

PM 2b 2016-06-20 SLUTLIG BEDÖMNING

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

*En statlig myndighet har tilldelat kontrakt avseende garantiavtal om framtida vaccinleveranser för 340 miljoner kronor utan föregående annonserad upphandling.*

Folkhälsomyndigheten beslutade den 1 juni 2015<sup>1</sup> att påbörja ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering för upphandling av garantiavtal om leveranser vid uppkommande behov av pandemivaccin. Den 25 augusti 2015 skickade myndigheten ut skrivelser till fem olika vaccinleverantörer med fråga om (1) leverantören hade ett godkänt pandemivaccin ("approval of a pandemic preparedness vaccine") samt (2) om leverantören hade kapacitet att erbjuda minst en dos influensavaccin per person till den svenska befolkningen, vid en konstaterad influensapandemi.<sup>2</sup>

Av de svar myndigheten erhöll framgår att i vart fall två av de tillfrågade leverantörerna (här angivna som Leverantörerna A och B) hade ett vid tidpunkten godkänt pandemivaccin och kunde uppfylla den efterfrågade leveranskapaciteten. Dessutom angav i vart fall ytterligare en leverantör (här angiven som Leverantör C) att företaget var i slutskedet av en process att få ett pandemivaccin godkänt, varför leverantören önskade delta med anbud i upphandlingen.<sup>3</sup> Härutöver erhöll myndigheten svar från två leverantörer som på olika sätt markerade intresse av att delta med anbud i en kommande upphandling.

Folkhälsomyndigheten inledde därefter förhandling utan föregående annonsering med Leverantörerna A och B men inte med Leverantören C. Upphandlingen avslutades genom att kontrakt tecknades med båda Leverantörerna A och B den 22 april 2016. Något annonserat förfarande med upprättande av ett skriftligt och öppet tillgängligt förfrågningsunderlag genomfördes således aldrig.

Folkhälsomyndigheten har regeringens uppdrag att säkerställa tillgången till pandemivaccin vid en influensapandemi.<sup>4</sup> Tidigare hade Socialstyrelsen motsvarande uppdrag från regeringen och genomförde 2007 ett annonserat öppet upphandlingsförfarande<sup>5</sup> i syfte att ingå ett liknande garantiavtal om leverans av influensavaccin.<sup>6</sup>

Den nu aktuella upphandlingen avser en period av fyra år till ett beräknat värde av 85 miljoner kronor per år.<sup>7</sup> Upphandlingens s.k. kontraktsvärde kan med ledning härav, enbart för garantiavtalet, beräknas till 340 miljoner kronor. Härutöver tillkommer den ersättning för löpande leveranser av vaccindoser som kan komma ifråga vid eventuella beställningar på grund av pandemi med risk för smittspridning i Sverige.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> Se Folkhälsomyndighetens beslut av den 1 juni 2015 (dnr 02401-2015). Av beslutet framgår att det enligt myndighetens bedömning fanns två leverantörer som vid den aktuella tidpunkten uppfyllde myndighetens krav på godkänt pandemivaccin.

<sup>2</sup> Se Folkhälsomyndighetens skrivelse den 25 augusti 2015, "Procurement of guarantee of pandemic influenza vaccine" (dnr. 2527-2015-2.3.1).

<sup>3</sup> I en svarsskrift till Folkhälsomyndigheten den 15 september 2015 angav Leverantör C bl.a. följande "[Företaget] submitted the pandemic LAIV MAA in March 2015 and the process is proceeding with an approval expected by mid February 2016. Best case scenario regarding timing is January and worst case April 2016. It is the opinion of [Leverantör C] that with regard to our continuous dialogue with Socialstyrelsen during the last three years and considering the length of the contract as well as the fact that approval is expected early 2016 we should be included in the process forward and have the possibility to bid for this tender".

<sup>4</sup> Regeringens regleringsbrev för Folkhälsomyndigheten, budgetåret 2016, s. 9, p. 21 samt regeringens beslut av den 13 maj 2015, dnr. S2015/3628/FS, p. 6.

<sup>5</sup> Se Socialstyrelsens underlag för "Upphandling av influensapandemigaranti" (dnr. SoS 01-3114/2007).

