



Osund konkurrens i offentlig upphandling

Om lagöverträdelser som konkurrensmedel

Rapport 2013:6

Osund konkurrens i offentlig upphandling

Om lagöverträdelser som konkurrensmedel

Konkurrensverkets rapportserie 2013:6

Konkurrensverket juli 2013

Utredare: Henrik Grönberg (projektledare), Magnus Johansson,
Sofia Lindgren och Christian Blume.

ISSN-nr 1401-8438

E-print, Stockholm 2013

Foto: Matton Images

Förord

Konkurrensverket har uppmärksammat att det finns problem med att tillämpa upphandlingslagstiftningen vad gäller möjligheten att utesluta anbudsgivare som upplevs som oseriösa från deltagande i offentliga upphandlingar. Vi har därför undersökt vad dessa problem består i och vad som kan göras åt dem. Målet för åtgärder mot osund konkurrens i offentliga upphandlingar är att uppnå konkurrens på lika villkor, väl fungerande marknader och ytterst att vi ska få största möjliga samhällsnytta för våra skattemedel.

I rapporten beskriver vi olika former av osund konkurrens och ger vår syn på hur upphandlande myndigheterna kan motverka sådana företeelser i offentliga upphandlingar. Denna rapport riktar sig därför främst till upphandlande myndigheter. Rapporten innehåller ett flertal förslag som riktar sig till regeringen, andra myndigheter och upphandlande myndigheter/enheter.

Konkurrensverket tackar de myndigheter och organisationer som på olika sätt varit behjälpliga under arbetet med denna rapport. Vi vill särskilt tacka de personer som vi intervjuade under arbetet, de upphandlare som svarade på vår enkät samt Sveriges offentliga inköpare som skickade ut enkäten till sina medlemmar.

Stockholm juli 2013

Dan Sjöblom
Generaldirektör

Innehåll

Inledning.....	9
Bakgrund	9
Sammanfattning.....	10
Slutsatser och förslag	12
Arbetets genomförande	14
Summary	16
1 Oseriös anbudsgivning	18
Vad vi menar med "oseriös anbudsgivning"	19
1.1 Svartarbete är det största problemet.....	19
Svartarbete och offentlig upphandling.....	20
1.2 Andra överträdelser som konkurrensmedel	25
Brott mot arbetsmiljöregler	25
Överträdelser av speciallagstiftning	27
Avtalsbrott och vikten av avtalsuppföljning	27
1.3 Komplicerande faktorer.....	29
Utländsk arbetskraft.....	29
Underleverantörer	35
1.4 Att förebygga osund anbudsgivning.....	37
Det är viktigt att förebygga överträdelser.....	38
Behov av utvecklad myndighetssamverkan.....	39
Sociala krav i offentlig upphandling	41
1.5 Uteslutning av anbudsgivare.....	42
De obligatoriska uteslutningsgrunderna	43
De frivilliga uteslutningsgrunderna	45
Tidsaspekten vid uteslutning.....	52
Self-cleaning	53
Företrädarbegreppet	54

1.6	Onormalt låga anbud	59
	Den rättsliga regleringen	61
	Förfarandet vid förkastande av onormalt låga anbud	62
	Identifiering av anbud med misstänkt låga priser.....	63
	Att begära förklaringar från anbudsgivare.....	67
	Bedömning av avgivna förklaringar	70
	Orsaker till onormalt låga anbud	74
	Bedömning av anbudsgivarens förklaringar	81
	Yttrande över skälen för förkastande	84
2	Korruption i offentlig upphandling	86
	Korruption som begrepp	86
	Korruptionens utbredning i Sverige	88
2.1	Offentliga upphandlingar som riskområde.....	91
	Särskilda riskområden	93
2.2	Upphandlingsreglerna och korruption	96
	Hur upphandlingsreglerna motverkar korruption	96
	Otillåtna direktupphandlingar och korruption.....	98
2.3	Jäv i offentlig upphandling	105
	Svågerpolitik och vänskapsband.....	106
	Bisysslor	107
	Konsulter, jäv och likabehandling.....	110
2.4	Andra åtgärder mot korruption	122
	Bättre nationell samverkan.....	123
	Gör skyddet mot korruption till en ledningsfråga	124
	Interna riktlinjer och utbildning	125
	Internkontroll och revision.....	128
	Whistleblowing	132
	Ett förstärkt upphandlingsstöd	133
3	Anbudskarteller och otillåtna anbudssamarbeten.....	134
3.1	Konkurrensreglerna om anbudssamarbeten	135
	Anbudskartell eller osund strategisk anbudsgivning?	136

3.2	Upphandling – ett riskområde för anbudskarteller.....	138
	Problembranscher.....	139
	Okunskap om vad som kan utgöra en anbudskartell	140
3.3	Åtgärder mot anbudskarteller	142
	Hur man förebygger anbudskarteller.....	142
	Tecken på anbudskarteller	148
3.4	Hantering av misstankar om en anbudskartell.....	153
	När får man avbryta en upphandling?.....	155
	Uteslutning av leverantörer som deltagit i karteller	157
	Referenser	158

Begrepp och förkortningar

I rapporten används följande begrepp och förkortningar:

Kommissionen – med detta begrepp avses i denna rapport Europeiska kommissionen om inte annat framgår av sammanhanget.

LOU – lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. När vi i denna rapport talar om bestämmelser i LOU avser vi även motsvarande bestämmelser i de andra upphandlingslagarna.

LUF – lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

LUFS – lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

LOV – lagen (2008:962) om valfrihetssystem.

Upphandlande myndighet – med myndighet avses i denna rapport både upphandlande myndigheter enligt LOU och LUFS och upphandlande enheter enligt LUF.

Offentlig upphandling – åtgärder som en myndighet vidtar för att teckna ett kontrakt eller ramavtal om köp av varor, tjänster eller byggentreprenader.

Försörjningssektorerna – verksamheter som omfattas av LUF.

Tröskelvärden – beloppsgränser som fastställs av kommissionen. Upphandlingar som omfattas av EU:s upphandlingsdirektiv och som överstiger tröskelvärdena ska annonseras i TED.

Direktupphandlingsgränsen – 284 631 kronor under år 2013 (inom försörjningssektorerna 569 262 kronor). Avtal vars värde understiger direktupphandlingsgränsen kan ingås genom direktupphandling.

Otillåten direktupphandling – avtal som ingås med en leverantör utan annonserad konkurrensutsättning enligt upphandlingslagarna trots att avtalet skulle ha föregåtts av ett annonserat förfarande.

Upphandlingsdirektiven – EU:s direktiv om offentlig upphandling (2004/18/EG), även kallat det "klassiska direktivet"; direktivet om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och post-tjänster (2004/17/EG), även kallat "försörjningsdirektivet", samt direktivet om tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet (2009/81/EG).

Upphandlingsstödet – Nationella upphandlingsstödet vid Kammarkollegiet, det organ som ger stöd och vägledning kring upphandlingsprocessen.

Inledning

Bakgrund

Konkurrensverket har uppmärksammat att den offentliga upphandlingen kan utgöra ett riskområde för olika former av osund konkurrens. Detta gäller bland annat användandet av svart arbetskraft och andra lagöverträdelser som konkurrensmedel. Vidare har vi noterat att den offentliga upphandlingen framstår som ett riskområde för korruption. Vi har själva konstaterat att offentliga upphandlingar är ett riskområde för anbudskarteller. Den gemensamma nämnaren för dessa företeelser är att de utgör olika former av överträdelser som ger konkurrensfördelar i upphandlingar och utgör hinder mot en effektiv konkurrens och offentlig upphandling.

Det primära syftet med denna rapport är att undersöka dessa problem och presentera motåtgärder. Vi har fokuserat på hur reglerna om uteslutande av leverantörer och förkastande av onormalt låga anbud kan tillämpas. Rapporten har däremot inte syftat till någon egen undersökning av förekomsten av de företeelser vi beskriver.

I denna rapport avses med begreppet osund konkurrens situationer där leverantörer använder olika former av överträdelser för att skaffa sig konkurrensfördelar.

Sammanfattning

Konkurrensverket finner det oroande att offentliga upphandlingar ofta beskrivs som ett problemområde vad gäller alla de företagssektorer vi undersökt. Även om orsakerna kan vara flera och kunskapsläget lämnar en del att önska finns det därför anledning för upphandlande myndigheter att förbättra arbetet mot osund konkurrens.

Konkurrensverket anser att de unionsrättsliga bestämmelser som särskilt syftar till att upprätthålla en sund konkurrens ger medlemsländerna relativt stor frihet vid genomförandet i nationell lagstiftning. Det är viktigt att upphandlande myndigheter använder dessa möjligheter när så är påkallat, och Konkurrensverket ger i denna rapport sin syn på bland annat tillämpningen av reglerna om uteslutning av leverantörer samt förkastande av onormalt låga anbud. Men upphandlingsreglerna samspelar också med andra regelverk, till exempel utstationeringsreglerna. Det pågående förändringsarbetet vad gäller förutsättningarna för utländska företag att bedriva näringsverksamhet i Sverige har därför betydelse även för offentliga upphandlingar.

Gemensamt för de företagssektorer vi undersökt är att det ofta är svårt att i efterhand utreda och lagföra överträdelseerna. De är svåra att upptäcka, bevisläget kan vara dåligt och utredningarna är ofta komplicerade och tar lång tid. Det blir därmed ännu viktigare att genom ett effektivt förebyggande arbete motverka att aktörer som använder osunda konkurrensmetoder över huvud taget ingår avtal med upphandlande myndigheter.

En annan slutsats är att myndighetssamverkan och utbyte med andra berörda parter är viktigt för att förbättra det förebyggande arbetet. Såväl Konkurrensverket som andra aktörer bör därför prio-

ritera informationsinsatser och andra åtgärder för att motverka osund konkurrens i offentlig upphandling.

Ökade åtgärder mot osund konkurrens kan antas medföra ett merarbete för upphandlande myndigheter. Det är därför glädjande att så många upphandlare i vår enkät angett att de upplever ett starkt stöd för sådant arbete även om det sker på bekostnad av mindre förmånliga avtal eller merarbete i upphandlingsprocessen. Dessutom kan vi rapporten konstatera att många av de åtgärder som upphandlande myndigheter kan vidta för att motverka osund konkurrens även kan förbättra upphandlingar på andra sätt. Det gäller till exempel bättre avtalsuppföljning, bättre regelefterlevnad av i synnerhet annonseringsplikten samt vikten av en mer strategisk syn på offentliga upphandlingar.

Slutligen förhåller det sig så att olika former av osund konkurrens inte bara leder till skadeverkningar i form av sämre konkurrens på de aktuella marknaderna. Det är också allt vanligare att en myndighets hantering av sina inköp påverkar hur allmänheten ser på myndigheten. Det är ett problem i sig om näringslivet och medborgare får uppfattningen att leverantörer som fuskar med skatter och avgifter ofta får offentliga avtal, eller att myndigheters upphandlingar återkommande präglas av svågerpolitik och sker i strid med LOU. En sådan bild av offentlig förvaltning riskerar att skada tilltron till myndigheternas förmåga att hantera skattemedel och utföra sina uppdrag. Ytterst blir det en fråga om tillit till våra demokratiska institutioner. Det är alltså viktigt att offentliga upphandlingar inte bara leder till goda affärer för det offentliga. Allmänheten måste också ha ett högt förtroende för den offentliga upphandlingen.

Slutsatser och förslag

De slutsatser och förslag som presenteras i denna rapport riktar sig till flera olika aktörer.

Regeringen

- Bör i syfte att åstadkomma en bättre konkurrensneutralitet och förenkla för utländska anbudsgivare utreda en anmälningsskyldighet för utländska företag som avser bedriva näringsverksamhet i Sverige.
- Bör utreda om användandet av ett intyg om oberoende anbudsgivning kan vara ett verksamt medel mot anbudskarteller och andra former av lagöverträdelser.
- Bör ge någon statlig myndighet eller aktör i uppdrag att samordna samhällets insatser mot korruption.
- Bör göra informationsinsatser mot osund konkurrens till en prioriterad uppgift för ett framtida förstärkt upphandlingsstöd.

Tillsyns- och expertmyndigheter

- Bör prioritera det förebyggande arbetet mot osund konkurrens i offentliga upphandlingar.
- Bör underlätta för upphandlande myndigheter att kontrollera om anbudsgivare gjort sig skyldig till överträdelser av olika regelverk samt delta i erfarenhetsutbyten och liknande för att öka kunskaperna i dessa regelverk.

Upphandlande myndigheter

- Bör i sina upphandlingar beakta betydelsen av att hur dessa genomförs i allt större utsträckning påverkar medborgarnas syn på hur myndigheterna fullgör sina uppdrag.
- Bör beakta att den offentliga upphandlingen är ett riskområde för olika former av osund konkurrens.
- Bör komplettera de kontroller av anbudsgivare som ofta görs vid anbudsgivning med en ökad uppmärksamhet på osunda inslag i anbudsgivningen.
- Bör vidta åtgärder för att förbättra avtalsuppföljning.
- Bör kontrollera sina leverantörer under avtalstiden och vidta åtgärder vid avtalsbrott och överträdelser av lagstiftning.
- Bör så långt det är möjligt utsträcka sina kontroller till underleverantörer.
- Bör utesluta leverantörer och förkasta onormalt låga anbud när så är påkallat för att upprätthålla en sund konkurrens i sina upphandlingar.
- Bör förbättra sitt arbete mot korruption i offentlig upphandling, särskilt vad gäller direktupphandlingar.
- Bör förbättra sina kunskaper i hur man förebygger och identifierar tecken på anbudskarteller i offentliga upphandlingar samt vidta åtgärder mot leverantörer som deltagit i sådana konkurrensbegränsande samarbeten.

Övriga aktörer

- Arbetsgivareorganisationer och fackförbund bör i samarbete med Arbetsmiljöverket och andra myndigheter förbättra arbetet med att anmäla kollektivsavtalsvillkor till Arbetsmiljöverket.
- De allmänna förvaltningsdomstolarna bör i överprövningsmål om förkastande av ett onormalt lågt anbud lägga bevisbördan för att ett anbud är seriöst på anbudsgivaren och inte på den upphandlande myndigheten.

Arbetets genomförande

Detta arbete bygger på fyra olika sorters underlag.

- Vi har intervjuat företrädare för i upphandlingsfrågor särskilt insatta aktörer för att ta del av deras erfarenheter, kunskap och förslag kring den aktuella problematiken. Resultatet av intervjuerna redovisas inte i denna rapport, utan har främst tjänat till att orientera oss i olika uppfattningar om problematiken.
- Vi har under januari–februari 2013 genomfört en enkät bland upphandlare för att få deras synpunkter på tillämpningen av upphandlingslagstiftningen. Enkäten skickades ut till de upphandlande myndigheter som under 2011 publicerat fem eller fler annonser om upphandling i Sverige. Sveriges offentliga inköpare skickade också ut enkäten till sina medlemmar och det gick även att besvara enkäten genom en länk på vår hemsida. Det var inte

obligatoriskt att besvara samtliga frågor i enkäten och de flesta frågorna besvarades av ca 250 upphandlare.

- Vidare har vi tagit del av rapporter, artiklar och offentligt tryck för att sätta oss in i problematiken och bygga vidare på andra aktörers kunskap och erfarenheter.
- Slutligen bygger rapporten på Konkurrensverkets egen erfarenhet som förvaltningsmyndighet för konkurrensfrågor och den offentliga upphandlingen.

Under arbetet har vi också deltagit i seminarier och erfarenhetsutbyten med myndigheter och andra aktörer som rör frågor konkurrens på lika villkor.

Summary

The Swedish Competition Authority finds it concerning that public procurement is often described as a problem area in terms of unfair competition. Although this may have several causes and the level of awareness leaves something to be desired, there is reason for contracting authorities to improve their work against unfair competition.

The Swedish Competition Authority considers that the provisions of the European procurement directives specifically aimed at maintaining fair competition accord the Member States a relatively wide margin of appreciation for implementation in their national legislation. It is important that contracting authorities use these provisions when necessary, and in this report the Swedish Competition Authority assesses, *inter alia*, the application of the rules on exclusion of tenderers and the rejection of abnormally low tenders. But procurement rules interact with other bodies of law, such as the rules for posted workers. The ongoing changing of conditions for foreign companies conducting economic activities in Sweden is therefore also relevant to public procurement.

Common to the practices we examined is that it is often difficult to investigate and take action against violations once they have occurred. These violations are often difficult to identify, securing evidence is challenging and investigations are often complicated and time consuming. This makes it even more important to effectively prevent tenderers from using unfair business practices when entering into contracts with contracting authorities.

Another conclusion is that inter-agency cooperation and exchanges with other stakeholders are essential in order to prevent violations. The Swedish Competition Authority as well as others should

therefore prioritize information efforts and other measures to discourage unfair competition in public procurement.

Increasing measures against unfair competition is likely to add to the administrative burden of contracting authorities. It is therefore encouraging that so many officials of contracting authorities in our survey indicated that they experience strong support from their management for such measures, even when this is at the expense of less advantageous contracts or increases the administrative burden in procurement procedures. But we can also report that many of the measures which the contracting authorities can take to prevent unfair competition can also improve public procurement in other ways. Examples include improved contract monitoring, better compliance with the obligation to publish contract notices and a more strategic approach to procurement.

Finally, it is the case that various forms of unfair competition not only harm competition in the relevant markets. It is also increasingly the case that an authority's procurement activities affect its reputation. It is a problem in itself if businesses and citizens form the opinion that tenderers who do not fulfill obligations relating to the payment of taxes or social security contributions are often awarded public contracts, that authorities' awards of contracts are repeatedly characterized by nepotism or that contracts are awarded without observing procurement law. Such an image of public administration risks damaging the trust in authorities' ability to manage taxpayers' money and carry out their assigned tasks. Ultimately, it becomes a matter of trust in our democratic institutions. It is therefore important that public procurement not only leads to economically advantageous acquisitions for the government. The public must also have a high confidence in public procurement.

1 Oseriös anbudsgivning

Konkurrensverket anser att upphandlande myndigheter har ett särskilt ansvar att så långt det är möjligt förhindra att avtal ingås med leverantörer som konkurrerar genom lagöverträdelser. Detta gäller särskilt i de situationer där lagöverträdelsen i sig kan anses bidra till att leverantören tilldelas avtalet. Konkurrensverkets uppfattning är att upphandlande myndigheter inte generellt anses sakna vilja att motverka osund konkurrens i offentlig upphandling. Det finns däremot anledning att understryka att upphandlande myndigheter, genom sina upphandlingar, har en central roll i att förebygga osund anbudsgivning och klargöra hur upphandlingsreglerna kan tillämpas för att motverka att leverantörer använder sig av lagöverträdelser för att utföra det uppdrag som upphandlingen syftar till.

I detta kapitel beskriver vi inledningsvis de problem vi identifierat vad gäller leverantörer som använder lagöverträdelser som konkurrensmedel. Därefter tar vi upp två omständigheter som kan komplicera tillämpningen av upphandlingsreglerna i detta avseende: utländska företag och underleverantörer. Avslutningsvis utvecklar vi vår syn på tillämpningen av bestämmelserna om uteslutning av leverantörer samt möjligheten att förkasta onormalt låga anbud. Dessa bestämmelser i upphandlingslagstiftningen är särskilt viktiga för upphandlande myndigheters möjligheter att motverka osund anbudsgivning.

Vad vi menar med ”oseriös anbudsgivning”

Med ”osund anbudsgivning” menar vi överträdelser av lagar och avtal av leverantörer som ger konkurrensfördelar i offentliga upphandlingar. Det kan gälla lagar och regler som gäller generellt vid näringsverksamhet eller specifikt för den typ av uppdrag som upphandlingen avser.

1.1 Svartarbete är det största problemet

Inte överraskande framstår svartarbete som den form av lagöverträdelse som medför störst konkurrensproblem. I en rapport 2010 bedömde till exempel Ekobrottsmyndigheten att den vanligaste formen av ekonomisk brottslighet är hanteringen av svart arbetskraft, och byggbranschen är hårdast drabbad.¹

Men andra typer av brott begås ofta som ett led i eller en konsekvens av svartarbetet.² Exempel på sådana brott är penningtvätt, bokföringsbrott, missbruk av lönegarantin³ eller bruk av förfalskade handlingar.⁴ Det är alltså här fråga om brott som blir en nödvändig följd av svartarbetet. Ofta uppkommer kopplingar mellan olika brottsutredningar och det finns ofta ett ökat internationellt inslag.⁵ Detta ökar komplexiteten i Skatteverkets och Ekobrottsmyndighetens utredningar men medför också svårigheter att lagföra de som begått brotten och att få in obetalda skatter.

¹ EBM, *Rapport om den ekonomiska brottsligheten* (2010) s. 9.

² EBM, *Ekobrottsmyndighetens underrättelsebild 2012 – extern version* (2012) s. 16; Brå, *Fina fasader med fixade fakturor – Kriminella entreprenader i byggbranschen* (2007:18) s. 37-42.

³ Skatteverket, *På rätt väg framåt? – Delrapport tongivande aktörer 2009-2011* (2011), s. 37.

⁴ Skatteverket (2011) s. 34.

⁵ Skatteverket (2011) s. 6f.

Omfattningen av svartarbetet i Sverige

Omfattningen av svartarbete i Sverige är överlag svårt att fastställa, eftersom det ligger i själva svartarbetets natur att undanhålla kunskapen från myndigheterna. Skatteverket beräknade år 2006 skattefelet till 115–120 miljarder kronor eller ca 5 procent av Sveriges bruttonationalprodukt. Svartarbetet bedömdes stå för ungefär halva det totala skattefelet – 66 miljarder kronor. Skatteverket har definierat svartarbete till i princip alla dolda arbetsinkomster, det vill säga de inkomster som företagen undanhåller eller redovisar på andra sätt än som lönekostnader.⁶

Detta kan ställas i relation mot att det totala värdet av offentligt upphandlade varor, tjänster och byggentreprenader år 2006 bedömdes vara 15,5–18,5 procent av BNP.⁷

Svartarbete och offentlig upphandling

Det är oroande att offentliga upphandlingar anses särskilt förknippade med problem med svartarbete i forum och sammanhang där konkurrens på lika och sunda villkor diskuteras. Den snedvridning av konkurrensen som svartarbete medför beskrivs också återkommande som en av de största skadeverkningarna av svartarbete. Däremot saknas statistik eller utredningar av i vilken utsträckning svartarbetet avser fullgörandet av offentliga kontrakt. Den tillgängliga statistiken visar inte i vilken utsträckning kunden är offentlig eller privat.

⁶ Skatteverket, *Svartköp och svartjobb i Sverige* (2006).

⁷ Bergman, Mats (2008) *Offentlig upphandling och offentliga inköp – Omfattning och sammansättning*, s. 4.

Det bör understrykas att orsaken till kritiken inte nödvändigtvis behöver vara att upphandlande myndigheter är mindre framgångsrika än privata beställare att förhindra användandet av svart arbetskraft när uppdrag utförs. Statistik som visar att så är fallet saknas. Möjligen har konkurrenter och fackförbund – men också medborgare – högre förväntningar på myndigheter än på det privata näringslivet att åtgärder vidtas för att motverka svart arbetskraft när avtalade uppdrag utförs. Slutligen bör det noteras att upphandlande myndigheter är stora beställare inom branscher som ofta betraktas som särskilt drabbade av svartarbete.⁸ En stor del av alla annonserade upphandlingar sker inom dessa branscher.⁹ Allt detta kan bidra till att myndigheter uppfattas som mindre nogräknade beställare.

Till den del upphandlande myndigheter ändå är sämre än privata beställare på att motverka svartarbete kan detta eventuellt till viss del bero på att myndigheters verksamhet ska präglas av saklighet och opartiskhet. Myndigheter är skyldiga att följa ett detaljerat regelverk när de ska ingå avtal med leverantörer. Offentliga upphandlare kan i mindre utsträckning än beställare som inte omfattas av upphandlingslagstiftningen förlita sig på sin "magkänsla" om en leverantör. Upphandlare kan till skillnad från privata inköpare inte heller förlita sig på sitt kontaktnät eller andra aktörers uppfattningar som grund för att utesluta en viss leverantör. Detta är en följd av det regelverk som omgärdar upphandlande myndigheters avtalsingående och gäller inte bara möjligheterna att välja bort en leverantör som man upplever som oseriös. Det är därför viktigt att upphandlarna är väl insatta i tecken på osund anbudsgivning.

