



KONKURRENSVERKET
Swedish Competition Authority

Tillämpning av undantaget för ensamrätt vid offentlig upphandling

ANALYS I KORTHET 2024:1

Konkurrensverket, mars 2024
Foto: Scandinav

Bakgrund

Upphandlingslagstiftningens huvudsakliga syfte är att öppna upp den inre marknaden för konkurrens och att främja den fria rörligheten för varor och tjänster.¹ Upphandlingar ska därför som huvudregel annonseras, så att alla potentiella leverantörer kan vara med och konkurrera om kontrakten (10 kap. 1 § lagen [2016:1145] om offentlig upphandling [LOU]).²

Det finns undantag från annonseringskravet. I vissa fall får upphandlande myndigheter upphandla med ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering (6 kap. LOU), vilket är ett slags direktupphandling. Ett sådant fall är när det bara finns en leverantör som kan tillhandahålla det som upphandlas på grund av en ensamrätt (6 kap. 14 § första stycket 3 LOU).

Konkurrensverket har uppmärksammat att undantaget tenderar att åberopas utan tillräckligt stöd och för andra situationer än vad lagstiftaren har avsett.³ Konkurrensverket ser därför anledning att redogöra för hur undantaget får användas utifrån gällande rättsläge och ge exempel på hur frågan har bedömts i Konkurrensverkets tillsyn och rättspraxis.

¹ Se skäl 1 till Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet).

² Den här analysen behandlar reglerna i LOU och det bakomliggande LOU-direktivet. Motsvarande regler finns i 6 kap. 7 § första stycket 3 lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 8 kap. 3 § första stycket 3 lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner och 4 kap. 4 § första stycket 2 lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

³ För mål om ogiltigförklaring av avtal, se exempelvis RÅ 2005 ref. 10 och Kammarrätten i Stockholms dom den 2 november 2022 i mål nr 9369-21 och 9370-21. För mål om upphandlingsskadeavgift, se exempelvis Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 29 juni 2023 i mål nr 7356-23, Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 12 december 2022 i mål nr 5778-22 och Kammarrätten i Stockholms dom den 29 juni 2015 i mål nr 2737-14. Fler exempel finns under rubriken "Exempel från Konkurrensverkets tillsyn".

Innehåll

1	Undantaget ska tillämpas restriktivt	5
2	Det ska finnas en ensamrätt	5
3	Det ska inte finnas några rimliga alternativ.....	6
4	Det krävs en gedigen marknadsundersökning	7
5	Frivillig förhandsinsyn	8
6	Dokumentation och efterannonsering	9
7	Följden av en felaktig tillämpning av undantaget.....	9
8	Exempel från Konkurrensverkets tillsyn	9
9	Nyttja konkurrensen vid offentliga upphandlingar	11
10	Vidare läsning	11

1 Undantaget ska tillämpas restriktivt

En upphandlande myndighet får använda undantaget för ensamrätt om följande villkor är uppfyllda:

1. Det finns bara en leverantör som kan tillhandahålla det som upphandlas på grund av en ensamrätt.
2. Det finns inga rimliga alternativ till det som upphandlas.

Undantaget ska tolkas restriktivt och det är den upphandlande myndigheten som ska visa att alla villkor för att använda undantaget är uppfyllda.⁴ Undantaget får bara användas under mycket exceptionella omständigheter.⁵ Det ska vara absolut nödvändigt att anskaffa upphandlingsföremålet från just den valda leverantören.⁶ Utrymmet för att använda undantaget är alltså mycket begränsat.

