

**SÖKANDE**

Konkurrensverket

MOTPART

Söderköpings kommun

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Söderköpings kommun ska betala 250 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Den 13 juli 2023 ingick Söderköpings kommun (kommunen) och PWS Nordic AB (leverantören) avtal om leverans av fyrfackskärl för avfallsinsamling efter ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Tilldelningen av kontraktet föregicks av att kommunen publicerade ett meddelande om frivillig förhandsinsyn enligt 10 kap. 5 § LOU. Av meddelandet framgick att kommunen avsåg att direktupphandla från leverantören, eftersom det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens då varan endast kan tillhandahållas av leverantören. Ingen har ansökt om överprövning av avtalets giltighet.

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten beslutar att kommunen ska betala en upphandlingsskadeavgift på 250 000 kr.

Kommunen yrkar att ansökan ska avslås eller, om avgift döms ut, att den i vart fall ska bestämmas till högst 100 000 kr.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖR**Konkurrensverket***Kommunen har gjort en otillåten direktupphandling*

Kommunen har ingått avtal utan föregående annonsering. Det saknades förutsättningar för detta, eftersom inget av undantagen för tekniska skäl, ensamrätt eller kompletterande leveranser fick användas. Kommunen har bevisbördan för att något undantag fick användas. Kommunen har inte uppfyllt sin bevisbörda. Utredningen visar att andra leverantörer hade kunnat tillhandahålla fyrfackskärl eller andra tekniska lösningar samt att avtalet avsåg en nyanskaffning. Kommunen har därmed gjort en otillåten direktupphandling och ska betala en upphandlingsskadeavgift.

Upphandlingen avser ett varukontrakt. I meddelandet om frivillig förhandsinsyn angavs att upphandlingens värde var 3 500 000 kr. Avtalets kontraktsvärde var dock 3 041 512 kr. Eftersom kommunen inte har skickat ut någon anbudsinfordran avseende avtalet ska tidpunkten för uppskattningen av värdet på upphandlingen avse tidpunkten för när upphandlingen påbörjades. Den tidpunkten inföll senast när kommunen annonserade meddelandet om frivillig förhandsinsyn. Upphandlingens värde ska därför uppskattas till 3 500 000 kr.

Undantaget för tekniska skäl

Utredningen och kommunens marknadsanalys ger inte stöd för att det bara var leverantören som kunde leverera den tekniska lösningen med fyrfackskärl eller att ingen annan leverantör hade verktygen som krävs för att producera och leverera fyrfackskärl. Enligt kommunen har en annan leverantör levererat fyrfackskärl i Danmark. Kommunen har också angett att andra aktörer hade möjlighet att ta fram fyrfackskärl eller andra tekniska lösningar. Detta har bekräftats av en konkurrent till leverantören. Kommunen har inte kontaktat fler leverantörer om deras möjliga lösningar. Det kan därför ha funnits flera leverantörer. Kommunen har inte visat att det inte var möjligt att annonsera en

upphandling som öppnade för andra leverantörer att ta fram en sådan lösning. En konkurrent har angett att produktionsverktyg m.m. skulle kunna tas fram på 12–18 månader. Kommunen har inte redovisat något konkret och tillförlitligt stöd för att det utöver detta bör tillkomma 6–12 månader för en leveransklar produkt. Kommunens antagande kan inte tas för givet.

Leveranstiden är inte i sig hänförlig till upphandlingsföremålets tekniska karaktär. Kommunen har inte visat att det fanns något tekniskt skäl som gjorde det nödvändigt med en kortare leveranstid. Att kommunen bara har tagit cirka 600 kärl i anspråk talar också emot att upphandlingens omfattning (1 832 kärl) och leveranstid (2–3 månader) var nödvändig och att det saknades rimliga alternativ. Fastighetsnära insamling ska ha införts senast den 1 januari 2027. Det fanns inget tekniskt skäl som krävde att avtalet direktupphandlades tre och ett halvt år innan dess. Kommunens farhåga att stå utan kärl på grund av hög efterfrågan är varken underbyggt med något konkret underlag eller ett sådant tekniskt skäl som avses i undantaget. Kommunen verkar bara ha antagit att det fanns en sådan risk, vilket inte är tillräckligt för att visa att det var absolut nödvändigt att direktupphandla. Kommunen har också uppgett att den i dag har olika tekniska lösningar för avfallsinsamling, vilket talar emot att det saknades rimliga alternativ och att det medför oproportionerliga tekniska svårigheter att ha ett alternativt system.

