

PM 2 2024-12-11 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direkttilldelning (åberopande av tekniska skäl).**

*Ett kommunalt renhållningsbolag har – under föregivande av tekniska skäl – beslutat köpa avfallskärl för i vart fall c:a 5,3 miljoner kronor direkt från ett privat företag.*

Mellanskånes Renhållningsaktiebolag (nedan MERAB)<sup>1</sup> slöt den 17 april 2024 ett avtal om köp av avfallskärl (nedan Avtalet)<sup>2</sup> direkt med ett privat företag (nedan Kärltillverkaren).<sup>3</sup> I ett meddelande om s.k. frivillig förhandsinsyn (nedan Meddelandet)<sup>4</sup> som publicerades den 3 april 2024 anges bl.a. följande:

”[MERAB] har för avsikt att ingå avtal med [Kärltillverkaren] avseende inköp av avfallskärl med tillhörande byte av existerande avfallskärl (CPV-kod 44616200-3). Existerande avfallskärl ska bytas ut till s.k. fyrfackskärl under avtalstiden som löper till och med den 31 december 2024. Avtalsvärdet uppgår till ca 9 miljoner kr. Avtalet ingås genom upphandling utan föregående annonsering enligt 6 kap 14 § 1 st 2 p lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, d.v.s. det bedöms av tekniska skäl inte föreligga någon konkurrens på marknaden”.<sup>5</sup>

Av Avtalet framgår bland annat att MERAB, i enlighet med en ändrad renhållningsordning, kommer att övergå till fyrfackskärl som standard till sina abonnenter/kunder från och med den 1 januari 2025. Med hänsyn till kommande lagstiftning och för att optimera miljöhanteringen av förekommande avfall har MERAB beslutat att köpa in s.k. fyrfackskärl. Inköpet har skett genom en *direkttilldelning*<sup>21</sup> med tillämpning av s.k. frivillig förhandsinsyn, eftersom det utifrån MERAB:s undersökningar av marknaden finns goda grunder att anta att Kärltillverkaren är den enda möjliga leverantören på marknaden.<sup>6</sup>

Enligt Avtalet ska Kärltillverkaren under perioden den 1 juni – 31 augusti 2024 leverera fyrfackskärl till c:a 2.500 berörda användare inom MERAB:s upptagningsområde.<sup>7</sup> För detta ska MERAB betala Kärltillverkaren 1.790 kronor för själva kärlden, samt 390 kronor för arbetet med utsättning och 3 kronor per kilo för insamling och återvinning av befintliga kärl, samtliga belopp angivna exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).<sup>8</sup>

Någon annonserad anbudsinfordran har inte genomförts utan Avtalet har tecknats direkt mellan MERAB och Kärltillverkaren utan möjlighet för andra leverantörer att lämna anbud.

Upphandlingens aktuella kontraktsvärde kan med ledning av vad som redovisas ovan uppskattas till i vart fall c:a 5,3 miljoner kronor (exkl. moms).<sup>9</sup>

<sup>1</sup> Mellanskånes Renhållningsaktiebolag (MERAB), med organisationsnummer 556214-7800, bildades den 16 oktober 1981 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) 22 januari 1982. Nuvarande firma registrerades samtidigt. Gällande bolagsordning registrerades den 24 juni 2024. Bolaget har till föremål för sin verksamhet att ”... svara för renhållningsfrågor och avfallshantering, återvinning och deponering för Eslövs, Hörbys och Höörs kommun. Till bolagets verksamhet hör också att uppföra, äga, hyra, förvalta och underhålla anläggningar och utrustning som erfordras för bolagets verksamhetsföremål. Bolagets verksamhet ska bedrivas åt ägarkommunerna i ägarkommunernas ställe”. Bolaget ägs gemensamt av de tre kommunerna Eslöv, Hörby och Höör.

<sup>2</sup> Avtalet "AVTAL OM LEVERANS av AVFALLSKÄRL", upprättat den 3 mars men undertecknat av parterna den 17 april 2024.

<sup>3</sup> Kärltillverkaren har säte och driftställe i till den till MERAB:s ägarkommuner närliggande Perstorps kommun, samtliga i Skåne län.