Det ställs höga krav på den utredning och den dokumentation som den upphandlande myndigheten stödjer sig på. Kraven är lika högt ställda oavsett upphandlingens värde.⁷ Den upphandlande myndigheten förutsätts ha gjort en gedigen utredning av möjligheterna att använda undantaget innan den ingår avtal med den valda leverantören.⁸

2 Det ska finnas en ensamrätt

För att undantaget ska vara tillämpligt måste det som ska upphandlas skyddas av en ensamrätt. En sådan ensamrätt är i regel en immateriell rättighet, så som en upphovsrätt eller ett patent.⁹ Undantaget är dock inte begränsat till bara

⁴ Se skäl 50 till LOU-direktivet och EU-domstolens domar av den 10 mars 1987, kommissionen mot Italien, mål 199/85, EU:C:1987:115, punkt 14 och av den 3 maj 1994, kommissionen mot Spanien, C-328/92, EU:C:1994:178, punkt 15–16. Jfr även HFD 2017 ref. 66 och EU-domstolens dom av den 8 december 2016, Undis Servizi, C-553/15, EU:C:2016:935, punkt 29 och där hänvisad rättspraxis.

⁵ Se skäl 50 till LOU-direktivet.

⁶ Se EU-domstolens dom av den 18 maj 1995, kommissionen mot Italien, C-57/94, EU:C:1995:150, punkt 24. Domen avsåg undantaget för förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av tekniska skäl (jfr 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU). Den undantagsbestämmelse som EU-domstolen tolkade angav dock, liksom nuvarande bestämmelser i 6 kap. 14 § första stycket 2 och 3 LOU, samma grundläggande förutsättningar för att direktupphandla på grund av tekniska skäl och ensamrätt. EU-domstolens tolkning bör därför vara lika gällande för såväl undantaget för tekniska skäl som undantaget för ensamrätt.

⁷ Undantaget i 6 kap. 14 § första stycket 3 LOU är tillämpligt på upphandlingar med ett värde som överstiger tröskelvärdet enligt 5 kap. 1 § LOU. Enligt 19 a kap. 5 § första stycket 2 LOU får direktupphandling användas vid upphandlingar som understiger tröskelvärdena och för upphandlingar av tjänster enligt bilaga 2 till LOU om förhållandena motsvarar de förhållandena som enligt 6 kap. 14 § gör det tillåtet att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

⁸ Se skäl 50 till LOU-direktivet, där det framgår att 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" (Konkurrensverkets kursivering).

⁹ Se artikel 32.2 b iii LOU-direktivet och prop. 2015/16:195 s. 501.

immateriella rättigheter. En bedömning av om en ensamrätt omfattas av undantaget får ske i det enskilda fallet.¹⁰

Undantaget kan inte användas om det finns rimliga alternativ med en jämförbar funktion till upphandlingsföremålet.¹¹ Det är alltså funktionen hos det som ska upphandlas som är avgörande för om en ensamrätt kan motivera användningen av undantaget. Det innebär att inte alla typer av immateriella rättigheter kan motivera användningen av undantaget. Varumärkesskydd och mönsterskydd avser som utgångspunkt inte en funktion och bör därför som regel inte kunna läggas till grund för att använda undantaget.¹²

Det räcker inte att det i och för sig finns en ensamrätt till det som ska upphandlas. Ensamrätten måste också innebära att det bara finns en enda leverantör som kan tillhandahålla upphandlingsföremålet.¹³ Om upphandlingsföremålet kan tillhandahållas av flera leverantörer inom EU, till exempel enligt licens från rättighetsinnehavaren, kan undantaget inte användas.¹⁴ Det är inte möjligt att hänvisa till en ensamrätt och teckna avtal med en svensk distributör av en produkt om det finns andra leverantörer inom EU som kan leverera samma produkt. Detta gäller även om en leverantör av en produkt har gett en viss återförsäljare en avtalad ensamrätt att marknadsföra produkten i Sverige. Som utgångspunkt är det nämligen inte förenligt med konkurrensreglerna att som leverantör förhindra återförsäljare som tilldelats olika territorier att delta i offentliga upphandlingar i en annan återförsäljares territorium.¹⁵

3 Det ska inte finnas några rimliga alternativ

Undantaget förutsätter att det inte finns något rimligt alternativ till det som ska upphandlas och att avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen (6 kap. 14 § andra stycket LOU).

