

PM 2 2018-12-12 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom frångående av obligatoriskt krav m.m.

Ett landsting har vid upphandling av ambulansfordon till ett värde av c:a 10 miljoner kronor utformat upphandlingsförutsättningarna på ett sätt som medfört en konkurrensbegränsande effekt samt, trots reservation avseende obligatoriska ska-krav, antagit det enda inkomna anbudet. Det har i samband med upphandlingen även förkommit tagande av muta.

Landstinget Region Kronoberg (nedan Landstinget)¹ har i två omgångar upphandlat ambulansfordon för sjuktransporter på väg. Detta har skett i öppna förfaranden genom meddelanden om upphandling som skickades den 27 juli 2015² respektive den 24 maj 2017³ för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.

I en första omgång upphandlade Landstinget under 2015 totalt $(3+4)=7$ komplett utrustade ambulansfordon.⁴ I denna upphandling registrerades tre inkomna anbud, varav kontraktet tilldelades en leverantör som här anges som Specialfordonsföretaget.

Denna utredning avser emellertid den senare upphandlingsomgång som genomfördes 2017, med (referensnummer 17RK736). Denna gång gällde det anskaffning av ytterligare $(3+4)=7$ ambulansfordon.⁴ Kravspecifikationen hade i 2017 års upphandling dock ändrats jämfört med de villkor som var aktuella i 2015 års upphandling. Bland annat hade kraven avseende motorstyrka, fyrhjulsdrift och lastvikt ändrats. Vidare hade ett antal tidigare frivilliga s.k. bör-krav ändrats till att 2017 utgöra obligatoriska s.k. ska-krav. De aktuella ändringarna medför en anpassning av upphandlingsförutsättningarna till nivåer som överensstämmer med fordon som Specialfordonsföretaget kunde tillhandahålla.

Vid anbudsfristens utgång den 26 juni 2017 registrerades endast ett inkommit anbud, från Specialfordonsföretaget.⁵ I detta anbud hade företaget dock reserverat sig i två fall av obligatoriska krav, avseende framför allt ambulansernas vårdarstolar. För sådana fall har Landstinget i upphandlingsdokumentet⁶ tydligt klargjort att anbud som innehåller uppgifter så att ett eller flera obligatoriska krav (ska-krav) inte uppfylls regelmässigt ska förkastas. Landstinget har dock förbehållit sig rätten att efter komplettering underlåta att förkasta anbudet. Såvitt framgår av de handlingar som har gjorts tillgängliga finns någon sådan komplettering dock inte dokumenterad hos Landstinget. Trots detta beslutade myndigheten den 30 juni 2017 att anta Specialfordonsföretagets anbud.

Anbudsförutsättningarna och beslutet om tilldelning har inom Landstinget beretts av en särskild utvärderingsgrupp där en hos Landstinget anställd befattningshavare, här angiven som Medarbetare X, har deltagit.⁷ I juni-juli 2017⁸ beställde Medarbetare X ett verktygsskåp värt 12.490 kronor lagstadgad mervärdesskatt (moms) kostnadsfritt från Specialfordonsföretaget, att få levererat till sin hemadress. För detta har Medarbetare X fällts⁹ till ansvar för bl.a. tagande av muta.¹⁰

¹ Kronobergs läns landsting, med org. nr. 232100-0065, har efter sammanslagning 2015 med Regionförbundet Södra Småland fått ett utökat regionansvar och kallar sig därefter Region Kronoberg.

² Se den annons om upphandling som införts i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED: "Sverige-Växjö: Ambulanser 2015/S 145-267429 Meddelande om upphandling Varor". Meddelandet skickades den 27 juli och publicerades den 30 juli 2015.

³ Se även annons om upphandling i EUT och TED: "Sverige-Växjö: Ambulanser 2017/S 101-200776 Meddelande om upphandling Varor". Meddelandet skickades den 25 maj och publicerades den 27 maj 2017.

⁴ Upphandlingarna 2015 och 2017 avsåg vardera direkt leverans av tre (3) ambulansfordon och option på leverans av ytterligare fyra (4) fordon. Landstinget har således upphandlat totalt sex(6) ambulansfordon med option på ytterligare åtta (8) fordon. Optionerna har såvitt framkommit utnyttjats fullt ut.

