

PM 2 2025-04-02 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direkttilldelning i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direktupphandling).

En kommun har utan föregående annonserad upphandling slutit avtal direkt med ett privat företag om köp av julpresentkort till personalen.

Skara kommun (nedan Kommunen) har i september 2024 slutit avtal (nedan Avtalet)¹ direkt med en lokal köpmannaförening (här Presentkortutgivaren) om köp av 2.200 presentkort² om vardera 500 kronor som ska användas som julklappar till Kommunens personal 2024.

Någon annonserad anbudsinfordran har inte föregått köpet av presentkort, vilket då har skett genom en *direkt tilldelning*.³ I ett e-postmeddelande till Konkurrenskommissionen har Kommunen angivit följande.

”Någon annonserad upphandling har inte gjorts. Däremot har upplägget varit sådant att många handlare fått del av upphandlingen. Till saken hör vidare att kommunen är medveten om den kammarrättsdom som kommit angående Region Uppsalas upphandling av julklapp. Konsekvensen av denna dom är att Skara kommun kommer att se över sin upphandling av julklapp till kommande år så att den görs i enlighet med resultatet av kammarrätts i Stockholms dom och därmed också LOU”.⁴

Utifrån värdet av de varor och tjänster som kan växlas mot presentkortet kan upphandlingens aktuella kontraktsvärde uppskattas till i vart fall 770.000 kronor, exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).

Gällande rätt

Julgåvor av mindre värde som ges till anställda är skattefria.⁵ Enligt Skatteverkets anvisningar⁶ tillåts normalt sådan skattefri gåva endast om värdet inte överstiger 500 kronor, inklusive moms. Angiven skattefrihet gäller dock inte för gåvor som lämnas i pengar⁷ utan enbart rena naturapresentationer eller värdebevis som kan växlas till sådana prestationer i form av varor eller tjänster.⁸ Detta medför, enligt Skatteverket, att betalningen för gåvan måste ske direkt till den som erbjuder varan eller tjänsten.⁹

Den ovan anvisade möjligheten att lämna gåvor av mindre värde innefattar inte något undantag från lagstadgad upphandlingsskyldighet, vilket tydliggjorts av Konkurrensverket genom bland annat ett meddelande på verkets hemsida.¹⁰

¹ Se ”Avtal Presentkort vid jul” (dnr. KS 2024/499), undertecknat av parterna (Kommunen respektive Presentkortutgivaren) den 18 september 2024.

² Kommunen ges enligt Avtalet dock möjlighet att senast den 1 februari 2025 återlämna övertaliga presentkort till Presentkortutgivaren.

³ Med *direkt tilldelning* avses ett förfarande där den upphandlande myndigheten vänder sig direkt till viss leverantör, antingen genom en direktupphandling enligt 19 a kap. LOU eller i ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 12 - 19 §§ samma lag.

⁴ E-postmeddelande den 20 december 2024, från Kommunen till Konkurrenskommissionen.

⁵ Se 11 kap. 14 § första stycket inkomstskattelagen (1999:1229). Gåvor ska i så fall dock lämnas till alla anställda eller till en större grupp av anställda för att reglerna om skattefrihet ska vara tillämpliga (se prop. 1987/88:52 sid.51 samt prop. 2019/20:166 sid. 135).

⁶ Se Skatteverkets allmänna råd om vissa förmåner för beskattningsåret 2022 (SKV A 2021:36) punkten 1.4, ”Gåvor till anställda”. Tidigare fanns under perioden 2020-2021 en tillfällig lag (SFS 2020:374) som medgav extra skatte- och avgiftsfrihet för bland annat gåvor till anställda till ett värde upp till 1.000 kronor Dessa bestämmelser upphörde dock att gälla vid utgången 2021.

⁷ Se 3 § andra stycket lagen om tillfällig skatte- och avgiftsfrihet samt 11 kap. 14 § andra stycket inkomstskattelagen.