¹⁰ En avtalad rätt att annonsera reklam uppfyllde inte kraven i bestämmelsen (var inte visat) i Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2005 ref. 10. Ett tjänstekontrakt som en upphandlande myndighet tilldelar en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten undantas reglerna i LOU enligt 3 kap. 10 § LOU. Olika rättigheter kopplade till byggtreprenader omfattas inte av undantaget för ensamrätt, jfr EU-domstolens dom av den 12 juli 2001, Ordine degli Architetti m.fl., C-399/98, EU:C:2001:401.

¹¹ Se skäl 50 andra stycket till LOU-direktivet, där det framgår att den upphandlande myndigheten ska "överväga till sin funktion jämförbara byggtreprenader, varor och tjänster" (Konkurrensverkets kursivering) vid bedömningen av om undantaget för ensamrätt kan användas.

¹² Varumärkesskydd regleras i varumärkeslagen (2010:1877) och mönsterskydd regleras i mönsterskyddslagen (1970:485).

¹³ Se EU-domstolens dom av den 3 maj 1994, kommissionen mot Spanien, C-328/92, EU:C:1994:178, punkt 17. Den här förutsättningen beskrivs ibland som att ensamrätten ska vara "faktisk" och inte bara "juridisk".

¹⁴ Se skäl 50 till LOU-direktivet. Se även EU-domstolens dom av den 15 oktober 2009, kommissionen mot Tyskland, C-275/08, EU:C:2009:632, punkt 61–63.

¹⁵ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar (2022/C 248/01), EUT C 248, 30.6.2022, p. 215.

Avsaknaden av konkurrens ska bero på en objektivt exklusiv situation som inte har skapats av den upphandlade myndigheten själv.¹⁶ Konkurrensen får inte begränsas på ett konstgjort sätt eller så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.¹⁷

Kravet på avsaknad av rimliga alternativ innebär som tidigare nämnts att upphandlingsföremålets funktion inte ska kunna ersättas med någon jämförbar vara, tjänst eller byggtreprenad.¹⁸ Bedömningen ska baseras på objektiva och konkreta grunder. Det räcker inte med en hänvisning till att det som ska upphandlas är marknadsledande eller att den upphandlande myndigheten tycker att varan eller tjänsten är lättare att använda. Det räcker inte heller med ett påstående om att upphandlingsföremålets komplexitet innebär att undantaget blir tillämpligt.¹⁹ Det bör också beaktas att även om det inte finns en alternativ produkt på marknaden för tillfället så ska det tas hänsyn till om det är möjligt för en konkurrerande leverantör att ta fram en vara eller tjänst under tiden för ett annonserat förfarande.²⁰

Vid bedömningen av om ett alternativ är rimligt bör bland annat alternativets kostnad, relevanta tidsaspekter och om produkterna är kompatibla beaktas. Den upphandlande myndigheten ska kunna visa att det saknas rimliga alternativ, till exempel med detaljerade beräkningar och konsekvensanalyser.

4 Det krävs en gedigen marknadsundersökning

Den upphandlande myndigheten förutsätts ha gjort en seriös och noggrann utredning av möjligheterna att använda undantaget innan den ingår avtal med den valda leverantören.²¹ Utredningen ska ta sikte på hur konkurrensen ser ut på marknaden och vilka alternativ som finns för att möta den upphandlande myndighetens behov. Baserat på Konkurrensverkets erfarenhet är det ofta marknadsundersökningen som brister när upphandlande myndigheter åberopar undantaget.²²

¹⁶ Se skäl 50 till LOU-direktivet och prop. 2015/16:195 s. 998.

¹⁷ Se 4 kap. 2 § LOU och artikel 18.1 LOU-direktivet.

¹⁸ Se skäl 50 stycke 2 till LOU-direktivet.

¹⁹ Se EU-domstolens dom av den 14 september 2004, kommissionen mot Italien, C-385/02, EU:C:2004:522, punkt 21.

