

PM 2 2019-06-12 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillbörlig uteslutning av anbudsgivare

En kommun har utan lagligt stöd vid offentlig upphandling beslutat lägga åt sidan samtliga anbud utom ett. Det därmed antagna anbudet medför en 58 miljoner kronor dyrare lösning jämförd med vad som i övrigt erbjudits i upphandlingen.

Stockholm stad, genom Stockholms stads idrottsnämnd (nedan Staden), har vid anbudsprövning i en upphandling som avser bryggponton m.m. den 24 augusti 2018 beslutat att "lägga åt sidan" samtliga anbud utom ett, vilket antogs genom beslut om tilldelning.

Upphandlingen hade ursprungligen påbörjats den 12 juni 2018¹ i ett öppet annonserat förfarande för tilldelning av ett varukontrakt, Ramavtal för pontonbryggor m.m.² Avsikten med upphandlingen har varit att teckna ramavtal med tre leverantörer för att täcka Stadens behov av pontonbryggor m.m. under i vart fall ett år, räknat från tidpunkten för avtalstecknande, med ensidig möjlighet för Staden att förlänga avtalet i ytterligare upp till totalt fyra år. Kostnaden för bryggorna ska Staden i sin tur debitera de berörda båtclubbarna.

I upphandlingsdokumentet framgår i avsnitt 3.2 "Egen försäkran (ESPD)" bland annat följande. "Anbudsgivare har möjlighet att [...] lämna en egen försäkran där denne intygar att anbudsgivaren inte ska uteslutas ur upphandlingen enligt lagens obligatoriska uteslutningsgrunder,³ att anbudsgivaren uppfyller kvalificeringskraven och att anbudsgivaren kan ge in efterfrågade bevis för detta. Om anbudsgivaren väljer att lämna en egen försäkran kommer [Staden] att begära in de dokument som [Staden] ställt krav på efter tiden för anbudslämnande, men innan tilldelning. Observera att om anbudsgivaren inte väljer att lämna egen försäkran ska samtliga bevis som efterfrågas i fråga om krav på leverantören inges vid anbudstillfället.

Vid anbudstidens utgång den 31 juli 2018⁴ noterades anbud från totalt fyra anbudsgivare, här angivna som Anbudsgivare 1-4. Beslut om tilldelning meddelades den 24 augusti 2018 varvid samtliga anbudsgivare utom Anbudsgivare 3 uteslöts eller fick sitt anbud förkastat i samband med anbudsutprovningen. Besluten har av Staden utan närmare precisering angivits som att anbudet "lagts åt sidan".⁵

Såvitt framgår har **Anbudsgivare 1** lämnat anbud före anbudstidens utgång. Till anbudet fanns bifogad ifyllda blanketter med standardiserad egenförsäkran (ESPD) om att det inte förelåg grund för att utesluta företaget eller dess underleverantörer enligt de obligatoriska uteslutningsgrunderna. Den 13 augusti 2018 begärde Staden att Anbudsgivare 1 skulle komplettera anbudet med ett bevis, i form av särskilda på "heder och samvete" undertecknade version av tidigare ingiven egenförsäkran. Detta skulle ske genom att en scannad kopia av undertecknad egenförsäkran skulle laddas upp i det av Staden anvisade upphandlingsverktyget, TendSign. Så skedde även, men Anbudsgivare 1 missade en funktion om att även göra detta tillgängligt för Staden. Detta uppmärksammades av Staden i ett epostmeddelande 22 augusti 2018⁶ varefter Anbudsgivare 1 samma dag gav in efterfrågat bevis på nytt. Vid den efterföljande leverantörsprövningen, den 24 augusti 2018, beslutade Staden att såvitt förstås utesluta Anbudsgivare 1 från deltagande i upphandlingen, eftersom företaget inte inom viss angiven tid hade lämnat det efterfrågade beviset.

¹ Se meddelande om upphandling i EUT och TED: "Sverige-Stockholm: Bryggor 2018/S 110-249827, Varor". Meddelandet skickades den 8 juni och publicerades den 12 juni 2018.

² Se upphandlingsdokumentet "Ramavtal för pontonbryggor m.m." (dnr. 02.04.02/1148/2017).

³ De obligatoriska uteslutningsgrunder som avses framgår av 13 kap 1-2 §§ LOU.

⁴ Anbudstiden hade förlängts i omgångar från att ursprungligen löpa ut den 9 juli till den 20 juli och därefter till den 31 juli 2018.

