

PM 2 2025-04-02 SLUTLIG BEDÖMNING

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

En kommun har – under föregivande av tekniska skäl – beslutat köpa avfallskärl för i vart fall 3 miljoner kronor direkt från ett privat tillverkningsföretag.

Söderköpings kommun (nedan Kommunen) slöt den 13 juli 2023 ett avtal om köp av avfallskärl (nedan Avtalet)¹ direkt med ett privat företag (nedan Kärltillverkaren). Av Avtalet framgår bland annat att Kommunen av Kärltillverkaren ska köpa 914 s.k. fyrfackskärl om vardera 370 liter för leverans under september–oktober 2023 till ett offererat pris om totalt 3.041.512 kronor exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms). Anskaffningen har gjorts i bland annat belysning av att Kommunen enligt lag senast den 1 januari 2027 ska ha infört fastighetsnära insamling² och i vart fall senast då kommer ha behov av flerfackskärl.

I ett meddelande om s.k. *frivillig förhandsinsyn* (nedan Meddelandet)³ som publicerades den 5 juli 2023 anges att upphandlingen har handlagts som en *direkttilldelning* enligt bestämmelserna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av att konkurrens saknas av tekniska skäl.⁴ Vidare anges bland annat följande.

*”Upphandlingen genomförs med beaktande av reglerna i Lagen om offentlig upphandling Kapitel 6. 14 § punkt 2. Varan kan endast tillhandahållas av en leverantör därför att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens”.*⁴

*”Upphandlingen genomförs som ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Efter genomförd marknadsdialog och tidigare erfarenheter kan endast en leverantör leva upp till kommunens kravspecifikation samt leveranskrav”.*⁵

Någon annonserad anbudsinfordran har således aldrig genomförts utan Avtalet har tecknats direkt mellan Kommunen och Kärltillverkaren utan möjlighet för andra leverantörer att lämna anbud. Den *”marknadsdialog”* som Kommunen hänvisar till finns inte dokumenterad men ska enligt uppgift⁶ bestå av följande förhållanden.

- Kommunens erfarenheter från tidigare genomförd upphandling, 2017–2018.
- Kontroll av alla genomförda upphandlingar av avfallskärl de senaste tre åren, inklusive alla annonserade upphandlingar i TED med notering att det är enbart Kärltillverkaren eller dess dotterbolag som har deltagit i och vunnit dessa upphandlingar av fyrfackskärl.
- Marknadsbevakning på mässor och löpande information från olika källor om tekniska lösningar för avfallsinsamling, avfallsinsamlingssystem m.m.
- Andra kommuners utredningsunderlag inför beslut att införa flerfacksinsamling.

¹ Se Kommunens dokument ”UPPHANDLING” ”BESTÄLLNING/OFFERBEGÄRAN”, odaterat, samt Kärltillverkarens ”ORDER-ERKÄNNANDE”, med ordernummer D 19854, daterad den 13 juli 2023.

² Se 3 kap. 1 b § avfallsförordningen (2020:614) samt 6 kap. 3 § förordningen (2022:1274) om producentansvar för förpackningar.

³ Meddelandet ”Sverige-Söderköping: Soptunnor och papperskorgar 2023/S 127-404973 Meddelande om frivillig förhandsinsyn Varor” som skickades till Europeiska kommissionen den 30 juni för publicering den 5 juli 2023 i Europeiska unionen officiella tidning (EUT) och i databasen TED, nr. 404973-2023-SV.

⁴ Se Meddelandet, punkten IV.1.1, ”Typ av förfarande”.

⁵ Se Meddelandet, punkten 2.2.4, ”Beskrivning av upphandlingen”.

⁶ Uppgift från Kommunens yttrande till Konkurrensverkets i ärende nr. 370/2024 samt punkten 15 i verkets ansökan om upphandlingsska-deavgift hos Förvaltningsrätten i Stockholm, i mål nr. 3612-24.

Som bland annat Konkursverket funnit finns det emellertid på marknaden för tillverkning av avfallsskär en fungerande konkurrens med flera leverantörer som hade kunnat komma i fråga för att lämna anbud till kommunen, antingen genom befintlig produktion eller nyproduktion i enlighet med aktuell kravspecifikation eller genom alternativa tekniska lösningar enligt Kommunens behov.

I februari 2024, dvs. mer än ett halvår efter det att beslut om tilldelning redan meddelats, har Kommunen ställt följande frågor till en med Kärltillverkaren konkurrerade leverantör.