Kommunen åberopar en odokumenterad marknadsundersökning som den inte känner till grunderna för. Det är en väsentlig brist att kommunen inte dokumenterade sin marknadsanalys inför att avtalet ingicks. Marknadsundersökningen har till stor del gjorts i efterhand och baseras i stor utsträckning på antaganden. Den är därför bristfällig och otillförlitlig. Det är svårt att i efterhand säkert fastställa och visa på frånvaron av konkurrens och rimliga alternativ.

Kommunens efterhandssökningar på internet räcker inte heller för att visa att det saknades konkurrens eller rimliga alternativ. Kommunen har inte visat hur sökningarna eller urvalet gjordes eller hur det säkerstälts att sökningen omfattar alla leverantörer i EU som hade kunnat konkurrera. Det är inte säkert att tillverkarna redovisar sin fulla kapacitet och alla produkter på sina hemsidor eller produktblad. Kommunen har trots det bara kontaktat en konkurrent, långt efter direktupphandlingen. Kommunen har inte heller gjort någon RFI för att undersöka hur marknaden såg ut och vilka alternativ som fanns, varken innan eller efter upphandlingen. En genomgång av annonserade upphandlingar kan ingå i en marknadsanalys, men kan inte ensamt ge en heltäckande och tillförlitlig bild. Slumpmässiga urval av annonserade upphandlingar visar inte att det saknades konkurrens och rimliga alternativ. Det är också oklart hur kommunen kommit fram till att inga leverantörer utanför Sverige har visat intresse för upphandlingarna. Den informationen finns inte tillgänglig i TED. Vidare visar inte Avfall Sveriges påstående om hur konkurrensen såg ut på ”den svenska marknaden” baserat på ”organisationens samlade kunskaper” att det saknades konkurrens eller rimliga alternativ inom hela EU.

Bedömningen av rimliga alternativ ska ta sikte på alternativens påverkan för kommunen. Att kommunens nuvarande entreprenör för avfallshämtning hade behövt köpa in andra sopbilar kan inte beaktas. Utredningen ger dessutom inte stöd för att entreprenörens nuvarande sopbilar bara skulle vara kompatibla med de fyrfackskärl som leverantören tillhandahåller. Sammantaget har kommunen inte visat att det saknades konkurrens av tekniska skäl, att tekniska skäl gjorde det absolut nödvändigt att tilldela leverantören avtalet eller att det saknades rimliga alternativ. Undantaget för tekniska skäl fick därför inte användas.

Undantaget för ensamrätt

Kommunens påstående om att leverantören hade en faktisk ensamrätt att nyttja sitt moderbolags immaterialrätter till delar av fyrfackskärlden är inte underbyggt med någon bevisning och kan inte utan vidare godtas. Enligt kommunen har ett

annat bolag i leverantörens koncern levererat fyrfackskärl i Danmark, vilket talar emot detta. Att bara leverantören får sälja fyrfackskärl är, såvitt framgår av utredningen, baserat på ett rent antagande. Det är inte tillräckligt för att visa att leverantören hade en faktisk ensamrätt. Utredningen och kommunens marknadsanalys ger inte stöd för att det saknades konkurrens om avtalet på grund av en ensamrätt. Att patenten skulle ha omöjliggjort eller avsevärt försvårat framtagande av fyrfackskärl eller alternativa lösningar motsägs av leverantörens, konkurrentens och kommunens eget påstående om att andra leverantörer kunde ta fram fyrfackskärl eller andra lösningar. Kommunen har därmed inte visat att fyrfackskärl bara kunde tillhandahållas av leverantören på grund av en ensamrätt eller att det saknades rimliga alternativ, såsom andra tekniska lösningar. Undantaget för ensamrätt fick därför inte användas.

Undantaget för kompletterande leveranser

Undantaget omfattar inte rena nyanskaffningar, till exempel sådana som görs flera år efter att ett varuleveransavtal har löpt ut och leveransen har fullgjorts. Detta följer av undantagets ordalydelse, som ska tolkas restriktivt. Kommunen har anfört att avtalet avsåg en kompletterande leverans från leverantören. Det tidigare avtalet löpte dock ut i februari 2021. Avtalet syftade därmed inte till att utöka befintliga varuleveranser eller delvis ersätta tidigare varuleveranser. Avtalet avser i stället en ren nyanskaffning som inte omfattas av undantaget. Vidare har kommunen inte visat att andra aktörer saknade möjlighet att ta fram fyrfackskärl eller andra tekniska lösningar. Kommunen har dessutom i dag olika system för avfallsinsamling och har därför inte heller visat att ett byte av leverantör skulle medföra att kommunen tvingades anskaffa varor som var tekniskt oförenliga eller att det skulle leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll. Kommunen har inte heller visat att det enda alternativet till att anskaffa fyrfackskärl från leverantören var att införa olika insamlingssystem. Vidare är det inte visat att det skulle leda till oproportionerliga tekniska svårigheter om kommunen hade fortsatt att ha flera insamlingssystem. Bedömningen av vilka följer en alternativ lösning hade fått