⁸ Som pengar anses enligt Skatteverkets allmänna råd (se fotnot 6 ovan) även andra betalningsmedel såsom check, postväxel och presentkort som kan bytas ut mot pengar.

⁹ Se Skatteverkets anvisning på hemsidan: www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/323999.html.

¹⁰ Konkurrensverkets hemsida: www.konkurrensverket.se/nyhetsbrevsartiklar/tillfallig-lag-undantar-inte-fran-annonseringsplikt-enligt-lou/.

Med *offentlig upphandling*¹¹ avses varje åtgärd som vidtas i syfte att anskaffa bland annat varor eller tjänster genom tilldelning av kontrakt.¹² Enligt svensk nationell och unionsrättslig praxis utgör varje sådan åtgärd som vidtas på sätt som kan medföra rättslig verkan en upphandling som kan bli föremål för ansökan om överprövning. Tidpunkten för när en upphandling ska anses påbörjad inträder då myndigheten beslutat inleda en anskaffning och detta har kommit till kännedom utåt genom att myndigheten tagit någon form av extern kontakt i detta syfte.¹³

Upphandlingar regleras sedan den 1 januari 2017 genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – LOU – samt det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU).¹⁴ Bestämmelserna är generellt tillämpliga på åtgärder som vidtas av upphandlande myndigheter i syfte att anskaffa varor och tjänster.¹⁵ Kommunala myndigheter och beslutande församlingar utgör sådana *upphandlande myndigheter* som har att följa lagens bestämmelser vid sina anskaffningar.¹⁶

Syftet med de upphandlingsrättsliga regelverken är att säkerställa efterlevnaden av unionsrättens bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna¹⁷ samt att motverka korrupcion i offentlig verksamhet.¹⁸ Det har i bl.a. 19 kap. 2 § LOU därför införts ett antal grundläggande principer som, oavsett förfarande,¹⁹ ska iakttas vid offentlig upphandling, däribland krav på *likabehandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparens)*.²⁰ Av dessa följer att alla leverantörer²¹ ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud utifrån samma villkor. Samtliga leverantörer ska ges samma relevanta information vid samma tillfälle.²² 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 lagen finns även 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.²³ De ovan redovisade principerna omfattar även förfaranden som annars ligger utanför det direktivstyrda regelverket, och ska tillämpas även i fråga om direktupphandling.¹⁹

Enligt vad Konkurrensverket angivit (oktober 2021) föreligger inte något undantag från skyldigheten att upphandla presentkort eller motsvarande gåvokort.²⁴ Vid kontraktsvärdesbedömningen ska i förekommande fall det totala värdet av korten jämte eventuell förmedlingsavgift räknas in.²⁵

¹¹ Legaldefinitionen av en upphandling framgår av 1 kap. 2 § LOU se även prop. 2015/16:195, del 1, s. 320 ff. Av lagförarbetena framgår även att det vid bedömningen om en upphandling föreligger saknas betydelse om anskaffningen ska eller har avslutats genom ett dokument som uppfyller kriterierna för att betraktas som ett kontrakt - se prop. 2015/16:195, del 1, tredje stycket på s. 318.

¹² Med *kontrakt* avses enligt 1 kap. 15 § LOU ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer och avser bland annat leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster.

¹³ Se EU-domstolens dom i *Stadt Halle*, C-26/03, EU:C:2005:5, se även Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i HFD 2013 ref. 31.

¹⁴ Europaparlamentets och Rådets direktiv (2014/24/EU) av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

¹⁵ 1 kap. 2 § LOU.

¹⁶ För legaldefinitionen av upphandlande myndighet, se 1 kap. 22 § LOU.

¹⁷ Kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

¹⁸ Se bl.a. betänkandet SOU 2018:44 med där angivna rättskällor.

¹⁹ Jfr. 4 kap. 1 och 2 § och 19a kap. 8 § LOU samt HFD 2018 ref. 60 med särskilt yttrande av justitierådet Nord.

