

Promemoria om utnyttjande av konkurrensförhållanden kopplat till återköpsklausul

1 Bakgrund

Ålands landskapsregering (nedan "ÅLR") har övervägt att inte tillämpa den inlösenklausul med stöd av vilken den skulle kunna ställa färjor till anbudsgivarnas förfogande för tillhandahållande av färjetrafiktjänster.

I denna promemoria behandlas följande fråga:

- Hur har man i rättspraxis förhållit sig till situationer där den upphandlande enheten, trots att den har möjlighet att tillhandahålla produktionsmedel för anbudsgivarnas bruk i syfte att öka konkurrensen, har beslutat att låta bli att utnyttja en sådan lösning i upphandlingsförfarandet?
- Hur bör landskapsregeringen motivera hanteringen av inlösenklausulen i avtalet?

2 Upphandlingslagen och utnyttjande av konkurrensförhållanden

Om upphandlingslagens mål och utnyttjande av konkurrensförhållanden föreskrivs i 2 § i upphandlingslagen enligt följande:

Adress	FO-nummer	Telefon	Internet och e-post
Annankatu 31–33 C 39 00100 Helsinki	1916929–5	050 541 8615	www.ptcs.fi etunimi.sukunimi@ptcs.fi

2 § Lagens ändamål

Denna lag har till ändamål att effektivisera användningen av allmänna medel, främja innovativ och hållbar upphandling av hög kvalitet samt garantera lika möjligheter för företag och andra sammanslutningar att erbjuda varor, tjänster och byggtreprenader vid anbudsförfaranden för offentlig upphandling.

*De upphandlande enheterna ska sträva efter att ordna sin upphandling så att den kan genomföras på ett så ekonomiskt, högkvalitativt och systematiskt sätt som möjligt genom att **utnyttja befintliga konkurrensförhållanden** och med beaktande av miljöaspekter och sociala aspekter. För att minska de administrativa uppgifterna i anslutning till upphandlingen kan de upphandlande enheterna utnyttja ramavtal samt genomföra gemensamma upphandlingar eller utnyttja andra samarbetsmöjligheter vid anbudsförfaranden för offentlig upphandling.*

Upphandlingen ska genomföras i form av ändamålsenliga helheter. Upphandlingen ska om möjligt ordnas så att små och medelstora företag och andra sammanslutningar är likvärdiga med andra anbudsgivare när de deltar i anbudsförfarandet. Vid upphandling som underskrider de nationella tröskelvärden som avses i denna lag ska man sträva efter att beakta tillräcklig öppenhet och icke-diskriminering med hänsyn till upphandlingens storlek och omfattning.

I regeringsproposition (RP 108/2016 rd, s. 72–74) konstateras följande i fråga om 2 § i upphandlingslagen:

*”Det föreslagna 2 mom. **har karaktären av en rekommendation.** Avsikten är att betona de administrativa kostnader som upphandlingen medför för den offentliga ekonomin samt vikten av att minimera dem, hållbar upphandling samt konsekvenserna för små och medelstora företag och*

Adress

Annankatu 31–33 C 39
00100 Helsinki

FO-nummer

1916929–5

Telefon

050 541 8615

Internet och e-post

www.ptcs.fi
etunimi.sukunimi@ptcs.fi

sammanslutningar. I momentet rekommenderas det att upphandlingen ordnas och genomförs på ett sätt som är förenligt med lagens ändamål. Frågan om hur upphandlingen kan ordnas mest ändamålsenligt och vad upphandlingen omfattar hör emellertid till de upphandlande enheternas prövningsrätt och ansvarsområde.

Även om det inte ingår i lagens ändamål att befatta sig med vad de upphandlande enheterna upphandlar eller med innehållet i de krav eller villkor som uppställs i samband med upphandlingsförfarandet, rekommenderas det genom omnämmandet av upphandlingens kvalitet i momentet att tillräcklig vikt fästs vid att upphandlingens resultat motsvarar den upphandlande enhetens och användarnas behov och målsättningar, med beaktande av den övriga lagstiftningens krav.