ska avse alternativets påverkan för kommunen. Att kommunens entreprenör eventuellt skulle behöva anskaffa fler fordon saknar därför betydelse. Undantaget fick därmed inte användas.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Det är ostridigt att upphandlingens värde var 3 500 000 kronor. Avgiften kan därför bestämmas till högst 350 000 kronor. Konkurrensverket delar inte kommunens uppfattning att kontraktsvärdet ska läggas till grund för avgiftens storlek eller beaktas som en förmildrande omständighet. Kommunens avsikt var att direktupphandla avtalet till upphandlingens värde. Om upphandlingen hade annonserats hade potentiella leverantörer haft att utgå från det värdet. Kommunen har alltså avsett att undandra en upphandling värd 3 500 000 kronor från konkurrens. Den omständigheten att kontraktsvärdet kom att bli lägre än upphandlingens värde beror dessutom, såvitt utredningen visar, inte på kommunens agerande, utan på att leverantören erbjöd sig att leverera varorna till ett lägre pris. Sanktionsvärdet är inte lägre för att kontraktsvärdet kom att bli lägre än upphandlingens värde. Kontraktsvärdet är inte heller lågt, utan i sig långt över tröskelvärdet.

En otillåten direktupphandling är en av de allvarligaste överträdelserna och sanktionsvärdet är därför som utgångspunkt högt. Det finns inte några förmildrande eller försvårande omständigheter som ytterligare påverkar sanktionsvärdet. Kommunens överträdelse är klar. Rättsläget är inte oklart gällande tillämpningen av de åberopade undantagen. Kommunens överträdelse ligger inte nära ett tillåtet agerande. Den otillåtna direktupphandlingen innebär i sig risk för att konkurrensen har begränsats och att någon leverantör har lidit skada, vilket LOU och upphandlingsskadeavgiften syftar till att motverka. Det är därför inte förmildrande att någon specifik leverantör inte har lidit skada eller att kommunen genomfört en frivillig förhandsinsyn. Kommunen saknade klart grund för att direktupphandla avtalet. Avsaknaden av invändningar efter förhandsinsynen betyder inte att det saknades konkurrens eller att ingen

leverantör har lidit skada. Kommunen har en strikt skyldighet att följa LOU, oavsett upphandlingens karaktär och föremål. Sanktionsvärdet hade därför inte varit lägre även om avtalet säkerställde en samhällsviktig tjänst. Av samma skäl är det inte förmildrande att avtalet avser ett enstaka köp och att det inte är långvarigt. Vidare gällde kommunens strikta ansvar fullt ut även om kommunen rådfrågade en extern konsult. Konkurrensverket har därmed visat att det finns förutsättningar för att påföra kommunen en upphandlingsskadeavgift. Den yrkade avgiften är ändamålsenlig och proportionerlig.

Kommunen

Kommunen har inte gjort en otillåten direktupphandling

Kommunen hade rätt att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av undantagen om tekniska skäl, ensamrätt samt kompletterande leveranser. Kommunen har därmed inte gjort en otillåten direktupphandling. Konkurrensverket har bevisbördan för de omständigheter som läggs till grund för att påföra en upphandlingsskadeavgift och ska göra mycket sannolikt att myndighetens invändningar inte ska godas.

Undantaget för tekniska skäl

Undantaget var tillämpligt. Fyrfackskärlden kunde bara tillhandahållas av leverantören, eftersom det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens. Det saknas också rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens beror inte på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.