⁸ Enligt statistik från Sveriges Byggindustrier gjordes ungefär hälften av anläggningsinvesteringarna och 40 procent av lokalinvesteringarna år 2010 av offentliga beställare. Sveriges Byggindustrier, *Fakta om byggandet 2011* (2011) s. 10-12.

⁹ Konkurrensverket, *Siffror och fakta om offentlig upphandling – Statistik om upphandlingar som genomförts under 2011* (2012:6) s. 20.

Upphandlare måste också känna till de regler i upphandlingslagstiftningen som ger upphandlande myndigheter möjligheter att motverka osund anbudsgivning. Upphandlingsstödjande myndigheter måste också följa utvecklingen och kontinuerligt stödja och vägleda de upphandlande myndigheterna i dessa frågor.

Problembranscher

I rapporter, analyser och artiklar om svartarbete lyfts några branscher fram som särskilt utsatta. De branscher som utmärker sig vad gäller problem med svart arbetskraft är

- bygg- och anläggningsbranschen,¹⁰
- städtjänster,¹¹
- bemanningsföretag,¹² och
- transport- och flyttjänster.¹³

Andra branscher med stora problem är restaurangbranschen, taxinäringen och detaljhandeln.¹⁴ Men i dessa branscher genomförs inte offentliga upphandlingar i någon större omfattning och myndigheter framstår inte som stora beställare. Vidare sker ständiga förändringar: om svartarbete effektivt motverkas inom en bransch så

¹⁰ Se till exempel EBM (2012) s. 18; Brå (2007:18); Brå (2007:21); Brå (2011:7) s. 43; LO, *Handbok för ordning och reda på arbetsmarknaden* (2012) s. 30; Almega, *Svart och vitt – Hur upptäcker jag ett oseriöst företag* (2008) s. 5.

¹¹ Se till exempel Almega, *Branschrappport 2012 – Fakta och utveckling för städ- och serviceentreprenadbranschen* (2012); EBM, *Rapport om den ekonomiska brottsligheten* (2007) s. 25.

¹² Se till exempel LO (2012) s. 30.

¹³ Se till exempel Trafikuskottets betänkande 2012/13:TU16, *Yrkestrafik- och taxifrågor*.

¹⁴ Brå, *Storskaliga skattebrott* (2011:7) s. 43.

flyttar de oseriösa aktörerna ofta till en annan bransch. Uppräkningsstämningen stämmer relativt väl överens med de svar som upphandlare själva har lämnat vad gäller erfarenheter av onormalt låga anbud i offentlig upphandling.

Men Konkurrensverket vill framhålla de problem som uppstår om hela branscher lyfts fram som drabbade av svartarbete och annat fusk. Förutom att kunskaperna får beskrivas som dåliga och att verkligheten kan vara en annan så är det självfallet inte så att alla företag i dessa branscher fuskar. Problemet kan delvis beskrivas som en allmänningens tragedi: företag som är verksamma i branscher med utbrett svartarbete eller annat fusk tvingas ofta välja att själva fuska eller gå miste om uppdrag. Vi talar därför hellre om oseriösa metoder än om oseriösa aktörer.

Ekonomiska kontroller är inte ensamt effektiva

Vid offentliga upphandlingar kan den upphandlande myndigheten kontrollera att anbudsgivaren har fullgjort sina skyldigheter vad gäller betalning av skatter och sociala avgifter genom att begära intyg från behöriga myndigheter.¹⁵ Detta görs genom att myndigheten begär en så kallad SKV 4820-blankett från Skatteverket och Kronofogdemyndigheten avseende anbudsgivaren. Av blanketten framgår bland annat om anbudsgivaren är registrerad som arbetsgivare, restförd för skulder avseende skatter och avgifter och godkänd för F-skatt. Ofta kräver också den upphandlande myndigheten ett visst lägsta kreditvärderingsbetyg eller annan utredning som utvisar att anbudsgivaren har tillräcklig ekonomisk stabilitet.

I vår enkät svarade 94 procent av upphandlarna att de regelmässigt begär uppgifter från Skatteverket vad gäller anbudsgivare registre-

¹⁵ Se 10 kap. 2 § punkten 5 samt 3 och 4 §§ LOU.

rade i Sverige. 39 procent uppgav att de även regelmässigt genomförde sådana kontroller under avtalstiden (alltså efter avslutad upphandling), medan 40 procent bara gjorde detta under avtalstiden om det finns särskild anledning. En fjärdedel svarade att de någon gång hade uteslutit en anbudsgivare på grund av bristande betalning av skatter och sociala avgifter.

Men det bör understrykas att ett företag inte kan garanteras vara seriöst enbart baserat på ett högt betyg från ett kreditvärderingsinstitut eller att Skatteverket eller Kronofogdemyndigheten inte har anmärkningar på företaget. Oseriösa företag har stora möjligheter att vid sådana ekonomiska kontroller framstå som fläckfria eller till och med föredömliga. Företag som inte betalat skatter och socialavgifter i rätt utsträckning kan därmed ofta uppvisa en betryggande ekonomisk stabilitet.¹⁶ Att förlita sig på den typen av prövningar är därför inte tillräckligt utan måste kompletteras med andra åtgärder.

Tecken på oegentligheter

Tecken på skattebrott kan vara misstänkt låga priser, underentreprenörer som ofta byts ut, att fakturor kommer från olika bolag och att den som faktiskt företräder bolaget man ingått avtal med inte är den legale företrädaren.¹⁷ Men Ekobrottsmyndigheten har konstaterat att de kriminella aktörerna ändrar och förfinar sina upplägg i takt med att myndigheterna utför försvårande åtgärder.¹⁸ Konkursverket vill därför understryka att det är viktigt att upphandlande myndigheter håller sig uppdaterade. Upphandlande myndigheter som önskar veta mer kan kontakta Skatteverket som

¹⁶ Almega, *Svart och vitt – Hur upptäcker jag ett oseriöst företag?* (2008) s. 11.

¹⁷ Brå (2011:7) s. 157.

¹⁸ EBM (2012) s. 17.

hjälper myndigheter att anlita leverantörer och entreprenörer som gör rätt för sig.

1.2 Andra överträdelser som konkurrensmedel

Även om svartarbete framstår som det största problemet i offentliga upphandlingar så skapar även andra typer av överträdelser problem för konkurrensneutraliteten, utöver de andra skadeverkningar som sådana överträdelser kan medföra. Det gäller till exempel överträdelser av arbetsmiljölagstiftningen, brott mot olika regelverk som är specifika för olika verksamheter samt avtalsbrott.

Brott mot arbetsmiljöreregler

Arbetsmiljöverket konstaterade i en rapport år 2012 att med ett ökat antal entreprenader och långa entreprenadkedjor i kombination med det svårtillämpade regelverket på upphandlingsområdet riskerar arbetsmiljöansvaret att bli otydligt.¹⁹ Andra utredningar har kommit till samma slutsatser.²⁰ Vidare uppgav endast 13 procent av upphandlarna i Konkurrensverkets enkät att de regelmässigt ställer krav på att anbudsgivare ska redogöra för sitt arbetsmiljöarbete enligt arbetsmiljölagstiftningen.

Till skillnad från betalning av skatter och sociala avgifter råder knappast någon tvekan om i vilka situationer de svenska reglerna är tillämpliga. Problemen rör snarare om och hur upphandlande

¹⁹ Arbetsmiljöverket, *Förstudie kring det fortsatta arbetet med utländska företag och arbetstagare* (2012)

²⁰ Se till exempel Arbetarrörelsens tankesmedja, *Verkligheten på spåret – Rapport om villkoren för anställda och resenärer i Stockholms tunnelbana* (2012); Ahlberg, Kerstin & Bruun, Niklas (2010) *Upphandling och arbete i EU*, SIEPS rapport 2010:3, s. 141-145.

myndigheter ska försäkra sig om att arbetstagare som utför upphandlade uppdrag ska få den arbetsmiljö som de lagligen har rätt till. Ett ytterligare problem är att en del utstationerade arbetstagare inte själva vågar eller vill kräva den arbetsmiljö de lagligen har rätt till: många utstationerade arbetstagare vill helt enkelt kunna arbeta så mycket som möjligt under den tid de är stationerade i Sverige.²¹

Upphandlande myndigheter kan i förfrågningsunderlaget upplysa om vilka organ som kan lämna information om de bestämmelser om beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor som kommer att gälla vid de tjänster eller byggtreprenader som ska omfattas av kontraktet (6 kap. 12 § LOU). Om den upphandlande myndigheten ställer sådana krav måste alla anbudsgivare bekräfta att hänsyn har tagits till bestämmelserna om sådana villkor vid utformningen av anbudet. Enligt Konkurrensverkets uppfattning kan bland annat information enligt 6 kap. 12 § LOU i förfrågningsunderlaget i någon utsträckning förebygga onormalt låga anbud enligt 12 kap. 3 § LOU eftersom anbudsgivare måste ta del av de villkor om arbetarskydd som gäller i upphandlingen.

Hela 58 procent av upphandlarna i vår enkät svarade att de aldrig har tillämpat denna bestämmelse. Endast 10 procent svarade att de regelmässigt tillämpade bestämmelsen. 9 procent svarade att de inte kände till att bestämmelsen finns eller vilken funktion den är avsedd att fylla. Endast 10 procent hade inte upplevt något behov av att tillämpa bestämmelsen i sina upphandlingar. Enkätutfallet kan tolkas som att det finns möjlighet att förbättra användandet av denna bestämmelse i offentliga upphandlingar.

²¹ Arbetsmiljöverket (2012) s. 10; LO; *När arbetskraftskostnaderna pressar priset – en genomlysning av offentliga investeringar i infrastruktur* (2010) s. 23.

Överträdelser av speciallagstiftning

Fullgörandet av de flesta typer av upphandlade avtal omfattas av en rad lagar och regler som är specifika för olika typer av verksamheter. Det kan till exempel gälla regler för yrkestrafik, hantering av miljöfarligt avfall eller hälso- och sjukvård. Upphandlande myndigheter som är väl förtrodda med dessa regelverks teori och praktik har ofta större möjligheter att förutse och motverka olika typer av genvägar och fusk. Upphandlande myndigheter som får kännedom om att en anbudsgivare har brutit mot sådana regelverk bör överväga om anbudsgivaren ska utelutas från upphandlingen.

Det är också viktigt att myndigheter håller sig uppdaterade kring utvecklingen inom olika branscher genom till exempel kontakter med andra upphandlare, myndigheter och branschorganisationer. Hela tiden uppkommer nya sätt att kringgå sådana regelverk och undgå tillsyn och kontroller. Det är viktigt att de expert- och tillsynsmyndigheter som ansvarar för dessa regelverk kontinuerligt utbyter kunskaper och erfarenheter med upphandlande myndigheter.

Avtalsbrott och vikten av avtalsuppföljning

En ytterligare form av osund anbudsgivning är när anbudsgivare utformar och prissätter anbud utifrån att de inte avser uppfylla alla förpliktelser enligt villkoren i det aktuella avtalet. Här rör det sig sällan om lagöverträdelser utan om civilrättsliga avtalsbrott.

Det är av stor vikt att upphandlande myndigheter skriver tydliga avtal som innehåller sanktioner vid avtalsbrott. Sanktionerna bör också vara avpassade till arten och graden av olika avtalsbrott: att endast förbehålla sig rätten att häva avtalet oavsett på vilket sätt

leverantören bryter mot detta är sällan ändamålsenligt eller proportionerligt. Den pågående kommunallagsutredningen ska bland annat utreda hur kontroll och insyn i kommunala entreprenader kan förbättras.²²

Avtalen måste också följas upp. Genom avtalsuppföljning verkar den upphandlande myndigheten för att säkerställa att åtaganden i ett kontrakt följs. Bristande avtalsuppföljning kan öka riskerna för oseriös anbudsgivning.²³ I den enkät till upphandlare som upphandlingsutredningen genomförde uppgav endast en fjärdedel av de upphandlande myndigheterna att upphandlingskontrakten regelbundet följs upp.²⁴ Det kan sättas i relation till vår egen enkät, där tre fjärdedelar av upphandlarna helt instämde i påståendet *"[j]ag tror att ökad uppföljning av upphandlande avtal skulle minska risken för osund konkurrens, därför att anbudsgivare i mindre utsträckning skulle räkna med att man inte behöver uppfylla samtliga sina skyldigheter enligt avtalet när man utformar sitt anbud."*

²² Dir. 2012:105 *En kommunallag för framtiden*.

²³ Se till exempel Upphandlingsutredningen 2010, *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling*, SOU 2013:12, s. 155f.

²⁴ SOU 2013:12 s. 155f.

1.3 Komplicerande faktorer

Konkurrensverket konstaterar att två omständigheter ofta omnämns som komplicerande faktorer vad gäller möjligheterna att motverka olika former av oseriös anbudsgivning: användandet av *utländsk arbetskraft* och *underleverantörer*.²⁵

Utländsk arbetskraft

Särskilt inom vissa branscher upplevs det vara ett problem att vissa företag kan kringgå regler för beskattning och betalning av sociala avgifter genom att använda utländsk arbetskraft. Detta gäller särskilt utstationeringsreglerna. I studier som gjorts har konstaterats att så mycket som 45 procent av arbetskraften i stora infrastrukturprojekt kan vara skatt- och/eller socialavgiftsskyldiga i andra länder än Sverige.²⁶

Konkurrensverket erfar att det inte i första hand är skillnaderna i lönenivå mellan svensk och utländsk arbetskraft som upplevs som problematiska från konkurrenssynpunkt. Problemet är snarare möjligheten för vissa leverantörer att låta bli att betala skatter och sociala avgifter i Sverige, eller över huvud taget.²⁷ Med andra ord kanske en utländsk arbetsgivare betalar löner i nivå med svenska kollektivavtal, men skaffar sig ändå konkurrensfördelar genom att inte betala lika mycket i skatt eller sociala avgifter som svenska konkurrenter. Det är också tveksamt om det går att strikt skilja mellan "svenska" och "utländska" företag: Skatteverket har till

²⁵ Arbetsmiljöverket (2012); LO (2010).

²⁶ LO (2010).

²⁷ LO, *Vinnare och förlorare – Om konkurrens med arbetskraftskostnader inom EU* (2013) s. 22.

exempel vid en granskning av oseriösa utlandsregistrerade företag i Sverige konstaterat att de ofta ägs direkt eller indirekt av svenska medborgare.²⁸

Ett särskilt problem är att Skatteverket har svårt att få information om vilka utländska företag som bedriver näringsverksamhet i Sverige och därför inte kan utreda i vilken utsträckning de är skattskyldiga här.²⁹

Reglerna om utstationering av arbetstagare

En utstationerad arbetstagare är en person som skickas till ett annat land av sin arbetsgivare för att arbeta där. Utstationerade arbetstagare garanteras ett visst skydd genom EU:s utstationeringsdirektiv³⁰, som har genomförts i svensk rätt genom lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare.

I utstationeringslagen fastställs de minimivillkor som måste uppfyllas i värdlandet för de utstationerade arbetstagarna. Arbetstagarna har således rätt att erhålla minst de minimivillkor som föreskrivs i utstationeringslagen, och Sverige är skyldigt att uppfylla villkoren. Krav på att en anbudsgivare ska tillämpa dessa minimivillkor för att delta i en upphandling kan förhindra osund konkurrens. Men Konkurrensverket konstaterar att det är tveksamt om det är förenligt med upphandlingsdirektiven att i offentliga upphandlingar ställa krav på arbetsvillkor som överstiger minimivillkoren

²⁸ Skatteverket (2011) s. 30.

²⁹ Skatteverket (2011) s. 30 och 33.

³⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster och lagen (1996:678) om utstationering av arbetstagare.

enligt utstationeringslagen. Någon ändring i detta avseende finns inte i förslagen till nya upphandlingsdirektiv.³¹

Utstationeringen under utredning

Det pågår för närvarande ett omfattande översyns- och förändringsarbete gällande villkoren för utländska arbetstagare i Sverige. Detta gäller på såväl europeisk nivå som i Sverige, både vad gäller utstationeringsreglerna som andra regelverk.

- På europeisk nivå har kommissionen tagit fram ett förslag till tillämpningsdirektiv vad gäller utstationeringsdirektivet.³² Förslaget syftar till att skapa en enhetligare tillämpning av utstationeringsdirektivet och motverka att det missbrukas.
- Den 1 januari 2013 trädde lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare i kraft. Lagen genomför EU:s så kallade bemanningsdirektiv och innebär bland annat att bemanningsföretag ska försäkra arbetstagare minst de grundläggande arbets- och anställningsvillkor som skulle ha gällt om han eller hon hade anställts direkt av kundföretaget för att utföra samma arbete.³³
- Riksdagen har nyligen beslutat att arbetsgivare som utstationerar arbetstagare i Sverige ska vara skyldiga att

³¹ Se till exempel beaktandesats 41a i kommissionens förslag till nytt direktiv om offentlig upphandling.

³² Kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om genomförande av direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster, KOM (2012) 131 slutlig. Se även Regeringskansliets faktapromemoria 2011/12:FPM135.

³³ SOU 2011:5; prop. 2011/12:178; bet. 2012/13:AU5; rskr. 2012/13:53.

anmäla utstationeringen samt en kontaktperson till Arbetsmiljöverket.³⁴ Kontaktpersonen ska bland annat vara behörig att ta emot delgivningar för arbetsgivarens räkning och kunna tillhandahålla handlingar som visar att kraven i utstationeringslagen är uppfyllda. Om en arbetsgivare inte anmäler utstationeringen eller inte anmäler en kontaktperson ska en sanktionsavgift tas ut.

- I sammanhanget bör även nämnas att regeringen nyligen lämnat ett lagförslag om åtgärder mot arbetsgivare som anställer tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i Sverige.³⁵
- Vidare pågår en utredning som kartlägger och utvärderar utstationeringssituationen i Sverige. Utredningen ska bland annat utvärdera Arbetsmiljöverkets uppgift att tillhandahålla information och arbetstagarorganisationernas skyldighet att lämna in kollektivavtalsvillkor till Arbetsmiljöverket. I utredningen övervägs också vilka lagändringar som krävs för att värna den svenska modellen i ett internationellt perspektiv. Utredningen ska redovisas senast den 31 december 2014.³⁶

I upphandlingsutredningen konstateras att möjligheterna att ställa krav i upphandlingar på samma nivå som kollektivavtalsvillkor behöver klargöras.³⁷ Utredningen har därför föreslagit att arbetet med att ta fram kriterier avseende sociala hänsyn förbättras.³⁸

³⁴ Se prop. 2012/13:71; bet. 2012/13:AU9.

³⁵ Prop. 2012/13:125.

³⁶ Dir. 2012:92 *Utstationering på svensk arbetsmarknad*.

³⁷ SOU 2013:12, s. 490.

³⁸ SOU 2013:12, s. 492f.

Den utredare som ska föreslå hur bestämmelserna i de nya upphandlingsdirektiven ska genomföras i svensk rätt ska dessutom beakta vad riksdagen tillkännagett angående krav på villkor enligt svenska kollektivavtal vid offentliga upphandlingar.³⁹

Den kanske viktigaste regeln i utstationeringslagen är skyldigheten för Sverige att tillförsäkra minimilön för utstationerade arbetstagare. Men systemet som bygger på att arbetsmarknadens parter anmäler minimilön och andra kollektivavtalsvillkor till Arbetsmiljöverket fungerar dåligt, och sådana villkor har endast anmälts inom ett fåtal branscher. Om arbetsmarknadens parter i högre utsträckning meddelar sådana villkor till Arbetsmiljöverket så skulle upphandlande myndigheter lättare kunna ställa krav på bland annat minimilön i upphandlingar.

Regeringen bör utreda en anmälningsskyldighet för utländska företag

Konkurrensverket har uppfattat att ett särskilt problem för konkurrensneutraliteten är att det i Sverige inte finns någon skyldighet för utländska företag som avser bedriva näringsverksamhet här att anmäla detta till behöriga myndigheter.⁴⁰ Konkurrensverket ser det därför som angeläget att regeringen utreder en sådan skyldighet. Konkurrensverket anser i och för sig att betungande särreglering av utländska anbudsgivare skulle kunna innebära ett handelshinder som ökar regelbördan och komplexiteten i regelverket. Det är dock viktigt att alla anbudsgivare på den inre marknaden erbjuds så lika förutsättningar som möjligt. Om företag som deltar i upphandlingar får uppfattningen att det går att pressa priserna genom att

³⁹ Dir. 2012:96 *Genomförande av EU:s direktiv om offentlig upphandling, upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt tilldelning av koncessioner*, samt bet. 2010/11:AU3.

⁴⁰ Se till exempel LO (2013) s. 11; Skatteverket (2011), s. 30 och 33.

kringgå reglerna för utstationering av arbetstagare eller på annat sätt använda utländsk arbetskraft för att låta bli att betala skatter och sociala avgifter eller fuska med andra regler skadar detta tilltron till upphandlande myndigheters vilja och förmåga att upprätthålla en sund konkurrens i sina upphandlingar. I förlängningen kan detta, särskilt i vissa branscher, leda till en utbredd misstänksamhet mot utländska företag och arbetstagare och mot de fria rörligheterna på den inre marknaden.

Anmälningsskyldigheten bör utformas så att upphandlande myndigheter kan uppställa som krav i upphandlingar att leverantörer och underleverantörer har fullgjort sin anmälningsskyldighet vid tidpunkt för utförandet av det uppdrag som upphandlingen syftar till. Det är viktigt att en sådan anmälningsskyldighet utformas på ett sådant sätt att den kan fullgöras enkelt och snabbt och inte förutsätter några större kostnader eller resursnedläggelse från företagens sida. Vidare bör den utformas på så vis att utländska företag inte behöver erhålla flera olika godkännanden och registreringar i separata förfaranden för att få bedriva näringsverksamhet i Sverige. Även andra myndigheter än Skatteverket bör få tillgång till detta register för att möjliggöra tillsyn av till exempel arbetsmiljöregler. Utredningen bör omfatta konsekvenserna av att underlåta anmälning som till exempel vite eller en sanktionsavgift. I sammanhanget är det mycket viktigt att utreda hur anmälningsskyldighet ska samverka med den nyligen införda anmälningsplikten enligt utstationeringsreglerna samt reglerna för godkännande för F-skatt. Anmälningsskyldigheten skulle också kunna ena en funktion ur statistiksynpunkt.

Målet bör vara en anmälningsskyldighet som i så stor utsträckning som det är möjligt behandlar svenska och utländska leverantörer på ett likartat sätt. Enligt Konkurrensverkets uppfattning borde en sådan anmälningsskyldighet kunna öka utländska leverantörers

intresse för att delta i upphandlingar i Sverige, genom att tydliggöra vilka krav och regler som gäller för att bedriva näringsverksamhet här.

Underleverantörer

Av de uppgifter och erfarenheter Konkurrensverket tagit del av framgår att misstankar om användning av svart arbetskraft många gånger gäller en underleverantör snarare än själva anbudsgivaren.⁴¹ Branschsaneringsutredningen uttalade till exempel redan 1997 att svarta arbeten som utförs direkt till beställaren är ett jämförelsevis mindre problem.⁴²

Detta medför bland annat att den upphandlande myndigheten kan behöva utsträcka sin kontroll av leverantören även till underleverantörer för att effektivt förebygga att svart arbetskraft används för att utföra uppdrag för myndigheten. En utökad kontroll av underleverantörer kan naturligtvis antas medföra merkostnader för såväl anbudsgivare som upphandlande myndigheter. Det är därför viktigt att dessa utförs på ett sådant sätt att de inte avskräcker leverantörer från att delta i upphandlingar eller onödigtvis komplicerar och fördyrar upphandlingsprocessen. Samtidigt kan upphandlande myndigheter spara tid och pengar på att minska användandet av osunda inslag i sina upphandlingar. Till detta ska läggas den samhällsekonomiska vinsten av bättre fungerande marknader.

⁴¹ Se LO (2010); Branschsaneringsutredningen, *Branschsanering – och andra metoder mot ekobrott*, SOU 1997:111, s. 359.