<sup>6</sup> Se Socialstyrelsen "Utvärderingsrapport för upphandling av Influensapandemigaranti och vaccin" (dnr. SoS 01-3114/2007).

<sup>7</sup> Se [www.folkhalsomyndigheten.se/nyheter-och-press/nyhetsarkiv/2016/april/fragor-och-svar-om-pandemivaccin](http://www.folkhalsomyndigheten.se/nyheter-och-press/nyhetsarkiv/2016/april/fragor-och-svar-om-pandemivaccin), Folkhälsomyndighetens pressmeddelande av den 28 april 2016, "Frågor och svar om pandemivaccin", jämte myndighetens avtal av den 22 april 2016 med Leverantören A, s. 27 p. 6, med Leverantör B, s. 21, p 24.1.

<sup>8</sup> Ersättning för själva vaccindoserna ska dock, såvitt förstås, betalas av de sjukvårdsansvariga landstingen.

### Gällande rätt

Med offentlig upphandling avses förfarandet fram till och med tilldelning av bland annat *offentliga kontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser tillhandahållande av bl.a. varor. Karakteristiskt för ett offentligt varukontrakt är att leverantören mot ersättning ska åta sig att leverera varor för den upphandlande myndighetens räkning.

Upphandling av offentliga varukontrakt regleras i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Lagen har kommit till som en följd av bl.a. kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG).<sup>9</sup>

Statliga myndigheter utgör enligt legaldefinitionen i 2 kap. 19 § LOU sådana s.k. *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iaktta lagens bestämmelser. Företag som på marknaden tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”*leverantörer*” som ska lämnas möjlighet att på lika villkor delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud.

Den närmare bestämningen av ett kontrakt utgår från ett klassifikationssystem för varor, tjänster och byggentreprenadarbeten inom Europeiska unionen som heter *Common Procurement Vocabulary* eller CPV.<sup>10</sup> Upphandling av vacciner (CPV 33651600) – däribland influensavaccin (CPV 33651660) eller andra antiinfektiva medel för systemiskt bruk, vacciner, cytostatika/cytotoxiska medel, samt immunmodulerande medel (CPV 33650000) – ska om det samlade kontraktsvärdet av dessa varor överstiger gällande tröskelvärde handläggas i enlighet med de på EU-direktiv grundade bestämmelserna i 1-14 kap. LOU. I juni 2015, då den aktuella upphandlingen påbörjades, uppgick tröskelvärdet för statliga myndigheters upphandling till 1.169.378 kronor.<sup>11</sup>

Syftet med bestämmelserna om offentlig upphandling är att bland annat säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets krav på etableringsfrihet och rörlighet av varor och tjänster mellan medlemsstaterna. Det följer därför av 1 kap. 9 § LOU ett antal unionsrättsligt grundade principer som oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid offentlig upphandling. Däribland principerna om *likabehandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparent)* som innebär att alla leverantörer ska behandlas lika och ges möjlighet till sådan insyn att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud på lika villkor.<sup>12</sup> Bestämmelserna har utformats i syfte att bl.a. försvåra möjligheterna att vid offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Bestämmelserna medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader samt att korrupcion motverkas.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska den upphandlande myndigheten genomföra upphandling på ett likvärdigt och icke-diskriminerande samt öppet (transparent) sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Som huvudregel föreligger det en obligatorisk skyldighet

---

<sup>9</sup> Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster. Direktivet har numera sedan den 18 mars 2016, ersatts med Europaparlamentets och Rådets direktiv (2014/24/EU) av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG. Detta s.k. Nya klassiska direktiv har emellertid inte ännu genomförts i svensk rätt, varigenom rättsverkan av det nya direktivet inskränks till att omfatta enbart bestämmelser som har s.k. *vertikal direkt effekt*.

<sup>10</sup> *Common Procurement Vocabulary* är ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska unionen. CPV klassificerar i ett åttaställigt kods-system c:a 6.000 varor och tjänster och är tänkt att ersätta olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna – se vidare 1 kap. 2 § femte stycket och 2 kap. 5 § LOU samt Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), numera i delvis ändrad lydelse sedan 2008.

<sup>11</sup> Beloppet avser gällande tröskelvärde för statliga myndigheters upphandling av varor och A-tjänster inom den s.k. klassiska sektorn som har påbörjats under perioden 1 januari 2014 – 31 december 2015 – se regeringens tillkännagivande (2014:5) om tröskelvärden vid offentlig upphandling samt Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden.