Kommunerna ska ha infört fastighetsnära insamling av förpackningsavfall för alla hushåll senast den 1 januari 2027. Kommunen har, liksom många andra kommuner, redan gjort det på frivillig basis. Även om tidsfristen löper ut först den 1 januari 2027 har ett stort antal kommuner redan upphandlat och köpt in fyrfackskärl. Det fanns således under 2023 och även under 2024 en stor efterfrågan av fyrfackskärl. Skälet för kommunens inköp var att inte riskera att stå utan kärl i den ändrade efterfrågesituationen samt för att det fanns ett behov

av att komplettera den tidigare leveransen. När tidsfristen löper ut är inte relevant, utan det är när efterfrågan och bristen på fyrfackskärl uppstår som har relevans. Utifrån tidigare erfarenheter, marknadsdialog och omvärldsanalys har konstaterats att endast en leverantör kan leva upp till kravspecifikation och leveranskrav på grund av att konkurrens saknas av tekniska skäl.

Kommunens tjänstepersoner bevakar kontinuerligt marknaden. Kommunens konsult har genomfört en marknadsdialog, men utredningen har inte dokumenterats. Kommunen har efterfrågat dokumentation från konsulten, men fått svaret att någon sådan dokumentation inte finns. Konsulten har genomfört odokumenterade sökningar av annonserade upphandlingar i TED. Det är dock oklart hur konsulten kommit fram till att inga leverantörer utanför Sverige har visat intresse för upphandlingarna. Konsulten har inte heller genomfört någon RFI. Kommunen har genomfört en marknadsanalys i efterhand genom att söka leverantörer på internet vars produktsortiment skulle kunna innehålla fyrfackskärl. Sökningarna har gjorts utan begränsning. Kommunen har även granskat annonserade upphandlingar för flerfacksinsamling samt granskat ett slumpmässigt urval av publicerade upphandlingar i TED i Europa. Resultatet är att det inte finns någon annan leverantör i Europa som för närvarande kan leverera fyrfackskärl och inga leverantörer utanför Sverige har visat intresse för dessa. Att det idag inte finns någon alternativ lösning talar för att det vid kommunens inköp saknades konkurrens av tekniska skäl och rimliga alternativ.

Av Avfall Sveriges yttrande framgår att det, utifrån organisationens samlade kunskaper om leverantörer av avfallsinsamlingskärl inom Europa, kan konstateras att det vid tidpunkten för kommunens inköp i juni 2023 inte fanns någon annan leverantör för fyrfackskärl för den svenska marknaden. Även om kommunens konsult och kommunens tjänsteperson hade gått igenom samtliga leverantörer i Europa hade fyrfackskärl inte återfunnits i någon annan leverantörs produktsortiment. Enligt kommunens uppdaterade marknadsanalys

finns idag endast en leverantör som kan leverera fyrfackskärl och marknads-situationen kommer vara densamma under 2024.

En konkurrent till leverantören har uppgett att de idag inte har fyrfackskärl i sitt produktsortiment och att ledtiden är 12–18 månader om de skulle ta fram en liknande produkt. Därtill bör enligt kommunen adderas ytterligare 6–12 månader för en leveransklar produkt. Vid tidpunkten för inköpet fanns endast en leverantör på marknaden som hade teknisk möjlighet att leverera fyrfackskärl till den i kravspecifikationen angivna tidpunkten. Kommunen har därmed visat att det inte fanns någon alternativ lösning. Den omständigheten att en annan leverantör hade kunnat utveckla en lösning vid en senare tidpunkt om upphandlingen hade annonserats saknar betydelse (se Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 1591-19).

Kärlen skulle enligt avtal levereras under september–oktober 2023. Kommunen har tagit cirka 600 fyrfackskärl från inköpet i anspråk. Av Naturvårdsverkets beslut och bifogad dispensansökan framgår kommunens plan för utleverans av fyrfackskärl. Tidsramen för leverans har varit relevant och rimlig. Det har redan från början stått klart att offentliggörande inte kommer att leda till ökad konkurrens eller bättre upphandlingsresultat, inte minst därför att det objektivt sett endast finns en ekonomisk aktör som kan fullgöra kontraktet. Kommunen har visat att en senare leverans eller en annonserad upphandling hade varit orimliga alternativ. Om kommunen skulle införa ytterligare ett insamlings-system måste entreprenören köpa in andra typer av sopbilar och kommunen skulle behöva lägga om rutter och scheman vilket skulle skapa omfattande driftproblem och ökade kostnader. Det är inte rimligt att införa ett alternativt system varken driftsmässigt, ekonomiskt eller miljömässigt. Konkurrensverket har därmed inte motbevisat kommunens påstående att förutsättningarna att använda undantaget var uppfyllda vid tidpunkten då avtalet ingicks.