²⁰ Jfr Tribunalens dom av den 15 januari 2013, Spanien mot kommissionen, T-54/11, EU:T:2013:10, punkt 54. Domen gällde tekniska skäl, jfr not 6.

²¹ Jfr EU-domstolens dom den 15 oktober 2009, kommissionen mot Tyskland, C-275/08, EU:C:2009:632, punkt 63. I den tyska respektive franska språkversionen av avgörandet anges "ernsthafte Nachforschungen" respektive "recherches sérieuses". Det motsvarar "seriösa efterforskningar".

²² Se vidare under rubriken "Exempel från Konkurrensverkets tillsyn".

Den upphandlande myndigheten måste kunna visa att det inte finns någon annan som kan genomföra uppdraget.²³ Detta innebär att för att undantaget ska få användas måste marknadsundersökningen visa både att det saknas konkurrens och att det saknas rimliga alternativ till det som ska upphandlas.²⁴

Marknadsundersökningen ska vara utförlig och göras på objektiva, konkreta och transparenta grunder. Det räcker inte att den upphandlande myndigheten gör egna bedömningar om att bara en viss leverantör kan komma i fråga med hänsyn till de krav som myndigheten ställer.

En marknadsundersökning kan bland annat omfatta ett remissförfarande (så kallad RFI²⁵), konsultation med oberoende experter och kontroll av tidigare annonserade upphandlingar²⁶. Marknaden på EU-nivå ska ingå i undersökningen.²⁷ En annonserad upphandling som genomförts av den upphandlande myndigheten kan också ingå i marknadsundersökningen.

Om den upphandlande myndigheten annonserar en RFI bör det tydligt framgå vad myndigheten vill upphandla och, om möjligt, vilken funktion som myndigheten anser att bara en leverantör kan leverera på grund av en ensamrätt. Den upphandlande myndigheten bör också ge leverantörerna möjlighet att föreslå alternativa lösningar för att möta myndighetens behov.

5 Frivillig förhandsinsyn

Den upphandlande myndigheten kan inte stödja sig på ett meddelande om frivillig förhandsinsyn (10 kap. 5 § LOU) som grund för att åberopa undantaget. Ett sådant meddelande syftar till att ge potentiella leverantörer kännedom om tilldelningsbeslutet och möjlighet att begära överprövning av det.²⁸ Den upphandlande myndigheten ges också trygghet i att avtalet inte kan ogiltigförklaras efter annonseringen (20 kap. 15 § LOU). Det är inte säkert att det saknas konkurrens bara för att ingen leverantör invänder efter att meddelandet har annonserats.²⁹ Ett meddelande om frivillig förhandsinsyn kan alltså inte ersätta en gedigen marknadsundersökning eller en annonserad upphandling.

²³ Se prop. 2015/16:195 s. 998.

²⁴ Se skäl 50 till LOU-direktivet, där det framgår att den upphandlande myndigheten ska "överväga till sin funktion jämförbara byggtreprenader, varor och tjänster" (Konkurrensverkets kursivering) vid bedömningen av om undantaget för ensamrätt kan användas.

²⁵ "RFI" är en förkortning för Request for information. En RFI kan annonseras i nationella annonsdatabaser och i TED (Tenders Electronic Daily).

²⁶ En kontroll av tidigare upphandlingar kan göras i nationella annonsdatabaser och i TED.

²⁷ Se EU-domstolens dom den 15 oktober 2009, kommissionen mot Tyskland, C-275/08, EU:C:2009:632, punkt 61–63.

²⁸ Se prop. 2009/10:180 s. 142–143 och EU-domstolens dom den 11 september 2014, Fastweb, C-19/13, EU:C:2014:2194, punkt 61.

²⁹ Det kan finnas flera anledningar till att konkurrenter inte ansöker om överprövning av en annonserad direkttilldelning. En frivillig förhandsinsyn annonseras under en förhållandevis kort period (tio dagar) och det är ofta förenat med kostnader för leverantörer att överpröva frivilliga förhandsinsyner, särskilt om ombud anlitas.