⁴² SOU 1997:111, s. 361.

Upphandlingsreglerna om underleverantörer

En anbudsgivare har rätt att åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet.⁴³ Men anbudsgivaren måste kunna styrka att den faktiskt har möjlighet att utnyttja den kapacitet som åberopas under den period som omfattas av kontraktet. En upphandlande myndighet får enligt 6 kap. 11 § LOU begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje part och vilka underleverantörer som föreslås. I vår enkät var det bara drygt en fjärdedel (28 procent) av upphandlarna som svarade att de var osäkra på vilka krav som kan ställas på anbudsgivarens underleverantörer vad gäller uteslutningsgrunderna.

Konkurrensverket ser inget hinder mot att en upphandlande myndigheten avtalsrättsligt förbehåller sig rätten att godkänna nya underleverantörer för det fall leverantören vill byta ut eller använda någon ytterligare underleverantör under avtalstiden. Men om en upphandlande myndighet tillåter att en leverantör byter ut en underleverantör under avtalstiden så kan det utgöra en så väsentlig ändring av det upphandlade kontraktet att den upphandlande myndigheten tilldelar ett nytt upphandlingspliktigt avtal. Om användningen av en viss underleverantör har varit en avgörande omständighet vid tilldelningen av det aktuella avtalet kan det alltså medföra att myndigheten måste genomföra en ny annonserad upphandling enligt LOU.⁴⁴

⁴³ Se 11 kap. 12 § LOU och 11 kap. 5 § LUF.

⁴⁴ Se C-91/08 *Wall* punkten 39.

Entreprenadansvar för beställare

Regeringen har föreslagit att ett så kallat entreprenadansvar införs för uppdragsgivare respektive underentreprenörer till arbetsgivare som har anställt personer som inte har rätt att vistas i Sverige.⁴⁵ I framtiden kan alltså leverantörer under vissa förhållanden bli ansvariga för ersättning till arbetstagare från tredje land (utanför EU) som anställs av underentreprenörer. Skyldigheten gäller entreprenader i alla branscher, men omfattar inte beställare i huvudentreprenadavtal. Riksdagen har antagit regeringens förslag och de nya reglerna börjar gälla den 1 augusti 2013. Vidare ska enligt kommissionens förslag till tillämpningsdirektiv för utstationeringsdirektivet medlemsländerna inom byggsektorn kunna göra en huvudentreprenör solidariskt ansvarig med den utstationerande arbetsgivaren för de utstationerade arbetstagarnas löner samt de skatter och sociala avgifter som uppstår.⁴⁶ Konkurrensverket erfar att införandet av ett entreprenadansvar ofta lyfts fram som ett sätt att effektivt motverka osund konkurrens.⁴⁷ Ett sådant ansvar kan lämpligen utredas i samband med genomförandet av tillämpningsdirektivet avseende utstationeringsdirektivet i svensk rätt.

1.4 Att förebygga osund anbudsgivning

Det finns ingen enskild åtgärd som garanterar sund konkurrens i offentliga upphandlingar. Vilka åtgärder som är verksamma varierar över tid och mellan olika branscher men beror också på hur den aktuella upphandlingen är utformad.

⁴⁵ Prop. 2012/13:125, bet. 2012/13:SfU8, rskr. 2012/13:274.

⁴⁶ Se kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om genomförande av direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster, KOM (2012) 131 slutlig samt faktagromemoria 2011/12:FPM135.

⁴⁷ Se till exempel LO (2013) s. 11; Arbetsmiljöverket (2012) s. 22-23; Skatteverket (2011) s. 33.

Det är viktigt att förebygga överträdelser

Gemensamt för de företeelser som undersökts i denna rapport är att det ofta är svårt att i efterhand utreda och lagföra en leverantör som använt osunda metoder för att erhålla offentliga kontrakt. Vid ekonomisk brottslighet är utredningarna ofta komplicerade, tar lång tid och kräver omfattande resurser. Brottsförebyggande rådet uttalade till exempel i en rapport att när bolagen är konkursmässiga, bokföringen saknas och en målvakt utan insyn i verksamheten är ensam bolagsföreträdare har spåren till den kriminella verksamheten kallnat.⁴⁸

Konkurrensverkets uppfattning är att det blir desto viktigare att samhället inte förlitar sig enbart på Skatteverket och Ekobrottsmyndigheten för att framgångsrikt motverka svartarbete. I offentliga upphandlingar är det därför viktigt att offentliga myndigheter försöker undvika att ingå avtal med leverantörer som använder lagöverträdelser som konkurrensmedel.

Ett ökat fokus på olika typer av osunda inslag i offentliga upphandlingar kan medföra ytterligare arbete och krav på ofta redan hårt pressade upphandlare. Fördelarna av sådant merarbete innebär endast indirekta fördelar för upphandlingsorganisationen genom till exempel ökade skatteintäkter eller goodwill. Det är därför glädjande att två tredjedelar av upphandlarna i Konkurrensverkets enkät helt instämde i påståendet att de upplever ett starkt stöd från ledningen inom sin nuvarande organisation att motverka osunda inslag såsom karteller och svartarbete i upphandlingar även om det sker på bekostnad av för dem mindre förmånliga avtal eller merarbete i upphandlingsprocessen.

⁴⁸ Brå (2011:7) s. 174.

Behov av utvecklad myndighetssamverkan

Konkurrensverket anser att det finns ett behov av förbättrad samverkan mellan olika myndigheter för motverka att företag använder lagöverträdelse som konkurrensmedel. Ansvaret för att förebygga ekonomisk brottslighet delas mellan olika aktörer. Idag ansvarar Ekobrottsmyndigheten för myndighetssamverkan mot grov organiserad ekobrottslighet. Även andra myndigheter, som till exempel Arbetsmiljöverket, har identifierat problem med regelöverträdelse inom sitt verksamhetsområde inom offentliga upphandlingar. Vad gäller offentliga upphandlingar är Konkurrensverket framför allt tillsynsmyndighet, medan upphandlingsstödet ger vägledning och stöd i upphandlingsprocessen. Skatteverket arbetar förebyggande mot svartarbete inom offentliga upphandlingar. Riksrevisionen och Ekonomistyrningsverket styr och granskar på olika sätt myndigheters användning av skattemedel. Det finns dessutom fler än tusen upphandlande myndigheter som är skyldiga att tillämpa upphandlingslagstiftningen. Därtill kommer naturligtvis en lång rad bransch- och intresseorganisationer samt fackförbund som aktivt bekämpar svartarbete.

Med hänsyn till det stora antalet aktörer finns ett stort behov av samarbete och kunskapsöverföring vad gäller åtgärder mot svartarbete. Detta gäller kanske särskilt eftersom det framstår som angeläget att arbetet inriktas på förebyggande åtgärder, eftersom brottsutredningar kring svartarbete ofta är mycket komplicerade. Ekobrottsmyndigheten anser till exempel att det finns ett ökat behov av nationell samordning och internationellt samarbete för att förhindra och begränsa ekonomisk brottslighet som är kopplad till organiserad brottslighet.⁴⁹ Brottsförebyggande rådet har konstaterat att skattebrottslingar utnyttjar myndighetsgränser och att myndig-

⁴⁹ EBM (2010) s. 12.

heter måste samarbeta för att i ett tidigt skede identifiera och stoppa nyckelpersoner och bolag. Brottsförebyggande rådet anser också att uppdragsgivarna både kan upptäcka och försvåra skattebrott.⁵⁰ Arbetsmiljöverket har konstaterat ett behov av ökad samverkan med andra aktörer på området kring förhållandena för utländska företag och arbetstagare.⁵¹

Samtidigt är det nödvändigt att uppnå en balans mellan de kontroller som upphandlande myndigheter kan göra vid upphandlingar och den tillsyn som andra myndigheter utövar över de regelverk som reglerar utförandet av uppdrag till det offentliga. Upphandlande myndigheter har sällan de resurser eller den tid som krävs för att själva utreda misstänkt svartarbete och andra regelöverträdelser i enskilda upphandlingar. När myndigheter ställer krav på efterlevnad av olika regelverk kan det uppstå oklarheter i förfrågningsunderlaget vad gäller hur kraven ska tolkas eller följas upp i förhållande till tvingande lagstiftning. Vidare har regeringen i direktiven till den pågående kommunallagsutredningen uttalat att det finns en ibland otydlig gränsdragning mellan vad som är kommunalt ansvar för uppföljning och kontroll och vad som ingår i det statliga tillsynsansvaret. Utredningen ska därför analysera hur gränsdragningen mellan det kommunala ansvaret och det ansvar statliga tillsynsmyndigheter har för verksamhet som utförs i privat regi kan tydliggöras.⁵²

Mot denna bakgrund menar Konkurrensverket att en lämplig avvägning är att de upphandlande myndigheterna informerar om vilka lagar och regler som kan vara tillämpliga på utförandet av det uppdrag som upphandlingen gäller. Upphandlande myndigheter

⁵⁰ Brå (2011:7) s. 15.

⁵¹ Arbetsmiljöverket (2012), s. 20.

⁵² Dir. 2012:105, s. 7.

bör också samarbeta med tillsynsmyndigheter för att kontrollera leverantörernas regelefterlevnad både vid avtalstecknande och löpande under avtalstiden, samt förlita sig på dessa tillsynsmyndigheters bedömningar av enskilda regelöverträdelser. Vidare bör de upphandlande myndigheterna i sina avtalsvillkor förbehålla sig rätten att vidta avtalsrättsliga åtgärder om reglerna som gäller för utförandet av uppdraget överträds.

Konkurrensverket anser slutligen att regeringen i samband med inrättandet av ett förstärkt upphandlingsstöd bör tydliggöra att information och åtgärder mot osund anbudsgivning ska vara en prioriterad uppgift. Dessa insatser bör ske i samverkan med berörda myndigheter och branschorganisationer.

Sociala krav i offentlig upphandling

Upphandlingsutredningen har kartlagt och analyserat erfarenheterna av att använda offentlig upphandling som medel för att verka för samhällspolitiska mål som avser sociala hänsyn.⁵³

Konkurrensverket förutsätter att ett genomtänkt användande av sociala krav i offentlig upphandling kan motverka risken för oseriös anbudsgivning. Mot bakgrund av upphandlingsutredningens uppdrag på detta område har dock Konkurrensverket i denna rapport valt att inte utreda på vilka sätt sådana krav kan användas för att motverka oseriös anbudsgivning.

⁵³ Dir. 2010:86 *Utvärdering av upphandlingsregelverket och översyn av upphandlingsstatistiken* samt SOU 2013:12.

1.5 Uteslutning av anbudsgivare

En anbudsgivare kan uteslutas från en upphandling av i princip två olika anledningar:

- uteslutning av anbudsgivaren eller
- förkastande av anbudet.

I vissa situationer kan en upphandlande myndighet vara skyldig att utesluta en anbudsgivare, men det finns också omständigheter som ger myndigheten en möjlighet att utesluta anbudsgivaren.

Bestämmelserna om uteslutning av anbudsgivare finns i 10 kap. 1 och 2 §§ LOU. Första paragrafen anger omständigheter som ska leda till uteslutning (obligatorisk uteslutning), medan andra paragrafen innehåller frivilliga uteslutningsgrunder (fakultativ uteslutning). De obligatoriska uteslutningsgrunderna anses ha betydelse ur ett större europeiskt ekonomiskt perspektiv. Uteslutningsgrunderna gäller för upphandlingar både under och över tröskelvärdena samt för upphandling av B-tjänster.

Den upphandlande myndigheten behöver inte ange i förfrågningsunderlaget att den avser tillämpa de obligatoriska uteslutningsgrunderna. Däremot måste de en upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget ange om den avser tillämpa de fakultativa uteslutningsgrunderna i enlighet med principen om transparens. Det är därmed av vikt att upphandlande myndigheter anger och motiverar i förfrågningsunderlaget vad man i upphandlingen avser att fästa särskild vikt vid. På så sätt kan den upphandlande myndigheten lättare motivera ett senare ställningstagande. Dessutom ökar leverantörens medvetande om specifika överträdelser.

De obligatoriska uteslutningsgrunderna

En upphandlande myndighet ska enligt 10 kap. 1 § LOU utesluta en anbudsgivare från att delta i en offentlig upphandling om den får kännedom om att anbudsgivaren är dömd för vissa angivna brott. Dessa uteslutningsgrunder saknar motsvarighet i den äldre upphandlingslagstiftningen och uteslutning på denna grund har således bara varit obligatorisk vad gäller upphandlingar som påbörjats efter den 1 januari 2008. Av svaren på vår enkät framgår att 89 procent av upphandlarna aldrig har uteslutit någon leverantör på denna grund.

Brott som ska medföra uteslutning

De brott som ska medföra att leverantören utesluts från en upphandling är:

- deltagande i en kriminell organisation
- bestickning
- bedrägeri
- penningtvätt.

En svårighet vid tillämpningen av denna bestämmelse är att de brott som räknas upp inte helt motsvaras av den svenska straffrättsliga lagstiftningen.⁵⁴ Det finns ingen formell koppling till brottsbalken. Istället avser brottslighet vissa rättsakter som anges i artikel 45 i direktiv 2004/18. Det ställs således ganska höga krav på den upphandlande myndigheten att utreda om den är skyldig att

⁵⁴ Se särskilt prop. 2006/2007:128 s. 227–236 för en ingående redogörelse av skillnaderna mellan de unionsrättsliga rättsakterna och svensk lagstiftning i detta avseende.

utesluta leverantören i ett enskilt fall.⁵⁵ Eftersom en juridisk person enligt svensk rätt inte kan dömas till ansvar för brott kan uteslutning på denna grund i princip endast bli aktuellt om en företrädare för leverantören har dömts för sådan brottslighet (läs mer om företrädarebegreppet nedan).

Utredning bör endast ske vid grundad anledning till misstanke

En ytterligare fråga vid tillämpningen av denna bestämmelse är vilka åtgärder en upphandlande myndighet bör och kan vidta för att få kännedom om brott som ska medföra uteslutning. En upphandlande myndighet är inte skyldig att i varje enskilt fall undersöka om leverantören eller dess företrädare har gjort sig skyldig till brott som ska medföra uteslutning från att delta i upphandlingen. Det är också olämpligt att anbudsgivare rutinemässigt avkrävs utredningar som visar att det inte finns grund för uteslutning (till exempel utdrag ur belastningsregistret). I förarbetena till LOU uttalade regeringen följande:

Enligt regeringens mening bör det således finnas en skyldighet för den upphandlande myndigheten att skaffa sig underlag för ett eventuellt uteslutningsbeslut endast när det förekommer grundad anledning att anta att uteslutningsgrundande brott föreligger. På vilket sätt den upphandlande myndigheten har kommit att nå fram till en sådan grundad anledning saknar betydelse. Den kan ha uppnåtts t.ex. till följd av uppgifter som lämnats i massmedia eller av andra leverantörer.⁵⁶

Om det finns grundad anledning anta att en leverantör ska uteslutas med stöd denna bestämmelse, får den upphandlande myndigheten enligt 10 kap. 1 § tredje stycket begära att leverantören visar att det inte finns någon grund för uteslutning. Ett beslut om uteslutning på denna grund kan baseras på utredning som leve-

⁵⁵ Falk, Jan-Erik (2011) *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, s. 322.

⁵⁶ Prop. 2006/07:128 s. 237–240.

rantören presenterat, som en upphandlande myndighet själv tagit fram eller som framkommit på annat sätt.⁵⁷

Möjlighet att underlåta uteslutning vid särskilda skäl

Om det finns särskilda skäl får en upphandlande myndighet enligt 10 kap. 1 § fjärde stycket avstå från att utesluta en leverantör som dömts för brottslighet. Enligt förarbetena bör hänsyn tas i bedömningen till den brottsliga gärningens svårighetsgrad och den tid som förflutit sedan brottet begicks.⁵⁸ Proportionalitetsprincipen ska också beaktas. Eventuella åtgärder som leverantören har vidtagit sedan brottet begicks kan enligt Konkurrensverkets uppfattning vägas in, läs mer om så kallad self-cleaning nedan. Särskilda skäl kan också finnas om det är nödvändigt att vidta åtgärder som kräver den dömda leverantörens medverkan.⁵⁹

De frivilliga uteslutningsgrunderna

De frivilliga uteslutningsgrunderna i 10 kap. 2 § LOU ger medlemsstater möjlighet att ta större nationella hänsyn vid uteslutningar. En upphandlande myndighet ska godta utdrag ur officiellt register eller intyg från behörig myndighet som bevis på att det inte finns grund för att utesluta en leverantör. Om den upphandlande myndigheten vill kontrollera att en anbudsgivare har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i Sverige

⁵⁷ Prop. 2006/07:128 s. 238.

⁵⁸ Prop. 2006/07:128 s. 236f.

⁵⁹ Prop. 2006/07:128 s. 237.

ska myndigheten själv inhämta uppgifter om detta från Skatteverket och Kronofogdemyndigheten.⁶⁰

Enligt 10 kap. 2 § LOU får upphandlande myndigheter utesluta leverantörer från upphandling som:

- är i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tillsvidare har ställt in sina betalningar eller är underkastad näringsförbud,
- är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande,
- genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen,
- har gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta,
- inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker,⁶¹ eller
- i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av bestämmelserna i 10 eller 11 kap.

⁶⁰ Se 10 kap. 4 § LOU och prop. 2009/10:180 s. 275–278.

⁶¹ Om den upphandlande myndigheten vill kontrollera att en anbudsgivare har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i Sverige ska myndigheten själv inhämta uppgifter om detta från Skatteverket och Kronofogdemyndigheten. Se 10 kap. 4 § LOU och prop. 2009/10:180 s. 275–278.

Den upphandlande myndigheten får begära att leverantören visar att det inte finns grund för uteslutning enligt denna paragraf. Detta gäller dock inte när det gäller uteslutning på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen där det i stället är myndigheten som har bevisbördan.

Särskilt om allvarligt fel i yrkesutövningen

Enligt 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU får en leverantör uteslutas om leverantören har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta. Denna uteslutningsgrunde kompletterar övriga uteslutningsgrunder vad gäller olika former av överträdelser som antingen inte är straffbelagda i Sverige eller där det vid tidpunkten för prövning av anbudsgivaren ännu inte finns någon lagakraftvunnen dom avseende överträdelser. En ytterligare skillnad är att vad gäller de övriga uteslutningsgrunderna finns det ofta en myndighet som kan ge upplysningar om sådana omständigheter som visar om det finns grund att utesluta anbudsgivaren. Någon kodifiering har inte skett i de svenska upphandlingslagarna och frågan om vad som kan anses utgöra allvarligt fel i yrkesutövningen har därmed överlämnats till rättstillämpningen.

Enligt Konkurrensverkets uppfattning är det denna uteslutningsgrund som vållar störst problem i den praktiska tillämpningen. I detta avsnitt avser därför Konkurrensverket redogöra för några olika typer av överträdelser som kan utgöra allvarliga fel i yrkesutövningen. Det bör understrykas att den upphandlande myndigheten i varje enskilt fall måste göra en bedömning av om felet *dels* har begåtts i yrkesutövningen; *dels* är tillräckligt allvarligt för att motivera uteslutning i det enskilda fallet. Av svensk rättspraxis framgår att med hänsyn till de konsekvenser tillämpningen av

bestämmelsen får för en anbudsgivare bör den tillämpas restriktivt.⁶²

Överträdelser av regler för näringsverksamhets bedrivande

Det finns flera regelverk som reglerar hur olika typer av juridiska personer ska organisera och kontrollera sin verksamhet. Som exempel kan nämnas bokföringslagen (1999:1078), aktiebolagslagen (2005:551) samt lagen (1986:436) om näringsförbud. Bestämmelser som kan vara aktuella är bland annat de krav som räknas upp i 4 kap. 1 § bokföringslagen, skyldigheten att upprätta kontrollbalansräkning enligt 25 kap. 13 § aktiebolagslagen samt överträdelse av näringsförbud enligt 25 § lagen om näringsförbud. En ytterligare form av överträdelse som i framtiden kan medföra uteslutning är om leverantören har anställt en utlänning som vistas olagligt i Sverige.⁶³

Överträdelser av dessa bestämmelser kan enligt Konkurrensverkets uppfattning normalt anses utgöra fel begångna i yrkesutövningen. Däremot måste den upphandlande myndigheten i varje enskilt fall pröva om felet är tillräckligt allvarligt för att medföra uteslutning i den aktuella upphandlingen. I den utsträckning överträdelserna kan medföra straffansvar enligt brottsbalken eller speciallagstiftning⁶⁴ kan i stället uteslutning på grund av brott i yrkesutövningen aktualiseras.

⁶² Jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4442-09.

⁶³ Se artikel 7.1 i direktiv 2009/52 och prop. 2012/13:125 s. 56–59.

⁶⁴ Se till exempel 30 kap. aktiebolagslagen.

Överträdelser av speciallagstiftning

Olika typer av näringsverksamhet omfattas ofta av särskilda lagar och regler. Som exempel kan nämnas yrkestrafiklagen (2012:210), hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) och miljöbalken. Överträdelser av sådana regler kan i många fall anses ha skett i yrkesutövningen eftersom regelverken avser just näringsverksamhet.

Vid bedömningen av om felet är tillräckligt allvarligt för att motivera uteslutning måste upphandlande myndigheter ställa felet i relation till den verksamhet som bedrivits. I praxis har bland annat uttalats att komplexiteten av vård av vuxna missbrukare måste beaktas vid bedömningen om en leverantör gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.⁶⁵ I ett annat mål gällande förmedling av tolktjänster för landstinget fann kammarrätten att felen måste bedömas med beaktande av verksamhetens karaktär och omfattning. Kammarrätten ansåg att felen i sig skulle kunna ses som allvarliga, men mot bakgrund av att felen bara förekommit i några få procent av samtliga utförda uppdrag förelåg inte grund för uteslutning.⁶⁶

Tidigare avtalsbrott

EU-domstolen har uttalat att begreppet allvarligt fel i yrkesutövningen kan preciseras och förtydligas i den nationella rätten. Av avgöranden från både EU-domstolen⁶⁷ och svenska domstolar⁶⁸ framgår också att tidigare avtalsbrott av anbudsgivare kan utgöra ett sådana allvarliga fel i yrkesutövningen som kan medföra ute-

⁶⁵ Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4442-09.

⁶⁶ Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2022-12.

⁶⁷ C-465/11 *Forposta*.

⁶⁸ Se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 2090-11.

slutning. Att ett kontrakt eller en del av kontrakt genomförs felaktigt, ungefärligt eller bristfälligt kan eventuellt visa att leverantören har en bristande yrkeskompetens, men innebär inte per automatik att ett allvarligt fel har begåtts.

En förutsättning för att avtalsbrott ska anses utgöra ett allvarligt fel är ofta att den upphandlande myndigheten har reklamerat och vidtagit åtgärder mot leverantören med anledning av avtalsbrottet. I upphandlingsutredningens slutbetänkande poängteras vikten av att påtala brister direkt till leverantören så att åtgärder kan vidtas samt att dessa brister dokumenteras.⁶⁹ I sammanhanget kan även nämnas vikten av att upphandlande myndigheter följer upp sina avtal för att motverka osund konkurrens, en uppfattning som även delas av 75 procent av upphandlarna i Konkurrensverkets enkät.

Däremot krävs inte att den upphandlande myndigheten gått så långt som till att häva det tidigare avtalet för att myndigheten ska kunna göra gällande att leverantören gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen. Det kan finnas många anledningar till att en avtalspart väljer att inte häva ett avtal trots att man anser att det finns grund för detta.

Det åligger som nämnts den upphandlande myndigheten att kunna visa att en leverantör gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Det är därför av vikt att myndigheten ställer tydliga förpliktelser i avtalen och dokumenterar avvikelser som visar att leverantören inte fullgjort sina skyldigheter enligt tidigare upphandlande kontrakt. Till exempel har domstolarna tagit hänsyn till att det inte klart framgått av avtalet vad som krävdes av leverantören i

⁶⁹ SOU 2013:12 s. 166 f.

alla avseenden och att vissa avvikelser därmed inte kunde läggas leverantören till last.⁷⁰

Konkurrensverket anser att det inte endast är tidigare avtalsbrott i en avtalsrelation med den upphandlande myndigheten som kan medföra uteslutning enligt denna grund. Av naturliga skäl är det dock enklare att få vetskap om och kunna bevisa sådana avtalsbrott. Den upphandlande myndigheten är sannolikt också bättre insatt i överträdelsens natur och allvarlighet om den själv är den avtalspart som gjort gällande det tidigare avtalsbrottet.