<sup>12</sup> De grundläggande principer som åsyftas följer numera av avdelning IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt – tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG.

för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag och genom annons offentliggöra sina upphandlingar.

Vid varuupphandling över tröskelvärdet ska en annons om upphandling på snabbast lämpliga sätt skickas till Europeiska kommissionen,<sup>13</sup> för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.<sup>14</sup> I preambelerna till den bakomliggande EU-lagstiftningen framhålls bl.a. att EU-domstolen har betecknat otillåten direkttilldelning som den allvarligaste överträdelsen av unionslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande myndighet kan begå.<sup>15</sup>

Enligt 4 kap. 5 § LOU kan dock undantagsvis *förhandlat förfarande utan föregående annonsering* komma ifråga vid bland annat följande förutsättningar.

1. det har vid en annonserad upphandling *inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud*,
2. det som ska upphandlas kan av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av *ensamrätt* fullgöras av endast en viss leverantör, eller
3. det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men *synnerlig brådska* orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Ett *förhandlat farande utan föregående annonsering* kan enligt 5 kap. 7 § LOU även tillämpas om:

4. det gäller varor som framställs endast för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål, och kontraktet syftar inte till vinst eller till att täcka forsknings- och utvecklingskostnader,<sup>16</sup>
5. det gäller kompletterande leveranser av varor från den ursprungliga leverantören om a) varorna är avsedda som antingen delvis utbyte av eller tillägg till tidigare leveranser, och b) 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,<sup>17</sup>
6. det gäller varor som noteras och omsätts på en råvarumarknad, eller
7. det är möjligt att anskaffa varor på särskilt förmånliga villkor genom köp i samband med att en leverantör upphört med sin verksamhet eller är i likvidation, konkurs eller motsvarande obeståndsförfarande.

Som framgår av ordalydelsen gäller undantaget för *ensamrätt* enligt punkten 2 (ovan) enbart om kontraktet på grund av ensamrätt kan fullgöras av ”*endast en viss leverantör*”.<sup>18</sup> I EU-domstolens praxis har ensamrättsundantaget inte bedömts omfatta fall där det finns fler än en leverantör som kan komma ifråga för kontraktet.<sup>19</sup> Bland annat har domstolen uttalat att exklusiva varumärkes- och patenträttigheter avseende farmakologiska produkter inte medför någon undantagsgrundande ensamrätt i sig, utan undantag kan enbart komma ifråga för produkter och specialiteter för vilka det överhuvudtaget inte finns någon konkurrens på marknaden.<sup>20</sup>

I skälen till det Nya upphandlingsdirektivet (2014/24/EU)<sup>21</sup> anges att förhandlad upphandling utan föregående annonsering bör komma ifråga endast om det är tekniskt nära nog omöjligt för en annan

<sup>13</sup> Se 2 § upphandlingsförordningen (2011:1040).

<sup>14</sup> Tenders Electronic Daily (TED) är Europeiska unionens databas för annonsering av bl.a. offentlig upphandling. Databasen utgör ett tillägg till Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och publicerar annonser om upphandling som har skickats till Europeiska kommissionen.

<sup>15</sup> Se bl.a. skäl 13 till Europaparlamentets och Rådets direktiv (2007/66/EG) av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

<sup>16</sup> Undantag enligt punkten 4 gäller under förutsättning att det inte försämrar möjligheten till konkurrens vid en senare kontraktstilldelning som i första hand har ett sådant syfte.

<sup>17</sup> Ett varukontrakt enligt punkten 5 får gälla längre tid än tre år endast om det föreligger särskilda skäl.

<sup>18</sup> Bestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU motsvarar artikel 31.1(b) Klassiska upphandlingsdirektivet (2004/17/EG) samt artikel 32.2(b) Nya klassiska upphandlingsdirektivet (2014/24/EU).

<sup>19</sup> Se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Grekland* (C-394/02) EU:C:2005:336, pp. 32-39, särskilt p. 37.