<sup>4</sup> Meddelandet "195885-2024 - Frivillig förhandsinsyn Sverige – Avfallstunor – Inköp av avfallskärl OJ S 66/2024 03/04/2024 Meddelande om frivillig förhandsinsyn Varor" som skickades till Europeiska kommissionen den 2 april 2024 för publicering den 3 april 2024 i Europeiska unionen officiella tidning (EUT) och i databasen TED, nr. 099f56dc-a433-4cd0-8d00-12316b531e2d , dnr. 2024-002.

<sup>5</sup> Se Meddelandet, punkten 2.1.4, "Allmänna upplysningar, Rättslig grund".

<sup>6</sup> Se Avtalet, avsnitt 2, "Bakgrund och syfte", punkterna 2.1- 2.4 samt avsnitt 9, "Tider".

<sup>7</sup> Se Avtalet, avsnitt 5, "Avtalsföremål och omfattning", punkten 5.1. Vidare anges under punkten 5.2 i samma avsnitt, att följande ska ingå i leveransen: a) Tillverkning, montering och leverans av kärlden, där Kärltillverkaren ska tillhandahålla allt nödvändigt emballage och paketering. b) Utsättning av kärlden till kund, samt c) Återtagning/insamling, demontering och återvinning av (befintliga) kärl.

<sup>8</sup> Se Avtalet, avsnitt 11, "Ekonomiska villkor", punkten 11.1.

<sup>9</sup> Beräkningen utgår från  $(1.790+390 \text{ kr}) \times 2.500 \text{ abonnenter} = 5.375.000 \text{ kronor}$ . I Meddelandet anges dock, under punkten "Resultat", att värdet av de kontrakt som tilldelas i förfarandet istället uppgår till 9 miljoner kronor.

### **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>10</sup> och syftar bland annat till att motverka korruption i offentlig verksamhet.<sup>11</sup>

Kommunala bolag utgör sådana s.k. *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iaktta bestämmelserna i LOU<sup>12</sup> vid anskaffning av bland annat varor genom tilldelning av kontrakt med ekonomiska villkor.<sup>13</sup>

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>14</sup> ska iakttas vid offentlig upphandling, däribland krav på *likabehandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparens)*.<sup>15</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 avgränsa förfarandet till svenska företag eller den svenska marknaden.<sup>16</sup>

Ett avtal om köp av avfallstunnor (CPV 44616200),<sup>17</sup> ska handläggas som ett *varukontrakt*.<sup>18</sup> Om värdet av upphandlingen överstiger gällande tröskelvärdet – för närvarande 2.389.585 kronor<sup>19</sup> – ska upphandling genomföras med iakttagande av de direktivstyrda förfarandebestämmelserna i 1-18 kap. LOU. Upphandlingen ska som huvudregel i så fall handläggas med annonserad anbudsinfordran. En annons om upphandlingen ska skickas för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.<sup>20</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> Se bl.a. SOU 2018:44, avsnitt 7, ”Ett regelverk som motverkar korruption”, (s. 233 ff).

<sup>12</sup> 1 kap. 18 § jämförd med 22 § LOU.

<sup>13</sup> Se 1 kap. 2 § LOU.

<sup>14</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>15</sup> De grundläggande principer som här åsyftas följer av avdelning IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF. 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>16</sup> Se prop. 2006/07:128, s. 132.

<sup>17</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>18</sup> Med varukontrakt avses enligt 1 kap. 24 § LOU ett kontrakt som gäller köp, leasing, hyra eller hyrköp av en vara. Ett varukontrakt kan som ett underordnat inslag även omfatta tjänster i form av kompletterande monterings- och installationsarbeten.

<sup>19</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. Tröskelvärdet för kommunal upphandling av varukontrakt inom den klassiska sektorn uppgår sedan den 1 januari 2024 till 2.389.585 kronor - se regeringens tillkännagivande (2024:30) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>20</sup> Se 10 kap. 1 § LOU samt 2 § upphandlingsförordningen (2016:1152).

*Direkttilldelning*, där den upphandlande myndigheten i ett *förhandlat förfarande utan föregående annonsering* vänder sig direkt till en viss leverantör eller grupp av leverantörer, får komma ifråga endast vid vissa i lagen särskilt angivna undantagsfall.<sup>21</sup>

Enligt 6 kap. 14 § första stycket 2 och 3 LOU får exempelvis direkttilldelning tillämpas 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>22</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>23</sup>

För att *ensamrätt* ska kunna göras gällande krävs att kontraktet av legala skäl kan fullgöras av *endast en leverantör*. Fall där 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 dock inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå måste genomföras.<sup>24</sup> I lagförarbetena<sup>25</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>26</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 undantaget faktiskt föreligger.