Arbetsrättsliga regler och avtal

Konkurrensverket anser att även brott mot arbetsmiljöregler och anställningsavtal kan utgöra fel i yrkesutövningen. I princip kan även tidigare brott mot kollektivavtal utgöra grund för uteslutning. Detta synsätt som kommer också till uttryck i förslagen till nya upphandlingsdirektiv.⁷¹ Brott mot utstationeringslagen kan också betraktas som ett fel i yrkesutövningen. Om en leverantör inte tillämpat bestämmelserna i 5 § utstationeringslagen för anställningsförhållandet under tidigare uppdrag så kan det alltså anses utgöra ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Även brott mot diskrimineringslagen (2008:567) kan i vissa fall utgöra grund för uteslutning.⁷²

⁷⁰ Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2022-12.

⁷¹ Se beaktandesats 41a i Kommissionens förslag till nytt direktiv om offentlig upphandling.

⁷² Se beaktandesats 43 i direktiv 2004/18.

Kartellsamverkan

Konkurrensverket anser att deltagande i en tidigare kartell kan utgöra grund för uteslutning på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen.⁷³ Se mera om detta i kapitlet om anbudskarteller.

Tidsaspekten vid uteslutning

En central fråga vid bedömningen av en leverantör som har gjort sig skyldig till ett brott eller allvarligt fel i yrkesutövningen är hur långt efter brottet eller felet som leverantören kan uteslutas. I Konkurrensverkets enkät svarade 55 procent av upphandlarna att det är oklart hur långt efter domen eller felet som detta kan utgöra grund för uteslutning av anbudsgivaren.

I RÅ 2010 ref. 79 har bland annat frågan om möjligheterna att utesluta en leverantör med anledning av ekonomisk brottslighet prövats. I fallet uteslöts leverantören på grund av att en entreprenadchef i bolaget var dömd för ekonomisk brottslighet (bland annat bokföringsbrott, grovt skattebrott, brukande av falsk urkund, bestickning, försvårande av skattekontroll och vållande till miljöförstöring). I målet hade ca fem år förflutit från att det sista brottet begåtts till dess tiden för anbud gick ut. Rätten ansåg att det med hänsyn till brottens svårighetsgrad, karaktär och tillvägagångssätt och till den tid som förflutit sedan brotten begicks att det inte stred mot proportionalitetsprincipen att vid tidpunkten för anbudstidens utgång utesluta bolaget från tilldelning av kontrakt.

I ett annat mål har fastställts att en företrädare för ett bolag som dömts för bestickning inte skulle få till följd att leverantören skulle

⁷³ Se till exempel Förvaltningsrätten i Uppsalas dom i mål nr 5916-12.

uteslutas från aktuell upphandling. Domen mot företrädaren meddelades i december 2006 och brotten begicks under första kvartalet 2002.⁷⁴

Frågan om hur lång tid som kan eller får förflyta mellan begångna brott, lagakraftvunnen dom och uteslutning måste således avgöras från fall till fall. Tidsaspekten bör ses mot bakgrund av att det kan förflyta ganska lång tid mellan det att brottets begåtts och att det lagförs. Dessutom måste domen i brottmålet vinna laga kraft innan den kan läggas till grund för uteslutning.

I kommissionens förslag till nya upphandlingsdirektiv har bland annat angetts att medlemsländerna ska fastställa den längsta tillåtna uteslutningsperioden. Gällande de obligatoriska uteslutningsgrunderna får det inte förflyta mer än fem år från lagakraftvunnen dom till uteslutning. För de frivilliga uteslutningsgrunderna gäller maximalt tre år.⁷⁵

Self-cleaning

Med "self-cleaning" avses olika åtgärder som en leverantör vidtagit i syfte att förhindra upprepning av tidigare brott eller allvarliga fel, till exempel organisatoriska åtgärder och utbildning.

Konkurrensverket anser att det redan nu är möjligt att väga in de åtgärder som en anbudsgivare vidtagit med anledning av en tidigare överträdelse eller avtalsbrott vid bedömningen av om uteslutning ska ske. Sådana åtgärder kan utgöra särskilda skäl enligt

⁷⁴ Se Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 7153-12. Se även beträffande tidsaspekten Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 3767-09.

⁷⁵ Kommissionens förslag till nya direktiv om offentlig upphandling, artikel 55.4a.

10 kap. 1 § LOU och vägas in vid proportionalitetsbedömningen enligt 10 kap. 2 § LOU.

Företrädarbegreppet

Reglerna i 10 kap. 1–2 §§ LOU tar främst sikte på överträdelser med mera av leverantören. Inte bara enskilda näringsidkare omfattas av bestämmelsen utan även juridiska personer. Som nämnts ovan kan även olika överträdelser av fysiska personer som är företrädare för anbudsgivaren medföra uteslutning. Av direktivet framgår att i enlighet med lagstiftningen i den medlemstat där leverantören är etablerad ska kontroll av tidigare brottslighet vid behov även gälla företagschefer och andra personer som är behöriga att "företräda, fatta beslut om eller kontrollera" leverantören.⁷⁶

Är leverantören en juridisk person ska leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen dömts för brott enligt 10 kap. 1 § LOU. Upphandlande myndigheter får också utesluta företrädare för juridisk person som genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen eller gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Men LOU specificerar inte vem som anses vara företrädare för en juridisk person.

I förarbeten till LOU har angetts att en lämplig avgränsning för en leverantörs personkrets är företrädarbegreppet.⁷⁷ Detta är ett begrepp som förekommer i 12 kap. 6 och 6a §§ skattebetalningslagen (1997:483) som reglerade betalningsskyldigheten för företrädare för juridiska personer när det gäller skatter.⁷⁸ I förarbetena

⁷⁶ Se artikel 45:1 sista stycket i direktiv 2004/18.

⁷⁷ Prop. 2006/07:128 s. 226.

⁷⁸ Skattebetalningslagen är numer upphävd och ersatt av skatteförfarandelagen (2011:1244).

till skatteförfarandelagen anges bland annat att företrädarbegreppet inte är definierat i lag.⁷⁹ I den praktiska tillämpningen förekommer både "legal företrädare" och "faktisk företrädare". Men i samtliga fall handlar det om en person som har haft ett officiellt uppdrag, ägarintresse eller har ett dominerande inflytande över den juridiska personen.

Legal företrädare

I förarbetena till LOU har angetts att med legal företrädare avses främst sådana befattningshavare som räknas upp i 4 § lagen om näringsförbud.⁸⁰ Har näringsverksamhet bedrivits av en juridisk person får enligt denna bestämmelse näringsförbud meddelas under vissa förutsättningar i fråga om:

- Kommaditbolag: komplementär.
- Annat handelsbolag: bolagsman.
- Aktiebolag och försäkringsföretag: ledamot och suppleant i styrelsen samt verkställande direktör och vice verkställande direktör.
- Bankaktiebolag, sparbank och ekonomisk förening: ledamot och suppleant i styrelsen.
- Europeisk ekonomisk intressegruppering med säte i Sverige: företagsledare.

⁷⁹ Prop. 2010/11:165 s. 511.

⁸⁰ Prop. 2006/07:128 s. 388.

- Europabolag och europakoooperativ med säte i Sverige: ledamot och suppleant i förvaltnings-, lednings- eller tillsynsorgan samt verkställande direktör och vice verkställande direktör.

Skatteverket anser att frågan om vem som är företrädare får bedömas utifrån objektivt konstaterbara omständigheter.⁸¹

Aktiebolag

Enligt 8 kap. 35 och 36 §§ aktiebolagslagen (2005:551), ABL, är ett aktiebolags styrelse och verkställande direktör legala ställföreträdare för *aktiebolaget*. I förarbetena till ABL uttalas bl.a. att en styrelse inte genom delegation, utfärdande av fullmakter eller på annat sätt kan avbörda sig det yttersta ansvaret för bolagets organisation och förvaltning eller skyldigheten att sörja för en god medelsförvaltning.⁸²

Enkla bolag och handelsbolag

Enligt 2 kap. 17 § lagen (1980:1102) om enkla bolag och handelsbolag, HBL, företräder var och en av bolagsmännen bolaget om inte något annat avtalats eller om bolaget är under likvidation. För att ett handelsbolag ska anses föreligga krävs registrering i handelsbolagsregistret. Bolagsmännen i ett handelsbolag svarar solidariskt för bolagets förpliktelser, 2 kap. 20 § HBL.

⁸¹ Se Skatteverkets *Handledning för företrädaransvar*, SKV 443.

⁸² Prop. 2004/05:85 s. 310.

Ekonomiska föreningar

Ekonomiska föreningar regleras i lagen (1987:667) om ekonomiska föreningar, EFL. En ekonomisk förening bildas av minst tre medlemmar och blir en juridisk person först när den registreras i föreningsregistret hos Bolagsverket. Företrädare för den ekonomiska föreningen är styrelsen och i förekommande fall verkställande direktör, 6 kap. 6 § EFL. Av 2 kap. 4 § EFL framgår att fram till registreringen svarar de som beslutat eller deltagit i åtgärden solidariskt för åtagna förpliktelser.

Stiftelser

Stiftelser regleras i stiftelselagen (1994:1220). Styrelsen eller förvaltarens företrädare en stiftelse. Uppgifter om företrädare kan inhämtas från Skatteverket eller från länsstyrelserna.

Ideella föreningar

Vad gäller *ideella föreningar* saknas lagreglering avseende vem som företräder föreningen. Av ett rättsfall framgår bland annat att företrädaransvar *i princip* kan göras gällande mot styrelsen i en ideell förening.⁸³ Om hela styrelsen eller endast vissa medlemmar ska göras ansvariga får visas i det enskilda fallet, det vill säga vilket inflytande och insyn de enskilda styrelseledamöterna haft.

Faktiska företrädare

Utöver denna krets av legala företrädare kan det finnas andra personer som kan anses som faktiska företrädare för juridiska personer. Avgörande är om företrädaren har betydande intresse, genom

⁸³ NJA 1994 s. 170.

exempelvis eget eller närstående aktie- eller andelsinnehav, eller ett bestämmande inflytande över den juridiska personen. Bestämmande inflytande kan föreligga om företrädaren genom fullmakt har rätt att bestämma över den juridiska personens medel. Den som har satt en bulvan eller målvakt i sitt ställe har i regel ett bestämmande inflytande och kan bedömas vara företrädare. Även en företrädare för moderbolag kan bedömas som faktiskt företrädare i ett dotterbolag. Företrädare i upphandlingssammanhang är de personer som vid tiden för anbudsgivningen företräder leverantören.⁸⁴

I RÅ 2010 ref. 79 uteslöts en företrädare som varken var styrelseledamot, styrelsesuppleant, VD eller vice VD för det aktiebolag som hade uteslutits. Men han bedömdes vara företrädare mot bakgrund av att han tillsammans med sin hustru ägde 100 procent av aktierna i det moderbolag som i sin tur ägde företaget som hade lämnat anbud. Domstolen konstaterade att frågan om vem som är faktisk företrädare för en juridisk person får avgöras utifrån objektiva omständigheter i det enskilda fallet.

Enligt en kammarrättsdom kan en leverantör uteslutas även om ingen av leverantörens företrädare personligen har gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövningen. Det är tillräckligt om företrädaren kan lastas för dessa fel. Ett fel som görs av enskilda befattningshavare i verksamheten kan emellertid inte belasta företrädarna om det inte kan hänföras till dem. Brister i rutiner och i systematiskt kvalitetsarbete är sådant som kan läggas ledningen för en verksamhet till last eftersom ledningen har ett övergripande ansvar.⁸⁵

⁸⁴ Prop. 2006/07:128 s. 388.

⁸⁵ Se Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 1406-09.

1.6 Onormalt låga anbud

En leverantör som använder svart arbetskraft, fuskar på andra sätt med olika regelverk eller avser att strunta i delar av sina förpliktelser enligt det avtal som upphandlingen ska resultera i kan ofta lämna anbud med priser som framstår som förmånliga.⁸⁶

Enligt 12 kap. 3 § LOU får en upphandlande myndighet förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Men innan den upphandlande myndigheten får förkasta ett anbud på denna grund måste den följa det förfarande som är föreskrivet i den angivna paragrafen. Syftet med bestämmelsen är att skydda upphandlande myndigheter så att de kan förkasta anbud som inte är seriösa. Men anbudsgivarna ska inte riskera att få sina anbud förkastade utan att först ha fått tillfälle att förklara relevanta delar av anbudet.

Det bör understrykas att upphandlande myndigheter kan förkasta onormalt låga anbud, men inte är tvungna till det. En upphandlande myndighet som väljer att inte förkasta ett onormalt lågt anbud gör sig således inte skyldig till en överträdelse av LOU. Men om myndigheten vid tillämpningen av det aktuella avtalet frångår de aktuella avtalsvillkoren kan det innebära att myndigheten överträder upphandlingsreglerna. Förändringarna av avtalet kan nämligen vara så väsentliga att avtalet måste bli föremål för en ny annonserad konkurrensutsättning enligt upphandlingslagarna. Syftet med detta kapitel är att redogöra för hur denna bestämmelse kan tillämpas av upphandlande myndigheter.

⁸⁶ Konkurrensverket har lämnat ett expertyttrande till Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 13295-12, 13381-12, 13385-12 samt 13429-12 där verket ger sin syn på vissa aspekter av tillämpningen av bestämmelserna om onormalt låga anbud. Detta avsnitt utvecklar de ställningstaganden Konkurrensverket gjort i utlåtandet. Se dnr 83/2013, *Byggfram Entreprenad AB m.fl. / Göteborgs Stads Upphandlings AB angående överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling*.

Vad vi menar med "onormalt lågt anbud"

Det saknas en definition i LOU och i direktivet om vad som utgör ett onormalt lågt anbud. Konkurrensverket avser med begreppet "onormalt lågt anbud" i detta avsnitt ett anbud som får förkastas av den upphandlande myndigheten med stöd av 12 kap. 3 § LOU. Med andra ord menar vi med "onormalt lågt anbud" ett anbud, som den upphandlande myndigheten har grund att förkasta när myndigheten har tillämpat förfarandet som beskrivs i bestämmelsen. Ett anbud med "misstänkt lågt" eller "avvikande lågt" pris eller liknande är alltså inte detsamma som ett onormalt lågt anbud i LOU:s mening.

Upphandlares erfarenheter av onormalt låga anbud

I Konkurrensverkets enkät ombads upphandlare att berätta om erfarenheter av tillämpningen av bestämmelserna om onormalt låga anbud. Upphandlare med erfarenhet av onormalt låga anbud fördelades efter branscher enligt tabell 1.1. Det var möjligt att ange flera svarsalternativ samt lämna fritextsvar. Enkätutfallet säger inget om orsakerna till varför upphandlare uppfattade anbudspriserna som onormalt låga, om upphandlarens bedömning var riktig eller hur enskilda anbud ska bedömas. Däremot kan det innebära att det i dessa typer av upphandlingar generellt kan finnas anledning för upphandlare att ifrågasätta anbudspriser som de bedömer som misstänkt låga. En slutsats som kan dras av fritextsvaren är att upphandlare hade uppmärksammat låga anbudspriser inom många olika branscher.⁸⁷ En annan är att två kategorier av upphandlingar utmärkte sig bland fritextsvaren: mer kvalificerade konsulttjänster och varuupphandlingar med stora varukorgar.

⁸⁷ I fritextsvaren beskrev upphandlarna sammanlagt 95 olika erfarenheter, varav många kan hänföras till unika branscher.

Tabell 1.1 Erfarenheter av onormalt låga anbud – enkätutfall

Typ av upphandling ⁸⁸	Procent
Bygg- och entreprenad	41 %
Städ	39 %
Transport- och flyttjänster	15 %
Bemanningsjänster	14 %
IT-konsulttjänster	12 %
Kontorsmateriel	8 %
Vård- och omsorg	4 %
Tvätteritjänster	2 %

Källa: Konkurrensverket och Sweco 2013.

Den rättsliga regleringen

Direktiven

Direktivbestämmelsen som i svensk lagstiftning genomförts genom 12 kap. 3 § LOU om onormalt låga anbud återfinns i artikel 55 i direktiv 2004/18. Bestämmelsen har sin motsvarighet i de äldre upphandlingsdirektiven.⁸⁹ Ordalydelsen i de äldre direktivbestämmelserna skilde sig något mellan direktiven. Konkurrensverket ser ingen skillnad i sak mellan de äldre upphandlingsdirektiven jäm-

⁸⁸ Många av fritextsvaren angav väldigt generella typer av upphandlingar som "varu-upphandlingar" eller "konsultupphandlingar." Dessa svar har inte återgivits här eftersom de inte avser specifika branscher. Övriga fritextsvar utgjorde en procent eller mindre av det totala antalet svar.

⁸⁹ Direktiv 93/36/EEG artikel 27 (varor); direktiv 92/50/EEG artikel 37 (tjänster) samt direktiv 93/37/EEG artikel 30 (byggentreprenader).

fört med 2004 års upphandlingsdirektiv i någon av de delar som är relevant för den rättspraxis som redovisas nedan.

Utrymmet för nationell reglering

Såväl direktivens avfattning som EU-domstolens rättspraxis visar att medlemsstaterna fått ett betydande utrymme att genomföra direktivbestämmelsen om förkastande av onormalt låga anbud i nationella lagstiftningar. Utrymmet för nationella hänsyn vid genomförandet av den aktuella direktivbestämmelsen gäller under förutsättning att sådan tillämpning inte strider mot bestämmelserna eller de grundläggande principerna i upphandlingsdirektiven. Detta utrymme tillkommer i första hand medlemsstaterna för reglering på nationell nivå och i andra hand de upphandlande myndigheterna själva. I de av EU-domstolens rättsfall där den nationella tillämpningen av den aktuella direktivbestämmelsen prövats är det genomgående de upphandlande myndigheternas förfarande vid förkastandet som har prövats.

Genomförandet i LOU

Det finns en skillnad mellan utformningen av bestämmelsen i LOU och i direktivet. I direktivet är endast reglerat *hur* den upphandlande myndigheten ska gå till väga innan ett anbud förkastas på grund av onormalt lågt pris. I LOU är även uttryckligen reglerat *att* anbud faktiskt får förkastas på denna grund. Någon skillnad i sak är knappast avsedd.

Förfarandet vid förkastande av onormalt låga anbud

EU-domstolen har i sin praxis varit tydlig med att upphandlande myndigheter omsorgsfullt måste undersöka orsaken till det låga

anbudet genom att ge anbudsgivaren tillfälle att förklara sitt anbud, inkomma med eventuell bevisning och försvara sig mot myndighetens preliminära bedömning av förklaringen.

Tillämpningen av bestämmelsen sker i fem steg:

1. Den upphandlande myndigheten ska identifiera misstänkt låga anbud.
2. Den berörda anbudsgivaren ska ges tillfälle att visa att anbudet är seriöst.
3. Den upphandlande myndigheten ska bedöma relevansen av anbudsgivarens förklaringar.
4. Den upphandlande myndigheten ska ge anbudsgivaren tillfälle att yttra sig över myndighetens skäl för att eventuellt förkasta anbudet.
5. Den upphandlande myndigheten ska fatta ett beslut om att godta eller förkasta anbudet.

Identifiering av anbud med misstänkt låga priser

Begreppet onormalt låga anbud definieras inte i upphandlingsdirektiven och det ankommer således på medlemsstaterna att göra denna bedömning.⁹⁰ Inte heller har begreppet definierats närmare i LOU eller i svensk rättspraxis. Det ankommer därför på de upphandlande myndigheterna att avgöra när ett anbud i en upphandling är att betrakta som misstänkt lågt. Det är inte tillåtet att på för-

⁹⁰ Se de förenade målen C-285/99 och C-286/99 *Lombardini och Mantovani* punkt 67.

hand uppställa ett matematiskt kriterium i upphandlingar under vilka anbud inte kommer godtas eftersom det skulle strida mot kravet på ett kontradiktoriskt (tvåinstans) förfarande som fastställs i artikeln. De upphandlande myndigheterna måste nämligen i varje enskilt fall bedöma om anbudsgivares förklaringar ska godtas, och det vore inte möjligt om myndigheten redan innan förklaringarna lämnas har bestämt att anbud ska förkastas.⁹¹

Bedömningen ska göras i förhållande till föremålet för upphandlingen

Redan av direktivets ordalydelse följer att bedömningen av om anbudspriserna ska anses onormalt låga ska göras "i förhållande till varorna, byggentreprenaden eller tjänsterna". Regeringen har i förarbetena till LOU påpekat att det är klart att priset måste bedömas i förhållande till det som upphandlas och att det därför inte är nödvändigt att ange detta förhållande i paragrafen.⁹² En annan sak är att prisnivån på andra anbud i upphandlingar av samma slag kan ge ledningen för en marknadsmässig bedömning av vad som är en "normal" prisnivå i den aktuella upphandlingen. Men Konkurrensverkets rekommenderar stor försiktighet vid en relativ bedömning av vad som är ett misstänkt lågt anbudspris. Detta gäller särskilt vad gäller branscher som präglas av stark prispress och där inslag av osund konkurrens genom svartarbete och liknande bedöms vanliga. Det är därför mycket viktigt att upphandlande myndigheter har kunskap om vad som kan anses utgöra normala priser i olika branscher. Av en rapport från Brottsförebyggande rådet framgår till exempel att

⁹¹ C-285/99 och C-286/99 *Lombardini och Mantovani* punkterna 68-73.

⁹² Prop. 2006/07:128 s. 407.

(...) i synnerhet anställda inom kommun och stat som arbetar med offentlig upphandling kan sakna tillräcklig kunskap för att göra uppskattningar om vad ett byggnadsarbete egentligen ska kosta. Om sådan kunskap däremot finns borde upphandlaren bli misstänksam när anbudet ligger på en sådan nivå att de förutsätter svart arbetskraft.⁹³

Det bör understrykas att priset på till synes likadana varor eller tjänster kan skilja sig mellan olika upphandlingar eftersom villkoren i upphandlingarna är olika. Till exempel kan olika saker ingå i ett timpris för utförande av en tjänst, och det kan finnas skillnader i vilka kostnader eller utlägg som leverantören får debitera utöver timpriset när tjänsten utförs. Sådana skillnader i hur avtalet utformas kan medföra att priserna inte kan jämföras mellan olika upphandlingar.

Vägledning för bedömningen

Hur kan då en upphandlande myndighet gå till väga för att utreda om ett anbudspris i en upphandling ska betraktas som misstänkt lågt? Konkurrensverket anser att bland annat följande omständigheter kan ge vägledning för bedömningen:

- Uppgifter från branschorganisationer eller fackförbund om till exempel genomsnittlig timkostnad för utförande av det arbete som omfattas av upphandlingen.
- Prisbilden i jämförbara upphandlingar som den upphandlande myndigheten själv eller andra upphandlande myndigheter har genomfört. Observera att villkoren inte får skilja sig åt på ett sätt som kan påverka prisbilden.

⁹³ Brå (2011:7) s. 51.

- Prisbilden i den aktuella upphandlingen. Prisbilden måste dock bedömas med försiktighet och i förhållande till föremålet för upphandlingen.

Även den upphandlande myndighetens erfarenheter från tidigare upphandlade avtal kan påverka bedömningen. Om prisenivån i tidigare upphandlingar har bidragit till problem med överfakturerings och uteblivna leveranser kan det tala för att prisbilden i den tidigare upphandlingen var onormal. Om myndigheten kan visa att tidigare upphandlingar resulterat i avtalade priser som tidigare leverantör under avtalstiden försökt förhandla upp, så kan myndigheten ha godtagbara skäl att ifrågasätta anbudspriser som ligger i nivå med priserna i den tidigare upphandlingen.