⁵ Se Stadens Upphandlingsprotokoll Upphandling av pontonbryggor, daterat den 24 augusti 2018 (dnr. 02.04.02/1148/2017).

⁶ Se E-postmeddelande av den 22 augusti 2018 rubricerat "Problem att ta del av: Nytt meddelande i Frågor och Svar i Visma TendSign från kunden Stockholms stad, Idrottsförvaltningen angående upphandling Ramavtal för pontonbryggor m.m. (02.04.02/1148/2017)" från Staden till anbudsgivare 1.

Detta beslut har sedermera upphävts av Förvaltningsrätten i Stockholm⁷. Av domskälen framgår att Anbudsgivare 1, även om det skedde för sent, anses ha givit in det kompletterande intyg som Staden har begärt. Oaktat att det enligt förvaltningsrätten bör åligga anbudsgivare att följa de tidsfrister som en upphandlande myndighet angett, fann domstolen att den aktuella förseningen inte kan likställas med att Anbudsgivare 1 i allvarlig omfattning underlåtit att ge in sådana kompletterande dokument som begärts. Syftet med det begärda beviset, att bolagets ställföreträdare på heder och samvete ska intyga att det inte fanns grund för att utesluta detta från att delta i upphandlingen, var trots allt uppfyllt vid tidpunkten för leverantörsprövning och avslutande tilldelningsbeslut. Mot denna bakgrund bedömde förvaltningsrätten att det var felaktigt av Staden att utesluta företaget från upphandlingen.

Även **Anbudsgivare 4** har lämnat anbud före anbudstidens utgång. Företaget ingår i en koncern där moderbolaget har ett i allt väsentligt likalydande företagsnamn. I anbudet hade Anbudsgivare 4 åberopat moderbolagets ekonomiska och tekniska kapacitet samt bifogat två identiska bilagor med egenförsäkran (ESPD). Det framgick dock inte tydligt att dessa egenintyg avsåg moder- respektive dotterbolaget, varför, såvitt förstås, Staden beslutade utesluta Anbudsgivare 4. Till stöd härför anförde Staden att företaget underlåtit att bifoga en separat egenförsäkran för det andra företag vars kapacitet åberopades i anbudet. Även detta beslut har upphävts av Förvaltningsrätten i Stockholm.⁸ Till stöd för detta anger domskälen att det av upphandlingsdokumenten inte framgår att företag vars kapacitet åberopas ska fylla i en separat egen försäkran eller några formkrav för ingivande av särskild egenförsäkran vid åberopande av ett annat företags kapacitet. Det formulär för egenförsäkran som Staden anvisat innehåller heller inte något svarsfält för angivande av vilket företag försäkran avser. Mot denna bakgrund fann förvaltningsrätten att det även var felaktigt att utesluta Anbudsgivare 4 från upphandlingen.

Såvitt framkommit har Staden inte innan beslutet om uteslutning givit Anbudsgivare 1 eller Anbudsgivare 4 tillfälle att yttra sig över de omständigheter som angivits som skäl för uteslutning.

När det slutligen gäller **Anbudsgivare 2** hade företaget inte fyllt i ett kompletterande anbudsförklaringsformulär som begärts och inte heller bifogat efterfrågad produktkatalog och en teknisk beskrivning för de produkter som ska prissättas och fick, såvitt förstås, därmed anbudet förkastat.

Kvar vid anbudsutvärderingen och tilldelning fanns således enbart anbudet från **Anbudsgivare 3**. Företaget bedömdes inom anvisad tid ha lämnat de bevis som krävts om att det inte finns grund för att utesluta företaget från deltagande i upphandlingen, varvid anbudet antogs.

Det antagna anbudet från Anbudsgivare 3 har av Staden åsatts ett utvärderingspris på 163.372.925 kronor. Anbudspriset för Anbudsgivare 1 uppgår till 104.781.195 kronor. Övriga anbudsgivares priser är okända. Det föreligger således en prisskillnad på i vart fall 58.591.730 kronor mellan det antagna anbudet från Anbudsgivare 3 och vad som i övrigt erbjudits i upphandlingen.

Rättslig reglering

Med offentlig upphandling avses förfarandet till och med tilldelning av ett *offentligt kontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser bland annat tillhandahållande av varor och tjänster mot ersättning. Upphandling av *offentliga kontrakt* regleras sedan den 1 januari 2017 genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU. Bestämmelserna är en följd av bland annat kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt (numera) artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU).⁹

⁷ Se Förvaltningsrätten i Stockholms lagakraftvunna dom av den 13 maj 2019 i mål nr. 19906-18.

