävs med hänsyn till upphandlingens syfte (se 19a kap. 7 § LOU).

<sup>36</sup> För den s.k. *försiktighetsprincipen*, se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23 jämte där noterad praxis; se även HFD 2017 ref. 66.

De upphandlande myndigheterna ska vidare besluta om interna riktlinjer för direktupphandling samt dokumentera genomförandet av sådana upphandlingar där värdet överstiger 100.000 kronor. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att myndigheten ska kunna motivera sina beslut under upphandlingens samtliga skeden.<sup>37</sup>

Avtal som har kommit till genom en s.k. *otillåten direkttilldelning*, utan iakttagande av kravet på annonsering, kan förklaras ogiltigt efter beslut av allmän förvaltningsdomstol.<sup>38</sup> En ansökan om ogiltighet av avtal ska som huvudregel ha kommit in till rätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Efter denna frist kan talan inte längre prövas.<sup>39</sup>

Domstol kan på talan av Konkurrensverket även besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av den upphandlande myndigheten.<sup>40</sup> En sådan straffavgift ska beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor, dock inte högre än tio procent av kontraktsvärdet.<sup>41</sup> Talan om upphandlingsskadeavgift ska vara väckt inom sex månader från lagakraftvunnen avtalsogiltighet eller i annat fall senast ett år från den tidpunkt då avtalet slöts.<sup>42</sup> Härfter kan en sådan talan heller inte längre prövas.

### Yttrande

Kommunen har med anledning av Konkurrenskommissionens preliminära utredning som upprättats i ärendet bl.a. anfört att man i nuläget inte kan yttra sig eftersom Konkurrensverket påbörjat ett ärende med utredning i samma sak. För kännedom har en ny annonserad upphandling även numera genomförts.<sup>43</sup> Konkurrensverket har sedermera avskrivit ärendet.<sup>44</sup>

### 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 vid sina anskaffningar följa vid varje tidpunkt gällande bestämmelser om offentlig upphandling.

Av utredningen framgår att Kommunen tidigare haft ett upphandlat ramavtal för löpande avrop av varor från den lokala dagligvarubutiken. Detta avtal löpte emellertid ut i maj 2020 och har där efter inte förlängts. Olika kommunala förvaltningar och verksamheter har dock fortsatt att löpande köpa varor direkt från dagligvarubutiken för ett icke obetydligt värde. Konkurrensen på den lokala marknaden för detaljhandel av livsmedel riskerar härigenom att snedvridas.

Eftersom det rör sig om återkommande behov av varor ska Kommunen se till att upphandla ett ramavtal. Detta avtal kan tecknas med flera sinsemellan rangordnade leverantörer, för avrop enligt exempelvis en regional avropsnyckel. På detta sätt skulle Kommunens olika förvaltningar och övriga verksamheter på ett smidigt sätt kunna göra avrop på avtalet från närmaste lokala leverantör, utan att behöva komma i konflikt med bestämmelserna om offentlig upphandling.

Att, på sätt som nu skett, avropa varor i ett avtalslöst tillstånd strider dock mot de upphandlingsbestämmelser som kommit till för att underlätta konkurrensen och främja en effektiv användning av offentliga medel, men även för att motverka korrupcion i offentlig verksamhet. Kommunen har dock numera, omgående sedan frågan uppmärksammats, valt att inleda ett nytt annonserat upphandlingsförfarande. Det finns därmed inte anledning att ytterligare kritisera Kommunen.

---

<sup>37</sup> Se 19 kap. 30 § LOU.

<sup>38</sup> 20 kap. 13 § LOU.

<sup>39</sup> 20 kap. 17 § LOU.

<sup>40</sup> 21 kap. 1 § första stycket 3 LOU.

<sup>41</sup> 21 kap. 4 § LOU. I rättspraxis har dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktsvärde.

<sup>42</sup> 21 kap. 7 § LOU.

<sup>43</sup> E-postmeddelanden från Kommunen till Konkurrenskommissionen, dels den 26 maj 2023, rubr. "Yttrande i ärende 23-012", dels den 13 juni 2023, rubr. "VB: Konkurrensverket, dnr. 331/2023".

<sup>44</sup> Konkurrensverkets beslut av den 12 juni 2023 i ärende nr. 331/2023.