<sup>20</sup> Se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Spanien II* (C-328/92) EU:C:1994:178, särskilt p. 17 i vilken anges bl.a. följande ”... *it is not sufficient for the pharmaceutical products and specialities in question to be protected by exclusive rights; they must also be capable of being manufactured or delivered only by a particular supplier. Since that requirement is satisfied only with respect to those products and specialities for which there is no competition in the market*”.

<sup>21</sup> Se skäl 50 till det Nya upphandlingsdirektivet (2014/24/EU) vilket utgör unionsrättsligt tolkningsdatum för ensamrättsundantagets (som är så gott som oförändrat jämfört med gällande rätt) aktuella innebörd.

ekonomisk aktör att uppnå erforderlig fullgörandenivå eller om det är nödvändigt att använda specifik kunskap eller specifika verktyg eller medel som endast en ekonomisk aktör har.

Av direktivet följer vidare<sup>22</sup> att ensamrättsundantaget endast är tillämpligt om det inte finns något rimligt alternativ eller substitut och om avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstgjord begränsning av upphandlingsparametrarna. Om den upphandlande myndigheten tror sig veta att enbart en viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för aktuella leveranser (s.k. faktisk ensam-situation) medför detta inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.<sup>23</sup>

Såvitt gäller undantaget vid *synnerlig brådska* enligt punkten 3 (ovan) avser detta endast extra-ordinära situationer där det framstår som absolut nödvändigt att omgående tilldela kontraktet. Enligt praxis krävs att det rör sig om en brådskande anskaffning av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art.<sup>24</sup> Det ska även framstå som uppenbart att kontrakt omedelbart måste komma till stånd för att det inte annars ska uppstå mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa.<sup>25</sup> De omständigheter som kan rättfärdiga synnerlig brådska måste vidare bero på yttre förhållanden, dvs. sådant som ligger utanför det område som den upphandlande myndigheten har kunnat förutse eller påverka. *Egenförvållad brådska* hos den upphandlande myndigheten som kan ha uppkommit till följd av exempelvis bristande planering grundar exempelvis inte möjlighet till undantag,<sup>26</sup> utan i kravet på oförutsebarhet ligger att förhållandena närmast ska ha *karaktären av force majeure*.<sup>27</sup> Härutöver måste den aktuella tidsnöden vara sådan att det inte har varit möjligt att hålla tidsfristerna vid annonserat förfarande, vilka vid upphandling av varor uppgår till som högst mellan 40 och 52 dagar.<sup>28</sup>

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta rättspraxis<sup>29</sup> ska vidare möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som inom området för offentlig upphandling ges enligt unionsrätten tolkas restriktivt.<sup>30</sup> Det ankommer på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att sådana särskilda omständigheter som motiverar undantag, exempelvis påstådda tekniska skäl eller ensamrätt,<sup>31</sup> faktiskt föreligger.<sup>32</sup>

Har en upphandlande myndighet brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller mot någon annan bestämmelse i LOU kan skadelidande leverantör ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att upphandlingen ska rättas eller att den ska göras om.<sup>33</sup> Myndigheten kan enligt 16 kap. 20 § LOU även bli skyldig att ersätta därigenom uppkommen skada<sup>34</sup> för konkurrerande leverantörer.<sup>35</sup>

<sup>22</sup> Se Nya upphandlingsdirektivet (2014/24/EU) art. 32.b, andra stycket.

<sup>23</sup> Se EU-domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen *Bockhorn Braunschweig* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220 och i det efterföljande målet *kommissionen mot Tyskland* (C-503/04) EU:C:2007:432.

<sup>24</sup> Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i de förande målen 7469--7472-11.

<sup>25</sup> I rättspraxis har exempelvis uteblivna livsmedelsleveranser till skolor, förskolor och servicehus ansetts vara av brådskade natur - se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 29 februari 2012 i mål nr. 1446--1452-12. I lagförarbetena anges även att möjlighet till extra förmånliga köp på auktion samt särskilt personrelaterade behov av hälso- och sjukvårdstjänster 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.

<sup>26</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien III* (C-385/02) EU:C:2004:522, punkten 38.

<sup>27</sup> Se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

<sup>28</sup> Se 8 kap. 2 § jämförd med 4-8 §§ LOU.

<sup>29</sup> Från senare rättspraxis se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien IV* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23.