⁵ Se Anbudsöppningsprotokoll av den 27 juni 2017.

⁶ Upphandlingsdokumentet Anbudsinbjudan, daterad den 24 maj 2017, dnr . 7RK736.

⁷ Se e-postmeddelande av den 31 oktober 2018, från Landstinget till Konkurrenskommissionen.

⁸ Enligt vad som framkommit i förundersökningen köpte i sin tur Specialfordonsföretaget i det aktuella verktygsskåpet från en underleverantör. Detta skedde den 4 juli 2017. Beställningen från Medarbetare X bör således ha skett senast vid detta datum.

⁹ Jönköpings tingsrätts dom av den 16 oktober 2018 i mål B 1924-18. Avgörandet har vunnit laga kraft endast i den del som avser tagande av muta (se vidare fotnot 11).

¹⁰ Brottsrubriceringen *tagande av muta*, 2017-07-01--2017-08-31, enligt 10 kap. 5 a § 1 stycket brottsbalken.

I samma mål och på samma grund har Specialfordonsföretaget dömts att betala företagsbot och två av dess ställföreträdare även dömts till ansvar för givande av muta.¹¹

Det samlade kontraktsvärdet för 2017 års upphandling kan med ledning av Specialfordonsföretagets antagna anbud beräknas uppgå till c:a 1,530 miljoner kronor per fordon, eller totalt 10,710 miljoner kronor exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).

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.¹²

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).¹³

Kommunala sammanslutningar, såsom exempelvis kommunalförbund,¹⁴ utgör enligt legaldefinitionen i 1 kap. 22 § LOU *upphandlande myndigheter* som är skyldiga att följa upphandlingsbestämmelserna.¹⁵ 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 utryckningsfordon (CPV 34114100),¹⁶ däribland specialfordon (CPV 34114000) och ambulanser (CPV 34114121) ska om det samlade kontraktsvärdet överstiger gällande tröskelvärde handläggas enligt de på LOU-direktivet grundade bestämmelserna i 1-18 kap. LOU. Vid tidpunkten då den aktuella upphandlingen påbörjades (i maj 2017) uppgick tröskelvärdet till 1.910.323 kronor.¹⁷

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 de krav och kriterier som ställs ska vara proportionella 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.¹⁸

¹¹ Brottsrubriceringen *givande av muta*, 2017-07-12, enligt 10 kap. 5 b § brottsbalken. Domen har i denna del överklagats och således inte vunnit laga kraft – se pågående mål i Göta hovrätt med mål nr. B 3114-18.

¹² Se 1 kap. 2 § jämförd med 15 § LOU.

¹³ EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU, av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

¹⁴ 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 (

¹⁵ 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).

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.¹⁹ 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.²⁰

I unionsrättslig praxis har EU-domstolen²¹ 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.²²

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 anbud²³ 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.²⁴ 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.²⁵

¹⁹ Bestämmelsen följer av artikel 18.1 andra stycket i LOU-direktivet.

²⁰ Se artikel 18.1 andra stycket i LOU-direktivet.

²¹ Se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Danmark* (C-243/89) EU:C:1993:257, p. 37.

²² 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.

²³ 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.

²⁴ 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.

²⁵ 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. Detta framgår en bestämmelse i 6 kap. 8 § första stycket, moment två LOU, enligt vilken förhandlingarna inte får avse minimikraven eller tilldelningskriterierna. 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.²⁶ 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.²⁷

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.²⁸

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 konkurrensnedvridande.²⁹

Yttrande

Landstinget har i yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande. Påståendet att Landstinget avsiktligt skulle ha konkurrensbegränsat upphandlingen saknar helt grund. De reservationer som förekommit i det antagna anbudet avsåg ett armstöd på en vårdarstol samt möjlighet till justering av ryggstöd av en annan vårdarstol. Dessa krav ansågs inte ha någon betydelse för vårdaren och inte heller för valet av fordon. När det gäller det påtalade mutbrottet har Landstinget agerat genom att omgående polisanmäla denna händelse och arbetar ständigt mot korruption och att förbättra sin verksamhet.³⁰

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.