Undantaget för ensamrätt

Undantaget var tillämpligt, eftersom fyrfackskärlden skyddas av ensamrätt och därför endast kunde tillhandahållas av leverantören. Leverantörens moderbolag är innehavare av immaterialrätterna, men är inte leverantör av fyrfackskärl. Det är bara leverantören som har licens och faktisk ensamrätt att leverera fyrfackskärl inom koncernen. Tidigare har en annan leverantör som ingår i samma koncern deltagit som leverantör av fyrfackskärl i de pilotprojekt som funnits i Danmark, men det var över 10 år sedan de levererade fyrfackskärl. Det finns inget annat bolag inom koncernen som säljer fyrfackskärl. Fyrfackskärlet skyddas av flera ensamrätter och olika immaterialrättsliga skydd. Detta har utgjort tvingande hinder för andra leverantörer att använda samma tekniska lösningar samt avsevärt försvårat framtagande av alternativa lösningar. Insatserna passar bara i de fyrfackskärl som leverantören har levererat. Vidare skyddas lyftanordningen och avfallsbehållaren som krävs för att tömma ett fyrfackskärl automatiskt av patent. Det krävs också ett speciellt fordon som idag används av kommunens entreprenör för avfallsinsamling. Dessa fordon har en teknisk lösning som omfattas av patentansökan och används med leverantörens kärl och insatser.

Konkurrensverket har inte presenterat något bolag förutom leverantören inom EU som säljer dessa fyrfackskärl. Det finns idag ingen annan aktör på marknaden som har ett komplett fyrfackskärl. Det finns möjlighet för andra aktörer att utveckla ett eget fyrfackskärl men detta beräknas ta cirka 2 år. Immaterialrätterna har medfört att det idag bara är leverantören som kan leverera ett fullt fungerande system som är kompatibelt med aktuella fordon och mellan kärl och insatser. Det saknas därför rimliga alternativ med en jämförbar funktion. Avsaknaden av konkurrens beror inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen. Utredningen visar därmed att det är fråga om faktisk ensamrätt. Det har inte varit möjligt för någon annan leverantör att leverera det som ska upphandlas. Konkurrensverket har inte motbevisat

kommunens påstående att förutsättningarna att använda undantaget var uppfyllda vid tidpunkten då avtalet ingicks.

Undantaget för kompletterande leveranser

Undantaget var tillämpligt då inköpet är en kompletterande leverans från den ursprungliga varuleverantören och avser att utvidga den befintliga leveransen. Tillämpningen av undantaget är inte beroende av att det tidigare avtalet fortfarande gäller. Vidare skulle ett byte av leverantör innebära att kommunen måste byta insamlingssystem då det i dagsläget inte finns någon annan leverantör av fyrfackskärl på grund av tekniska skäl. Ett byte av system skulle medföra att kommunen tvingas anskaffa varor (tvåfackskärl) som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade (fyrfackskärl). Därtill skulle det leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll. Ett nytt system skulle inte heller vara kompatibelt med upphandlade sopbilar.

Av marknadsanalysen samt omvärldsanalysen framgår att endast leverantören har en vara/teknisk lösning som uppfyller kravspecifikationen i form av två varianter av fyrfackskärl. Ett alternativ skulle vara att anskaffa tvåfackskärl, men det skulle leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll. Kommunen skulle behöva införa två olika system och kommunens entreprenör som utför insamlingen skulle behöva anskaffa fler tvåfacksfordon. Abonnenter med fyra tvåfackskärl behöver tillhandahålla mer utrymme för kärlden jämfört med abonnenter med två fyrfackskärl vilket strider mot likabehandlingsprincipen. Ett byte av system innebär även ökat vägslitage och ökade driftskostnader. För fastigheter som måste ersätta ett befintligt fyrfackskärl med ett tvåfackskärl innebär ett byte, förutom att det är fråga om en vara som är tekniskt oförenlig med den befintliga varan, oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll. Konkurrensverket har inte motbevisat kommunens påstående att förutsättningarna att använda undantaget var uppfyllda vid tidpunkten då avtalet ingicks.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Upphandlingens värde var vid tidpunkten för upphandlingens påbörjande 3 500 000 kr och avgiften får högst fastställas till 350 000 kr. Dock är det kontraktsvärdet och inte upphandlingsvärdet som ska ligga till grund för sanktionsvärdet. Om sanktionsvärdet skulle baseras på upphandlingsvärdet blir det snarare fråga om ett straff än om en avgift. I vart fall bör den lägre summan beaktas som en förmildrande omständighet. Upphandlingsskadeavgiftens avskräckande effekt motiverar inte att sanktionsvärdet ska bedömas utifrån upphandlingens beräknade värde. Det är även en förmildrande omständighet att det är fråga om ett enstaka köp och inte ett långvarigt avtal. Såvitt framkommit har någon leverantör inte lidit skada. Vidare är det en samhällsviktig tjänst. Rättsläget är i objektiv mening oklart i fråga om tillämpningen av återopade undantag. I vart fall är det inte någon klar överträdelse. Kommunen har genomfört en frivillig förhandsinsyn och har haft goda grunder för det utifrån marknadsanalys och omvärldsbevakning. Om det är fråga om en överträdelse ligger den nära det tillåtna. Det bör också kunna ses förmildrande att kommunen begick överträdelsen baserat på rådgivning från en extern konsult. Konsulten såg inte till att det fanns tillräcklig och dokumenterad utredning till stöd för tillämpningen av det återopade undantaget i meddelandet om frivillig förhandsinsyn, som konsulten publicerat utan kommunens godkännande.

