

PM 2 2018-12-12 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom förhandling med frångående av obligatoriskt krav.

Ett kommunalförbund har vid en ursprungligen öppen upphandling av ambulansflyg övergått till förhandlat förfarande utan föregående annonsering och tilldelat kontrakt till en anbudsgivare som uttryckligen angivit sig inte uppfylla ett för upphandlingen uppställt obligatoriskt krav.

Kommunalförbundet Svenskt Ambulansflyg (nedan Kommunalförbundet) har genom meddelande om upphandling som skickades den 19 april 2017 för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED, infortrat anbud på leverans av flygplan, Airplanes for Air Ambulance transport.

Av meddelandet om upphandling¹ framgår att denna avser ett öppet förfarande för anskaffning av totalt (6+1) sju fabriksnya flygplan som ska användas för flygambulanstransporter, att anbud ska vara inlämnat senast den 16 augusti 2017 samt att alternativa anbud inte accepteras.² I upphandlingsdokumentet³ anges bland annat som ett obligatoriskt krav att flygplanen ska ha en viss minsta lastkapacitet angiven till *payload 3* för flygningar Malmö-Kiruna.⁴ Härutöver anges även krav om möjlighet till landning på 43 flygplatser, maximal bullernivå i kabinen, positionsdata, placering av bår, vissa måttbegränsningar samt system för medicinskt syre.⁵ Anbudsgivare ska också redovisa referenser av visst slag.⁶

Såvitt känt fanns det vid tidpunkten för upphandlingen överhuvudtaget inte några i produktion tillgängliga flygplan som fullt ut uppfyllde Kommunalförbundets aktuella kravspecifikation.

Vid anbudsfestens utgång, den 16 augusti 2017, registrerades endast ett inkommit anbud, från Leverantör X. Detta anbud motsvarade dock inte fullt ut kravspecifikationens obligatoriska krav. Bland annat uppfylldes inte kravet *payload 3* för flygningar Malmö-Kiruna eller villkoren om landningsmöjlighet, bullernivå, positionsdata, bårplacering, vissa angivna måttbegränsningar samt kravet på system för medicinskt syre. I sitt anbud har Leverantör X följaktligen kryssat ”No” i en dialogruta som syftar till att klarlägga om de för anbudsgivning obligatoriska villkoren kan anses uppfyllda.⁷ Leverantör X har i sitt anbud heller inte lämnat fullständiga referenser.

Utifrån den omständigheten att det enda inkomna anbudet inte uppfyllde samtliga för upphandlingen ställda krav, och att det därmed inte inkommit några *lämpliga anbud*, beslutade Kommunalförbundet i september 2017 att istället övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Inom ramen för detta förhandlade förfarande eftergav myndigheten bland annat kravet på *payload 3* samt vissa övriga ska-krav enligt upphandlingsdokumentet samt bortsåg från kravet på referenser.⁸ Trots att bolagets anbud således inte uppfyllde samtliga för upphandlingen ursprungliga obligatoriska krav beslutade Kommunalförbundet tilldela kontraktet till Leverantör X.

¹ Se den annons om upphandling som införts i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED: ”Sverige-Uppsala: Flygplan 2017/S 075-144562 och Meddelande om upphandling Varor”. Annonsen skickades den 13 april publicerades den 19 april 2017. I annonsen anges Region Uppsala som upphandlande myndighet. Senare har dock konstaterats att Kommunalförbundet är rätt upphandlande myndighet – se Förvaltningsrätten i Uppsalas beslut av den 20 december 2017 i mål nr. 7009-17 och av den 16 oktober 2018 i mål nr. 6133-17.

² Se annonsen om upphandling punkterna II.1.1, II.1.4, II.2.10, IV.1.1 och IV.2.7.

³ Se upphandlingsdokumentet ”Svenskt Ambulansflyg Airplanes för Air Ambulance Transport Administrative regulations”, med bilagor, referensnummer KSA 45-2016.

