

PM 2 2020-10-08 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillbörlig kravställning

En kommun har vid upphandling av bemanningstjänster i vården diskvalificerat vissa anbudsgivande bemanningsföretag för att de inte haft till föremål för sin verksamhet enligt Bolagsregistret att specifikt bedriva uthyrning av just personal inom sjukvården.

Borlänge, Falu, Gagnefs och Hedemora kommuner (nedan Kommunerna)¹ har vid en upphandling av ramavtal för bemanningstjänster inom sjukvården² föreskrivit att anbudsgivarna ska vara registrerade för den typ av verksamhet som upphandlingen avser.

Kommunerna har i upphandlingen ställt krav på att anbudsgivarna till sina anbud skulle bifoga kopia av gällande registreringsbevis från Bolagsverket av vilket särskilt framgår att de är registrerade för att "... bedriva uthyrning av personal inom sjukvården och därmed förenlig verksamhet".³

Vid anbudstidens utgång, den 26 augusti 2019, registrerades inkomna anbud från totalt tolv olika anbudsgivare, däribland Anbudsgivarna A och B. Anbudsgivare A deltog med ett anbud på bemanning av arbetsterapeuter och hade som registrerat föremål för sin verksamhet att bland annat bedriva "personaluthyrning, rekrytering och därmed förenlig verksamhet". Anbudsgivare B deltog med ett anbud på bemanning av såväl arbetsterapeuter som fysioterapeut/sjukgymnaster och hade som registrerat föremål för sin verksamhet att bland annat bedriva "uthyrning av personal samt annan därmed förenlig verksamhet".⁴ Både arbetsterapeut och fysioterapeut/sjukgymnast är skyddade yrkestitlar som för utövandet fordrar 180 poängs högskoleutbildning samt legitimation från Socialstyrelsen. Överträdelse kan medföra straffrättslig påföljd om böter.⁵

Kontraktstilldelning beslutades den 1 oktober 2019, varvid Kommunerna diskvalificerade Anbudsgivarna A och B på den grunden att det inte ansågs framgå av bilagda registreringsbevis att bolagen bedriver uthyrning av personal inom sjukvården och därmed förenlig verksamhet. De bedömdes därmed inte uppfylla kravet på att vara registrerade för rätt verksamhet.

Kammarrätten i Sundsvall har i två domar⁶ underkänt förfarandet och beslutat att upphandlingen ska göras om. Såvitt kammarrätten konstaterat syftade kravet på registrerat verksamhetsföremål till att anbudsgivarna skulle bedriva verksamhet inom det område som upphandlingen avser. Enligt rätten kunde det dock ifrågasättas om detta krav ens var ägnat att tillgodose det avsedda ändamålet. Den omständigheten att en verksamhet har registrerats hos Bolagsverket medför enligt rätten nämligen inte behörighet att utöva den aktuella verksamheten och säger inte något om bolaget faktiskt utövar den verksamhet som registrerats. Leverantörer som bedriver personaluthyrning inom olika områden har inte, utan att ändra sin registrerade verksamhet, givits möjlighet att uppfylla kravet även om de faktiskt skulle bedriva personaluthyrning inom sjukvårdsområdet. Såsom kravet formulerats riskerar det enligt kammarrätten bedömning således att stänga ute anbudsgivare som *de facto* bedriver uthyrning av sjukvårdspersonal. Det hade enligt rätten inte heller framkommit någon motivering till varför anbudsgivare som bedriver personaluthyrning inom även andra personalkategorier än sjukvårdspersonal skulle vara olämpliga som leverantörer av sjukvårdspersonal. Syftet med kravet borde sålunda ha kunnat uppnås genom andra mindre konkurrensbegränsande alternativ, varför kammarrätten fann att kravet i den tolkning det således har givits går utöver vad som är nödvändigt och därför strider mot proportionalitetsprincipen.

¹ I det aktuella förfarandet biträdde Kommunerna av den Gemensamma nämnden för upphandlingssamverkan och förvaltningen Upphandlingscenter vid Ludvika kommun.