⁸ Se Förvaltningsrätten i Stockholms lagakraftvunna dom av den 13 maj 2019 i mål nr. 19894-18.

⁹ EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU, av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, som trädde i kraft med bindande s.k. direkt effekt den 18 april 2016.

Lagstiftningen är generellt tillämplig på alla åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt.¹⁰ Kommunala myndigheter och beslutande församlingar samt kommunala sammanslutningar utgör enligt legaldefinitionen i 1 kap. 22 § LOU sådana *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iakttas lagens och dess bestämmelser.¹¹

Bestämmelserna om offentlig upphandling syftar bland annat till att säkerställa efterlevnaden av EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. Det har i 4 kap. 1 § LOU därför införts ett antal unionsrättsligt grundade principer som, oavsett val av förfarande, ska iakttas vid offentlig upphandling. Däribland principerna om *likabehandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparens)*.¹² vilka avser att leverantörer ska ges lika förutsättningar för att delta med anbud vid offentlig upphandling. Vissa leverantörer eller grupper av leverantörer får exempelvis inte ensidigt gynnas. Enligt ett uttalande från Högsta förvaltningsdomstolen är en av regelverkets viktigaste funktioner att säkerställa att leverantörerna får lika förutsättningar att lämna bärkraftiga anbud.¹³ Bestämmelserna syftar även till att motverka risken för korruption i samband med myndigheternas anskaffningar.¹⁴

En *leverantör* kan under vissa förhållanden antingen *uteslutas* eller *diskvalificeras* från deltagande i en upphandling. Förutsättningarna för sådan åtgärd är uttömmande reglerade i 13 -15 kap. LOU. Om *anbudet* inte uppfyller ställda krav kan detta även *förkastas*, och blir därmed inte upptaget till slutlig anbudsutvärdering och tilldelning.

Uteslutning av leverantörer regleras i 13 kap. LOU. Enligt 13 kap. 1-2 §§ LOU ska en leverantör uteslutas om den upphandlande myndigheten genom kontroll enligt 15 kap. LOU eller på annat sätt får kännedom om att leverantören eller dess företrädare¹⁵ dömts för brott av visst slag¹⁶ eller inte fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter, och detta har fastställts genom ett domstolsavgörande eller myndighetsbeslut som har fått laga kraft.

En leverantör *kan* enligt 13 kap. 3 § LOU även uteslutas vid särskilda missförhållanden i övrigt i fråga om leverantörens verksamhet.¹⁷ En sådan fakultativ uteslutningsgrund kan enligt punkten 8 vara att leverantören i allvarlig omfattning har lämnat oriktiga uppgifter, undanhållit begärd information, eller inte har lämnat sådana kompletterande dokument som myndigheten begärt.

Andra skäl för att utesluta en leverantör än de som anges i lagen kan inte komma ifråga. Om en myndighet beslutar utesluta en leverantör måste detta således hänföra sig till någon av grunderna i 13 kap. 1-3 §§ LOU.

För att visa att det inte föreligger grund för att utesluta en leverantör räcker det inledningsvis med att denne i sitt anbud ger in ett ifyllt formulär, i form av en standardiserad egenförsäkran (ESPD) om att det saknas grund för uteslutning och att företaget även i övrigt uppfyller ställda krav på finansiell ställning och teknisk kapacitet.¹⁸ Den upphandlande myndigheten ska preliminärt godta en sådan försäkran.¹⁹

¹⁰ 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU se även 2 kap. 12 § jämförd med 19 § ÄLOU.

¹¹ Företag som på marknaden tillhandahåller aktuella varor och tjänster m.m. utgör enligt 11 kap. 16 § LOU (2 kap. 11 § ÄLOU) *leverantörer*.

¹² De grundläggande principer som åsyftas följer av avdelning IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF.

¹³ Se HFD 2012 ref. 48, del I.

¹⁴ Se bl.a. SOU 2018:44, avsnitt 7, särskilt s. 236 ff. samt Konkurrensverkets rapport Korruption som begränsar konkurrensen (2018:10).

¹⁵ Är leverantören en juridisk person, ska enligt 13 kap. 1 § andra stycket LOU leverantören uteslutas om en person som ingår i dess förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan har dömts för brottet. Detsamma gäller om den som har dömts för brottet är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera leverantören.

¹⁶ Den brottslighet som omfattas av kravet på obligatorisk uteslutning består i mutbrott (bestickning), vissa bedrägerier, penningtvätt eller finansiering av terrorism, terroristbrott eller brott med anknytning till terroristverksamhet samt människohandel enligt särskilda unionsrättsliga definitioner och ska ha vara fastställd i dom om brott som har fått laga kraft.