⁴ Se upphandlingsdokumentet, bilagan ”Annex 2 in Section 2 – Purchase Agreement Compliance Statement. 2” punkten 2.3.7.

⁵ Se ovan angivna bilagan, punkterna 2.3.7, 2.3.12, 2.4.13, 2.7.8, 2.9.12, , 2.9.17, 2.9.31 och 2.9.35.

⁶ Se upphandlingsdokumentet, ”Original Administrative Regulations”, punkten 2.5.2

⁷ Leverantören X svar finns i den tredje dialogrutan, rubricerad ”The aforementioned mandatory requirements are fulfilled”, under punkten 3, i upphandlingsdokumentet ADMINISTRATIVE CONDITIONS” (s. 19) i Leverantör X anbud.

⁸ Detta framgår bland annat av ett e-postmeddelande som skickades från Kommunalförbundet till Leverantör X den 21 september 2017. Av meddelandet framgår sammanfattningsvis följande. Endast ett anbud har mottagits och detta anbud har lämnats av Leverantör X. Eftersom anbudet inte fullt ut överensstämmer med upphandlingsdokumentet har myndigheten beslutat att övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Kommunalförbundet önskar genom förhandling komma överens i de delar som anbudet inte uppfyller kraven. Myndighetens jurister förbereder ett kontrakt som bör motsvara vad som framförts i anbudet och återkommer inom kort med ett avtalsförslag. Myndigheten inbjuder till synpunkter från Leverantör X och hoppas att bolaget kan godkänna avtalsförslaget för undertecknande.

Upphandlingens kontraktswärde kan uppskattas till c:a 9 miljoner US-dollar per plan, eller totalt c:a 63 miljoner US-dollar (c:a 570 miljoner kronor).

Förvaltningsrätten i Uppsala har i dom av den 16 oktober 2018⁹ förordnat att upphandlingen ska göras om. Av domskälen framgår sammanfattningsvis att förutsättningarna för att övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering bedömdes uppfylla, men att Kommunalförbundet hade brutit mot LOU genom att tilldela kontraktet till Leverantör X på ett sätt som medfört en *väsentlig ändring*.

Rättslig reglering

Med offentlig upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett *offentligt kontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter.¹⁰

Upphandling av *offentliga varukontrakt* som har påbörjats 2017 eller senare regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – LOU – och det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU).¹¹

Kommunala sammanslutningar, såsom exempelvis kommunalförbund,¹² utgör enligt legaldefinitionen i 1 kap. 22 § LOU *upphandlande myndigheter* som är skyldiga att följa upphandlingsbestämmelserna.¹³ Lagen och de vid varje tidpunkt gällande direktivbestämmelserna är generellt tillämpliga på alla åtgärder som vidtas av upphandlande myndigheter i syfte att anskaffa exempelvis varor genom tilldelning av kontrakt.

En upphandling som avser flygplan (CPV 34711100-5)¹⁴ ska om det samlade kontraktswärdet överstiger gällande tröskelvärde handläggas enligt de på LOU-direktivet grundade bestämmelserna i 1-18 kap. LOU. Vid tidpunkten då den aktuella upphandlingen påbörjades (i april 2017) uppgick tröskelvärdet till 1.910.323 kronor.¹⁵

Syftet med regelverket om offentlig upphandling är att bland annat säkerställa den lagliga efterlevnaden av bestämmelserna om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna i (numera) artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget). Det har i lagen därför införts ett antal unionsrättsligt grundade principer som oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid offentlig upphandling, däribland principerna om *likabehandling* och *proportionalitet*.

Av dessa principer följer att alla leverantörer ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn, att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud utifrån samma villkor. Vissa leverantörer eller grupper av leverantörer får inte ensidigt gynnas.