Myndigheten bör ha bevisbördan för att priset är misstänkt lågt

Konkurrensverkets anser att den upphandlande myndigheten bör ha bevisbördan för att omständigheterna är sådana att anbudspriset i sig är så pass lågt att det därmed finns grund att ifrågasätta dess seriositet. Detta bland annat då myndigheten har insyn i vilka anbudspriser som lämnats i myndighetens upphandling. Men myndigheten har också många gånger möjlighet att utreda hur prissättningen sett ut i andra motsvarande eller liknande upphandlingar, eller hur pris- och kostnadsbilden generellt ser ut på marknaden. Om myndigheten har bevisbördan för att anbudspriset som sådant är så misstänkt lågt att det finns grund att ifrågasätta dess seriositet, medför det också ett skydd för anbudsgivare mot grundlösa och godtyckliga påståenden om att anbud skulle vara misstänkt låga.

Att begära förklaringar från anbudsgivare

I 12 kap. 3 § LOU är föreskrivet att anbudet får förkastas först sedan myndigheten skriftligen har begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredsställande svar. Den upphandlande myndigheten ska dessutom ge anbudsgivaren tillfälle att yttra sig över myndighetens skäl för att förkasta anbudet med beaktande av de lämnade förklaringarna. En anbudsgivare ska alltså vara säker på att anbudet inte förkastas på denna grund utan att först ha fått möjlighet att förklara sitt anbud. Detta gäller oavsett med vilken grad av visshet den upphandlande myndigheten anser att anbudet är misstänkt lågt.⁹⁴ Skyldigheten att begära förklaringar gäller nämligen även i de fall den upphandlande myndigheten anser att det är uppenbart att anbudet är så lågt att det ska förkastas.⁹⁵

Viktigt att följa det föreskrivna förfarandet

Flera av de mål från EU-domstolen som gäller tillämpningen av denna bestämmelse har gällt själva tillvägagångssättet för att begära förklaringar av anbudsgivare. En sammanfattande slutsats är det är avgörande att den upphandlande myndigheten följer den i bestämmelsen föreskrivna ordningen när myndigheten prövar om anbud ska förkastas eller inte. Upphandlande myndigheter kan således inte på förhand (till exempel i förfrågningsunderlaget eller i nationella regler) automatiskt förkasta anbud med priser som är lägre än en viss absolut eller relativ nivå.⁹⁶ Den upphandlande myndigheten får inte heller förkasta anbud med priser som är för

⁹⁴ Se 103/88 *Fratelli Costanzo* punkt 26.

⁹⁵ Se C-76/81 *Transporoute* punkterna 16–18.

⁹⁶ Se 103/88 *Fratelli Costanzo* punkt 19–20 samt de förenande målen C-285/99 och C-286/99 *Lambordini* och *Mantovani*.

låga till följd av att en relativ utvärderingsmodell har tillämpats.⁹⁷ Den upphandlande myndigheten kan inte heller kräva att anbudsgivare redan i samband med ingivandet av själva anbudet motiverar låga anbudspriser och därefter förkastar anbudet utan att förfarandet tillämpas.⁹⁸

En förfrågan från den upphandlande myndigheten bör vara så konkret och precis som omständigheterna medger. Enligt EU-domstolens rättspraxis bör den upphandlande myndigheten "(...) tydligt formulera den begäran som riktas till de berörda anbudssökandena för att dessa ska få möjlighet att på ett fullständigt och ändamålsenligt sätt rättfärdiga varför deras anbud är allvarligt menade."⁹⁹ Exakt vad den upphandlande myndighetens förfrågan kan eller bör avse i varje enskilt fall är svårt att säga. Det beror bland annat på hur den aktuella upphandlingen har utformats och vad i det aktuella anbudet som väcker frågor. Men anbudet kan inte på grund av förhållanden som den upphandlande myndigheten inte har begärt förklaringar till.

Konkurrensverket noterar i sammanhanget att även om den upphandlande myndigheten enligt 6 kap. 12 § LOU har krävt att anbudsgivaren bekräftar att den har tagit del av vissa bestämmelser som är tillämpliga på utförandet av uppdraget, så innebär det inte att förfrågan inte kan avse hur anbudsgivaren avser följa kraven i bestämmelserna (se 6 kap. 12 § tredje stycket LOU).

⁹⁷ Se Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 1299-13.

⁹⁸ Se de förenande målen C-285/99 och C-286/99 *Lambordini och Mantovani* punkt 58. Notera dock att domstolen inte ställde sig avvisande till nationell lagstiftning som föreskrev att anbudsgivare var skyldiga att lämna förklaringar till sitt anbud för det fall detta understeg en viss prisnivå redan i samband med anbudets ingivande. Detta fick dock inte ersätta det kontradiktoriska förfarandet. Se punkterna 60-66 i domen.

⁹⁹ C- 599/10 *SAG* punkten 31.

Konkurrensverket noterar vidare att få upphandlare anser att risken för att anbudsgivare skulle ta illa upp av att få sitt anbudspris ifrågasatt påverkar benägenhet att ifrågasätta anbud.¹⁰⁰

En förklaring ska vara skriftlig

Av bestämmelsen framgår att en anbudsgivare ska ges möjlighet att *skriftligen* förklara sitt anbud innan detta förkastas.

Det kan hända att anbudsgivaren vill förklara sitt anbud på annat sätt, t.ex. genom ett möte med den upphandlande myndigheten. Men den upphandlande myndigheten bör komma ihåg att muntliga förklaringar kan strida mot transparens- och likabehandlingsprinciperna. Någon rätt för anbudsgivaren att träffa den upphandlande myndigheten under pågående anbudsgivning för att förklara sitt anbud finns knappast.

Tidsfrist för att avge förklaringar

När en upphandlande myndighet ber en anbudsgivare förklara sitt anbud uppkommer frågan hur lång tid anbudsgivaren ska få att inkomma med efterfrågade förklaringar. LOU innehåller ingen bestämd tid och av rättspraxis kan endast utläsas att anbudsgivaren ska få en "rimlig tidsfrist"¹⁰¹ att lämna sina förklaringar. Tidsfristen bör främst bestämmas mot bakgrund av upphandlingsföremålets art och omfattning. Vidare bör tidsfristen kunna påverkas av hur

¹⁰⁰ I Konkurrensverkets enkät ställdes frågan fick upphandlare ta ställning till påståendet "Jag tror att den omständigheten att vi kanske kommer att ha en avtalsrelation med anbudsgivaren efter upphandlingen kan bidra till att man avstår från att utreda om anbudsgivarens anbud ska förkastas som onormalt lågt eftersom anbudsgivaren kan ta illa upp." Endast 6 procent av de svarande instämde helt i påståendet. 18 procent instämde delvis medan 78 procent instämde inte alls.

¹⁰¹ Se 76/81 *Transporoute* punkten 18.

precisa och lättbesvarade frågor som den upphandlande myndigheten ställer till anbudsgivaren.

En ytterligare omständighet som bör kunna påverka längden på tidsfristen är om den upphandlande myndigheten redan i förfrågningsunderlaget gett potentiella anbudsgivare vägledning om vilka prisnivåer myndigheten betraktar som misstänkt låga. Om den upphandlande myndigheten har upplyst om att timpriser i upphandlingen ifrågasätts om de understiger vissa angivna nivåer så kan myndigheten normalt utgå ifrån att anbudsgivaren har förberett förklaringar av dessa delar redan när anbudet tas fram.

Bevisbördan för att förfarandet har tillämpats

Konkurrensverket anser att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att anbudsgivaren har fått tillfälle att förklara sitt anbud innan beslut om förkastande på grund av onormalt lågt anbud fattas. Det är därför viktigt att myndighetens åtgärder i denna del noggrant dokumenteras.

Bedömning av avgivna förklaringar

Det bör påpekas att det ofta finns godtagbara skäl till låga anbudspriser. Ett anbud med lågt pris behöver inte förkastas bara på grund av att inga andra anbudsgivare vill eller kan utnyttja samma konkurrensfördel i den aktuella upphandlingen. Om den upphandlande myndigheten inte accepterar sådana priser betyder det att den upphandlande myndigheten helt enkelt betalar mer än nödvändigt för varan, tjänsten eller byggentreprenaden. Om sådana anbud förkastas kan det strida mot den huvudregel som innebär att det anbud som är ekonomiskt fördelaktigast respektive har lägst pris ska antas i upphandlingen.

12 kap. 3 § LOU innehåller en lista med exempel på förklaringar som kan motivera att anbudet inte förkastas trots ett lågt anbudspris. Men även andra förklaringar kan utgöra skäl till att inte anbudet förkastas. Upphandlande myndigheter får inte heller bestämma att vissa förklaringar inte kan godtas.¹⁰²

Kostnadsfördelar på grund av annat hemland

Att en anbudsgivare kan erbjuda särskilt låga anbudspriser på grund av kostnadsfördelar i hemlandet är inte ett godkänt skäl till att ett anbud förkastas.¹⁰³ Det förutsätter att kostnadsfördelarna inte uppnåtts genom brott mot skatteregler eller att reglerna för utstationering av arbetstagare från andra medlemsländer har kringgåtts. Den upphandlande myndigheten kan kontrollera att anbudsgivaren har fullgjort sina skyldigheter vad gäller skatter och sociala avgifter både i hemlandet och i Sverige.¹⁰⁴

Stordriftsfördelar

En omständighet som kan medföra att en anbudsgivare kan lämna låga anbudspriser är att anbudsgivaren kan utnyttja stordriftsfördelar. EU-domstolen har uttryckligen nämnt stordriftsfördelar som en omständighet som kan motivera att ett onormalt lågt anbudspris inte förkastas.¹⁰⁵ Om anbudsgivaren motiverar ett lågt anbudspris med stordriftsfördelar kan rimligheten i ett sådant påstående undersökas. Till exempel kan det aktuella kontraktets storlek jämföras med anbudsgivarens totala omsättning. Om den upphandlande myndigheten med stöd av 7 kap. 11 § LOU begärt att

¹⁰² Se C-285/99 och C-286/99 *Lambordini och Mantovani* punkten 85.

¹⁰³ Se till exempel Arrowsmith, Sue (2005) *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 532.

¹⁰⁴ Se 10 kap. 2 § punkten 5 och C-74/09 *WISAG*, särskilt punkterna 40-41.

¹⁰⁵ Se EU-domstolens dom i de förenade målen C-147/06 och C-148/06 *SECAP* och *Santorso* punkt 26.

anbudsgivarna anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på underleverantörer, samt vilka dessa är, kan sådana uppgifter också vägas in i bedömningen.

Anbudsgivare som vill in på nya marknader

Det är en naturlig del av det ekonomiska livet att företag startas, växer, förändrar sin verksamhet och försöker etablera sig på nya marknader. Företag som vill ge sig in på nya marknader erbjuder ofta förmånligare villkor än vad som används i normala vinstkalkyler för att skaffa sig erfarenhet och bygga upp ett varumärke inom den nya branschen.¹⁰⁶

Det är tillåtet för anbudsgivare att pressa sina vinstmarginaler – eller till och med gå med förlust – som ett led i en medveten strategi för att vinna marknadsandelar.¹⁰⁷ Detta utgör således inte grund att förkasta anbudet. Däremot kan sådana förfaranden strida mot andra regelverk, som till exempel konkurrenslagens förbud mot missbruk av dominerande ställning. Men om leverantören meddelar att den avser ta sig in på en ny marknad genom att under en tid gå med låg vinst eller till och med förlust, så bör den upphandlande myndigheten undersöka rimligheten i påståendet med hänsyn till leverantörens förklaringar och ingiven bevisning. Konkurrensverket anser att upphandlande myndigheter inte är skyldiga att acceptera sådana förklaringar om dessa inte stöds av annan utredning. Även leverantörens storlek och finansiella styrka kan vara av betydelse för bedömningen. Till exempel kan leverantörens nyckeltal bedömas i syfte att utreda om leverantören har den ekonomiska

¹⁰⁶ En genomgång av olika strategier finns i Konkurrensverket uppdragsforskningsrapport 2011:1, särskilt avsnitt 2.3.1. Se även Skovgaard Ølykke, Grith (2010) *Abnormally Low Tenders – With an Emphasis on Public Tenderers*, särskilt s. 112–114.

¹⁰⁷ Se de förenade målen 147/06 och 148/06 *SECAP* och *Santorso*, punkt 26.

uthållighet som krävs för att fullgöra uppdraget och samtidigt göra en förlust.

Tillfällig överkapacitet eller konjunkturnedgång

En ytterligare orsak till att anbudsgivare kan vara benägna att erbjuda mycket låga anbudspriser är om anbudsgivaren har överkapacitet. Överkapaciteten kan bero på omständigheter inom det specifika företaget eller den aktuella marknaden och kan gälla när anbudet formuleras eller också förväntas uppstå när uppdraget ska genomföras. Anbudsgivaren kan då vara mer intresserad av att fullgöra ett uppdrag under dåliga ekonomiska villkor än att friställa personal eller skära ner på verksamheten på andra sätt, särskilt om anbudsgivaren tror att överkapaciteten är tillfällig. Detta utgör sällan skäl att förkasta anbudet, men den upphandlande myndigheten bör kunna kräva att anbudsgivaren styrker påståendet med en utredning.

Upphandlares erfarenheter

I vår enkät ställde vi en fråga om vilka typer av svar som upphandlare fick när de ifrågasatte anbud med misstänkt låga anbudspriser. De svarsalternativ vi angav motsvarade punkterna 1–3 och 5 i den exemplifierande listan i 12 kap. 3 § andra stycket LOU.

Tabell 1.2 Erfarenhet av svar på frågor om anbudspriser – enkätutfall

Förklaring	Aldrig hänt	Har hänt vid något tillfälle	Händer återkommande
Anbudsgivaren kan utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder, innovativa lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet.	36 %	56 %	8 %
Anbudsgivaren räknar medvetet med liten eller ingen vinst i syfte att erhålla erfarenhet och/eller referenser, t.ex. därför att anbudsgivaren är ny på den aktuella marknaden.	30 %	60 %	10 %
Anbudsgivaren erhåller någon form av offentligt stöd vilket gör att man kan erbjuda särskilt förmånliga priser.	84 %	15 %	2 %

Källa: Konkurrensverket och Sweco 2013.

I fritextsvaren nämndes bland annat att leverantörer ibland ingår avtal med dåliga villkor inför en lågkonjunktur hellre än att tappa marknadsandelar eller tvingas till uppsägningar. Det förekom även problem med leverantörer som erhåller statsstöd, utnyttjade anbudsutvärderingsmodeller eller säljer "vid sidan av" det upphandlade ramavtalet.

Orsaker till onormalt låga anbud

Om vi i stället går över till att diskutera orsaker som ger den upphandlande myndigheten rätt att förkasta onormalt låga anbud går det att skilja på olika orsaker till sådana anbud. Om den upphandlande myndigheten kan identifiera vilken av dessa orsaker man tror ligger bakom ett misstänkt lågt anbudspris i den aktuella upphandlingen underlättar det formuleringen av de frågor man ställer till

anbudsgivare. Många gånger torde prövningen om ett anbud får förkastas utgöras av en prognos avseende risken för att anbudsgivaren inte kan eller vill leverera enligt villkoren i upphandlingen. Många av de omständigheter som medför onormalt låga anbudspriser kan hänföras till någon av följande kategorier:

1. Anbudsgivaren har misstagit sig om förutsättningarna för anbudsgivning.
2. Anbudsgivaren har inte för avsikt att leverera till erbjudna villkor.
3. Anbudsgivaren avser inte att fullgöra sina skyldigheter mot det allmänna under avtalstiden.
4. Anbudsgivaren erhåller statsstöd.

Anbudsgivaren har missförstått förutsättningarna för anbudsgivning

En möjlig förklaring till ett onormalt lågt anbud kan vara att anbudsgivaren har misstagit sig om villkoren i upphandlingen och av denna anledning lämnat ett för lågt anbudspris.¹⁰⁸ Anbudsgivaren kanske av misstag har underlåtit att ta höjd för kostnaden för att uppfylla en viss del av uppdraget eller har missförstått omfattningen av uppdraget eller de krav som ställs enligt avtalet. Det kan även bero på räknefel vid beräkningen av anbudspriset eller annat slarv.

¹⁰⁸ Se till exempel Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 5 mars 2010 i mål nr 21478-10. Av utredningen i målet framgick att leverantören hade en annan uppfattning än den upphandlande myndigheten avseende om avropande myndigheter fritt kunde välja den debiteringsform som skulle tillämpas på de uppdrag som kunde avropas från det aktuella ramavtalet.

I undantagsfall kan den upphandlande myndigheten tillåta att anbudsgivaren rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet med stöd av 9 kap. 7 § respektive 15 kap. 12 § LOU.

Om misstaget istället kan hänföras till förfrågningsunderlaget är saken en annan. Förfrågningsunderlaget ska vara så klart, precist och otvetydigt utformat att det är möjligt för alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare att förstå detta och tolka det på samma sätt.¹⁰⁹ Om anbudsgivarens misstag har orsakats av att förfrågningsunderlaget har varit otydligt är detta inte grund för uteslutning. Men det kan däremot ifrågasättas om den upphandlande myndigheten genomför upphandlingen på ett sätt som överensstämmer med principerna om öppenhet och likabehandling. I dessa fall har anbudsgivaren i många gånger också gett in ett så kallat orent anbud.

Anbudsgivaren avser inte att leverera till erbjudna villkor

En annan omständighet som kan innebära att den upphandlande myndigheten har rätt att förkasta anbudet är om anbudsgivaren inte avser fullgöra uppdraget enligt villkoren i avtalet. Anbudsgivaren räknar således med att inte behöva fullgöra samtliga delar av det avtal som upphandlingen syftar till. Anbudsgivaren har kanske erfarenhet av att den upphandlande myndigheten inte följer upp avtalet och inte heller vidtar åtgärder vid avtalsbrott. Anbudsgivaren räknar alltså med att inte fullgöra samtliga delar av det avtal som upphandlingen syftar till. Anbudsgivaren räknar med besparingar till följd av detta och kan därför erbjuda ett lågt pris i upphandlingen.

¹⁰⁹ Se t.ex. C-368/10 *Max Havelaar* och däri angiven rättspraxis.

- I en konsultupphandling kanske anbudsgivaren avser att tillhandahålla mindre erfarna och kompetenta konsulter än de som angetts i anbudet.
- I en varuupphandling kanske förmånligt prissatta och utvärderade produkter ersätts med sådana som är dyrare för den upphandlande myndigheten vid avrop.
- I en entreprenadupphandling kanske anbudsgivaren medvetet lägger ett för lågt anbudspris och räknar med att överdebitera antalet timmar när uppdraget genomförs, eller ta upp dessa arbeten som så kallade "ÄTA" – ändringar och tilläggsarbeten.

Anbudsgivaren kanske räknar med att den upphandlande myndigheten hellre justerar avtalsvillkoren till anbudsgivarens under avtalstiden fördel än vidtar åtgärder på grund av avtalsbrott, till exempel genom att häva avtalet. Men i Konkurrensverkets enkät uppgav 88 procent av upphandlarna att de aldrig hade omförhandlat avtal till leverantörens fördel, till exempel genom att höja ersättningar eller avtala bort krav eller sanktioner.¹¹⁰ Men anbudsgivaren kan också själv ha beräknat anbudet överdrivet optimistiskt. Då kan anbudsgivaren naturligtvis vara omedveten om att de ekonomiska kalkyler som ligger bakom anbudet inte kommer att hålla. Konkurrensverket vill i sammanhanget understryka att väsentliga förändringar av upphandlade avtal kan medföra att parterna kan anses ingå ett nytt avtal, som i sin tur måste konkurrensutsättas i enlighet med bestämmelserna i upphandlingslagstiftningen.

¹¹⁰ Se även prop. 2006/07: 128 s. 351.

Det bästa sättet att undvika sådana prissättningar är sannolikt att i förfrågningsunderlaget klargöra vad som gäller för att anbudsgivaren ska ha rätt att erbjuda andra varor och tjänster än de som prissatts i anbudet. Myndigheten bör också avtala om sanktioner ifall avtalet inte följs, samt kontrollera både under och efter avtals-tiden att leverantörer faktiskt levererar erbjuden kvalitet till det pris som angetts i anbudet. I Konkurrensverkets enkät instämde hela 75 procent av upphandlarna helt i påståendet *"Jag tror att ökad uppföljning av upphandlande avtal skulle minska risken för osund konkurrens, därför att anbudsgivare i mindre utsträckning skulle räkna med att man inte behöver uppfylla samtliga sina skyldigheter enligt avtalet när man utformar sitt anbud"*.

Anbudsgivaren avser inte följa de lagar och regler som gäller för uppdraget

Om anbudsgivaren underlåter att betala skatter och sociala avgifter medför det att anbudsgivarens kostnader för att fullgöra uppdraget minskar. Det kan medföra att anbudsgivaren kan lägga ett lägre anbud än sina konkurrenter. Men även brott mot till exempel arbetsmiljöreregler och miljölagstiftning kan medföra att anbudsgivarens kostnader för att utföra uppdraget minskar.

Konkurrensverket anser att anbud vars prissättning kan förklaras med överträdelser av olika regelverk kan förkastas med stöd av bestämmelsen. Men det är inte självklart, eftersom bestämmelsen inte förutser en situation där anbudsgivaren inte kommer att kunna fullgöra uppdraget.¹¹¹ En leverantör som inte uppfyller sina skyldigheter vad gäller beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor kan visserligen erbjuda lägre priser utan att det påverkar möjligheten att fullgöra det aktuella avtalet, men Konkurrens-

¹¹¹ Se till exempel Arrowsmith (2005) s. 535–536.

verket anser att upphandlande myndigheter inte ska behöva ingå avtal med anbudsgivare som avser att bryta mot dessa regler för att kunna fullgöra uppdraget enligt överenskomna villkor. Det är ofta svårt för myndigheten att utreda om så är fallet.

I Konkurrensverkets enkät fick upphandlare ta ställning till påståendet *”Jag misstänker att vissa av våra anbudsgivare har kunnat erbjuda låga priser därför att de missköter betalning av skatter eller sociala avgifter eller inte lever upp till arbetsmiljöregler eller liknande.”* Endast 6 procent instämde helt i påståendet, 26 procent instämde delvis och hela 69 procent instämde inte alls. Av olika skäl går det inte att direkt jämföra med erfarenheter av sådana problem i offentliga upphandlingar från andra myndigheter, fackförbund och branschorganisationer (se detta kapitels inledning). Men mot bakgrund av den omfattande kritiken mot offentliga upphandlingar som beskrivits i början av detta kapitel kanske problemet är större än vad upphandlare är medvetna om.¹¹²

Anbudsgivare som erhåller statsstöd

I Konkurrensverkets enkät var det få upphandlare som hade erfarenhet av att anbudsgivare förklarat sitt låga anbudspris med att anbudsgivaren erhåller någon form av offentligt stöd. I fritextsvaren i enkäten men också vid kontakter med upphandlande myndigheter och leverantörer framkommer en osäkerhet om vad som gäller vid bedömningen av anbud som tillkommit med hjälp av olika former av statsstöd.

¹¹² En möjlig förklaring till skillnaden var att den fråga vi ställde avsåg *anbudsgivares* agerande, medan oseriösa ageranden kanske oftare är hänförliga till *underleverantörer*.

Liksom EU:s upphandlingsdirektiv utgör statsstödsreglerna en del av regelverket kring den inre marknaden.¹¹³ Vad som avses med statsstöd framgår av artikel 107 EUF. Statligt stöd omfattar till exempel bidrag, förmånliga räntor och lån, upplåtande av mark eller byggnader till villkor som inte är marknadsmässiga samt olika former av skattelättnader eller nedsättning av avgifter.¹¹⁴ Huvudprincipen är att allt sådant stöd är förbjudet om det snedvrider konkurrensen. Vidare ska kommissionen underrättas före utbetalning av statsstöd för att kunna ta ställning till om stödet är lagligt eller inte.

Utgångspunkten för den upphandlingsrättsliga regleringen är att den upphandlande myndigheten inte ska behöva acceptera ett anbud som utformats med hjälp av olagligt statsstöd.¹¹⁵ Prövningen av om stödet är förenligt med den inre marknaden ska i dessa fall ha gjorts vid givandet av stödet. Däremot kan en upphandlande myndighet kräva att anbudsgivaren visar att stödet är förenligt med den inre marknaden. Enskilda fall av statsstöd kan nämligen godkännas av kommissionen, men det finns också flera undantag i EU:s så kallade gruppundantagsförordning¹¹⁶ inklusive ett undantag för stöd som understiger ett visst belopp. Alla enskilda fall av stöd från en stat till en leverantör måste således ha stöd i ett undantag för att vara tillåtna.