<sup>30</sup> Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden i *kommissionen mot Spanien I* (C-71/92) EU:C:1993:890, *Kommissionen mot Spanien II* (C-328/92) EU:C:1994:178 och *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) EU:C:1995:150.

<sup>31</sup> Se bl.a. det ovan angivna målen *kommissionen mot Spanien II* (C-328/92), p. 16, *kommissionen mot Italien III* (C-385/02), punkterna 19-20, samt *kommissionen mot Grekland* (C-394/02), p. 32, jämte där noterade hänvisningar.

<sup>32</sup> Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens avgöranden i *Kommissionen mot Italien I* (C-199/85), *Kommissionen mot Spanien II* (C-328/92) EU:C:1994:178 och *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) EU:C:1995:150. Från senare praxis, se även domstolens avgöranden i de förenade målen *Bockhorn-Braunschweig* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220 och *Stadt Halle* (C-26/03) EU:C:2005:5, p. 46.

<sup>33</sup> Se 16 kap. 4-6 § LOU.

<sup>34</sup> Se bl.a. NJA 2000 s. 712 (*Tvättsvamparna*), jfr. NJA 2007 s. 349 (*Rederi AB Ishavet*).

Om avtal redan har slutits kan enligt 16 kap. 13 § LOU rätten besluta att detta är ogiltigt. Om det finns tvingade skäl till ett allmänintresse kan enligt samma kapitel 14 § domstolen dock förklara att avtalet får bestå.

Allmän förvaltningsdomstol kan även, på talan av Konkurrensverket, besluta att en upphandlande myndighet som bland annat slutit avtal på sätt som strider mot annonseringsbestämmelserna i LOU ska betala en särskild *upphandlingsskadeavgift*. En sådan straffavgift ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor.<sup>36</sup> Avgiften får dock inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. I rättspraxis har upphandlingsskadeavgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktsvärde<sup>37</sup> men en individuell bedömning ska alltid ske med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.<sup>38</sup>

### Yttrande

Folkhälsomyndigheten har i yttrande med anledning av en promemoria med preliminär bedömning i ärendet anfört i huvudsak följande. Folkhälsomyndigheten har valt att genomföra upphandlingen som ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Skälen för detta är (i) att myndigheten bedömt att avtal måste ingås med två leverantörer för att säkerställa leveranstrygghet avseende det totala behovet av pandemivaccin och (ii) att det endast finns två leverantörer på marknaden som innehar s.k. *mock-upp-godkännande* för pandemivaccin som kan användas av hela befolkningen. Myndigheten har ingått avtal med de två leverantörer som vid upphandlingens början var, och fortfarande i dagsläget är, enda leverantörer på världsmarknaden som kan fullgöra kontrakten i fråga.

### 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.

Folkhälsomyndigheten är såsom central statlig upphandlande myndighet skyldig att iaktta bestämmelserna i LOU. Såvitt framgår av utredningen har Folkhälsomyndigheten i juni 2015 beslutat inleda ett *förhandlat förfarande utan föregående annonsering*. Myndigheten har därefter tillfrågat flera leverantörer om de uppfyller vissa krav, varav bland annat Leverantör C visat intresse av att komma ifråga för anbudsgivning. Någon annonsering med upprättande av ett skriftligt förfrågningsunderlag där det bland annat framgår vilka skall-krav m.m. som ska gälla för anbudsgivningen har dock aldrig genomförts. Istället har myndigheten valt att, i ett slutet förfarande, inleda förhandlingar med Leverantörerna A och B och även tecknat kontrakt med dessa till ett samlat värde av minst 340 miljoner kronor.

Därmed uppkommer fråga om det har förelegat laglig förutsättning för Folkhälsomyndigheten att tillämpa ett *förhandlat förfarande utan föregående annonsering*. Av undantagsbestämmelsen i 5 kap. 4 § första stycket 2 LOU framgår att undantaget avser situationer där kontraktet på grund av ensamrätt kan fullgöras av ”*endast en viss leverantör*”. Enligt anslutande praxis från EU-domstolen i mål C-394/02 kan ensamrätt inte anses föreligga om det finns fler än en tänkbar leverantör som kan komma ifråga för anbudsgivning. EU-domstolen har i målet C-328/92 även uttalat att ett farmakologiskt patent eller annan motsvarande exklusiv rättighet inte i sig medför ensamrätt vid

---

<sup>35</sup> Tidsfristen för ansökan om ogiltighet av avtal är sex månader och för skadestånd ett år, från det att avtalet slöts – se 16 kap. 17 § och 21 § LOU.