Vidare ska kravspecifikationen vara proportionell i förhållande till det behov som ska täckas med upphandlingen. Proportionaliteten ska vanligen prövas i tre steg. För det första ska bedömas om exempelvis obligatoriska *ska-krav* är ägnade att tillgodose det avsedda ändamålet. I det andra steget ska prövas om kraven även är nödvändiga för att uppnå det avsedda ändamålet och slutligen ska i det tredje steget bedömas om den fördel som det allmänna vinner med kraven står i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar berörda enskilda intressen.¹⁶

⁹ Se Förvaltningsrätten i Uppsalas dom av den 16 oktober 2018 i mål nummer 7071-17. Domen har vunnit laga kraft.

¹⁰ Se 1 kap. 2 § jämförd med 15 § LOU.

¹¹ EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU, av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

¹² Kommunalförbund reglerades vid den aktuella tidpunkten (2017) genom bestämmelser i 3 kap. 20-28 § 1991 års kommunallagen (1991:900) Numera återfinns motsvarande bestämmelser i 9 kap. 1-18 § 2017 års kommunallag (

¹³ På motsvarande sätt utgör enligt 1 kap. 16 § LOU företag som på marknaden tillhandahåller aktuella varor *leverantörer* som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).

¹⁴ CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska Unionen – se 4 kap. 19 § LOU samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

¹⁵ Gällande tröskelvärde sedan den 1 januari 2017 för kommunal upphandling av varor och tjänster inom den s.k. klassiska sektorn - se regeringens tillkännagivande (2017:223) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹⁶ Se bland annat EU-domstolens dom i *Contse* (C-234/03) EU: C:2005:644 samt RÅ 1999 ref. 76. Se även HFD 2016 ref. 37 I och II.

Enligt en förtydligande bestämmelse i 4 kap. 2 § LOU får en upphandling inte utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.¹⁷ Om förutsättningarna har utformats på ett sätt som syftar till att otillbörligt favorisera eller missgynna vissa ekonomiska aktörer ska de sålunda anses innefatta en otillåten konstgjord begränsning av konkurrensen som strider mot kraven på likabehandling och proportionalitet.¹⁸

I unionsrättslig praxis har EU-domstolen¹⁹ konstaterat att respekten för principen om likabehandling av anbudsgivarna kräver att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna, för att därigenom garantera en objektiv jämförelse mellan de anbud som lämnats av de olika anbudsgivarna. I anknytande svensk praxis har Högsta förvaltningsdomstolen i HFD 2016 ref. 37, I och II pekat på att upphandlingsdokumentet utgör den centrala delen av förfarandet och att en förutsättning för att detta ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att leverantörerna kan vara säkra på att de obligatoriska krav som där ställts kommer att upprätthållas under hela förfarandet. Myndigheterna måste därför redan vid framställandet av upphandlingsdokumenten se till att förekommande krav är proportionerliga i förhållande till föremålet för upphandling, för att på så sätt försäkra sig om att dessa är adekvata och relevanta och inte går utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna anbud. Myndigheterna har dock vissa möjligheter att i efterhand tillåta eller begära en komplettering eller ett förtydligande av lämnade anbud, om detta kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.²⁰

I fråga om komplettering i efterhand har sådan dock inte ansetts möjligt i fråga om obligatoriska krav. Detta eftersom samtliga anbudsgivare, såväl befintliga som potentiella, bör ha anledning att förutsätta att krav som har angivits som obligatoriska är viktiga för den upphandlande myndigheten, och följaktligen haft att räkna med dem i sina anbud eller vid sina beslut om att avstå från att lämna anbud. Så länge kraven har en adekvat koppling till ändamålet för upphandlingen och inte kan anses oproportionerliga åligger det således myndigheterna att antingen upprätthålla kraven, som de har angetts i förfrågningsunderlaget, eller att avbryta upphandlingen och göra förnyade överväganden i en eventuell ny upphandling.

Om det vid ett öppet förfarande överhuvudtaget inte har lämnats några lämpliga anbud²¹ tillåts den upphandlande myndigheten att *övergå till att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering* enligt 6 kap. 12 § LOU. Detta får dock endast ske under förutsättning att de villkor som har angivits i den ursprungliga upphandlingen inte har *ändras väsentligt*.