Den 1 juli 2013 infördes en ny lag i Sverige om tillämpningen av EU:s statsstödsregler. I lagen regleras stödgivares och stödmottagares skyldigheter när statsstöd har lämnats i strid med stats-

¹¹³ Artiklarna 107–109 i Fördraget om den Europeiska unionens funktionssätt (EUF).

¹¹⁴ Prop. 2006/07:128 s. 408.

¹¹⁵ Prop. 2006/07:128 s. 408.

¹¹⁶ Kommissionens förordning (EG) nr 800/2008 av den 6 augusti 2008 genom vilken vissa kategorier av stöd förklaras förenliga med den gemensamma marknaden enligt artiklarna 87 och 88 i fördraget.

stödsreglerna. Bland annat införs en skyldighet för stödgivaren att återkräva statsstödet om detta lämnats i strid med statsstödsreglerna.¹¹⁷ Ytterligare information om statsstöd kan fås från Näringsdepartementet, enheten för marknad och konkurrens.

Bedömning av anbudsgivarens förklaringar

Konkurrensverket anser att direktivbestämmelsen ger upphandlande myndigheter stor frihet att avgöra om en anbudsgivares förklaringar till sitt anbud ska anses tillräckliga för att anbudet ska utvärderas eller trots förklaringarna ska förkastas. EU-domstolen har till exempel uttalat att direktivbestämmelsen uttryckligen ger den upphandlande myndigheten rätt att avgöra om förklaringarna är godtagbara.¹¹⁸ En liknande uppfattning kommer också till uttryck i en vägledning från kommissionen.¹¹⁹ Upphandlande myndigheter behöver inte heller acceptera att anbudsgivare generellt hänvisar till olika förklaringar som skäl till det låga anbudspriset.¹²⁰

Bedömningen av om ett anbud ska förkastas kan påverkas av hur förfrågningsunderlaget har utformats. Den upphandlande myndig-

¹¹⁷ Lag om tillämpning av Europeiska unionens statsstödsregler; prop. 2012/2013:84; bet. 2012/13:NU19; rskr: 2012/13:249.

¹¹⁸ Se C-76/81 *Transporoute* punkten 17.

¹¹⁹ "(...) although the contracting authority has the express right to determine whether the justifications provided by a tenderer are unacceptable, it may not prejudge the issue by rejecting the offer out of hand and without asking the tenderer to justify it." Commission, *Guide to the Community Rules on Public Supply Contracts, Directive 93/36/EEC*, "6.3.1 Abnormally low tenders" s. 55.

¹²⁰ Se till exempel tribunalens avgörande T-4/01. Rätten anförde bland annat att sökanden trots rådets precisa uppmaningar nöjt sig med att på ett allmänt sätt bekräfta priserna i sitt anbud, utan att lägga fram tillstymmelse till relevant bevis för att visa de enskilda prisernas tillförlitlighet. Domstolen fann bland annat mot den bakgrunden att den upphandlande myndigheten på ett korrekt sätt iakttagit det föreskrivna förfarandet vid förkastande av onormalt låga anbud.

heten kan redan i förfrågningsunderlaget uttrycka sin uppfattning om vilka prisnivåer som anses vara lägsta rimliga för "normalt" låga anbud. Det bör i många fall underlätta vid bedömningen av om ett anbud i upphandlingen bör ifrågasättas och slutligen förkastas. Om detta är möjligt eller lämpligt beror mycket på hur den aktuella upphandlingen har utformats och vad som upphandlas.

Även utformningen av det aktuella avtalet kan påverka bedömningen. Om ett avtal saknar leveransskyldighet för leverantörerna eller innebär debitering timme utan att det är enkelt att kontrollera hur det fakturerade antalet timmar överensstämmer med den faktiska nerlagda arbetstiden, så ökar åtminstone teoretiskt risken för att anbudsgivaren kompenserar ett lågt anbudspris med överdebitering eller uteblivna svar på avrop. Om avtalet är utformat på detta sätt ökar därmed den upphandlande myndighetens behov av att kunna förkasta sådana anbud, eftersom myndigheten under avtals-tiden har mindre möjligheter att kontrollera att anbudsgivarna faktiskt levererar enligt överenskomna villkor. Det gäller också om möjligheterna till uppföljning och kontroll av erhållna leveranser framstår som begränsade, till exempel på grund av uppdragets natur.

Anbudsgivaren bör ha bevisbördan för att anbudet är seriöst

Konkurrensverket anser att anbudsgivaren bör ha bevisbördan för att ett lågt anbud är seriöst.¹²¹ Konkurrensverket har även ansett att hänsyn till sekretessen för affärshemligheter rörande företags kostnadsstrukturer, prissättningsstrategier eller liknande inte medför att bevisbördan inte bör placeras hos anbudsgivaren. Det bör dock påpekas att svenska domstolar har ansett att det

¹²¹ Konkurrensverket har utförligt utvecklat detta argument i punkterna 38-67 i expertyttrande dnr 83/2013.

ankommer på den upphandlande myndigheten att visa att anbudsgivaren inte på ett tillfredsställande sätt kunnat förklara sitt låga anbud.

Utöver att allmänna principer för placering av bevisbörda talar för att det bör vara leverantören som ska visa att anbudet är seriöst kan en jämförelse göras med placeringen av bevisbördan vid tillämpningen av uteslutningsgrunderna i 10 kap. 1–2 §§ LOU. Vad gäller uteslutning framgår av lagtexten att den upphandlande myndigheten (med undantag för uteslutning på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen) kan begära att *leverantören visar* att det inte finns någon grund för uteslutning. Ur anbudsgivarens synvinkel kan många gånger konsekvenserna av att få sitt anbud förkastat vara desamma som att bli utesluten ur ett anbudsförfarande. Att bli utesluten kanske till och med kan uppfattas som mer ingripande: Omständigheter som kan medföra uteslutning tar sikte på anbudsgivaren och inte på ett enskilt anbud. Uteslutning kan ur anbudsgivarens synvinkel därför uppfattas som en ”svartlistning” eller ge anbudsgivaren dåligt ryckte. Upphandlande myndigheter som överväger att utesluta en anbudsgivare ska i och för sig i varje enskild upphandling bedöma om omständigheterna är sådana att uteslutning bör ske. Ställningstagandet i en upphandling har alltså inte direkt betydelse för framtida upphandlingar. Ur anbudsgivarens synvinkel kan det att bli utesluten ur en upphandling ändå skapa osäkerhet om anbudsgivaren har någon möjlighet att framgångsrikt delta i framtida upphandlingar, särskilt sådana som genomförs av samma upphandlande myndighet.

En skillnad mellan uteslutning av anbudsgivare och förkastande av onormalt låga anbud är att uteslutning i princip kan ske oberoende av leverantörens åtgärder under upphandlingen. Utformningen av enskilda anbud är däremot något som anbudsgivare kan påverka. Sammanfattningsvis anser Konkurrensverket att det inte finns

anledning att ställa högre krav på den upphandlande myndigheten vad gäller fullgörandet av utredningen vid förkastande av onormalt låga anbud än vid uteslutning av anbudsgivare. Detta talar för att bevisbördan för att ett anbud är seriöst bör vila på anbudsgivaren.

Yttrande över skälen för förkastande

I 12 kap. 3 § tredje stycket LOU är föreskrivet att den upphandlande myndigheten ska ge anbudsgivaren tillfälle att yttra sig över myndighetens skäl för att förkasta anbudet. Detta är en precisering i LOU jämfört med direktivet, som föreskriver att den upphandlande myndigheten i samråd med anbudsgivaren ska granska anbudet med beaktande av förklaringarna.¹²² Om myndigheten bedömer att anbudet ska förkastas, trots anbudsgivarens förklaringar, måste myndigheten informera anbudsgivaren om detta före tilldelningsbeslutet.

Anbudsgivarens svar kan ge upphov till ytterligare frågor om anbudets tillförlitlighet. Konkurrensverket ser inget hinder mot att myndigheten i så fall ställer ytterligare frågor kring anbudet till anbudsgivaren. Direktivets avfattning – ”i samråd med anbudsgivaren” – och viss rättspraxis talar för denna tolkning.¹²³

Protokollföring

Avslutningsvis påminner Konkurrensverket om att skälen till att ett anbud som förkastats därför att det bedömts vara onormalt lågt ska

¹²² Se direktiv 2004/18 artikel 55.2. Se även de förenade målen C-285/99 och C-286/99 *Lombardini och Mantovani* punkt 55 och 57 vilka kan tolkas som att även EU-domstolen förutsätter att den upphandlande myndigheten upplyser anbudsgivaren om att den avser förkasta anbudet trots de avgivna förklaringarna.

¹²³ Se tribunalens avgörande i T-4/01, särskilt punkten 77.

framgå av upphandlingsprotokollet.¹²⁴ Dessutom ska kommissionen meddelas om ett anbud har förkastats på grund av otillåtet statsstöd.¹²⁵

¹²⁴ LOU 12 § 1 punkten och direktiv 2004/18 artikel 43.d.

¹²⁵ Se artikel 57(3) i direktiv 2004/17 och artikel 55(3) i direktiv 2004/18.

2 Korruption i offentlig upphandling

Under de senaste åren har risker för och fall av korruption i offentliga upphandlingar uppmärksammats i media i form av olika korruptionsskandaler. Samtidigt har flera rapporter som behandlar korruptionsrisker i Sverige publicerats. Konkurrensverket har mot denna bakgrund ansett det angeläget att undersöka vilka korruptionsriskerna kan vara inom offentliga upphandlingar och hur de kan hanteras.

I detta kapitel går vi inledningsvis igenom olika definitioner av korruption samt ett urval av material om korruptionens utbredning i Sverige. Därefter behandlar vi offentliga upphandlingar som riskområde. I nästa avsnitt går vi igenom hur upphandlingsreglerna motverkar korruption. Sedan diskuterar vi tre särskilda korruptionsrisker och vad som kan göras åt dem: svågerpolitik och vänskapskorruption, anställdas bisysslor och användandet av konsulter. Avslutningsvis presenterar vi ytterligare förslag till åtgärder.

Korruption som begrepp

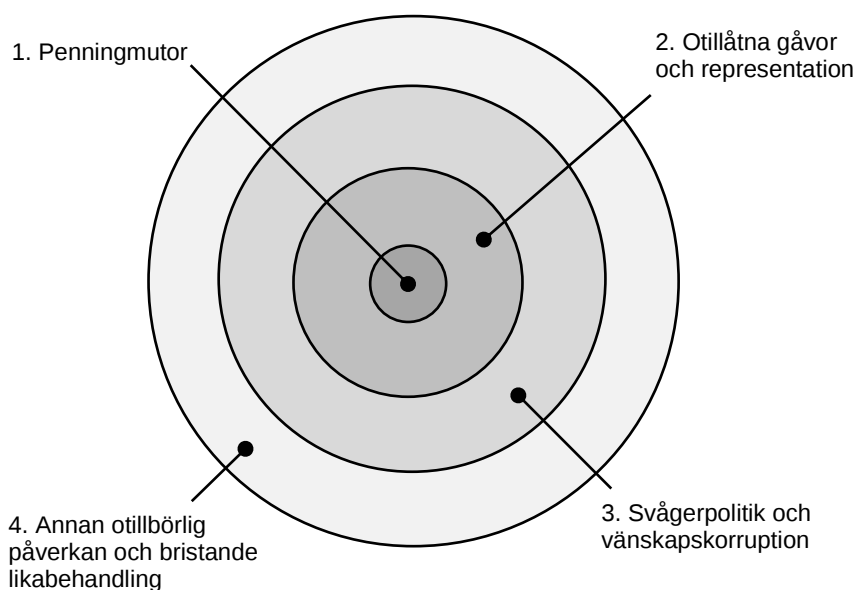
En anledning till varför riskerna för korruption i Sverige har uppmärksammats på senare tid kan vara en förändring i synen på hur korruption ska definieras.¹²⁶ Med andra ord – vilka företeelser och beteende anser vi utgöra korruption? Om man använder en snäv (ofta straffrättslig) definition visar knappast forskning att korrup-

¹²⁶ Detta betyder i sin tur givetvis att den litteratur som diskuterar korruption rymmer olika perspektiv beroende på vilken definition av begreppet som använts.

tionen har ökat eller är särskilt utbredd i Sverige.¹²⁷ Om man där-
emot använder en vidare definition som bland annat inkluderar
olika typer av svågerpolitik och vänskapskorruption blir bilden en
annan.

Konkurrensverket har i utarbetandet av denna rapport använt en
vid och medvetet oprecis definition: "Otillbörlig påverkan på upp-
handlingsprocessen". Vi anser att företeelser som jäv men också
andra brister i likabehandlingen av leverantörer kan vara lika skad-
liga som mutor för tilltron till den offentliga upphandlingen.

Figur 1 Olika typer korruption



Källa: Konkurrensverket

¹²⁷ Se till exempel Statskontoret, *Köpta relationer – Om korruption i det kommunala Sverige* (2012:20), s. 11 och Sandgren, Claes, Inget tyder på att Sverige blivit ett mer korrupt land, *Dagens nyheter* 2011-10-10.

I figur 1 är det främst agerande som faller under "1" och "2" som traditionellt betraktats som korruption i Sverige. Handlingar som faller under "3" är mer sällan brottsliga men kan utgöra jäv. Ageranden som faller under "4" kan strida mot likabehandlingsprincipen i upphandlingsreglerna.

Korruptionens utbredning i Sverige

Konkurrensverkets undersökning har inte syftat till någon egen analys av omfattningen eller utvecklingen vad gäller korruption, varken allmänt sett eller i relation till offentliga upphandlingar. Vi förlitar oss i stället på forskning och rapporter som har sammanställts på senare år om korruptionen i Sverige.

Korruption som företeelse är svår att mäta av flera skäl. Det är alltså fullt möjligt att den faktiska utbredningen av korruption i Sverige och andra länder är en annan än vad som framgår av de undersökningar vi utgått från i denna rapport.

Det finns flera studier som tyder på att korruptionen i Sverige kan vara betydligt mer utbredd än vad vi tidigare har utgått från.¹²⁸ Av studierna och andra källor framgår alltså att den tidigare ljusa bilden av korruptionens utbredning i Sverige måste nyanseras. Det finns sannolikt flera anledningar till detta:

- Synen på begreppet korruption har ändrats.
- Internationella index ger en missvisande bild.
- Marknadsmodeller används i högre utsträckning inom offentlig förvaltning.

¹²⁸ Se bl.a. Linnéuniversitet, Survey, redovisad i Expertgruppen för studier i offentlig ekonomis (ESO) rapport, *Allmän nytta eller egen vinning? En ESO-rapport om korruption på svenska*, 2013:2; Special Eurobarometer 374, *Corruption Report* (2012); International Survey Programme (ISSP) 2006 redovisad i ESO (2013:2).

Korruption är mer än mutor

En omständighet som vi tror är av stor betydelse är, som vi nämnt ovan, hur begreppet korruption definieras i olika studier och undersökningar. Om begreppet ges en snäv innebörd kommer problemet att uppfattas som mindre. Om en bredare definition används kommer korruptionens utbredning sannolikt att visa sig större. I olika svenska undersökningar och mätningar konstateras att antalet fall av anmälningar om mutbrott inte har ökat och att svenskar i liten utsträckning uppger att de erbjudits eller betalat mutor. Statistik från Brå visar till exempel att antalet anmälningar av tagande och givande av muta sjönk under åren 2009–2012. De undersökningar vi har tagit del av visar alltså en markant skillnad i synen på korruptionens utbredning i Sverige, beroende på om vi avser mutbrott (litet och knappast växande problem) eller korruption i en vidare mening (större och troligen ett växande problem).

Internationella index ger inte en rättvisande bild

I många sammanhang har vi i Sverige hänvisat till index och jämförande studier som placerar Sverige på en ledande plats internationellt.¹²⁹ Men det finns flera omständigheter som tyder på att denna typ av index inte ger en rättvisande bild av problemets utbredning i Sverige, eftersom dessa index mäter olika förhållanden av betydelse för motståndskraften mot korruption på statlig, nationell, nivå. Det är av särskild betydelse för Sverige, eftersom vi har en utpräglad decentraliserad stat där många samhällsuppgifter hanteras på kommunal nivå. Vidare är sådana index ofta inriktade på att beskriva förekomsten av mutor i olika länder. Detta medför

¹²⁹ Varav det mest kända troligen är Transparency Internationals *Corruption Perceptions Index* (CPI).

att många internationella index kanske i mindre utsträckning än vad gäller andra länder ger en korrekt bild av korruptionsriskerna i Sverige.¹³⁰ Som en forskare uttryckte det: *"Bilden av Sverige som ett rättssäkert och korruptionsbefriat paradis förändras alltså radikalt när vi skrapar på ytan och konsulterar ett mer sverigespecifikt material."*¹³¹

Marknadsmodeller i offentlig sektor

Ett förhållande som uppmärksammats i forskning om korruption är konsekvensen av införandet av olika förvaltningsmodeller som hämtar inspiration från marknadsekonomin.¹³² Benämningen på sådana förvaltningsmodeller varierar mellan olika författare, akademiska discipliner och ideologier. Detta gäller kanske i än högre grad uppfattningarna om deras för- och nackdelar. Konkurrensverket nöjer sig i detta sammanhang med att konstatera att offentlig upphandling är en sådan förvaltningsmodell.

Däremot är det mer tveksamt om det är dessa förvaltningsmodeller som *sådana* som medför ökade risker för korruption, eller om det snarare handlar om en *bristande anpassning* av befintliga kontrollsystem till nya situationer.¹³³ Det finns forskare som anser att kommuner som tidigt införde sådana förvaltningsmodeller också visar en medvetenhet om risker för korruption och i större utsträckning arbetar förebyggande mot korruption.¹³⁴ Behovet av att anpassa den interna kontrollen efter förändrade förvaltningsmodeller har bland annat uppmärksammats av Transparency International Sverige,

¹³⁰ Se vidare ESO (2013:2) s. 29–30; Statskontoret (2012:20) s. 37–38.

¹³¹ Erlingsson – Linde (2011) s. 10.

¹³² Loxbo, Karl (2010) s. 37–58; Erlingsson – Linde (2011) s. 12. Se även ESO (2013:2) s. 140–142.

¹³³ Erlingsson – Linde (2011) s. 13; Transparency International Sverige, *Korruption i kommuner och landsting* (2012) s. 12.

¹³⁴ Loxbo, Karl, (2010) s. 37–58, ESO (2013:2) s. 105.

som har föreslagit att kommuner bör vara skyldiga att genomföra konsekvensanalyser avseende korruption i samband med omfattande förändringar som rör privata inslag i verksamheten.¹³⁵

En aspekt vid införandet av dessa modeller är att upphandlande myndigheter i högre grad behöver se över hur verksamheten ska kontrolleras och följas upp. Vikten av uppföljning av upphandlade avtal är också något som på senare tid ofta har diskuterats i samband med offentliga upphandlingar.¹³⁶

2.1 Offentliga upphandlingar som riskområde

Konkurrensverket konstaterar att offentliga upphandlingar framstår som särskilt utsatta för risk för korruption. Till exempel har OECD konstaterat att offentliga upphandlingar är en av de offentliga aktiviteter som är mest utsatt för bedrägeri och korruption.¹³⁷ Sverige är inget undantag, och under de senaste åren har ett antal rapporter och undersökningar sammanställts om korruptionsituationen i Sverige. I rapporterna återkommer offentliga upphandlingar som ett särskilt riskområde.¹³⁸

¹³⁵ Transparency International Sverige, *Korruption i kommuner och landsting* (2012) s. 34.

¹³⁶ Se t.ex. Upphandlingsutredningen 2010, *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling*, SOU 2013:12, s. 155f.

¹³⁷ OECD, *OECD principles for Integrity in public procurement* (2009). Se även United Nations, *United Nations Convention against Corruption: implementing procurement-related aspects* (2008).

¹³⁸ Se bland annat ESO, *Hederlighetens pris. En ESO-rapport om korruption* (1999), s. 112; Brottsförebyggande rådet (Brå), *Korruptionens struktur i Sverige: "Den korrupte upphandlaren" och andra fall om mutor, bestickning och maktmissbruk* (2007:21); Brå *Karteller och korruption. Otillåten påverkan mot offentlig upphandling* (2010:9); Statskontoret (2012:20); Riksrevisionen, *Skydd mot korruption i statlig verksamhet* (2006:8); Riksrevisionen, *Statliga myndigheters skydd mot korruption* (2013:2); Transparency International Sverige, *Korruption i kommuner och landsting*, (2012); Transparency International Sverige, *Etik och korruption i samhällsbyggnadssektorn* (2012).

- År 2012 publicerade Statskontoret en rapport om korruption i kommuner och landsting som visar att medvetenheten om korruption har ökat i den kommunala sektorn.¹³⁹ I rapporten nämns också kopplingen mellan korruption och avsteg från LOU.¹⁴⁰
- Riksrevisionen konstaterade i en rapport nyligen att de statliga myndigheternas skydd mot korruption är otillräckligt. I rapporten nämnde 73 procent av de tillfrågade myndigheterna upphandling och inköp som ett riskområde för korruption.¹⁴¹
- I en undersökning år 2011 tillfrågades EU-medborgare om deras uppfattning om korruption inom olika samhällsverksamheter.¹⁴² Hela 51 procent av de tillfrågade svenskarna ansåg att korruptionen var utbredd bland tjänstemän som tilldelade offentliga kontrakt. Detta var sämre än genomsnittet i EU (47 procent). Offentliga upphandlingar var den av de sex angivna aktiviteterna som svenskarna ansåg mest korrupt. Resultatet hade dessutom försämrats bland svenska svarande jämfört med när samma fråga ställdes år 2009, medan det hade förbättrats inom EU under samma tid.
- Brottsförebyggande rådet har undersökt ärenden vid Riksenheten mot korruption mellan åren 2003–2005.

¹³⁹ Statskontoret (2012:20) s. 17–22.

¹⁴⁰ Statskontoret (2012:20) s. 45, 50, 74.

¹⁴¹ Riksrevisionen (2013:2) s. 32.

¹⁴² Special EU-barometer 374. Frågan som de svarande fick ta ställning till var *”Tror du att givande och tagande av mutor, och missbruk av offentlig ställning för egen vinning är utbrett?”* inom sex olika verksamheter.

Offentlig upphandling identifierades som ett av de återkommande områdena för utredning.¹⁴³

Orsaker till offentliga upphandlingars utsatthet

Om vi utgår ifrån att offentliga upphandlingar är ett riskområde för korruption finns anledning att ställa frågan *varför*. Det anses finnas flera orsaker till att offentliga upphandlingar är utsatta:

- Offentliga upphandlingar omfattar stora ekonomiska värden och kan därför utgöra en av de mest sårbara verksamheterna avseende risken för oegentligheter och korruption inom offentlig förvaltning.¹⁴⁴
- Offentliga upphandlingar innebär många kontakter mellan företrädare för leverantörer och de myndighetsföreträdare som kan styra tilldelningen av offentliga medel genom bland annat tilldelning av offentliga kontrakt.
- Kontrollsystem och regelverk har inte anpassats till ett samhälle där det offentliga fullgör en allt större del av sina åtaganden genom upphandlingar snarare än i egen regi.¹⁴⁵

Särskilda riskområden

Utöver att den offentliga upphandlingen generellt beskrivs som ett riskområde för korruption har ofta riskerna ansetts särskilt stora inom vissa kategorier av upphandlande myndigheter.

¹⁴³ Brå (2007:21) s. 139.

¹⁴⁴ Erlingsson – Linde (2011) s. 12; OECD (2009), s. 9; Transparency International, *Handbook for Curbing Corruption in Public Procurement* (2006) s. 7.

¹⁴⁵ Loxbo, Karl (2010) s. 43.