¹⁷ Se 13 kap. 3 § LOU.

¹⁸ Angiven försäkran ska lämnas i det standardformulär som Europeiska kommissionen har fastställt med stöd av artikel 59.2 LOU-fördraget – se 15 kap. 1 § tredje stycket LOU.

¹⁹ Se 15 kap. 1 och 2 § LOU.

Innan beslut om tilldelning ska myndigheten dock försäkra sig om att uppgifterna som har lämnats i ESPD är korrekta. Detta ska enligt LOU ske genom att myndigheten inhämtar kompletterande dokument i form av bland annat utdrag ur brottsregister eller en likvärdig handling som visar att det inte finns omständigheter som utgör skäl för att utesluta leverantören.²⁰ I Sverige finns dock inte någon behörig myndighet som utfärdar sådana eller liknande dokument.²¹

Som bevis enligt bestämmelsen gäller även ”*en utsaga som leverantören har lämnat på heder och samvete inför ett behörigt organ eller av en liknande försäkran*”. Detta har tolkats som att det räcker med att leverantörens företrädare lämnar ett intyg ”på heder och samvete”.²² Bevisvärdet anses därmed ligga i att intygandet sker under straffansvar för osann eller vårdslös försäkran.²³ I Sverige finns det möjlighet att använda elektroniska signaturer för att skapa originaldokument för elektronisk kommunikation.²⁴ Det allmänt förekommande systemet med BankID²⁵ är exempel på en sådan godkänd elektronisk signatur. En inscannad kopia torde dock inte, oavsett om ursprungsdokumentet utgör originalhandling, kunna anses utgöra ett sådant originaldokument att detta självständigt kan tjäna som bevis eller läggas till grund för straffansvar i någon större uträkning än ett motsvarande inte undertecknat dokument.

Den upphandlande myndigheten ska innan den beslutar att utesluta en leverantör ge denne tillfälle att inom en bestämd tid yttra sig över de omständigheter som enligt myndigheten utgör skäl för uteslutning.²⁶

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.²⁷

Om en upphandlande myndighet har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller mot någon annan upphandlingsrättslig bestämmelse kan skadelidande leverantör ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om ingripande enligt LOU.²⁸ Om felet inte hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede, utan i stället till det senare stadium i förfarandet då anbud har lämnats och prövningen av leverantör och anbud skall göras är det tillräckligt att utvärderingsfasen av upphandlingen rättas.²⁹

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.

Staden är en sådan upphandlande myndighet vars anskaffningar omfattas av regelverket i LOU. Konkurrenskommissionen har i tidigare ärenden uppmärksammat Stadens överträdelser av bestämmelserna om offentlig upphandling vid köp av flytpontoner. Bland annat vid en olaglig

20 Se 13 kap. 2, 3 och 7 § LOU.

21 Polismyndigheten utfärdar exempelvis inte angivna dokument, se Polismyndighetens och Upphandlingsmyndighetens skrivelse till regeringen av den 10 mars 2017 (dnr. A101.405/2017 respektive UHM-2017-0083) av vilken framgår att man i Sverige idag inte utfärdar sådana utdrag ur belastningsregister som avses i 15 kap. 7 § LOU.

22 Se bl.a. Upphandlingsmyndighetens skrift ESPD-systemet Vägledning nr. 5 2017, avsnitt 8.8.1, Bevis som rör uteslutningsgrunderna, s. 31 f samt ovan nämnda skrivelse till regeringen.

23 Se 15 kap. 10 § brottsbalken enligt vilken

24 Se lagen (2000:832) om kvalificerade elektroniska signaturer.

25 BankID är en av affärsbankerna utfärdad e-legitimation som gör det möjligt för företag, banker, organisationer och myndigheter att både identifiera och ingå avtal med privatpersoner på Internet. BankID är därmed jämförbar med pass, körkort och andra fysiska legitimationshandlingar och används för att vid elektronisk handel och annan kommunikation med banker, myndigheter och privata företag skapa elektroniska originaldokument.