*Med utnyttjande av befintliga konkurrensförhållanden avses på samma sätt som i 2 § i den gällande upphandlingslagen att **man utnyttjar marknaden och marknadskonkurrensen för att nå ett så gott slutresultat som möjligt**. Förfarandena i samband med offentlig upphandling bör vara sådana att det vid anbudsörfarandet uppkommer faktisk konkurrens där det optimala priset eller förhållandet mellan pris och kvalitet kan fastställas."*

Sammanfattningsvis kan det utifrån motiven till 2 § 2 mom. i regeringsproposition konstateras att det är fråga om en bestämmelse av rekommendationskaraktär och att den upphandlande enheten har prövningsrätt vid genomförandet av upphandlingar.

Enligt motiveringen i regeringsproposition till den tidigare upphandlingslagen (RP 50/2006 rd, s. 47) har avsikten varit att föreskriva att den upphandlande enheten ska utnyttja den konkurrens som redan finns på marknaden. Skyldigheten i upphandlingslagen att utnyttja konkurrensförhållanden grundar

Adress

Annankatu 31–33 C 39
00100 Helsinki

FO-nummer

1916929–5

Telefon

050 541 8615

Internet och e-post

www.ptcs.fi
etunimi.sukunimi@ptcs.fi

sig inte heller enligt motiveringen i regeringens proposition till den tidigare upphandlingslagen på någon uttrycklig bestämmelse i upphandlingsdirektivet eller i artiklarna i EG-fördraget.

3 Rättspraxis avseende utnyttjande av konkurrensförhållanden

3.1 Europeiska unionens domstol

I Europeiska unionens domstols rättspraxis finns det inga avgöranden där utnyttjandet av konkurrensförhållanden uttryckligen har behandlats. Detta beror på att skyldigheten att utnyttja konkurrensförhållanden inte grundar sig på något uttryckligt upphandlingsdirektiv eller på någon artikel i fördragen.

3.2 Nationell rättspraxis

I några avgöranden från marknadsdomstolen har det framkommit förfaranden som strider mot upphandlingslagens grundläggande principer – särskilt med avseende på skyldigheten att konkurrensutsätta samt kravet på en effektiv användning av offentliga medel.

I marknadsdomstolens avgörande **MAO 218/2025** var det fråga om en upphandling av en systemhelhetsom genomfördes som ett förhandlat förfarande enligt försörjningslagen.

Upphandlingen hade omfattat tre olika faser. I den första fasen var det avsett att den upphandlande enheten och den utvalda anbudsgivaren skulle fastställa kraven för systemhelheten samt utarbeta de planer som behövdes för genomförandet av upphandlingens andra och tredje fas.

I upphandlingens andra fas skulle den utvalda anbudsgivaren, vars anbud i planeringsfasen hade godtagits av den upphandlande enheten, leverera en

Adress

Annankatu 31–33 C 39
00100 Helsinki

FO-nummer

1916929–5

Telefon

050 541 8615

Internet och e-post

www.ptcs.fi
etunimi.sukunimi@ptcs.fi

systemhelhet som motsvarade de krav som fastställts i upphandlingens första fas. I upphandlingens tredje fas skulle den anbudsgivare som levererat systemet ansvara för underhåll och stödtjänster för det upphandlade systemet.

Jämförelsen av anbudspriserna hade enbart baserats på de timpriser för sakkunnigarbete som angetts för upphandlingens första fas. Marknadsdomstolen konstaterade att upphandlingens andra och tredje fas, som den upphandlande enheten hade lämnat utanför anbudsjämförelsen, utgjorde majoriteten av upphandlingens värde. Den upphandlande enhetens förfarande i den aktuella upphandlingen hade i praktiken inneburit att den anbudsgivare som valts i anbudsförfarandet tillsammans med den upphandlande enheten hade kunnat fastställa innehållet i den andra och tredje fasen, inklusive målsatt pris, samt lämna ett nytt anbud för genomförandet av dessa faser. Upphandlingens andra och tredje fas hade således inte alls varit föremål för konkurrens mellan anbudsgivare, trots att dessa faser utgjorde huvuddelen av upphandlingens värde.

Eftersom den upphandlande enheten hade lämnat största delen av den helhet som avsåg planering, leverans och underhåll av systemet utanför prisjämförelsen, kunde det enligt marknadsdomstolen inte bedömas om den upphandlande enheten faktiskt hade valt det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och utnyttjat de befintliga konkurrensförhållandena. Detta innebar att den upphandlande enheten inte hade uppfyllt sin skyldighet att konkurrensutsätta upphandlingen i fråga och att dess förfarande inte heller hade främjat en effektiv användning av offentliga medel på det sätt som förutsätts i upphandlingsbestämmelserna.