Kommunala upphandlingar

Flera av de rapporter och undersökningar som ligger till grund för denna rapport behandlar särskilt korruptionsriskerna i våra kommuner.¹⁴⁶ Däremot är det mera tveksamt om det också innebär att den kommunala sektorn är mer *riskutsatt* än annan verksamhet. Det har helt enkelt varit forskningens utgångspunkt att undersöka korruption på kommunal nivå, inte att jämföra den med korruptionen på statlig nivå. Än mer tveksamt är det om *förekomsten* av korruption relativt sett är vanligare i kommuner än på andra håll. Till exempel har antalet anmälningar till Riksenheten mot korruption avseende anställda i kommunal sektor de senaste åren varit relativt konstant.¹⁴⁷

Konkurrensverket ser flera skäl till att kommunala upphandlingar kan vara mer riskutsatta än andra upphandlingar. Bland annat finns det oftare en geografisk närhet mellan upphandlare och leverantörer inom kommunerna i Sverige. Det kan därmed finnas större intresse av att gynna det lokala näringslivet i allmänhet, eller vänner och släktingar i synnerhet, genom tilldelning av avtal eftersom det finns fler personliga relationer mellan kommunala tjänstemän och leverantörer.¹⁴⁸

Men framför allt utförs en stor andel av den svenska offentliga verksamheten på kommunal nivå jämfört med andra länder.¹⁴⁹

Vi har konstaterat att offentliga upphandlingar i sig är ett riskområde, och en stor del av offentliga upphandlingar sker i

¹⁴⁶ Se bland annat Transparency International, *Korruption i kommuner och landsting* (2012); Andersson, Staffan (2002) *Corruption in Sweden: exploring danger zones and change*, s. 238-239; Statskontoret (2012:20); Erlingsson, Gissur ó och Linde, Jonas (2011) s. 12.

¹⁴⁷ Statskontoret (2012:20) s. 11.

¹⁴⁸ Brå (2010:9) s. 23, 49.

¹⁴⁹ Transparency International Sverige, *Korruption i kommuner och landsting* (2012) s. 11.

kommunal sektor. Därför är det viktigt att våra kommuner vidtar åtgärder för att motverka otillbörlig påverkan på den offentliga upphandlingsprocessen.

Kommunala bolag

I några undersökningar lyfts de kommunala bolagen fram som särskilt riskfyllda. Den kanske främsta anledningen till detta har bedömts vara att insynen i denna verksamhet i praktiken fungerar sämre än i den övriga kommunala förvaltningen.¹⁵⁰ I några fall har man också understrukit betydelsen av att många kommunala bolag verkar i branscher som framstår som särskilt riskutsatta.¹⁵¹ Samtidigt finns det tecken på att anställda i kommunala bolag är mindre riskmedvetna än andra anställda.¹⁵² Därför är det rimligt att anta att riskerna för korruption är störst inom kommunala bolag.

Olika risker under olika faser av en upphandling

De olika faserna av en upphandling är förknippade med olika sorters risker för otillbörlig påverkan. Riskerna för otillbörlig påverkan på den offentliga upphandlingen verkar vara större under de faser av upphandlingsprocessen som inte omfattas av upphandlingsreglerna, det vill säga den handläggning som föregår och följer på själva upphandlingsförfarandet. Detta gäller särskilt sådana upphandlingar som inte annonseras oavsett om direkttilldelning är tillåten eller inte. En genomgång av dessa risker finns i upphandlingsstödet *Att förebygga korruption i offentlig upphand-*

¹⁵⁰ Statskontoret (2012:20) s. 13; Transparency International Sverige, *Korruption i kommuner och landsting* s. 16; ESO (2013:2) s. 149f. För en förnämlig genomgång av reglerna för insyn i kommunala bolag se *Offentlig upphandling från eget företag? – och vissa andra frågor*, SOU 2011:43 s. 563–566.

¹⁵¹ Statskontoret (2012:20).

¹⁵² Statskontoret (2012:20) s. 11–13, 17–18.

ling. Det finns även andra vägledningar som går igenom olika risker under en upphandling och hur de effektivt kan motverkas.¹⁵³

2.2 Upphandlingsreglerna och korruption

En bättre efterlevnad av reglerna för offentliga upphandlingar lyfts i många rapporter fram som ett viktigt sätt att bekämpa korruption inom offentlig upphandling.¹⁵⁴ Därför finns anledning att titta närmare på hur upphandlingsreglerna motverkar korruption.

Hur upphandlingsreglerna motverkar korruption

De huvudsakliga syftena med EU:s upphandlingsdirektiv är att öppna upp upphandlingsmarknader för konkurrens och motverka att myndigheter favoriserar inhemska leverantörer vid tilldelning av kontrakt. Samtidigt fyller reglerna en viktig roll för att motverka korruption och andra former av otillbörlig favorisering och påverkan på flera sätt:¹⁵⁵

- Annonseringsskyldigheten.
- Vissa särskilda förfaranderegler.
- Effektiva rättsmedel.
- Uteslutning av leverantörer som dömts för brott.

¹⁵³ Se till exempel OECD (2009); United Nations (2008); Transparency International (2006).

¹⁵⁴ Statskontoret (2012:20) s. 45; Transparency International Sverige Strategi för perioden 2013 – 2015, 2013. Hämtad 2013-05-20 från <http://www.transparency-se.org/TI-Sverige-Strategi-2013-2015.pdf>.

¹⁵⁵ Se till exempel *Commission Staff Working Paper, Evaluation Report, Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, part 1, SEC(2011)853 final, s. 151.

Annonseringsskyldigheten

Den viktigaste regeln i upphandlingslagarna är *annonseringsskyldigheten* för offentliga kontrakt. Genom annonsering uppmärksammas leverantörer på att en upphandlande myndighet avser ingå ett avtal och att det därmed finns en affärsmöjlighet som de och deras konkurrenter har möjlighet att tävla om. Offentliggörande av avsikten att ingå offentliga kontrakt har också beskrivits som ett av de viktigaste sätten att motverka korruption i den offentliga upphandlingen.¹⁵⁶

Vissa särskilda förfaranderegler

Som exempel på andra förfaranderegler av betydelse för att förebygga korruption är bland annat att företrädare för den upphandlande myndigheten inte får ta del av innehållet i anbudens förrän anbudstiden löpt ut, att minst två personer ska närvara när anbudet öppnas samt att en anbudsgivare kan begära att en av handelskammare utsedd person ska närvara vid öppnandet.

Effektiva rättsmedel

Genom reglerna om överprövning kan leverantörer som anser att de lidit skada av överträdelser av upphandlingslagstiftningen få sina invändningar prövade i domstol. Detta innebär att en upphandlande myndighet, och särskilt de personer som varit deltagit i upphandlingen, måste räkna med att få handläggningen granskad av en utomstående instans. Detta gör det svårare att våga in andra än rent objektiva hänsyn vid tilldelningen av avtal.

¹⁵⁶ Transparency International (2006).

Uteslutning av leverantörer

Ett ytterligare sätt på vilket upphandlingsreglerna motverkar korruption är reglerna om uteslutning av leverantörer som dömts för brott eller på annat sätt visat bristande regelföljsamhet. Enligt 10 kap. 1 § LOU är den upphandlande myndigheten skyldig att utesluta leverantörer vars företrädare har dömts för vissa typer av mutbrott. Den främsta effekten av denna bestämmelse är förmodligen inte att en leverantör vars företrädare har gjort sig skyldiga till mutbrott utesluts från en enskild upphandling. Istället är det risken att uteslutas från framtida upphandlingar – teoretiskt sett i samtliga EU-länder – som bör ha en avhållande effekt på leverantörer som överväger att använda mutor som konkurrensmedel.

Otillåtna direktupphandlingar och korruption

Huvudregeln vid offentlig upphandling är att avtalet ska föregås av annonserad konkurrensutsättning enligt reglerna i LOU. I några särskilda situationer får den upphandlande myndigheten i stället använda direktupphandling som inte förutsätter annonsering. Detta gäller bland annat vid upphandlingar vars värde understiger direktupphandlingsgränsen eller om det av tekniska skäl endast finns en leverantör som kan tillhandahålla det som ska upphandlas.

Transparens i upphandlingsprocessen anses allmänt vara det bästa sättet att förebygga korruption.¹⁵⁷ Vid direktupphandling är graden av insyn normalt lägre än vid annonserad upphandling eller saknas helt. Inte heller finns samma möjlighet till överprövning av domstol, och direktupphandlingar genomförs normalt av långt fler

¹⁵⁷ Brå (2010:09) s. 36, Transparency International Sverige, *Etik och korruption i samhällsbyggnadssektorn* (2012) s. 20.

personer inom myndigheten än annonserade upphandlingar. Därför är det mycket viktigt att upphandlande myndigheter annonserar sina upphandlingar och generellt har bra rutiner för uppföljning och kontroll.¹⁵⁸ En strikt tillämpning av undantagen från annonseringsskyldigheten bör därför ur korruptionssynvinkel vara en prioriterad uppgift för myndigheter som utövar tillsyn över upphandlingsreglerna. Brott mot annonseringsskyldigheten betecknas av EU-domstolen som den allvarligaste formen av överträdelse av upphandlingslagstiftningen. Detta gäller både när myndigheter medvetet struntar i att annonsera sina upphandlingar (av till exempel resursbrist) eller vid åberopande av något av undantagen från annonseringsskyldigheten trots att situationen inte tillåter detta.

Otillåtna direktupphandlingar och upphandlingsskadeavgift

Det är en prioriterad uppgift för Konkurrensverket att i sin tillsyn fokusera på otillåtna direktupphandlingar. Konkurrensverket kan i allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet som genomfört en otillåten direktupphandling ska tvingas betala en sanktionsavgift (upphandlingsskadeavgift) som kan uppgå till tio miljoner kronor.¹⁵⁹ Ansvar för att upphandlingsreglerna följs vid tilldelning av upphandlingspliktiga avtal är strikt. Om en upphandlande myndighet direkttilldelar en leverantör ett avtal i strid med upphandlingsreglerna saknar det ur sanktionssynpunkt betydelse om de personer som deltagit i handläggningen av avtalet har agerat försumligt, i strid med interna regler eller påverkats på ett otillbörligt sätt av en leverantör. Även i ett sådant fall kan en upphandlande myndighet tvingas betala en upphandlingsskadeavgift på grund av otillåten direktupphandling. Det saknar också betydelse om den upphandlande myndighetens

¹⁵⁸ OECD (2009) s. 9-10.

¹⁵⁹ Se 17 kap. LOU.

ledning kände till eller borde ha känt till den aktuella överträdelsen. Detta understryker vikten av att upphandlande myndigheter genomgående utövar intern kontroll och vidtar alla nödvändiga åtgärder för att upphandlingsreglerna ska följas av myndigheten.¹⁶⁰ En sådan intern styrning och kontroll fyller en viktig funktion för att förebygga korruption i den offentliga upphandlingen.

Korruptionsrisker vid höjd direktupphandlingsgräns

Inom den offentliga upphandlingen har en diskussion förts under flera år om behovet av att förändra den beloppsgräns under vilken direktupphandling är tillåten. Den nyligen avslutade upphandlingsutredningen föreslår att gränsen för direktupphandling ska höjas till 600 000 kronor.¹⁶¹ Kritiker menar emellertid att detta kan öka risken för korruption.¹⁶²

Konkurrensverket har tillstyrkt utredningens förslag.¹⁶³ Det bör dock poängteras att en höjd direktupphandlingsgräns kan öka riskerna för otillbörlig påverkan på offentliga upphandlingar. Om direktupphandlingsgränsen höjs måste därför andra åtgärder mot korruption vidtas på nationell nivå och av de upphandlande myndigheterna. Upphandlingsutredningen har föreslagit att direktupphandlingar som överstiger 100 000 kronor skulle kunna omfattas av

¹⁶⁰ Bestämmelser om intern styrning och kontroll för myndigheter finns bland annat i 6 kap. 7 § kommunallagen samt förordningen (2007:603) om intern styrning och kontroll.

¹⁶¹ SOU 2013:12 s. 600.

¹⁶² Se till exempel Transparency International Sveriges remissyttrande avseende upphandlingsutredningens delbetänkande SOU 2011: 73.

¹⁶³ Konkurrensverkets yttrande över upphandlingsutredningens slutbetänkande, dnr 185/2013.

en särskild dokumentationsplikt.¹⁶⁴ Detta kan sägas ligga i linje med ett förslag om så kallad "expenditure tracking".¹⁶⁵

Konkurrensverket har i sitt tillsynsarbete uppmärksammat att det ofta saknas samlad kunskap inom myndigheter om vilka köp av varor och tjänster som är av samma slag. Vidare är det enligt Konkurrensverket angeläget att klargöra tillämpningen av de särskilda bestämmelser om beräkning av värdet av upphandlande avtal som finns i upphandlingslagstiftningen.¹⁶⁶ Många gånger ska nämligen värdet av olika inköp räknas samman vid bedömningen av värdet av en aktuell upphandling.¹⁶⁷ Sådana brister är även ett återkommande konstaterande i olika revisionsrapporter som avser myndigheters rutiner och regelefterlevnad vid inköp. Till exempel har Riksrevisionen kritiserat att statliga myndigheter inte följer upp om deras direktupphandlingar överstiger direktupphandlingsgränsen.¹⁶⁸ Av denna anledning är det viktigt att upphandlande myndigheter dokumenterar sina inköp på ett sådant sätt att det går att bedöma om värdet av flera inköp ska räknas samman. Till viss del kan även denna problematik åtgärdas genom bättre rutiner och avtalsuppföljning.

Regelefterlevnad ur ett medborgarperspektiv

Det bör också understrykas att negativa uppfattningar om offentliga institutioner och tjänstemäns motståndskraft mot korruption *i sig* är ett problem. Om offentliga institutioner uppfattas som alltmer korrupta så skadas tilltron till det demokratiska

¹⁶⁴ SOU 2013:12 s. 278–279.

¹⁶⁵ ESO (2013:2) s. 146–148.

¹⁶⁶ Se 3 kap. samt 15 kap. 3 a § LOU.

¹⁶⁷ Se 3 kap. 5, 9, 10, 12, och 13 §§ samt 15 kap. 3 a § tredje stycket LOU.

¹⁶⁸ Riksrevisionen, *Riksrevisorernas årliga rapport 2012* (2012) s. 23–24.

systemet, oavsett om uppfattningen är välgrundad eller inte.¹⁶⁹

Två forskare uttryckte det på följande sätt:

Oavsett om den faktiska korruptionen har ökat eller inte, är det centrala hur folk uppfattar problemets omfång och huruvida gemene man tror att korruption är ett samhällsproblem som blir allt mer utbrett. Det ligger nämligen till på följande sätt: Folk som uppfattar politiker och/eller offentliga tjänstemän som korrupta eller partiska, tenderar också att ha mindre tillit till politiska institutioner och det politiska systemet i allmänhet. Om man tror att de personer som är tillsatta för att på ett opartiskt sätt implementera politiska beslut fattade av det politiska systemet agerar just partiskt, inverkar detta på tilliten till hela det demokratiska systemet.¹⁷⁰

Enligt Konkurrensverkets erfarenhet har granskningen av offentliga upphandlingar ökat bland både medborgare och journalister.

I granskningarna tenderar upphandlingar som görs utan konkurrensutsättning enligt LOU att anklagas för korruption. Detta gäller oavsett om den enskilda upphandlingen strider mot upphandlingsreglerna eller inte. En slutsats är att myndigheter som missköter sina offentliga upphandlingar och genomför inköp i strid med upphandlingsreglerna riskerar att få sitt förtroende bland medborgarna skadat. I en nyligen publicerad rapport beskrivs detta på följande sätt:

Utöver den direkta besparingen, finns långsiktiga vinster av opartisk, konkurrensutsatt upphandling, som påverkar både ekonomins och demokratins funktionssätt. Om företag uppfattar att det säkraste sättet att få uppdrag av kommunen är att ha rätta kontakter snarare än att ha mest prisvärda produkter och tjänster, kommer de att jobba mer med att skaffa sig de rätta kontakterna och mindre med att förbättra sina produkter och tjänster. På lång sikt är dessa vinster sannolikt de största vinsterna av konkurrensutsatt upphandling. [...] För Sveriges del finns således risken att företag och medborgare i Sverige har uppfattat kommunala tjänstemäns och politikers tendens att runda LOU, och att detta bidrar till bilden av en byråkrati som inte fungerar opartiskt. Detta är särskilt problematiskt då det tycks ha konsekvenser för medborgarnas förtroende för demokratin [...].¹⁷¹

¹⁶⁹ ESO (2013:2) s. 12, 112–113, 118.

¹⁷⁰ Erlingsson – Linde (2011) s. 15.

¹⁷¹ ESO (2013:2) s. 142.

Upphandlarens viktiga roll

Om den offentliga upphandlingen utgör ett riskområde för korruption är det naturligt att även uppfatta rollen som upphandlare som en särskilt utsatt funktion avseende riskerna för otillbörlig påverkan. Upphandlare framstår emellertid generellt av flera anledningar som relativt motståndskraftiga mot olika former av otillbörlig påverkan. För det första har de ofta kunskaper om regelverket som genom sitt fokus på transparens och likabehandling verkar försvårande på möjligheterna att gynna en särskild leverantör.¹⁷² Vidare arbetar de ofta i projektteam eller grupper med delat ansvar där enskilda medarbetare har svårare att påverka tilldelningen av enskilda avtal. Dessutom handlägger upphandlare oftare annonserade upphandlingar än olika former av direktupphandlingar.

Upphandlare om korruptionsrisker

I Konkurrensverkets enkät har upphandlare bedömt risken för otillbörlig påverkan under olika faser och situationer under upphandlingsprocessen. Bedömningen gjordes på skalan "liten risk – viss risk – större risk". Nedan listas de olika situationerna i den ordning upphandlarna ansåg att det förelåg "större risk".

¹⁷² Kammarkollegiet, Upphandlingsstödet, *Att förebygga korruption i offentlig upphandling*, (2011:11) s. 5; Brå (2010:09) s. 35.

Tabell 2.1 Uppfattningar om korruptionsrisker – enkätutfall

Placering	Situation	Andel svar ”större risk”
1	Släkt- eller vänskapsband mellan anställda och anbudsgivare.	29 %
2	Användandet av konsulter som biträder den upphandlande myndigheten i upphandlingen.	21 %
3	Anställdas bisysslor.	20 %
4	Att anställda vid den upphandlande myndigheten tidigare har varit anställda hos någon av anbudsgivarna.	19 %
5	Under avtalstiden, till exempel genom påverkan på avropsberättigade i linjeorganisationen eller inför referenstagning för andra uppdrag.	19 %
6	Att anställda betraktar någon anbudsgivare som potentiell framtida arbetsgivare.	18 %
7	Vid förhandlingar med anbudsgivare.	14 %
8	Vid valet av om en ny upphandling ska annonseras eller om anskaffningsbehovet ska lösas på annat sätt t.ex. genom förlängning av befintliga avtal eller genom direktupphandling.	13 %
9	Under annonseringstiden, till exempel genom att anställd lämnar ut sekretessbelagd information till någon anbudsgivare.	12 %
10	Under förstudie/planeringsprocess och vid utarbetande av förfrågningsunderlag.	11 %
11	Vid anbudsutvärderingen.	8 %

Källa: Konkurrensverket och Sweco 2013.

I fritextsvaren som lämnades av upphandlarna framhölls särskilt behovet av utbildning inom organisationen: problem med beställare i organisationen som inte har kunskap om risker samt behovet och införandet av tydliga riktlinjer.

2.3 Jäv i offentlig upphandling

Det finns inga särskilda bestämmelser om jäv i den offentliga upphandlingen. Bestämmelser som reglerar jäv för offentligt anställda finns i förvaltningslagen och i kommunallagen.¹⁷³ Av bestämmelserna framgår att en handläggare inte ska handlägga ärenden om det finns något som kan skada förtroendet för handläggarens opartisk.

Jäv kan föreligga om det ärende som tjänstemannen handlägger angår tjänstemannen själv eller dennes närstående eller om det i finns någon särskild omständighet som är ägnad att rubba förtroendet till tjänstemannens opartiskhet. Frågan om jäv kan bli aktuell i offentlig upphandling i flera olika situationer:

- Släkt- eller vänskapsband mellan anställda vid den upphandlande myndigheten och leverantörer kan, särskilt på mindre orter, vara vanligt förekommande, och är inte i sig otillåtet eller i normalfallet ett problem.
- Upphandlare, beställare eller andra anställda som på grund av avtalsrelationen utvecklar en vänskapsrelation till anställda hos en leverantör.
- Tidigare anställda hos den upphandlande myndigheten som börjar arbeta hos en leverantör till myndigheten.
- Upphandlande myndigheter som anställer en person som tidigare arbetade hos en nuvarande eller framtida potentiell leverantör.

¹⁷³ Jäv regleras i 11 och 12 §§ förvaltningslagen (1986:223) och 6 kap. 24–27 §§ kommunallagen (1991:900).

Konkurrensverket vill understryka vikten av att upphandlande myndigheter på olika sätt uppmärksammar risker för jäv och skyndsamt utreder fall där jäv kan misstänkas. Vid prövningen av jävsvändningar bör myndigheterna försäkra sig om att myndigheten har en viss marginal till vad som är jäv i rättslig mening. Det är ett problem i sig ifall utomstående uppfattar myndighetens företrädare som partisk och detta gäller oavsett om en noggrann utredning leder till bedömningen att det inte föreligger jäv i det aktuella fallet. Vad gäller offentliga upphandlingar kan sådana misstankar föranleda anbudsgivare att ansöka om överprövning även om det är klart att det inte föreligger jäv i strikt rättslig mening. Vi har i denna rapport valt att särskilt belysa de tre situationer där upphandlare själva bedömde att det föreligger större risk för otillbörlig påverkan på den offentliga upphandlingen: *vänskapskorruption och svågerpolitik, bisysslor och användandet av konsulter.*

Svågerpolitik och vänskapsband

Det har på senare tid i forskning om korruption lyfts fram att olika former av favorisering och vänskapskorruption är ett betydligt större problem i Sverige än vad som hitintills uppmärksamrats. Utöver de källor som nämndes inledningsvis i detta kapitel kan tilläggas att i vår egen enkät beskrev upphandlare släkt- och vänskapsband som den största risken för korruption i offentlig upphandling. Sammantaget svarade 70 procent av upphandlarna att det fanns "viss" eller "stor" risk för detta. Enligt vår uppfattning leder dessa och andra källor till samma slutsats: mutor framstår som en

relativt ovanlig form av otillbörlig påverkan i Sverige medan vänskapskorruption och svågerpolitik tyvärr inte verkar vara det.¹⁷⁴

Vänskapskorruption är en typ av otillbörlig påverkan som det av olika anledningar är mycket svårt att motverka. Inte minst därför att det ofta är svårt för både arbetsgivare och utomstående som till exempel leverantörer att känna till olika släkt- och vänskapsband mellan företrädarna för en upphandlande myndighet och en leverantör. Det är också många gånger svårt att avgöra vilken inverkan sådana band kan ha på de anställdas opartiskhet. Vidare kan den lojalitet och vänskap som utvecklas mellan företrädarna för en upphandlande myndighet och en leverantör underlätta avtalsrelationen och därför många gånger upplevas som något positivt.

Bisysslor

Begreppet bisyssla omfattar all verksamhet som den enskilde arbetstagaren bedriver, avlönad eller oavlönad, vid sidan om den anställdes arbete, och som inte kan anses ligga inom privatlivets sfär. En etablerad arbetsrättslig princip är att arbetstagaren fritt förfogar över sin fritid. Det finns emellertid tre typer av bisysslor som kan vara otillåtna; *konkurrensbisysslor*, *arbetshindrande bisysslor* samt *förtroendeskadliga bisysslor*.¹⁷⁵ I denna rapport behandlar vi endast reglerna om förtroendeskadliga bisysslor.

¹⁷⁴ Till exempel bedömde Säkerhetspolisen i en hotbildsanalys 2012 att otillåten påverkan i form av korruption utgör ett relativt omfattande problem. I huvudsak rör det sig om vänskapskorruption och att indikation på ekonomisk ersättning endast finns i ett fåtal ärenden. Det bör påpekas att analysen inte rörde offentlig upphandling. Säkerhetspolisen, *Nationell hotbild, Den grova organiserade brottslighetens otillåtna påverkan på viktiga samhällsfunktioner* (2012).