26 Se 13 kap. 4 § LOU.

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

28 Se 20 kap. 4-6 § LOU (16 kap. 4-6 §§ ÄLOU).

29 Se bland annat RÅ 2005 ref. 47.

direktupphandling av flytpontoner till det s.k. Citybadet i Årstaviken,³⁰ där Staden senare även beslutat trotsa domstols dom. För detta dömdes Staden att betala *upphandlingsskadeavgift*, som är ett slags böter, på sammanlagt 180.000 kronor.³¹ Staden har även kritiserats för att olagligen har direktupphandlat³² konsulttjänster för bl.a. kontakter med båtklubbar m.m. från ett företag som befinner sig i ett jävslignande förhållande till den leverantör som samtidigt hade avtal om att sälja pontonbryggor till Staden.³³

Även detta ärende gäller en upphandling av pontonbryggor. Såvitt framgår av utredningen har Staden beslutat att "*lägga åt sidan*" alla anbud som kommit in i upphandlingen utom ett. Det därmed antagna anbudet medför en mer än 58 miljoner kronor kostsammare lösning jämförd med vad som i övrigt erbjudits i upphandlingen.

Redan den omständigheten att det vid den avslutande anbudsvärderingen endast har funnits ett kvarvarande anbud tyder på att konkurrensen inte kunnat tas tillvara fullt ut. Detta särskilt som det enda kvarvarande anbudet är väsentligt dyrare än de motsvarande anbud som Staden har beslutat "*lägga åt sidan*". Staden kunde vid detta förhållande ha avbrutit upphandlingen för att utlysa den på nytt.²⁷

De skäl som Staden angivit för att utesluta två av anbudsgivarna uppfyller inte lagens krav. För att en leverantör ska kunna uteslutas krävs att denne i en allvarlig omfattning har lämnat oriktiga uppgifter, undanhållit begärd information eller inte har lämnat sådana kompletterande dokument som den upphandlande myndigheten har begärt.

Såvitt framgår av utredningen har **Anbudsgivare 1** lämnat efterfrågat bevis i form av en ny ESPD, som denna gång ska vara undertecknad på "*heder och samvete*". Beviset har lämnats in så att det har varit Staden tillhanda två dagar före beslutet om leverantörsprövning och tilldelning. Staden hade vid tidpunkten för beslutet om att utesluta Anbudsgivare 1 således tillgång till det efterfrågade beviset. Det kan därmed inte göras gällande att företaget undanhållit begärd information eller kompletterande dokument. Som förvaltningsrätten kunnat konstatera har det överhuvudtaget inte förelegat laga grund för att utesluta Anbudsgivare 1 från deltagande i upphandlingen. Det kan även sättas i fråga om den av Staden tillämpade rutinen med kompletterande kopior av undertecknade ESPD-dokument uppfyller lagens krav på bevis i aktuellt avseende.

Även **Anbudsgivare 4** har lämnat in efterfrågade ESPD-dokument i enlighet med Stadens anvisningar i upphandlingsdokumentet. Som förvaltningsrätten konstaterat ger anbudsförutsättningarna inte heller stöd för att utesluta detta företag från fortsatt deltagande i upphandlingen.

I LOU finns vidare en bestämmelse enligt vilken en upphandlande myndighet före beslut om uteslutning ska ge berörda leverantörer tillfälle att yttra sig som Staden inte brytt sig om att följa.

Sammantaget har Staden beslutat anta ett mer än 58 miljoner kronor högre anbud under påstående av brister som i vart fall borde ha påtalats och kunnat rättas till under förfarandets gång. Som förvaltningsrätten kommit fram till har det heller inte varit fråga om några sådana brister som kan medföra uteslutning av leverantörer. Beslutet om att utesluta Anbudsgivarna 1 och 4 ger därmed intryck av en närmast tendensiös leverantörsprövning. Staden har härigenom, återigen brutit mot de bestämmelser om offentlig upphandling som ytterst syftar till att garantera likabehandling av leverantörer och att motverka korrupktion. Det finns därför anledning att rikta synnerligen allvarligt kritik mot Staden, som uppenbarligen behöver se över sina upphandlingsrutiner.

³⁰ Se Konkurrenskommissionens utredning och slutliga bedömning i ärende nummer KKO 14-017 samt Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 4 november 2014 i mål nr 16293-14.

³¹ Se Konkurrenskommissionens utredning och slutliga bedömning i ärende nummer KKO 15-002 samt Förvaltningsrätten i Stockholms dom om upphandlingsskadeavgift av den 11 december 2015 i mål nr 12388-15.

³² Se Konkurrenskommissionens utredning och slutliga bedömning i ärende nummer KKO 18-014 samt PM om jävslignade förhållande.

³³ Jäv enligt kommunallagen (2017:725) föreligger vid handläggning av ett ärende som personligen rör bland annat en förälder. I förevarande fall var den anlitade konsulten son till ägaren och ställföreträdaren i det företag som Staden köpte flytpontoner från.