Sammantaget är omständigheterna starkt förmildrande och leder till att det är fråga om ett ringa fall, alternativt att det finns synnerliga skäl att efterge avgiften. I vart fall finns skäl att bestämma avgiften till lägsta möjliga och högst 100 000 kr. Ett belopp i det intervallet får anses vara väl avvägt i förhållande till den påstådda överträdelsen och vad som framkommit i övrigt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Den 1 januari 2024 trädde nya regler om upphandlingsskadeavgift i kraft. Enligt övergångsbestämmelserna gäller dock de äldre bestämmelserna fortfarande för upphandlingar som har påbörjats innan ikraftträdandet. Eftersom den upphandling som är aktuell i målet påbörjades innan den 1 januari 2024 är det de tidigare bestämmelserna som ska tillämpas. Det är därför dessa som återges i det följande.

En upphandlings värde är det totala belopp som enligt den upphandlande myndighetens uppskattning ska betalas enligt de varukontrakt som ingår i upphandlingen, inklusive options- och förlängningsklausuler. Uppskattningen av en upphandlings värde ska avse tidpunkten när anbudsinfordran skickas ut eller, om sådan inte krävs, tidpunkten när den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingen (5 kap. 3 och 5 §§ LOU).

En upphandlande myndighet ska genom en anbudsinfordran informera om sin avsikt att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal. En anbudsinfordran ska göras genom en annons om upphandling eller, i de fall som regleras i 10 kap. 2 §, en förhandsannons. Särskilda regler om upphandling utan föregående annonsering finns i 6 kap. 12–19 §§ (10 kap. 1 § LOU).

En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en leverantör därför att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens, eller att det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt. Ett sådant förfarande får dock bara användas om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen (6 kap. 14 § första stycket punkt 2 och 3 samt andra stycket LOU).

En upphandlande myndighet får också använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering för upphandling av varor, om kontraktet gäller kompletterande leveranser från den ursprungliga varuleverantören under förutsättning att leveransen antingen syftar till att delvis ersätta varuleveranser eller anläggningar, eller till att utöka befintliga varuleveranser eller anläggningar, och ett byte av leverantör skulle medföra att den upphandlande myndigheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll (6 kap. 17 § första stycket punkt 2 LOU).

Om en upphandlande myndighet har haft skyldighet att konkurrensutsätta en upphandling och ändå slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 kap. 1 § punkt 3 LOU). Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelse är. I ringa fall ska inte någon avgift beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl. Om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 § LOU, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts (21 kap. 4, 5 och 7 §§ LOU).

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Frågan i målet är om kommunen har haft skäl att underlåta annonsering av upphandlingen på grund av att något eller flera av undantagen för tekniska skäl, ensamrätt eller kompletterande leveranser varit tillämpliga.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det är ostridigt att Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift har kommit in i rätt tid och att

upphandlingen avser ett varukontrakt. Vidare är parterna eniga om att upphandlingens värde överstiger tröskelvärdet. Förvaltningsrätten finner inte skäl att göra någon annan bedömning i denna del. Värdet på upphandlingen är därmed så högt att upphandlingen borde ha annonserats, om inte något undantag är tillämpligt.