²⁰ 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 innebörden av de grundläggande principernas, se bl.a. prop. 2006/07:128, s. 132 samt prop. 2015/16:195, avsnitt 9.1, s. 426 ff.

²¹ Med *leverantörer* avses enligt 1 kap. 16 § LOU näringsidkare som på marknaden tillhandahåller aktuella varor eller tjänster.

²² 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.

²³ 4 kap. 2 § LOU.

²⁴ Se Konkurrensverkets meddelande på hemsidan "www.konkurrensverket.se/informationsmaterial/nyhetsarkiv/glom-inte-upphandlingslagstiftningen-vid-inkop-av-gavokort/", som publicerades den 19 oktober 2021.

²⁵ Se Konkurrensverkets ovan (i fotnot 24) angivna meddelande, avsnittet "*Tänk på att*".

I domstolspraxis har kontraktsvärdet kommit att beräknas utifrån det fulla värde som ska betalats för presentkortet. Ett antal upphandlande myndigheter som har köpt julpresentkort direkt och utan föregående annonserad upphandling har dömts för överträdelse av LOU.

I juni 2023 dömde Förvaltningsrätten i Karlstad Region Värmland att betala 1,290 miljoner kronor i upphandlingskadeavgift för underlåtelse att upphandla julpresentkort.²⁶ I april 2024 dömde på ett liknande sätt Förvaltningsrätten i Stockholm Region Uppsala att betala upphandlingskadeavgift med 600.000 kronor, i ett avgörande som senare kom att fastställas av Kammarrätten i Stockholm.²⁷

Om *kontraktsvärdet* av en varu- eller tjänstupphandling bedöms understiga vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde – som sedan 2024 uppgår till 2.389.585 kronor²⁸ – ska förfarandet handläggas enligt de nationella bestämmelserna i 19 och 19a kap. LOU. Värdeberäkningen ska ske till det totala belopp som enligt den upphandlande myndighetens uppskattning ska betalas för de kontrakt som ingår i upphandlingen.²⁹

Direktupphandling, där den upphandlande myndigheten utan föregående infordran av konkurrerade anbud tillåts vända sig direkt till viss leverantör, får dock användas om värdet av upphandlingen beräknas understiga 700.000 kronor.³⁰ Direktupphandling av varor eller tjänster får undantagsvis även komma ifråga vid följande förutsättningar:

- om det vid en tidigare annonserad upphandling inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller de anbud som har lämnats är ogiltiga eller oacceptabla,³¹
- det är på grund av *synnerlig brådska*, som beror på omständigheter som varken kan tillskrivas eller har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, inte möjligt att genomföra upphandlingen i ett annonserat förfarande och anskaffningen är *absolut nödvändig*, eller det annars föreligger *synnerliga skäl*,³²
- det som ska upphandlas kan på grund av *konstnärliga* eller *tekniska skäl* eller på grund av *ensamrätt* endast tillhandahållas av en viss leverantör,³³
- det är fråga om en *kompletteringsbeställning* av tidigare upphandlade varor eller tjänster³⁴ eller varor som är noterade och omsätts på en råvarumarknad,³⁵
- det är möjligt att anskaffa aktuella varor på *särskilt förmånliga villkor* i samband med att leverantören upphör med sin verksamhet eller är föremål för ett obeståndsförfarande,³⁶ eller
- det är fråga om en nödvändig anskaffning för att tillgodose ett angeläget behov som har uppstått till följd av allmän *förvaltningsdomstols handläggning* av en tidigare (motsvarande) upphandling.³⁷

²⁶ Förvaltningsrätten i Karlstads lagakraftvunnen dom av den 21 juni 2023 i mål nr. 2785-22 se även Konkurrenskommissionens utredning KKO 20-013 i samma ärende.