Landstinget är som upphandlande myndighet skyldig att i sin verksamhet följa gällande upphandlingsbestämmelser.³¹

²⁶ 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.

²⁷ Se EU-domstolens dom i *Nordecon* (C-561/12) EU:C:2013:793, p. 36-39.

²⁸ 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.

²⁹ Se EU-domstolens dom i *Fracasso Leitschutz* (C-27/98), EU:C:1999:420 se även RÅ 2008 ref. 35.

³⁰ Se Landstingets yttrande: "Svar på skrivelse", daterat den 22 november (dnr. 132916).

³¹ Den upphandling utredningen avser påbörjades i maj 2017 och hänför sig till varuanskaffning över tröskelvärdet. 2017 års LOU ska därför tillämpas på förfarandet.

Landstinget har upphandlat ambulansfordon i två omgångar, 2015 respektive 2017. Inom ramen för 2015 års upphandling registrerades totalt tre inkomna anbud, från Specialfordonsföretaget och från ytterligare två anbudsgivare. Det kan därmed konstateras att det finns en någorlunda fungerande konkurrens på marknaden för specialutrustade ambulansfordon. I 2017 års upphandling registrerades dock ett enda inkommet anbud, som hade lämnats av Specialfordonsföretaget. En dylik avsaknad av konkurrerande anbud utgör normalt en indikation på att marknadsförhållandena inte har utnyttjats på ett optimalt sätt. I förevarande fall föreligger det dessutom en tydlig förändring av konkurrensen jämfört med 2015 års upphandling.

Av utredningen framgår att Landstinget hade ändrat den tekniska beskrivningen i 2017 års upphandling jämfört med 2015 på ett sätt som medfört en anpassning av villkoren till förmån för Specialfordonsföretaget. Om detta har skett avsiktligt eller inte saknar i sammanhanget betydelse. Den omständigheten att en inom Landstinget då verksam medarbetare som medverkat vid upprättandet av kravspecifikationen senare har fällts för mutbrott i anslutning till den aktuella upphandlingen kan dock tyda på att allt inte har gått rätt till.

Oavsett vilket borde Landstinget ha reagerat på att det endast kom in ett anbud och reflekterat över om den ändrade kravbilderna kan ha medverkat till att konkurrensen minskat, samt övervägt att avbryta förfarandet för att utlysa upphandlingen på nytt med en eventuell ändring av kriterierna.

Vidare har Specialfordonsföretaget i sitt anbud reserverat sig från vissa i upphandlingen uppställda obligatoriska krav. Dessa krav har varit svåra eller kanske till och med omöjliga att uppfylla på ett rimligt sätt utifrån den övriga kravspecifikationen. Eftersom Landstinget valt att ändå ställa kraven har berörda leverantörer haft att förhålla sig till dessa inför sin anbudsgivning. Det kan nämligen knappast vara seriöst att lämna anbud som inte fullt ut motsvarar de för anbudsgivning obligatoriska kraven. Kraven kan således ha medverkat till bristen på konkurrerande anbud. Det förefaller märkligt att Landstinget har uppställt dessa krav om de, som nu uppges i yttrandet, ändå saknar betydelse i upphandlingen.

Någon möjlighet att i efterhand komplettera anbudet föreligger inte i fråga om brister i de obligatoriska kraven. Det har heller inte varit tillåtet att efter förhandling bortse från dessa krav. Enligt vad Landstinget själv föreskrivit i upphandlingsdokumentet skulle vid detta förhållande anbudet ha förkastats.

Det kan således konstateras att Specialfordonsföretagets anbud inte uppfyller de för upphandlingen uppställda kraven, och därmed rätteligen skulle ha förkastats. Genom att ändå anta detta anbud har Landstinget brutit mot LOU och de grundläggande principer som bland annat syftar till att skydda mot korruption.

Det sätt på vilket 2017 års upphandling har genomförts gör att det finns anledning att rikta allvarlig kritik mot Landstinget, som uppenbarligen behöver se över sin organisation och sina upphandlingsrutiner.