² Upphandlingen "Bemanningstjänster arbetsterapeut, fysioterapeut/sjukgymnast – 2019" (dnr GNU 2019/95) avser ingående av ramavtal om löpande avrop av bemanningstjänster för tillfällig inhyrning av personal inom yrkeskategorierna arbetsterapeut, fysioterapeut/sjukgymnast. Förfarandet påbörjades genom meddelande om upphandling: "Sverige-Ludvika: Sjukgymnasttjänster (2019/S 125-306778) Sociala tjänster och andra särskilda tjänster" som skickades den 27 juni 2019 för publicering i Europeiska unionens officiella tidning och i databasen TED.

³ Se Upphandlingsdokumentet, punkten 3.4.

⁴ Upphandlingscenter Falun, Borlänge-regionen, dokumenten: "Tilldelningsbeslut enligt lagen om offentlig upphandling 12 kap. 12 §" daterat den 1 oktober 2019 samt "Upphandling avseende Bemanningstjänst arbetsterapeut, fysioterapeut/sjukgymnast 2019" (dnr. GNU 2019/95).

⁵ Se 4 kap. 1 § samt 5 § jämförd med 10 kap. 5 § patientsäkerhetslagen (2010:659).

⁶ Kammarrätten i Sundsvalls domar av den 27 februari 2020 i mål nr. 3220-19 och 3224-19.

Rättslig reglering

Med upphandling avses bland annat förfarandet till och med tilldelning av ett 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 tjänster mot ersättning.

Upphandling av tjänster som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU. Bestämmelserna är 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. LOU-direktivet (2014/24/EU).⁷ Lagen är generellt tillämplig på åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa varor och tjänster genom tilldelning av ett kontrakt.⁸

Kommunala myndigheter utgör enligt legaldefinitionen i 1 kap. 22 § LOU sådana upphandlande myndigheter som obligatoriskt måste följa lagens bestämmelser. På motsvarande sätt utgör enligt 1 kap. 16 § LOU företag som på marknaden tillhandahåller aktuella varor eller tjänster leverantörer, som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud.

Upphandling av sjukgymnasttjänster (CPV 85142100) och bemanningstjänster för enskilda (CPV 98513100)⁹ ska oavsett kontraktsvärdet handläggas enligt 19 kap. LOU.¹⁰ Syftet med lagen och de aktuella bestämmelserna är bland annat att säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. Det har därför i 4 kap. 1 § LOU införts ett antal unionsrättsligt grundade principer som ska iakttas vid offentlig upphandling, däribland krav på *likabehandling* och *proportionalitet*.¹¹ De grundläggande principerna har införts för att även omfatta förfaranden som annars ligger utanför det direktivstyrda regelverket.¹²

Av kravet på *proportionalitet* följer att villkoren för upphandling ska stå i proportion till det behov som ska täckas och de mål som eftersträvas med förfarandet.¹³ Proportionaliteten ska vanligen prövas i tre steg. Det första av dessa steg innefattar frågan om åtgärden är ägnad att tillgodose det avsedda ändamålet. Det andra steget utgörs av en prövning av om den är nödvändig för att uppnå det avsedda ändamålet. Till sist bedöms om den fördel som det allmänna vinner står i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar berörda enskilda intressen.¹⁴

Föremålet för den verksamhet som bedrivs i ett aktiebolag ska enligt 3 kap. 1 § först stycket 3 aktiebolagslagen (2005:551) anges till sin art i bolagsordningen. Bestämmelsen avser i första hand att reglera styrelsens och den verkställande direktören interna *befogenhet* i förhållande till ägarna. Bolagets styrande och verkställande organ får nämligen inte gå utöver det som bolagsstämman i bolagsordningen angivit som en yttre ram för verksamhetens bedrivande. Genom publicitet av bolagsordningen, som är allmänt tillgänglig hos Bolagsverket, informeras även utomstående om ramen för bolagets verksamhet. Avtal som styrelsen eller verkställande direktören ingår utanför bolagets registrerade verksamhetsföremål medför normalt inte för bolaget bindande verkan.

⁷ EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU, av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

⁸ Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

⁹ CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, är ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska Unionen (EU-kommissionen, GD XV/B/4) – se vidare 4 kap. 19 § 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.