<sup>21</sup> Med *direkt tilldelning* avses här ett *förhandlat förfarande utan föregående annonsering* enligt 6 kap. 12-19 § LOU. Förfarandet skiljer sig från *direktupphandling* enligt 19 a kap. samma lag, som i fråga om varuupphandling enbart tillåts komma i fråga om värdet av upphandlingen understiger gällande tröskelvärde - 2.389.585 kronor - och det kan visas särskilda undantagsskäl.

<sup>22</sup> 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU. Bestämmelsen genomför artikel 32.2(b) LOU-direktivet.

<sup>23</sup> EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-57/94) EU:C:1995:150, p. 24.

<sup>24</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>25</sup> Prop. 2015/16:195, s. 998.

<sup>26</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23, samt där redovisad praxis.

Konkurrensverket har i ett tillsynsärende<sup>27</sup> väckt talan om *upphandlingsskadeavgift* mot en kommun vars renhållningsförvaltning köpt fyrfackskärl direkt från Kärltillverkaren utan föregående annonserad anbudsinfordran. Av ansökan framgår bland annat följande.

”Kommunen har anfört att avtalet fick direktupphandlas med hänvisning till undantagen för tekniska skäl, ensamrätt och kompletterande leveranser. Konkurrensverket anser inte att något undantag fick användas. Utredningen visar att andra leverantörer hade kunnat tillhandahålla fyrfackskärl eller andra tekniska lösningar samt att avtalet avsåg en nyanskaffning som inte kompletterade någon befintlig leverans. Kommunen har därmed gjort en otillåten direktupphandling och ska betala en upphandlingsskadeavgift.”<sup>28</sup>

För närvarande har under hösten 2024 publicerats i vart fall fyra upphandlingar där svenska upphandlande myndigheter inforrdar konkurrerande anbud för leverans av fyrfackskärl m.m. i annonserade förfaranden.<sup>29</sup>

En upphandling som har tillkännagetts genom frivillig förhandsinsyn kan endast angripas genom ordinarie rättsmedel (rättelse/omgörelse eller ogiltighet av avtal). Ansökan om ett sådant ingripande ska ges in till allmän förvaltningsdomstol inom tio dagar räknat från det att annonsen publicerats, därefter föreligger inte längre någon möjlighet att föra talan.<sup>30</sup>

Efter beslut av Konkurrensverket<sup>31</sup> kan den upphandlande myndigheten emellertid tvingas att betala *upphandlingsskadeavgift*.<sup>32</sup> Denna straffavgift ska beräknas till lägst 10.000 och högst 20 miljoner kronor, dock inte mer än tio procent av kontraktsvärdet.<sup>33</sup> I rättspraxis har dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet.

Påförande av upphandlingsskadeavgift ska senast beslutas inom sex månader från lagakraftvunnen dom om avtalsogiltighet eller i annat fall inom två år från den tidpunkt då avtalet slöts.<sup>34</sup> Den upphandlande myndigheten kan överklaga Konkurrensverkets beslut att påföra upphandlingsskadeavgift till allmän förvaltningsdomstol.<sup>35</sup>

## Yttrande

MERAB har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet anfört följande: ”[MERAB] genomförde annonsering om förhandsinsyn och hänvisar till vad som framgår av annonsen. Annonsen bifogas som bilaga”. Av bilagan framgår vidare: ”[MERAB] har för avsikt att ingå avtal med [Kärltillverkaren] avseende inköp av avfallskärl med tillhörande byte av existerande avfallskärl (CPV-kod 44616200-3). Existerande avfallskärl ska bytas ut till s.k. fyrfackskärl under avtalstiden som löper till och med den 31 december 2024. Avtalsvärdet uppgår till ca 9 miljoner kr. Avtalet ingås genom upphandling utan föregående annonsering enligt 6 kap 14 § 1 st 2 p lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, d.v.s. det bedöms av tekniska skäl inte föreligga någon konkurrens på marknaden”.<sup>36</sup>

<sup>27</sup> Konkurrensverket är enligt regeringens förordnande nationell tillsynsmyndighet över offentlig upphandling jml. 22 kap. 1 § LOU jämförd med 1 § förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket.