"Hej! Jag har några frågor till dig eftersom ni är en av de största leverantörerna av kärll i Sverige. I dag finns bara en leverantör av flerfackskärll ([Kärltillverkaren]), eller hur? Om ni skulle ta fram ett flerfackskärll som liknar [Kärltillverkarens] lösning, vilken bedömd uppstartstid har ni då?"⁷

Dessa frågor har av den konkurrerade leverantören besvarats på följande sätt:

"- Ja, det stämmer att det endast är [Kärltillverkaren] som har den fyrfackskärll. [Det] finns ingen annan tillverkare på marknaden som producerar eller säljer dessa. [...] Vi har i dag inte den här lösningen (produkten). Om vi skulle ta fram en liknande produkt så är led-tiden för att ta fram produktionsverktyg mm mellan 12-18 månader."⁸

Upphandlingens aktuella kontraktswärde kan med ledning av vad som ovan redovisas uppskattas till i vart fall c:a 3 miljoner kronor (exkl. moms).⁹

Efter att Konkursverket inlett ett tillsynsärende¹⁰ med begäran om upphandlingsskadeavgift har Förvaltningsrätten i Stockholm dömt Kommunen att betala 250.000 kr i upphandlingsskadeavgift – som är ett slags böter.¹¹ Av förvaltningsrätten domskäl framgår bl.a. följande. Det saknas dokumentation från den utredning som uppges ha genomförts innan Avtalet ingicks. Marknadsundersökningen har i stället i huvudsak gjorts i efterhand. Såvitt vidare framkommit har Kommunen enbart kontaktat en (1) annan leverantör, vilket dessutom skedde flera månader efter direkttilldelningen. Det har också framkommit att även andra aktörer hade kunnat ta fram fyrfackskärll eller andra tekniska lösningar, vilket talar emot att det saknades konkurrens. Det går därför inte att utesluta att ytterligare leverantörer kan ha funnits på marknaden. Marknadsanalysen är därför bristfällig och ger inte tillräcklig stöd för att endast Kärltillverkaren kunde tillgodose kommunens behov. Enligt förvaltningsrätten saknas det även tillräckligt stöd för att det förelåg någon tidsbrist eller något annat skäl som gjorde det absolut nödvändigt att direktupphandla från Kärltillverkaren. Det är därför relevant att det fanns leverantörer som med viss tidsutdräkt hade kunnat ta fram en lösning. Vid prövningen om upphandlingsskadeavgift åberopade Kommunen även undantag för kompletterande leveranser,¹² vilket dock avfärdades av rätten.

⁷ E-postmeddelande "Fråga om leverantör av flerfackskärll", den 22 februari 2024 från Kommunen till den konkurrerade leverantören.

⁸ E-post, svarsmeddelande, den 22 februari 2024 från den konkurrerade leverantören till Kommunen.

⁹ I meddelandet om förhandssyn anges (punkten II.1.7) kontraktswärdet dock till 3,5 miljoner kronor, vilket Konkursverket lagt till grund för beräkningen av upphandlingsskadeavgift.

¹⁰ Se Konkursverkets utredning i ärende nr. 370/2024 med ansökan den 16 maj 2024. Konkursverket anser inte att något undantag kunnat användas. Utredningen visar att andra leverantörer hade kunnat tillhandahålla fyrfackskärll eller andra tekniska lösningar samt att avtalet avsåg en nyanskaffning som inte kompletterade någon befintlig leverans. Kommunen hade enligt verket därmed gjort en otillåten direktupphandling och ska betala en upphandlingsskadeavgift.

¹¹ Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 21 november 2024 i mål nr. 3612-24. Domen har vunnit laga kraft.

¹² För undantaget vid kompletterande leveranser, se 6 kap. 17 § punkten 2 LOU.

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)¹³ och syftar bland annat till att motverka korruption i offentlig verksamhet.¹⁴

Kommunala myndigheter och beslutande församlingar utgör sådana s.k. *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iaktta bestämmelserna i LOU¹⁵ vid anskaffning av bland annat varor genom tilldelning av kontrakt med ekonomiska villkor.¹⁶

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 förfarande¹⁷ ska iakttas vid offentlig upphandling, däribland krav på *likabehandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparens)*.¹⁸

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 myndigheten inte förväntar sig några utländska anbud får den vid utformandet av förfrågningsunderlaget således inte avgränsa förfarandet till svenska företag eller den svenska marknaden.¹⁹

Ett avtal om köp av avfallstunor (CPV 44616200),²⁰ ska handläggas som ett *varukontrakt*.²¹ Om värdet av upphandlingen överstiger vid upphandlingstidpunkten gällande tröskelvärde, 2.236.731 kronor,²² ska upphandlingen genomföras med iakttagande av de direktivstyrda förfarandebestämmelserna i 1-18 kap. LOU. Upphandlingen ska i så fall som huvudregel handläggas med annonserad anbudsinfordran. En annons om upphandlingen ska skickas för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.²³

¹³ EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU, av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

¹⁴ Se bl.a. SOU 2018:44, avsnitt 7, "Ett regelverk som motverkar korruption", (s. 233 ff).

¹⁵ Se 1 kap. 22 § LOU.

¹⁶ Se 1 kap. 2 § LOU.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ Se prop. 2006/07:128, s. 132.

²⁰ 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.

²¹ 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.

²² 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 uppgick i maj 2023 till 2.236.731 kronor - se regeringens tillkännagivande (2022:190) om tröskelvärdet vid offentlig upphandling.

²³ 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.²⁴

Enligt 6 kap. 14 § första stycket 2 och 3 LOU får direkttilldelning exempelvis 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.²⁵

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.²⁶

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 viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för aktuella leveranser (s.k. *faktisk ensam situation*) medför dock inte undantag från kravet på annonserad upphandling.²⁷ I lagförarbetena²⁸ 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 praxis²⁹ ska alla möjligheter till undantag 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.