Vad som ska anses utgöra en väsentlig ändring av upphandlingsvillkoren ska i första hand bedömas utifrån villkorens relevans i förhållande till leverantörernas möjlighet och intresse av att delta med anbud.²² Det kan i en upphandling förekomma villkor med en så *grundläggande betydelse* att upphandlingen efter en ändring av eller bortseende från dessa villkor hade kunnat tilldra sig intresse från även andra potentiella anbudsgivare, som tidigare inte har kunnat lämna anbud.²³

¹⁷ Bestämmelsen följer av artikel 18.1 andra stycket i LOU-direktivet.

¹⁸ Se artikel 18.1 andra stycket i LOU-direktivet.

¹⁹ Se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Danmark* (C-243/89) EU:C:1993:257, p. 37.

²⁰ Enligt 4 kap. 9 § LOU får en upphandlande myndighet tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. En sådan åtgärd ska dock vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.

²¹ Ett anbud ska enligt 6 kap. 13 § andra stycket LOU anses vara olämpligt om det är irrelevant för kontraktet och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande myndighetens krav enligt upphandlingsdokumenten. Vad som ska anses utgöra ett olämpligt anbud motsvarar sålunda i allt väsentligt vad som i civilrätten brukar avses med *oren accept*, nämligen ett bud som på ett icke oväsentligt sätt avviker från anbudsförfrågan och således inte direkt kan läggas till grund för avtal.

²² Det finns i 17 kap. 8-16 § LOU infört bestämmelser om ändring av ett kontrakt eller ramavtal. Dessa bestämmelser avser ändring som genomförs i ett redan slutet avtal under dess löptid, vilket inte är samma sak som en ändring av villkoren för kontraktstilldelning. Bestämmelserna i exempelvis 9 och 14 §§ bör dock möjligen kunna tillämnas viss analog tillämpning.

²³ Se EU-domstolens dom i målet *Borta* (C-298/15), EU:C:2017:266, pp. 70-74.

I dessa fall får den upphandlande myndigheten inte, ens i form av en rättelse, ändra innehållet i de grundläggande villkoren såsom dessa har angetts i upphandlingsdokumentet.²⁴ Orsaken till detta är att berörda leverantörer kan ha lagt dessa krav till grund för sina beslut om att förbereda anbud eller att avstå från att delta i den aktuella upphandlingen.²⁵ Även om den upphandlande myndigheten har ett visst utrymme för skönsmässig bedömning vid förhandlat förfarande ska den, som EU-domstolen framhåller, ändå säkerställa iakttagandet av de krav i upphandlingen som den har bestämt ska vara bindande. Om så inte är fallet riskerar de grundläggande principerna att sättas åt sidan på sätt som medför favorisering eller godtycke från den upphandlande myndighetens sida.²⁶

Om myndigheten väljer att i efterhand bortse från eller lätta sådana obligatoriska krav som kan ha haft grundläggande betydelse för potentiella anbudsgivares beslut om att avstå från att lämna anbud medför detta således en *väsentlig ändring*. Det är sålunda inte tillåtet att i förhandling ändra eller efterge obligatoriska krav, utan förhandlingarna får endast syfta till att anbuden ska uppfylla anbudsförutsättningarna såsom dessa ursprungligen angivits i upphandlingsdokumentet.²⁷

En tillämpning av de grundläggande principerna, då framförallt kravet på likabehandling, medför skyldighet för de upphandlande myndigheterna att förkasta anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven, såsom dessa ursprungligen har angivits i förfrågningsunderlaget.