I marknadsdomstolens avgörande **MAO 320/2024** var det däremot fråga om en koncession avseende restaurangtjänster på campus som genomfördes genom ett öppet förfarande.

Grunden för ekonomisk fördelaktighet var bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, men utifrån de jämförelsegrunder som framgick av

Adress

Annankatu 31–33 C 39
00100 Helsinki

FO-nummer

1916929–5

Telefon

050 541 8615

Internet och e-post

www.ptcs.fi
etunimi.sukunimi@ptcs.fi

upphandlingsdokumenten hade anbudens kvalitet i praktiken inte beaktats i anbudsjämförelsen, utan kvalitetsrelaterade krav hade ställts som minimikrav. Den första jämförelsegrunden, med vikten 40 poäng, avsåg priset för representations- och mötesservering inom fem olika produktkategorier samt priset för leveranser av beställningar. Den andra jämförelsegrunden, med vikten 60 poäng, avsåg jämförelsen av storleken på den procentandel som tjänsteleverantörerna betalade till de upphandlande enheterna av sin mervärdesskatteinkluderade försäljning.

Det huvudsakliga syftet med upphandlingen hade varit att ordna måltidstjänster med stöd från Folkpensionsanstalten för högskolestuderande på de upphandlande enheternas campus. Merparten av upphandlingens värde bestod av studerandemåltider, men priserna för student- och personalmåltider hade inte till någon del ingått i anbudsjämförelsen.

Student- och personalmåltider hade inte varit föremål för konkurrens mellan anbudsgivarna vare sig i fråga om pris eller kvalitet, trots att de utgjorde huvuddelen av upphandlingens föremål. Även om de upphandlande enheterna hade haft prövningsutrymme att fastställa jämförelsegrunderna för anbudet, kunde det – genom att merparten av upphandlingens föremål hade lämnats utanför anbudsjämförelsen – inte bedömas om de upphandlande enheterna faktiskt hade valt de ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och utnyttjat de befintliga konkurrensförhållandena. Om konkurrensutsättningen av pris och kvalitet samt anbudsjämförelsen även hade omfattat student- och personalmåltiderna och inga skillnader hade uppstått mellan anbudet i detta avseende, skulle det dock ha varit möjligt att konstatera att kravet på ekonomisk fördelaktighet uppfylldes, till skillnad från en situation där någon jämförelse inte alls hade gjorts. Marknadsdomstolen ansåg att de upphandlande enheterna hade handlat i strid med upphandlingslagen.

Sammanfattningsvis kan det utifrån den nationella rättspraxisen konstateras att de fall som rör utnyttjandet av konkurrensförhållanden har gällt situationer där centrala kostnader hänförliga till genomförandet av upphandlingen inte har

Adress

Annankatu 31–33 C 39
00100 Helsinki

FO-nummer

1916929–5

Telefon

050 541 8615

Internet och e-post

www.ptcs.fi
etunimi.sukunimi@ptcs.fi

beaktats i anbudsjämförelsen. Marknadsdomstolen har ansett att konkurrensförhållandena inte har utnyttjats när alla centrala kostnadsposter inte har ingått i prisjämförelsen och anbudsgivarna därmed inte har haft möjlighet att lämna konkurrerande anbud i fråga om dessa.

4 Sammanfattning av rättspraxis

Bestämmelsen i upphandlingslagen om utnyttjande av konkurrensförhållanden har karaktären av en rekommendation, och någon motsvarande bestämmelse finns inte i upphandlingsdirektivet eller i fördragen.

Det finns ingen rättspraxis från Europeiska unionens domstol avseende utnyttjandet av konkurrensförhållanden. I marknadsdomstolens rättspraxis har uppmärksamhet däremot fästs vid utnyttjandet av konkurrensförhållanden och förfaranden som strider mot upphandlingslagen i situationer där centrala kostnader hänförliga till genomförandet av upphandlingen inte har beaktats i anbudsjämförelsen.

I rättspraxis har det inte tagits ställning till frågan om den upphandlande enheten, i syfte att öka konkurrensen, borde tillhandahålla produktionsmedel för tillhandahållandet av tjänsten, även om en sådan lösning vore möjlig.