Vad gäller bevisbördan konstaterar förvaltningsrätten att utgångspunkten är att Konkurrensverket har bevisbördan för de omständigheter som läggs till grund för en avgift. Undantag från annonseringskravet ska dock tolkas restriktivt och det är, även i mål om upphandlingsskadeavgift, den som åberopar undantaget som ska visa att det föreligger omständigheter som gör undantaget tillämpligt. En upphandlande myndighet som invänder mot Konkurrensverkets uppgifter genom att hävda att ett visst undantag från annonseringsskyldigheten kan tillämpas kan därför inte förhålla sig passiv till ansökan, utan måste presentera omständigheter som ger stöd för ett sådant påstående. Det kan sedan, beroende på tyngden i den upphandlande myndighetens invändning, bli aktuellt för Konkurrensverket att motbevisa en sådan invändning. Det bör då vara tillräckligt att verket gör sannolikt att myndighetens invändning inte ska godtas (se HFD 2017 ref. 66 samt Kammarrätten i Stockholms domar i mål nr 1304-20 och 3095-22).

Undantagen för tekniska skäl och ensamrätt (6 kap. 14 §)

I skäl 50 direktiv 2014/24/EU anges bland annat 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. Undantaget bör begränsas till fall där det redan från början står klart att offentliggörandet inte kommer att leda till ökad konkurrens eller bättre upphandlingsresultat, inte minst därför att det objektivt sett endast finns en ekonomisk aktör som kan fullgöra kontraktet. Endast objektivt exklusiva situationer kan motivera användningen av undantaget, där den exklusiva situationen inte har skapats av den upphandlande

myndigheten själv med tanke på det framtida upphandlingsförfarandet. Upphandlande myndigheter bör motivera varför det inte finns några rimliga alternativ eller andra möjliga utvägar. 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 det som ska upphandlas kommer att fungera.

Undantagen ska tolkas restriktivt. Den upphandlande myndigheten måste inte bara visa att det finns tekniska skäl, utan även att de tekniska skäl som åberopas gör det absolut nödvändigt att kontraktet tilldelas ett visst företag. Bevisning för detta kan exempelvis bestå av marknadsanalyser och expertutlåtande (se bland annat Kammarrätten i Stockholms domar i mål nr 4042-21 och 1591-19).

Förvaltningsrätten bedömer att det som Konkurrensverket har lagt fram medför att bevisbördan övergår på kommunen, dvs. att kommunen måste visa att det har funnits förutsättningar för tillämpning av undantagen. Med hänsyn till att undantagen ska tolkas restriktivt och endast tillämpas vid exceptionella omständigheter får utgångspunkten vara att kommunen klart ska visa att förutsättningarna för ett sådant förfarande var uppfyllda vid tidpunkten för upphandlingen, exempelvis genom en noggrant genomförd och väldokumenterad marknadsundersökning.

Av utredningen framgår att kommunen har publicerat ett meddelande om frivillig förhandsinsyn, där det framgår att kommunen efter genomförd marknadsdialog och tidigare erfarenheter konstaterat att endast leverantören kan leva upp till kravspecifikationen samt leveranskraven. Kommunen har

dock uppgett att det saknas dokumentation från den marknadsanalys som genomförts inför upphandlingen och att kommunen därför har genomfört en marknadsundersökning i efterhand, genom att bland annat söka leverantörer på internet och granska publicerade upphandlingar i TED. Vidare har kommunen hänvisat till ett yttrande från Avfall Sverige samt kontaktat en konkurrent till leverantören flera månader efter direktupphandlingen.

Förvaltningsrätten konstaterar att det saknas dokumentation från den utredning som uppges ha genomförts innan avtalet ingicks. Marknadsundersökningen har i stället i huvudsak gjorts i efterhand. Med hänsyn till att det är konkurrens-situationen inför ett avtals ingående som avgör om undantaget får användas är det svårt att i efterhand visa på frånvaron av konkurrens och rimliga alternativ. Såvitt framkommit har kommunen vidare bara kontaktat en annan leverantör, vilket dessutom skedde flera månader efter direktupphandlingen. Det har också framkommit att andra aktörer hade kunnat ta fram fyrfackskärl 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 leverantören kunde tillgodose kommunens behov. Enligt förvaltningsrättens mening saknas det även tillräckligt stöd för att det förelåg någon tidsbrist eller något annat skäl som gjorde det absolut nödvändigt att direktupphandla från leverantören. Det är därför relevant att det fanns leverantörer som med viss tidsutdräkt hade kunnat ta fram en lösning (jfr Kammarrätten i Stockholm dom i mål nr 1591-19).