¹⁰ Se 19 kap. 1 § samt bilagan 2 a till LOU.

¹¹ De grundläggande principer som här åsyftas följer numera av avdelning IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF – (tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG). Angående de grundläggande principernas innebörd, se bl.a. prop. 2006/07:128, s. 132 samt prop. 2015/16:195, avsnitt 9.1 (s. 426 ff.) och specialmotiveringen till 4 kap 1 § LOU.

¹² Se bl.a. Högsta förvaltningsdomstolens dom av den 19 oktober 2018 i mål nr. 3038-17 med särskilt yttrande av justitierådet Nord – ännu inte refererat i HFD.

¹³ Se prop. 2006/07:128 s. 132 och 2009/10:180 s. 91

¹⁴ Se bl.a. HFD 2016 ref. 37 och RÅ 1999 ref. 76; jfr. EU-domstolens dom i *Contse* (C-234/03) EU: C:2005:644.

Verksamhetsföremålet brukar därför i bolagsordningen anges i övergripande ordalag till sin art och innebörd, för att därmed undvika ändring hos Bolagsverket vid varje smärre omläggning av verksamheten. Det anses till och med bolagsrättsligt olämpligt med alltför inskränkande eller exemplifierade verksamhetsföremål i bolagsordningen.

Bestämmelsen i aktiebolagslagen innefattar inte någon begränsning av vad som kan anges till föremål för bolagets verksamhet och en beslutad registrering i Bolagsregistret medför inte i sig någon särskild *behörighet* för bolaget att bedriva viss verksamhet, utöver vad som ovan noterats om de verkställande organens interna befogenheter. Det går därmed inte att utifrån ett bolags registrerade verksamhetsföremål överhuvudtaget dra några slutsatser om bolagets erfarenhet eller kompetens inom aktuellt verksamhetsområde.

Personal är ett överordnat begrepp (hyperonym) som innefattar alla slags personalgrupper (hyponymer), exempelvis arbetsterapeuter och fysioterapeuter/sjukgymnaster. Ett aktiebolag som är registrerat för att bedriva personaluthyrning har således till föremål för sin verksamhet att bedriva uthyrning av all slags personal, inbegripet även personal inom sjukvården.

Föremålet för bolagets verksamhet ska inte sammanblandas med verksamhetens syfte. Föremålet är det medel varigenom syftet uppnås. Bolagens affärsverksamhet bedrivs i de flesta fall, och alldeles oberoende av verksamhetsföremålet, i syfte att generera överskott för att bereda ägarna möjlighet till vinst. Även annat, exempelvis ideella syften kan komma ifråga men bör i så fall särskilt anges i bolagsordningen.

Registrering av verksamhetsföremålet förekommer enbart för aktiebolag. Andra associationsformer såsom handels- och kommanditbolag och föreningar saknar motsvarande registreringskrav eller ens registreringsmöjlighet. Inte heller stiftelser har någon sådan möjlighet att registrera verksamhetsföremålet.

Yttrande

Upphandlingscenter vid Ludvika kommun (här angivet som Upphandlingscenter) har yttrat sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, och bl.a. anfört följande. ”Den 27 februari 2020 erhöll Upphandlingscenter en dom från Kammarrätten med målnummer 3220–3223- 19, där upphandlingen avseende Arbetsterapeuter och fysioterapeuter ska göras om. Upphandlingscenter anser att Förvaltningsrättens dom [där överprövningsansökan avslogs] är betydligt mer balanserad och korrekt. Det ska även tilläggas att tolkningen av 14 kap. 2 § LOU inte är belyst i rättspraxis förrän nu. Upphandlingscenter har därmed, trots Konkurrenskommissionens ifrågasättande avseende Upphandlingscenters kompetens inom upphandlingsområdet, en kompetens motsvarande första instans i rättsordningen, det vill säga, Förvaltningsrätten i Falun. Vidare framför Konkurrenskommissionen kritik mot den gemensamma nämnden för upphandlingssamverkan som utför upphandlingar för sju kommuner i Dalarna genom delegation från respektive kommunfullmäktige. Utöver detta benämner Konkurrenskommissionen denna nämnd för ”biträde”. Om kritiken avser nämnden som sådan eller varje enskild medarbetare, framgår inte av skrivningen. Det blir därför svårt att bedöma om Konkurrenskommissionen önskar ett svar eller om de endast önskar framföra sina åsikter. Upphandlingscenter är av åsikten att felaktigheter avseende en upphandling hanteras inom den i Sverige fastställda rättsordningen av de faktiska myndigheter som är satta att hantera just sådana ärenden”.¹⁵