Enligt min uppfattning kan en sådan skyldighet när det gäller utnyttjandet av konkurrensförhållanden inte direkt utläsas ur upphandlingslagen.

I praktiken har konkurrensförhållandena i regel utnyttjats på det sätt som avses i upphandlingslagen när ett öppet upphandlingsförfarande enligt upphandlingslagstiftningen har ordnats, där alla potentiella anbudsgivare har haft möjlighet att delta.

Adress

Annankatu 31–33 C 39
00100 Helsinki

FO-nummer

1916929–5

Telefon

050 541 8615

Internet och e-post

www.ptcs.fi
etunimi.sukunimi@ptcs.fi

5 Hantering av inlösenrätten

Landskapsregeringen har i enlighet med utskottets betänkande utrett möjligheterna att utnyttja återköpsoptionen på ett heltäckande sätt såväl ur ett upphandlingsrättsligt som ur ett marknadsmässigt perspektiv. Utredningen visar att det varken i upphandlingslagstiftningen, upphandlingsdirektivet eller rättspraxis finns stöd för att den upphandlande enheten skulle vara skyldig att tillhandahålla produktionsmedel i syfte att främja konkurrensen. Det finns inte heller skäl att genom tolkning konstruera en sådan skyldighet.

Landskapsregeringen bedömer att konkurrensförutsättningarna kan tryggas på det sätt som förutsätts enligt upphandlingslagen och unionsrätten genom att upphandlingen genomförs som ett öppet, transparent och icke-diskriminerande förfarande där samtliga aktörer ges likvärdiga möjligheter att delta, utan att den upphandlande enheten på förhand ingriper i marknadsstrukturen.

Konkurrensen kan dessutom främjas genom att erbjuda vinnaren av upphandlingen möjlighet att lösa in de färjor som ägs av landskapsregeringen, M/S Gudingen och M/S Skiftet.

Ett utnyttjande av återköpsoptionen skulle innebära ett väsentligt och förutseende ingripande i marknadsbaserad verksamhet. Det kan inte heller anses klart att ett utnyttjande av optionen faktiskt skulle främja konkurrensen eller konkurrensneutraliteten. I praktiken skulle ett beslut om att utnyttja återköpsoptionen behöva fattas innan upphandlingsannonsen publiceras. Därutöver skulle det krävas att anbudsgivarna förpliktas att förvärva de återköpta fartygen och lämna anbud på produktionen av tjänsterna med dessa fartyg, eller åtminstone förbinda sig att överta fartygen. Eftersom ett sådant alternativ inte tidigare har varit aktuellt finns det för närvarande ingen marknadsutredning eller annan utredning som visar att förfarandet skulle bidra till ökad konkurrens.

Adress

Annankatu 31–33 C 39
00100 Helsinki

FO-nummer

1916929–5

Telefon

050 541 8615

Internet och e-post

www.ptcs.fi
etunimi.sukunimi@ptcs.fi

Till återköpet hänför sig dessutom rättsliga och ekonomiska osäkerhetsfaktorer, bland annat i fråga om den framtida användningen av materielen. Till exempel skulle en situation där vinnaren av upphandlingen är skyldig att lösa in den befintliga materielen ytterligare minska konkurrensen, och endast den nuvarande leverantören skulle lämna anbud.

Vidare skulle ett genomförande av återköpet kräva ett betydande offentligt åtagande utan att åtgärden kan anses vara nödvändig eller proportionerlig i förhållande till det eftersträlvade målet. Med beaktande av de rättsliga och ekonomiska osäkerhetsfaktorer som är förenade med återköpet samt av att upphandlingens syften kan uppnås utan att optionsmekanismen aktiveras, anser landskapsregeringen att det inte finns rättsligt godtagbara eller vid en samlad bedömning tillräckliga grunder för att utnyttja återköpsalternativet. Upphandlingen bereds därför utan att alternativet tas i bruk.

Utarbetad 26.5.2026

Saila Eskola, jurist

Adress

Annankatu 31–33 C 39
00100 Helsinki

FO-nummer

1916929–5

Telefon

050 541 8615

Internet och e-post

www.ptcs.fi
etunimi.sukunimi@ptcs.fi