<sup>28</sup> Se Konkurrensverkets utredning i ärende nr. 370/2024 med ansökan den 16 maj 2024 om upphandlingsskadeavgift mot Söderköpings kommun.

<sup>29</sup> Under september-oktober 2024 har registrerats följande annonserade upphandlingar: • *Kinda kommun*, TED-annons den 21 oktober 2024, nr. 635086-2024 ang. anskaffning och utplacering av fyrfacks avfallskärl samt återtag, demontering och återvinning av begagnade kärl (OJ S 205/2024 21/10/2024); • *Sörmland Vatten och Avfall AB*, TED-annons nr. 608888-2024, den 8 oktober 2024 ang. anskaffning och utplacering av fyrfacks avfallskärl (OJ S 197/2024 09/10/2024); • *Upplands-Bro kommun*, TED-annons nr. 587013-2024, den 30 september 2024 ang. anskaffning och utplacering av fyrfacks avfallskärl (OJ S 190/2024 30/09/2024), samt • *VA SYD*, TED-annons nr. 583988-2024, den 27 september 2024 ang. anskaffning och utplacering av bl.a. fyrfacks avfallskärl (OJ S 189/2024 27/09/2024).

<sup>30</sup> 20 kap. 3 § och 15 § första stycket 3 LOU.

<sup>31</sup> 21 kap. 6 och 7 § LOU, i lydelse efter den 1 januari 2024.

<sup>32</sup> 21 kap. 1 § första stycket 3 LOU.

<sup>33</sup> 21 kap. 9 § LOU, i lydelse efter den 1 januari 2024.

<sup>34</sup> 21 kap. 10 och 11 § LOU, i lydelse efter den 1 januari 2024.

<sup>35</sup> 21 kap. 15 § LOU, i lydelse efter den 1 januari 2024.

<sup>36</sup> MERAB – E-postmeddelande med yttrande till Konkurrenskommissionen den 2 december 2024.

### **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.

MERAB är som upphandlande myndighet skyldig att iaktta regelverket i LOU vid anskaffning av bland annat varor. Av utredningen framgår att MERAB beslutat köpa avfallskärl i form av fyrfackskärl för i vart fall c:a 5,3 miljoner kronor direkt från Kärltillverkaren, utan föregående annonserad anbudsinfordran.

Eftersom det rör sig om ett varukontrakt över tröskelvärdet ska upphandlingen genomföras med iakttagande av de direktivstyrda bestämmelserna 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, så att alla på den inre marknaden verk samma leverantörer ges lika möjlighet att lämna anbud.

Det är oklart vad MERAB söker göra gällande i sitt yttrande till Konkurrenskommissionen, men till skillnad från vad bolaget verkar tro utgör ett meddelande om förhandsinsyn inte någon annonserad upphandling i sig, utan innefattar enbart uppgift om att en direkttilldelning har beslutats ske till en viss (namngiven) leverantör. Detta förfarande tillåts bara komma ifråga vid särskilda i lagen angivna omständigheter, såsom exempelvis att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens. Det får vid sådant förhållande dock inte vara fråga om någon konstruerad avgränsning till 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 överhuvudtaget inte 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 visas vara tekniskt nära nog omöjligt för någon annan leverantör att komma ifråga för att fylla det behov som upphandlingen avser.

MERAB har i det nu aktuella fallet påstått att det utifrån en egenutförd marknadsundersökning finns goda grunder att anta att Kärltillverkaren är den enda möjliga leverantören. Som Konkurrensverket emellertid kommit fram till vid utredning av en annan likande direkttilldelning finns det även andra leverantörer på marknaden som hade kunnat tillhandahålla fyrfackskärl eller andra tekniska lösningar. Det kan även noteras att enbart under hösten 2024 har hittills minst fyra kommunala renhållare genomfört annonserad anbudsinfordran av fyrfackskärl för sin avfallsverksamhet. Även MERAB borde ha annonserat upphandlingen.

Den omständigheten att MERAB möjligen kan ha trott sig veta att Kärltillverkaren är enda tänkbara leverantör fyrfackskärl medför inte i sig något undantag från annonseringsskyldigheten enligt LOU och det bakomliggande upphandlingsdirektivet.

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

Om Konkurrensverket väljer att ingripa mot förfarandet riskerar MERAB att tvingas betala upphandlingsskadeavgift, som är ett slags böter, med upp till 373.000 kronor.