¹⁵ Upphandlingscenter Falun Borlänge-regionen, Yttrandet ”Svar på skrivelse från Konkurrenskommissionen, daterat den 8 april 2020 (dnr. GNU 2019/95).

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.

Kommunerna är vid sina anskaffningar skyldiga att följa LOU och de grundläggande principerna om bland annat likabehandling och proportionalitet. Av utredningen framgår att Kommunerna biträtts av den gemensamma nämnden för upphandlingssamverkan och Upphandlingcenter vid Ludvika kommun vid en upphandling av bemanningstjänster. I samband med denna upphandling har Kommunerna ställt krav på att anbudsgivarna ska vara registrerade hos Bolagsverket för att bedriva just uthyrning av personal inom sjukvården, samt kunna visa detta genom en kopia av gällande registreringsbevis.

Som kammarrätten mycket tydligt konstaterat⁵ kan det sättas ifråga om kravet ens är ägnat att tillgodose det avsedda ändamålet, att Kommunerna ska kunna förvissa sig om att anbudsgivarna verkligen bedriver sådan verksamhet som upphandlingen avser.

Kravet och Kommunernas aktuella tillämpning synes närmast grunda sig på ren okunnighet om verksamhetsföremålets funktion i det bolagsrättsliga systemet. Den omständigheten att en viss verksamhet finns registrerad hos Bolagsverket medför nämligen inte i sig någon särskild behörighet för det registrerade bolaget att utöva den aktuella verksamheten och säger heller inte något om att bolaget faktiskt utövar den verksamhet som registrerats. Aktiebolagslagens bestämmelser syftar heller inte till att reglera bolagens lämplighet att lämna anbud vid offentlig upphandling. Sådan kunskap kan istället erhållas på genom inhämtning av referensattester eller motsvarande intyg om tidigare utförda uppdrag eller annans åberopade kapacitet.¹⁶

Upphandlingen avser bemanningstjänster för tillfällig inhyrning av personal inom yrkeskategorier arbetsterapeut, fysioterapeut/sjukgymnast. Det finns inget formellt hinder för aktiebolag som är registrerade för uthyrning av personal i allmänhet, utan närmare specifikation av just *personal inom sjukvården*, att lämna anbud på de tjänster som upphandlingen avser. Två sådana bolag, Anbudsgivare A och B har dock diskvalificerats från fortsatt deltagande och att få sina anbud antagna i upphandlingen.

Även leverantörer, som exempelvis stiftelser eller föreningar, vars verksamhet inte bedrivs i aktiebolagsform riskerar att på motsvarande sätt uteslutas genom den inskränkning som kravet innebär.

Kommunerna har i upphandlingen biträtts av vad som utgivits för att vara en professionell upphandlingsorganisation. Trots detta biträde har Kammarrätten i Sundvall, som högsta prövningsinstans i det aktuella fallet, lagakraftvunnet funnit att Kommunerna brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling och proportionalitet. Den aktuella lagöverträdelsen har sålunda hanteras inom den i Sverige fastställda rättsordningen av de faktiska myndigheter som är satta att hantera just sådana ärenden. Det finns därmed anledning att rikta allvarlig kritik mot Kommunerna, som härigenom snedvridit eller riskerat snedvrider konkurrensen. Kommunerna behöver uppenbarligen se över sin upphandlingskompetens.

¹⁶ Se 19 kap. 2 § jämförd med 14 kap. 2 och 6 § LOU. Se även 19 kap. 18 § LOU; jfr. 15 kap. 11 § LOU.