Den omständigheten att det vid normala marknadsmässiga villkor endast har kommit in ett anbud kan som regel tyda på att den befintliga konkurrensen inte har utnyttjats fullt ut. Den upphandlande myndigheten har därför givits möjlighet att vid sådant förhållande *avbryta förfarandet*, för att kunna utlysa upphandlingen på nytt med en eventuell ändring av villkor som kan uppfattas som konkurrenssnedvridande.²⁸

Yttrande

Kommunen har beretts tillfälle att yttra sig utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

Slutlig bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Kommunalförbundet är som upphandlande myndighet skyldig att i sin verksamhet följa gällande upphandlingsbestämmelser.²⁹

Av utredningen framgår att Kommunalförbundet upphandlat varor i form av ambulansflygplan i ett ursprungligen öppet förfarande som inleddes i april 2017. Detta i kombination med att kontraktsvärdet överstiger gällande tröskelvärde gör att de direktivstyda bestämmelserna i 1-18 kap. LOU ska tillämpas på upphandlingen.

Såvitt kan konstateras har upphandlingen varit utformad på ett sätt som i praktiken omöjliggjort anbudsgivning, eftersom det inte funnits några på marknaden tillgängliga flygplansmodeller som fullt ut motsvarar kravspecifikationen. Detta avspeglar sig bland annat i att den enda leverantör som överhuvudtaget deltagit med anbud, tydligt klarlagt att de för anbudsgivning obligatoriska villkoren inte kunnat uppfyllas.

²⁴ Se även 6 kap. 8 § första stycket, moment två LOU, enligt vilken förhandlingar inte får avse minimikraven eller tilldelningskriterierna.

²⁵ Se EU-domstolens avgöranden i *kommissionen mot Nederländerna* (C-368/10) EU:C:2012:284, p. 55, och i *Enterprise Focused Solutions* (C-278/14) EU:C:2015:228, p. 27–29. Se även generaladvokatens förslag till yttrande i det ovan angivna målet *Borta* (C-298/15), EU:C:2016:921, p. 72 samt domstolens dom i samma mål p. 70.

²⁶ Se EU-domstolens dom i *Nordecon* (C-561/12) EU:C:2013:793, p. 36-39.

²⁷ Den upphandlande myndigheten får inom ramen för ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering uppta förhandlingar med såväl befintliga anbudsgivare som nya leverantörer, i syfte att dessa genom förhandlingar ska förmås lämna anbud som myndigheten kan anta utan att behöva efterge krav eller kriterier enligt den ursprungliga kravspecifikationen.

²⁸ Se EU-domstolens dom i *Fracasso Leitschutz* (C-27/98), EU:C:1999:420 se även RÅ 2008 ref. 35.

²⁹ Den upphandling utredningen avser påbörjades i maj 2017 och hänför sig till varuanskaffning över tröskelvärdet. 2017 års LOU ska därför tillämpas på förfarandet.

Vid detta förhållande har Kommunalförbundet haft en laglig möjlighet att övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, för att på detta sätt få ett anbud som kan antas inom ramen för befintlig kravspecifikation. Myndigheten har haft full frihet att till förhandling bjuda in andra på marknaden verksamma företag än Leverantör X. Förhandlingarna hade således kunnat omfatta även sådana leverantörer som inte ursprungligen deltagit som anbudsgivare i den aktuella upphandlingen. Det har vid dessa förhandlingar dock inte varit tillåtet att frånga villkor som har en så *grundläggande betydelse*, att upphandlingen utan dessa villkor hade kunnat tilldra sig intresse från andra potentiella anbudsgivare. Ett frångående av de för anbudsgivning obligatoriska kraven medför en otillåten *väsentlig ändring* i förhållande till de för upphandling ursprungligen uppställda villkoren.

Beslutet om att frånga vissa av de krav och kriterier som ursprungligen angivits som obligatoriska, och därmed kan ha haft grundläggande betydelse för leverantörers beslut om att inte delta med några anbud, innefattar överträdelse av LOU och den i lagen införda likabehandlingsprincipen. Det finns därmed anledning att rikta kritik mot Kommunalförbundet som uppenbarligen behöver se över sina upphandlingsrutiner.