²⁴ 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 – 2.236.731 kronor - och det kan visas särskilda undantagsskäl.

²⁵ 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU. Bestämmelsen genomför artikel 32.2(b) LOU-direktivet.

²⁶ EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-57/94) EU:C:1995:150, p. 24.

²⁷ Se bl.a. EU-domstolens dom i de förenade målen *Bockhorn Braunschweig* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220.

²⁸ Prop. 2015/16:195, s. 998.

²⁹ 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 tillkännagivits genom förhandsinsyn kan endast angripas genom ordinarie rättsmedel (rättelse/omgörelse eller ogiltighet av avtal). Ansökan ska i så fall ges in till allmän förvaltningsdomstol inom tio dagar räknat från det att annonsen publicerats, därefter föreligger inte längre någon möjlighet att föra talan.³⁰

Domstol kan även på talan av Konkurrensverket³¹ besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av den upphandlande myndigheten.³² En sådan straffavgift ska beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor³³, dock inte högre än tio procent av kontraktets värde.³⁴

Yttrande

Kommunen har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet angivit att den har inget mer att tillägga än vad som redan framkommit i processen med Konkurrensverket.³⁵

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 beslutat köpa avfallskärl i form av fyrfackskärl för c:a 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 verksamma leverantörer ges lika möjlighet att lämna anbud.

Ett förfarande med förhandlad upphandling utan föregående annonsering tillåts enbart 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.

³⁰ 20 kap. 3 § och 15 § första stycket 3 LOU.

³¹ Talan om upphandlingsskadeavgift ska vara väckt inom sex månader från lagakraftvunnen dom avtalsogiltighet eller i annat fall senast ett år från den tidpunkt då avtalet slöts, se 21 kap. 7 § LOU i lydelse före den 1 januari 2024.

³² Se 21 kap. 2 § LOU i lydelse före den 1 januari 2024. Numera äger Konkurrensverket besluta om upphandlingsskadeavgift.

³³ Numera uppgår detta maxbelopp till 20 miljoner kronor för upphandlingar som har påbörjat efter den 1 januari 2024.

³⁴ Se 21 kap. 4 § LOU, i lydelse före den 1 januari 2024. I normalfallet uttas en avgift motsvarande 7 procent av kontraktets värde.

³⁵ Yttrande, e-post den 5 mars 2025 från Kommunen till Konkurrenskommissionen, rubricerat ”KKO 24-014”, dnr. KS/2025-00030.

Kommunen har i det nu aktuella fallet åberopat en egenutförd marknadsundersökning, som dock inte finns dokumenterad. Kommunen synes inom ramen för denna undersökning bara ha beaktat alternativ som var kända av Kommunen som etablerade och färdigutvecklade vid tidpunkten för beslutet om upphandling. Bedömningen begränsar sig härigenom till att endast omfatta befintlig leverantör samt befintliga lösningar. Det lämnas inget utrymme för potentiella leverantörer att utveckla lösningar eller etablera samarbeten. Detta innebär en betydande konkurrensbegränsning och hämmar utvecklingen på marknaden för avfallskärl. Undantaget för tekniska skäl kan inte baseras på en dylik godtycklig prognos om potentiella leverantörer kommer att lämna anbud eller inte. Som förvaltningsrätten konstaterat har Marknadsundersökningen även i huvudsak gjorts i efterhand, genom att Kommunen kontaktat en enda leverantör. Av denna leverantörs svar framgår även att det skulle vara möjligt att tillmötesgå Kommunens behov med en förberedelsestid på mellan 12-18 månader. Det har i juni 2023 således inte varit omöjligt att, med en viss framförhållning, åstadkomma konkurrerande anbudsgivning inför den lagstadgade övergången till fastighetsnära insamling i januari 2027. Tvärtom torde den förestående övergången medföra att fler leverantörer etablerar sig med produkter på marknaden för flerfackskärl.

När det gäller otillåten direkttilldelning har bland annat EU-domstolen uttalat att detta utgör den ”*allvarligaste överträdelsen av unionslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande myndighet kan begå*”.³⁶

I förevarande fall har Kommunen underlåtit att genomföra en annonserad anbudsinfordran. Den omständigheten att Kommunen möjligen kan ha trott sig veta att Kärltillverkaren är enda tänkbara leverantör av fyrfackskärl medför inte i sig något undantag från annonseringsskyldigheten enligt LOU och det bakomliggande upphandlingsdirektivet.

Det finns därmed anledning att rikta kritik mot Kommunen, som på detta sätt har brutit mot LOU och snedvridit marknaden för avfallskärl. Kommunen har efter domstols prövning även fått betala upphandlingsskadeavgift, som är ett slags böter, med 250.000 kronor.

³⁶ Se bl.a. EU-domstolens dom i *Stadt Halle* (C-26/03) EU:C:2005:5, p 37, se även skäl 13 till Europaparlamentets och Rådets direktiv (2007/66/EG) av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.