Det går mot denna bakgrund inte att dra slutsatsen att upphandlingsföremålet bara kan tillhandahållas av en viss leverantör därför att det av tekniska skäl saknades konkurrens. Det kan inte uteslutas att det fanns rimliga alternativ. Vidare är det inte visat att det var absolut nödvändigt att tilldela leverantören avtalet. Det fanns därmed inte tillräckliga skäl för att tillämpa undantaget för tekniska skäl.

Vad gäller undantaget för ensamrätt finns i och för sig inte något skäl att ifrågasätta kommunens uppgift om att delar av fyrfackskärlet omfattades av patent. Detta innebär dock inte att funktionen hos det som ska anskaffas enligt avtalet skyddas av en sådan ensamrätt som avses i LOU. Som konstaterats ovan hade andra aktörer kunnat ta fram fyrfackskärl eller andra lösningar. Vidare har det framkommit att ett annat bolag i koncernen tidigare levererat fyrfackskärl i Danmark. Kommunen har därför inte på ett tillräckligt sätt visat att leverantören hade faktisk ensamrätt och att andra aktörer inte hade någon möjlighet att utveckla en liknande lösning. Undantaget för ensamrätt var därmed inte tillämpligt.

Undantaget för kompletterande leveranser (6 kap. 17 §)

Förvaltningsrätten konstaterar att det av ordalydelsen i bestämmelsen följer att leveransen antingen ska syfta till att delvis ersätta varuleveranser eller till att utöka befintliga varuleveranser. Vidare ska ett byte av leverantör medföra att den upphandlande myndigheten tvingas anskaffa varor som är tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll. I detta fall har kommunen tidigare upphandlat fyrfackskärl av leverantören, men det avtalet löpte ut i februari 2021. Med hänsyn till detta och då det inte har framkommit annat än att det tidigare varuleveransavtalet har fullgjorts kan inköpet av fyrfackskärl inte anses delvis ersätta eller utöka befintliga varuleveranser. Enligt förvaltningsrätten rör det sig i stället om en sådan nyanskaffning som inte omfattas av undantaget (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 2691-11). Med beaktande av att kommunen idag har olika insamlingsssystem kan det inte heller anses tillräckligt visat att ett byte av leverantör skulle medföra att kommunen tvingas anskaffa varor som är tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll. Undantaget för kompletterande leveranser var därmed inte tillämpligt.

Kommunen har genomfört en otillåten direktupphandling

Förvaltningsrätten bedömer alltså att kommunen inte visat att någon av undantagen för tekniska skäl, ensamrätt och kompletterande leveranser var tillämpliga. Kommunen har därmed genomfört en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Av förarbeten till LOU (prop. 2009/10:180 s. 197–198) framgår att en otillåten direktupphandling är en sådan förseelse som hör till de allvarigare formerna av överträdelse, vilket bör leda till att sanktionsvärdet ofta kan anses vara högt. Sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Ju allvarigare överträdelse, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Vidare kan avtalstidens längd och värdet på upphandlingen påverka sanktionsvärdet på så sätt att det anses högre om en otillåten direktupphandling gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller högt värde. Bestämmelsen om att någon avgift inte ska tas ut i ringa fall bör användas endast i sällsynta fall. Vidare åsyftas med synnerliga skäl närmast situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften.

Förvaltningsrätten anser att den överträdelse av LOU som kommunen har gjort inte är att anse som ringa. Det har inte heller kommit fram sådana omständigheter som medför att det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut en sanktionsavgift. Det finns därmed grund för att bestämma att kommunen ska betala en upphandlingsskadeavgift.

Kommunen har genomfört en otillåten direktupphandling, vilket betyder att sanktionsvärdet som utgångspunkt är högt. Förvaltningsrätten bedömer att överträdelsen är klar och att rättsläget inte är oklart. Det har inte kommit fram försvårande eller förmildrande omständigheter. Förvaltningsrätten anser att det är upphandlingens värde som ska ligga till grund för bedömningen och inte

kontraktsvärdet. Upphandlingens värde uppgår till 3 500 000 kr och avgiften kan därmed högst bestämmas till 350 000 kr. En avgift på 250 000 kr får utifrån upphandlingens värde och omständigheterna i övrigt anses som en effektiv, proportionerlig och avskräckande sanktion för kommunen. Ansökan ska därför bifallas och kommunen åläggas att betala en upphandlingsskadeavgift på 250 000 kr.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Ulf Jonare
rådman

Föredragande jurist har varit Johanna Ambjörn.