6 Dokumentation och efterannonsering

Den upphandlande myndigheten ska dokumentera genomförandet av en upphandling tillräckligt för att motivera myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeden (12 kap. 14 § LOU).

När den upphandlande myndigheten använder undantaget för ensamrätt ska den dokumentera varför den har valt att använda sig av undantaget och grunderna för det, inklusive den marknadsundersökning som ligger till grund för att använda undantaget.

Den upphandlande myndigheten ska efterannonsera en upphandling som har gjorts med stöd av undantaget för ensamrätt. Annonsen ska bland annat innehålla skälen för tillämpligheten av undantaget.³⁰

7 Följden av en felaktig tillämpning av undantaget

Om en upphandlande myndighet tillämpar undantaget avseende ensamrätt trots att förutsättningar inte är uppfyllda är det att betrakta som en otillåten direktupphandling. En upphandlande myndighet som genomför en otillåten direktupphandling riskerar att behöva betala upphandlingsskadeavgift.³¹ Den upphandlande myndigheten riskerar även att kritiseras av Konkurrensverket genom ett tillsynsbeslut.³² Ett avtal som ingåtts genom otillåten direktupphandling kan även, efter ansökan av en leverantör, förklaras ogiltigt av domstol.³³

8 Exempel från Konkurrensverkets tillsyn

8.1 Otillräcklig marknadsundersökning

En regional nämnd direktupphandlade två kliniska psykologtester och bedömningsverktyg med hänvisning till undantaget för ensamrätt. Enligt nämnden skyddades testerna och verktygen av ensamrätter och erbjöds bara av två leverantörer. Nämnden hade tillfrågat specialister, ansvariga i klinisk verksamhet och de två leverantörerna som nämnden hade slutit avtal med. Enligt leverantörerna fanns inga andra aktörer på den svenska marknaden som tillhandahöll deras tester. En specialistpsykolog hade uttalat sig om sin uppfattning om leverantörerna och konkurrensen på marknaden. Nämnden hade medgett att de hade kunnat göra mer för att säkerställa att det inte fanns någon konkurrens.

³⁰ Se artikel 84.1 f LOU-direktivet.

³¹ 21 kap. 1–2 §§ LOU. För mer information om upphandlingsskadeavgift, se 21 kap. LOU och konkurrensverket.se.

³² För mer information om Konkurrensverkets tillsynsbeslut, se konkurrensverket.se.

³³ 20 kap. 4 och 13 §§ LOU.

Förvaltningsrätten ansåg att nämndens marknadsundersökning inte gav tillräckligt stöd för slutsatsen att testerna och bedömningsverktygen endast kunde tillhandahållas av en viss leverantör. Förvaltningsrätten noterade även att nämnden inte hade kontrollerat annonsdatabaser. Nämnden hade därmed inte visat att förutsättningarna för att tillämpa undantaget från annonsering var uppfyllda. Förvaltningsrätten beslutade att nämnden skulle betala en upphandlingsskadeavgift. Domen har vunnit laga kraft.³⁴

8.2 Otillräcklig dokumentation och marknadsundersökning

En region direktupphandlade digital utbildning om kollektivavtal och arbetsrätt med hänvisning till undantaget för ensamrätt. Enligt regionen omfattades innehållet i utbildningen av en ensamrätt. Regionen uppgav att den hade genomfört en marknadsundersökning, men inte dokumenterat vilka åtgärder som hade vidtagits eller resultatet av undersökningen. Regionen hade genomfört en frivillig förhandsinsyn som inte hade resulterat i några invändningar.