<sup>36</sup> Se Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 10 december 2015 i mål nr. 13345-15.

<sup>37</sup> Se bl.a. Kammarrätten i Stockholm mål nr 5426-12, 5427-12 respektive 5452-12, Kammarrätten i Göteborg mål nr 7009-12, Kammarrätten i Stockholm mål nr 1305-12, Förvaltningsrätten i Linköping mål nr 1785-13, Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 1271-12, 1273-12 och 1281-12, Förvaltningsrätten i Växjö mål nr 286-12, Förvaltningsrätten i Luleå mål nr 2166-11, Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 13115-12, Förvaltningsrätten i Falun mål nr 2643-12, Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 2916-13, 22373-12, 2922-13 och 2987-13.

<sup>38</sup> Se HFD 2015 ref. 69.

offentlig upphandling om det också finns konkurrerande produkter på marknaden. Den omständigheten att det på marknaden finns, eller bedöms finnas, endast en eller ett fåtal verksamma leverantörer som rent faktiskt skulle kunna komma ifråga för anbudsgivning har i EU-domstolens praxis<sup>(23)</sup> inte ansetts medföra ensamrättsundantag. Upphandling måste i dessa fall således genomföras i ett annonserat förfarande.

Såvitt framgår av utredningen har Folkhälsomyndigheten redan när den aktuella upphandlingen inleddes i juni 2015 haft klart för sig att det fanns konkurrerande produkter så att mer än en leverantör kunde komma ifråga för anbudsgivning.<sup>(1)</sup> Enligt vad som redovisats i yttrande till Konkurrenskommissionen har myndigheten även bedömt att avtal måste ingås med två leverantörer för att säkerställa leveranstryggheten. Folkhälsomyndigheten har även särskilt förhört sig hos flera leverantörer angående deras produkter och därefter uppmanat två leverantörer att lämna anbud, genomfört förhandlingar samt tecknat kontrakt med dessa leverantörer.<sup>39</sup> Det kan således konstateras att kontrakt i aktuellt avseende har kunnat fullgöras av fler än ”endast en viss leverantör” och att Folkhälsomyndigheten har haft detta klart för sig på ett tidigt stadium, innan upphandlingen genomfördes. Förutsättning för att med stöd av ensamrättsundantaget genomföra förhandlad upphandling utan föregående annonsering föreligger därmed inte. När staten tidigare upphandlade ett liknande garantiavtal, då i Socialstyrelsens regi, skedde detta genom offentliggörande av meddelande om upphandlingen.<sup>40</sup>

Det kan även noteras att mellan den tidpunkt då förfarandet inleddes (i juni 2015) och då kontrakt tecknades (i april 2016) har Folkhälsomyndigheten haft god tid på sig att hinna genomföra ett annonserat upphandlings förfarande. Någon oförutsedd *synnerlig brådska* som har gjort det omöjligt för myndigheten att hålla tidsfristerna vid en annonserad upphandling har sålunda inte förelegat. Möjlighet till undantag enligt övriga, under punkterna 1 och 4-7 (ovan) redovisade, grunder har inte ens påståtts föreligga.

En annonserad upphandling skulle därför rätteligen ha genomförts i enlighet med huvudregeln i LOU. Det nu tillämpade förfarandet, att kringgå annonseringsskyldigheten, strider således mot LOU och de upphandlingsrättsliga direktiven samt sätter konkurrensen ur spel. Det finns därför anledning att rikta allvarlig kritik mot Folkhälsomyndigheten.

Förfarandet medför att myndigheten exponerar sig för skadeståndsanspråk från konkurrerande leverantörer samt att de garantiavtal som har tecknats med Leverantörerna A och B kan komma att förklaras ogiltiga av domstol. Myndigheten riskerar även att få betala upphandlingsskadeavgift med det maximala beloppet 10 miljoner kronor.

---

<sup>39</sup> Jfr. *kommissionen mot Grekland* (C-394/02), p. 37.

<sup>40</sup> Jfr. *kommissionen mot Grekland* (C-394/02), p. 38.