²⁷ Förvaltningsrätten i Uppsalas dom av den 22 april 2024 i mål nr. 640-23 samt Kammarrätten i Stockholms dom av den 16 oktober 2024 i mål nr. 2651-24, avgörandet har vunnit laga kraft.

²⁸ 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) uppgår sedan den 1 januari 2024 till 2.389.585 kronor - se regeringens tillkännagivande (2024:30) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

²⁹ Se 19 kap. 1 § andra stycket jämförd med 5 kap. 3 § LOU.

³⁰ Se 19 kap. 1 § LOU. Om upphandlingen avser tjänster enligt Bilagan 2 till LOU (huvudsakligen hälsovård och socialtjänster) får direktupphandling dock användas om värdet beräknas understiga det särskilda tröskelvärdet 8.109.450 kronor (2024 års tröskelvärde).

³¹ 19 a kap. 3 och 4 § LOU.

³² 19 a kap. 5 § punkterna 1 och 3 LOU. För att en anskaffning ska anses *absolut nödvändig* fodras att det rör sig om ett brådskande behov av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art. Det ska även framstå som uppenbart att ett kontrakt omedelbart måste komma till stånd för att det inte annars ska uppstå mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa. Undantaget för *synnerliga skäl* är enligt ursprungliga lagförarbetena begränsat till sådana undantagssituationer där avtal måste komma till stånd utan att ett annonserat förfarande är möjligt att genomföra. Exempelvis nämns möjlighet till extra förmånliga köp på auktion samt särskilt personrelaterade behov av hälso- och sjukvårdstjänsters som sådant som 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.

³³ 19 a kap. 5 § punkten 2 jämförd med 6 kap. 14 § LOU.

³⁴ 19 a kap. 5 § punkten 2 jämförd med 6 kap. 17 eller 18 § LOU.

³⁵ 19 a kap. 5 § punkten 2 jämförd med 6 kap. 17 § första stycket 3 LOU.

³⁶ 19 a kap. 5 § punkten 2 jämförd med 6 kap. 17 § första stycket 4 LOU.

³⁷ 19 a kap. 6 § LOU. Undantaget kan komma ifråga vid ett angeläget behov som har uppstått till följd av att en allmän förvaltningsdomstol antingen (1) handlägger eller har avgjort ett mål om överprövning av en upphandling och avtal inte får ingås, (2) har beslutat att en upphandling ska göras om eller rättas, eller (3) handlägger ett mål om överprövning av ett avtals giltighet och avtalet inte får fullgöras.

Även om förutsättningarna för direktupphandling kan bedömas vara uppfyllda ska den upphandlande myndigheten se till att behandla alla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt och i enlighet med de grundläggande principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.³⁸ Om direktupphandlingens värde överstiger 100.000 kronor ska myndigheten även löpande dokumentera genomförandet på ett tillräcklig sätt för att kunna motivera sina beslut under förfarandets samtliga skeden.³⁹

Enligt den allmänna s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis ska varje möjlighet till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i de unionsrättsliga fördragen inom området för offentlig upphandling tolkas *restriktivt* och det ankommer på den upphandlande myndigheten att *bevisa* de särskilda omständigheter som motiverar sådant undantag.⁴⁰

Avtal som har kommit till utan iakttagande av kravet på annonsering kan förklaras ogiltigt efter beslut av allmän förvaltningsdomstol (förvaltningsrätt).⁴¹ En ansökan om sådan avtalsogiltighet ska senast ha kommit in till rätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Efter denna frist kan talan inte längre prövas.⁴²

Efter beslut av Konkurrensverket⁴³ kan en upphandlande myndighet tvingas att betala *upphandlingsskadeavgift*.⁴⁴ Denna straffavgift ska beräknas till lägst 10.000 och högst 20 miljoner kronor, dock inte mer än tio procent av kontraktsvärdet.⁴⁵ I rättspraxis har dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet. Påförande av upphandlingsskadeavgift ska beslutas senast inom sex månader från lagakraftvunnen dom om avtalsogiltighet eller i annat fall inom två år från den tidpunkt då avtalet slöts.⁴⁶ Den upphandlande myndigheten kan sedan överklaga Konkurrensverkets beslut att påföra upphandlingsskadeavgift till allmän förvaltningsdomstol.⁴⁷

En upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i LOU kan även dömas att betala *upphandlingsskadestånd* till den leverantör som kan visa skada till följd av detta.⁴⁸ Sådan skadeståndstalan ska väckas vid allmän domstol (tingsrätt) senast inom ett år räknat från den dag då leverantören fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör eller den dag då domstols beslut om avtalsogiltighet fick laga kraft.⁴⁹

Yttrande

Kommunen har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, men har utöver vad som tidigare redovisats i ett e-postmeddelande⁴ till Konkurrenskommissionen inte inkommit med något svar.

³⁸ 19 a kap. 8 § LOU.

³⁹ 19 a kap. 11 § LOU, enligt vilken dokumentationen ska vara slutförd senast 30 dagar efter att myndigheten har ingått avtal eller fattat beslut om att avbryta upphandlingen.

⁴⁰ Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23 jämte där noterad praxis.

⁴¹ 20 kap. 13 § första stycket 1 LOU.

⁴² 20 kap. 17 § LOU.

⁴³ 21 kap. 6 och 7 § LOU, i lydelse efter den 1 januari 2024.

⁴⁴ 21 kap. 1 § första stycket 3 LOU.

⁴⁵ 21 kap. 9 § LOU, i lydelse efter den 1 januari 2024.

⁴⁶ 21 kap. 10 och 11 § LOU, i lydelse efter den 1 januari 2024.

⁴⁷ 21 kap. 15 § LOU, i lydelse efter den 1 januari 2024.

⁴⁸ 20 kap. 20 § LOU.

⁴⁹ 20 kap. 21 § LOU.

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 det upphandlingsrättsliga regelverk som bland annat syftar till att motverka risk för korrupcion i offentlig verksamhet.

Av utredningen i ärendet framgår att Kommunen har vänt sig direkt till Presentkortutgivaren för att, utan föregående annonserad anbudsinfordran, köpa 2.200 presentkort på vardera 500 kronor som ska användas som julgåvor till den egna personalen. Kontraktsvärdet av upphandlingen kan uppskattas till 770.000 kronor och överstiger därmed värdegränsen för direktupphandling. Något annat i LOU förekommande undantag från kravet på annonsering har inte återopats eller visats föreligga.

Kommunen har i ett yttrande till Konkurrenskommissionen⁴ hänvisat till en kammarrättsdom som gäller Region Uppsalas upphandling av julpresentkort²⁶ samt angivit att man kommer att se över sina upphandlingar av julklappar till kommande år så att dessa görs i enlighet med LOU. Den aktuella kammarrättsdomen innebär emellertid inte någon ny eller ändrad praxis i detta avseende, utan som framgår av utredningen har Konkurrensverket redan 2021 angivit att presentkort och motsvarande gåvobevis avseende varor eller tjänster ska upphandlas enligt LOU. Konkurrensverkets ställningstagande har sedan 2023 även fastställts av domstolarna i mål om utdömande av upphandlingsskadeavgift, däribland även det mål Kommunen hänvisar till, som ursprungligen bedömdes av förvaltningsrätten redan i april 2024.²⁶

Den omständigheten att Kommunen uppger sig vilja rätta sig och vid kommande anskaffning av julpresentgåvor m.m. iaktta regelverket i LOU är naturligtvis tillfredsställande men medför inte att Kommunen undgår kritik.

Om Konkurrensverket väljer att ingripa mot förfarandet kan Kommunen även få betala upphandlingsskadeavgift, som är ett slags böter, med c:a 54.000 kronor för den aktuella lagöverträdelsen.