Förvaltningsrätten ansåg att regionen inte hade visat att utbildningen omfattades av en ensamrätt. Enligt förvaltningsrätten saknade det betydelse att regionen hade genomfört en frivillig förhandsinsyn och att avtalet inte hade blivit föremål för överprövning. Förvaltningsrätten beslutade att regionen skulle betala en upphandlingsskadeavgift. Domen har vunnit laga kraft.³⁵

8.3 Inte visat att rimliga alternativ saknades

Ett regionägt bolag direktupphandlade webbplatsbaserade marknadsföringstjänster från en leverantör, bland annat med hänvisning till undantaget för ensamrätt. Bolaget uppgav, avseende ensamrättssituationen, att det inte fanns någon konkurrens eller annat möjligt alternativ till leverantören för de aktuella marknadsföringstjänsterna.

Förvaltningsrätten anförde att tillhandahållande av marknadsföringstjänster på leverantörens webbplats var en konstruerad ensamrätt. Denna ensamrätt innebar enligt förvaltningsrätten att marknadsföringstjänsterna i sig inte skyddades av en ensamrätt. Förvaltningsrätten ansåg att marknadsföringstjänsterna inte var så pass komplicerade att det inte fanns någon annan som skulle kunna genomföra uppdraget.

³⁴ Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 29 juni 2023 i mål nr 7356-23. Konkurrensverkets dnr 390/2022 (utredningen) och dnr 262/2023 (ansökan om upphandlingsskadeavgift).

³⁵ Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 12 december 2022 i mål nr 5778-22. Konkurrensverkets dnr 537/2021 (utredningen) och dnr 386/2022 (ansökan om upphandlingsskadeavgift).

Förvaltningsrättens slutsats blev därför att undantaget avseende ensamrätt inte var tillämpligt. Förvaltningsrätten beslutade att bolaget skulle betala en upphandlingsskadeavgift. Domen har vunnit laga kraft.³⁶

8.4 Otillräcklig marknadsundersökning

En kommun direktupphandlade utrustning för kontrollrumsmiljö med hänvisning till undantaget för tekniska skäl och ensamrätt. Kommunen uppgav att man genomfört internetsökningar och haft dialog med den tilltänkta leverantören.

Förvaltningsrätten ansåg att marknadsundersökningen inte visade att undantaget var tillämpligt avseende vare sig tekniska skäl eller ensamrätt. Förvaltningsrätten beslutade att kommunen skulle betala en upphandlingsskadeavgift. Domen överklagades och kammarrätten meddelade inte prövningstillstånd. Domen har inte vunnit laga kraft.³⁷

9 Nyttja konkurrensen vid offentliga upphandlingar

Konkurrensverket vill understryka att det finns flera goda skäl till att tillvarata konkurrensen på marknaden genom konkurrensutsättning i enlighet med LOU. Utöver att konkurrensutsättningen leder till positiva effekter i enskilda upphandlingar, bidrar det också till positiva följder för såväl den upphandlande myndigheten som det allmänna i stort på både kort och lång sikt.

10 Vidare läsning

- Konkurrensverkets informationsskrift [Nyttja konkurrensen vid offentliga upphandlingar](#) (november 2020)
- Konkurrensverkets vägledning [Undantaget för tekniska skäl](#) (juni 2022)
- Konkurrensverkets analys i korthet 2023:8 [Granskning av frivilliga förhandsinsyner](#)
- Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2016:2 [IT-standarder, inlåsning och konkurrens. En analys av policy och praktik inom svensk förvaltning](#)
- Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2013:2 [Upphandling av IT – inlåsningseffekter och möjligheter](#)

³⁶ Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 2 januari 2024 i mål nr 3892-22. Konkurrensverkets dnr 763/2021 (utredningen) och dnr 600/2022 (ansökan om upphandlingsskadeavgift).

³⁷ Förvaltningsrätten i Umeås dom den 4 december 2023 i mål nr 876-23 och Kammarrätten i Sundsvalls beslut den 5 mars 2024 i mål nr 2658-23. Konkurrensverkets dnr 490/2022 (utredningen) och dnr 374/2023 (ansökan om upphandlingsskadeavgift).



Ringvägen 100
118 60 Stockholm
08-700 16 00
konkurrensverket@kkv.se

www.konkurrensverket.se