¹⁷⁵ För en utförlig genomgång av reglerna om bisysslor se Arbetsgivarverket, *Bisysslor* (2012).

Regler om förtroendeskadlig bisyssla

Enligt 7 § lagen (1994:260) om offentlig anställning, LOA, får en arbetstagare inte ha någon anställning, något uppdrag eller utöva någon verksamhet som kan rubba förtroendet för arbetstagarens eller någon annan arbetstagares opartiskhet i arbetet eller skada arbetsgivarens anseende. Reglerna i LOA syftar till att bibehålla förtroendet för den offentliga verksamheten. Bestämmelser om det offentliga saklighet och opartiskhet finns även i 1 kap. 9 § regeringsformen och i 11–12 §§ förvaltningslagen. Genom en lagändring år 2001 gäller bestämmelserna om bisysslor även anställda i kommuner, landsting och kommunalförbund.

Bisyslans omfattning och beskaffenhet samt arbetstagarens typ av arbetsuppgifter ska vara av betydelse för om en bisyssla ska anses som otillåten. Bisysslor som ofta ligger i riskzonen för att bedömas som förtroendeskadliga är anställningar och uppdrag, däribland styrelseuppdrag i privata företag.¹⁷⁶ Särskild försiktighet bör iakttas när tjänstemannen genom sin anställning har arbetsuppgifter som innefattar bland annat upphandling eller förvaltning av egendom. I sådana fall bör endast en låg grad av risk för förtroendeskada accepteras. En samlad bedömning ska göras av samtliga omständigheter som kan ha betydelse för att bevara allmänhetens förtroende. Även risken för jäv och skada för förtroendet för myndigheten ska beaktas.

¹⁷⁶ Bisysseutredningen, *Offentligt anställdas bisysslor*, SOU 2000:80.

Regeringen har i ett beslut uttryckt detta på följande sätt:

För att en bisyssla ska anses otillåten enligt LOA är det inte nödvändigt att förtroendet hos allmänheten verkligen rubbas. Inte heller behöver det ha inträffat något speciellt som är ägnat att sätta allmänhetens tilltro på spel. Det räcker att förtroendet kan skadas på grund av bisysslans blotta existens.¹⁷⁷

Förfarandet vid prövning av bisysslor

Enligt LOA ska arbetsgivaren informera de anställda om vilka bisysslor som inte är tillåtna. Huvudregeln är att anställda på förfrågan från arbetsgivaren ska uppge och anmäla sina bisysslor. Om arbetsgivaren gör bedömningen att bisysslan är otillåten ska denne besluta att arbetstagaren ska upphöra med bisysslan. Beslutet ska vara skriftligt och ska motiveras.

Litet utrymme för bisysslor

Konkurrensverket anser att arbetstagare som har möjlighet att påverka inköpsprocessen endast bör ha begränsade möjligheter att bedriva bisysslor vid sidan av den ordinarie anställningen. Regelverket gäller inte bara för upphandlare eller övriga beslutsfattare. En arbetstagare kan exempelvis ha tillgång till uppgifter som inte är allmänt kända och som kan vara av kommersiellt intresse. Arbetstagaren kan även på andra sätt påverka en inköpsprocess, exempelvis indirekt genom att definiera verksamhetens behov och på så sätt styra uppdrag/inköp mot en viss leverantör.

Konkurrensverket anser att det är av stor vikt att offentliga arbetsgivare har rutiner och riktlinjer för hur regelbunden kontroll och uppföljning ska genomföras.

¹⁷⁷ Regeringsbeslut den 18 november 1982 ang. generaldirektörs bisyssla som ledamot i styrelsen för ett enskilt företag.

Konsulter, jäv och likabehandling

Ett särskilt riskområde för otillbörlig påverkan vid offentliga upphandlingar är användandet av externa konsulter vid både förstudier och under själva upphandlingsfasen.¹⁷⁸ Användandet av konsulter var det som av upphandlarna själva bedömdes medföra näst störst risker för otillbörlig påverkan på upphandlingsprocessen i Konkurrensverkets enkät. Naturligtvis ska även avtal om sådana konsulttjänster normalt upphandlas.

Konsulter kan anlitas för olika ändamål i samtliga faser av upphandlingsprocessen: som tekniska experter, för marknadsanalyser, för utarbetande eller kvalitetssäkring av förfrågningsunderlag eller tekniska specifikationer, som sakkunniga vid anbudsutvärderingen eller som resurskonsulter om den upphandlande myndighetens egna upphandlare inte hinner med den aktuella upphandlingen, för att nämna några vanliga fall. Även advokater som bistår den upphandlande myndigheten i olika faser av upphandlingsprocessen kan sägas utgöra konsulter.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Se t.ex. Priess, Hans-Joachim (2002), s. 153–171; Transparency International (2006) s. 32–34; Riksrevisionen, *Skydd mot mutor – Banverket*, granskningsrapport 2005:30; The World Bank, *Guidelines - Selection and Employment of Consultants* (2011) s. 4–7.

¹⁷⁹ Advokatbyråverksamhet är emellertid särreglerad genom Advokatsamfundets vägledande regler om god advokatsed som ställer relativt höga krav ifråga om intressekonflikter.

Konsulter utgör ofta ett nödvändigt komplement till myndighetens egen kompetens vad gäller såväl förstudier som vid formuleringen av förfrågningsunderlag och vid utvärderingen av anbudet. Men användandet av konsulter riskerar också att påverka upphandlingsprocessens integritet negativt på flera sätt:

- Konsulter kan ha affärsförbindelser med potentiella anbudsgivare som de ser fördelar med att gynna genom att anpassa utformningen av förfrågningsunderlaget, läcka information om den kommande upphandlingen eller påverka utvärderingen. Olika former av kopplingar mellan konsulter och leverantörer kan vara mycket svåra för den upphandlande myndigheten att bedöma effekterna av eller över huvud känna till.
- Ett särfall är när en konsult som genomfört en förstudie vill delta i den efterföljande upphandlingen. Konsulten erhåller i detta fall ofta konkurrensfördelar framför andra anbudsgivare, men kan också ha ett direkt intresse av att utforma kravspecifikationen och övriga förutsättningar i upphandlingen så att de gynnar det egna företaget eller missgynnar konkurrenter.
- Konsulter kan också känna sig friare i förhållande till upphandlingslagstiftningen och andra förfaranderegler än myndighetens egna anställda, till exempel vad gäller ställningstaganden till om förutsättningarna för direktupphandling föreligger eller när kravspecifikationer upprättas, samtidigt som konsultens bedömningar kan komma att påverka upphandlingen i samma utsträckning som myndighetens egna anställda.

Upphandlingsreglerna om konsulter

Varken upphandlingsdirektiven eller LOU reglerar specifikt hur en upphandlande myndighet kan eller får hantera problemen med konsultjäv. Men i åttonde beaktandesatsen i ingressen till direktiv 2004/18 står det:

Innan ett upphandlingsförfarande inleds får den upphandlande myndigheten genom en "teknisk dialog" söka eller godta råd som kan användas när specifikationerna utarbetas, dock under förutsättning att sådana råd inte leder till hinder för konkurrensen.

Med andra ord kan det bryta mot LOU om konsulter används för förstudier eller liknande, om detta hindrar konkurrensen i den upphandling i vilken studien är ett förberedande led. Däremot ger vare sig GPA (Världshandelsorganisationens avtal om offentlig upphandling), upphandlingsdirektiven eller LOU närmare besked om när användning av konsulter kan utgöra ett brott mot lika-behandlingsprincipen.

Men utkastet till nya upphandlingsdirektiv reglerar uttryckligen användandet av konsulter. Bland annat har upphandlande myndigheter rätt att använda konsulter för förstudier under förutsättning att deras råd inte snedvrider konkurrensen eller bryter mot principerna om icke-diskriminering och insyn.¹⁸⁰

Om en konsult som deltagit i det förberedande arbetet inför en upphandling också deltar som anbudsgivare påbjuder direktivutkastet att upphandlande myndigheter ska vidta lämpliga åtgärder för att se till att konkurrensen inte snedvrids till följd av att konsulten lämnar anbud. Konkurrensverket anser att de delar av de nya förslagen som rör möjligheterna till dialog inför en

¹⁸⁰ Artikel 39 i kommissionens förslag till nytt upphandlingsdirektiv.

upphandling samt konsultjäv närmast utgör en kodifiering av vad som redan anses gälla i dessa situationer.¹⁸¹

Särskilt om konsulter som anbudsgivare

Om den upphandlande myndigheten har använt konsulttjänster för att utföra en förstudie kan det därmed inträffa att konsulten vill vara anbudsgivare i den efterföljande upphandlingen. I detta avsnitt försöker Konkurrensverket ge hjälp att bedöma när det bör anses förenligt med likabehandlingsprincipen att konsulten tillåts delta i den efterföljande upphandlingen.

EU-domstolens avgörande i *Fabricom*

EU-domstolen har i en dom år 2005 tagit ställning till om det i nationell lagstiftning är möjligt att helt utesluta anbudsgivare som deltagit i förstudier och liknande inför en upphandling från att delta i den upphandling som förstudien syftar till (C-21/03 och C-34/03 *Fabricom*). Förbudet gällde även vissa till leverantören närstående anbudsgivare. Domstolen konstaterade att omständigheterna kan motivera att en anbudsgivare som utfört sådana förstudier särbehandlas i förhållande till andra anbudsgivare. En undantagslös regel som det var fråga om i målet tillåter emellertid inte att en anbudsgivare visar att denne inte erhåller någon otillbörlig fördel i den aktuella upphandlingen. En sådan regel går därmed utöver vad som krävs för att garantera likabehandling av anbudsgivare och strider därför mot upphandlingsdirektiven.

Domen bekräftar att upphandlingsdirektiven ger den upphandlande myndigheten möjlighet att utesluta anbudsgivare, som deltagit i förstudier, från den upphandling som förstudien syftar till.

¹⁸¹ Upphandlingsutredningen har kommit till samma slutsats, se SOU 2013:12 s. 244.

Om det föreligger grund för uteslutning måste emellertid prövas i varje enskild upphandling. Anbudsgivaren måste i dessa fall ges möjlighet att argumentera för att den inte erhåller någon otillbörlig konkurrensfördel i upphandlingen. Denna princip uttrycks också i förslaget till nya upphandlingsdirektiv. I de nya direktiven ska anbudssökande eller anbudsgivare, innan de utesluts, få möjlighet att bevisa att deras deltagande i förberedelserna av upphandlingen inte kan leda till att konkurrensen snedvrids.¹⁸²

Närmare om likabehandling av konsulter

Konkurrensverket anser att följande omständigheter kan vara av betydelse vid bedömningen av om en konsult som deltagit i en förstudie bör tillåtas delta i den efterföljande upphandlingen. Det bör dock understrykas att en bedömning måste göras i varje enskilt fall. Utgångspunkten vid denna bedömning bör vara att endast en konsult som genom sitt konsultuppdrag erhållit en *otillbörlig* konkurrensfördel ska uteslutas från den efterföljande upphandlingen.

Konkurrensfördel genom tidig information

En anbudsgivare som utfört en förstudie får ofta en konkurrensfördel genom att få kunskap om förutsättningarna för anbudsgivning före övriga anbudsgivare. Denna situation kan delvis jämföras med en befintlig leverantör som genom ett pågående avtalsförhållande med den upphandlande myndigheten har kännedom om förutsättningarna för anbudsgivning som når övriga anbudsgivare först när en annons eller ett förfrågningsunderlag publiceras. Men det är Konkurrensverkets uppfattning att det sällan är tillräckligt för att konsulten ska utelutas från upphandlingen.

¹⁸² Kommissionens förslag till nytt upphandlingsdirektiv, artikel 39a.

I vissa fall kan dock själva tidpunkten för erhållande av kunskaper om förutsättningar i upphandlingen vara avgörande för möjligheten att framgångsrikt delta i en upphandling. I sådana fall kan en konsult som medverkat i en förstudie komma i ett så gynnsamt läge att det i praktiken är svårt för någon annan att utforma ett konkurrenskraftigt anbud.¹⁸³ Detta kan vara fallet om genomförandet av det uppdrag som upphandlingen syftar till brådskar och myndigheten därför använder kortast möjliga tidsfrister för anbudsgivning, samtidigt som anbudena kräver ett omfattande arbete från leverantörerna. Detta talar för att konsulten i sådana här fall bör uteslutas från den efterföljande upphandlingen.

Omfattningen av förstudien

Om förstudien till övervägande del har syftat till att utreda eller inventera de faktiska förutsättningarna för upphandlingen erhåller konsulten en konkurrensfördel genom sina kunskaper om dessa förutsättningar. Konsulten får bland annat kännedom om förutsättningarna före andra anbudsgivare och behöver inte lägga samma resurser på att sätta sig in i upphandlingen. Men Konkurrensverket anser att det sällan finns skäl att utesluta konsulten från den efterföljande upphandlingen om resultatet av förstudien blir tillgängligt för samtliga potentiella anbudsgivare i så god tid att de får möjlighet att utarbeta konkurrenskraftiga anbud.

En särskild omständighet som kan ha betydelse vid bedömningen är vilka insikter konsulten får om den upphandlande myndighetens

¹⁸³ Se till exempel Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 2458-11. I domen konstaterade rätten att det i och för sig kunde förutsättas att det skulle gått snabbare för den leverantör som varit behjälplig med utformande av förfrågningsunderlaget att utarbeta sitt anbud i upphandlingen, men att det i det aktuella fallet inte visats att övriga leverantörer hade haft för kort tid på sig att förbereda sina anbud. Se även Förvaltningsrätten i Stockholms dom i mål nr 21159-12 där rätten bl.a. beaktat tidsaspekten för utarbetande av anbud i upphandlingen.

ekonomiska ramar för den efterföljande upphandlingen. Det är naturligtvis viktigt att samtliga anbudsgivare har tillgång till samma information vid utformningen av sina anbud eftersom det kan styra prissättningen av anbud.

Utformningen av den efterföljande upphandlingen

Även utformningen av den efterföljande upphandlingen kan påverka bedömningen. Om förstudien resulterar i en utförlig teknisk kravspecifikation inför den efterföljande upphandlingen kan det inte uteslutas att konsulten har utformat denna på ett för konsulten förmånligt sätt. Om å andra sidan upphandlingen genomförs som en funktionsupphandling, tillåter alternativa utföranden eller i övrigt ger anbudsgivare stora möjligheter att föreslå egna lösningar minskar risken att konsulten erhåller otillbörliga konkurrensfördelar.

Den upphandlande myndighetens förmåga att bedöma de specifikationer och övriga förslag som konsulten lägger fram vägs in i bedömningen. Om myndigheten till exempel saknar kompetens eller avsikt att självständigt pröva om de av konsulten föreslagna specifikationerna uppfyller kraven i 6 kap. LOU kan det tala för att konsulten bör uteslutas från den efterföljande upphandlingen.

Naturligtvis ska en leverantör som tillhandahållit konsulttjänster och därefter deltar i den efterföljande upphandlingen aldrig tillåtas påverka bedömningen av enskilda – konkurrerande – anbud eller anbudsgivare, till exempel genom att under anbudsutvärderingen tillfrågas om en viss föreslagen teknisk lösning uppfyller kraven i upphandlingen.

Klargör konsultens förutsättningar för att delta i upphandlingen

Om den upphandlande myndigheten anser att genomförandet av ett konsultuppdrag kan påverka konsultens förutsättningar att delta i den efterföljande upphandlingen bör konsulten få veta det innan konsultuppdraget påbörjas. Potentiella konsulter ges därmed en möjlighet att i princip välja om man vill utföra konsulttjänsten eller delta i den efterföljande upphandlingen. Om det är en lämplig åtgärd måste naturligtvis avgöras från fall till fall, och det går knappast att redan inför tilldelningen av konsultuppdraget neka leverantören av konsulttjänster från att delta i den efterföljande upphandlingen. Det handlar istället om att klargöra för konsulten att denne troligen inte kan tillåtas delta i den efterföljande upphandlingen, eftersom den upphandlande myndigheten anser att konsultuppdragets natur innebär brott mot likabehandlingsprincipen. Om konsultuppdraget ska upphandlas kan detta lämpligen klargöras i förfrågningsunderlaget inför denna upphandling.

Dokumentation av konsultuppdragets omfattning och innehåll

Eftersom den upphandlande myndigheten kan behöva uppvisa bevisning kring konsultuppdragets effekter på likabehandlingen av anbudsgivarna är det viktigt att myndigheten noggrant dokumenterar konsultens arbete ur ett likabehandlingsperspektiv. Denna dokumentation bör bland annat omfatta:

- Omfattningen av uppdraget till konsulten.
- Vilket arbete som faktiskt utfördes.
- Kontakter och informationsutbyte mellan konsulten och den upphandlande myndigheten.

- Vilken information om den kommande upphandlingen som konsulten har erhållit, särskilt vad gäller de ekonomiska ramarna för upphandlingen.¹⁸⁴

Ur transparensynpunkt är det naturligtvis viktigt att denna information också kommer potentiella anbudsgivare till del, till exempel genom att redovisas som bilaga till förfrågningsunderlaget. Enligt förslaget till nya upphandlingsdirektiv ska också andra leverantörer "informerats om utbytet av relevanta upplysningar inom ramen för eller till följd av att en anbudssökande eller en anbudsgivare har varit involverad i förberedelserna av upphandlingsförfarandet."¹⁸⁵

Allmänt om bevisbördan vid bedömning av konsultjäv

En ytterligare fråga är vem som har att visa att likabehandlingsprincipen upprätthålls genom att en konsult tillåts delta i den efterföljande upphandlingen. Situationen kan i princip vara en av följande:

- Den upphandlande myndigheten anser att konsulten inte kan delta i den efterföljande upphandlingen och utesluter konsulten från anbudsförfarandet. Konsulten begär överprövning av ställningstagandet och argumenterar för att det är förenligt med likabehandlingsprincipen att tillåta att denne deltar i upphandlingen.

¹⁸⁴ Se bland annat Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 6986-09. Se även SOU 2013:12 s. 238-240 om direktivförslaget i denna del.

¹⁸⁵ Kommissionens förslag till nytt upphandlingsdirektiv, artikel 39a.

- Den upphandlande myndigheten tillåter en konsult att delta i den efterföljande upphandlingen. En annan anbudsgivare ansöker om överprövning och menar att konsultens deltagande i upphandlingen inte är förenligt med lika-behandlingsprincipen.

I det sistnämnda fallet ska domstolen ge konsulten möjlighet att inträda som part i överprövningsprocessen.

EU-domstolen och bevisbördans placering

EU-domstolens uttalanden i *Fabricom* kan tolkas som att domstolen tar ställning för att det är konsulten som har bevisbördan för att det är förenligt med likabehandlingsprincipen att i den enskilda upphandlingen tillåta att konsulten deltar som anbudsgivare i den efterföljande upphandlingen.¹⁸⁶ Enligt Konkurrensverkets uppfattning har emellertid inte EU-domstolen uttalat sig om var bevisbördan ligger i denna situation. I stället bör domen tolkas som att nationell lagstiftning måste tillåta att bedömningar görs i enskilda fall och inte kategoriskt utesluta leverantörer som medverkat i förstudier. Bland annat talar principen om medlemsstaternas processuella autonomi för denna tolkning.¹⁸⁷ EU-domstolen får dessutom allmänt sett betraktas som skeptisk till nationell lagstiftning som inte tillåter att bedömningar görs i enskilda fall av förutsättningarna för att utesluta leverantörer eller förkasta anbud i upphandlingar som omfattas av upphandlingsdirektiven.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Se särskilt punkten 36 i domen.

¹⁸⁷ Det kan tilläggas att reaktionerna på kommissionens grönbok om modernisering av EU:s upphandlingsdirektiv kan sammanfattas som att intressenterna inte önskade enhetliga EU-regler på detta område, se kommissionens *Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy Towards a more efficient European Procurement Market, Synthesis of replies*, 2001, s. 17-18.

¹⁸⁸ Se till exempel 103/88 *Fratelli Costanzo* och C-76/81 *Transporoute*.

Domstolens uttalande bör även tolkas mot bakgrund av att det i målet var ett konsultföretag som väckt talan i den nationella domstolen och begärt att den aktuella nationella bestämmelsen ogiltigförklarades.

Bevisbördans placering enligt svensk rätt

I flera kammarrättsavgöranden förutsätts att det strider mot likabehandlingsprincipen om en anbudsgivare som genomfört en förstudie också tillåts delta i den efterföljande upphandlingen.¹⁸⁹ Enligt dessa domar ankommer det därför på den upphandlande myndigheten eller på den konsult som medverkat i en förstudie – beroende på situationen – att visa att det inte strider mot likabehandlingsprincipen att tillåta att konsulten deltar i den efterföljande upphandlingen.

Konkurrensverket anser att frågan om bevisbördans placering främst bör avgöras med utgångspunkt i vilken part som har bäst möjligheter att säkra bevisning kring frågan om konsultens tidigare medverkan i upphandlingen medför att konsulten kan tillåtas delta i den efterföljande upphandlingen. Konkurrensverket anser att det inte är självklart att bevisbördan placeras på den leverantör, som i ett överprövningsmål hävdar att en konkurrent som medverkat i en förstudie har erhållit sådana konkurrensfördelar att konkurrentens deltagande i den efterföljande upphandlingen strider mot likabehandlingsprincipen. En utomstående leverantör har sannolikt sämre utgångsläge än både den upphandlande myndigheten och konsulten att anföra bevis kring frågan om konsultens medverkan. Ett skäl är att sådan argumentation i många fall förutsätter ingå-

¹⁸⁹ Se band annat Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 3184 –3186-1995 och Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 6986-09.

ende kännedom om omständigheterna kring avtalet samt utförandet och resultatet av förstudien.

Andra åtgärder mot konsultjäv

I detta avsnitt beskriver vi några ytterligare åtgärder mot konsultjäv i offentlig upphandling.

Minskad användning av extern kompetens

Ett sätt att komma tillrätta med de risker som beskrivs i detta avsnitt är att myndigheterna ökar sin egen upphandlingskompetens i stället för att använda konsulter. Trafikverket har till exempel under senare tid erbjudit många tidigare konsulter anställning vid myndigheten.¹⁹⁰

Konkurrensverket konstaterar att det knappast är möjligt – eller ens önskvärt – att upphandlade myndigheter helt slutar förlita sig på extern kompetens i upphandlingssammanhang. Upphandlande myndigheter bör därför kontinuerligt kartlägga och analysera sitt behov av konsulter. Om kompetensen och resurserna för myndigheternas upphandlingsfunktioner ökar så borde behovet av externa konsulter minska och därmed även de risker för otillbörlig påverkan som användandet av konsulter medför.¹⁹¹

Dialog och "Requests for information" inför upphandlingar

Ett annat sätt att förebygga konsultjäv kan vara att den upphandlande myndigheten utreder förutsättningarna för att upphandlingen genomförs utan att anlita konsulter. Detta kan ske genom att

¹⁹⁰ Riksrevisionen (2013:2).

¹⁹¹ Se bland annat SOU 2013:12 s. 197f.

myndigheten genom dialog med branschorganisationer eller potentiella leverantörer utreder effekterna av vissa typer av krav. Ett lämpligt tillvägagångssätt kan vara att synpunkter inhämtas genom publicering så kallade "Requests for information", där myndigheten antingen frågar potentiella anbudsgivare om deras syn på effekterna av att vissa krav ställs eller på andra sätt inhämtar synpunkter på hur den aktuella upphandlingen bör genomföras.¹⁹²

Inköpssamverkan och specialisering

Ett annat sätt att minska risken för konsultjäv är att myndigheter samverkar genom inköpscentraler och samordnade upphandlingar. På så sätt kan den egna kompetensen om specifika upphandlingsmarknader stärkas.¹⁹³ Det kan i sin tur minska behovet av extern kompetens, samtidigt som myndighetens möjligheter att värdera och ifrågasätta konsulters slutsatser ökar. Det bör samtidigt framhållas att samordnade upphandlingar kan försvåra för småföretag att erhålla offentliga kontrakt om upphandlingarna görs alltför stora. Upphandlande myndigheter måste noggrant överväga hur upphandlingsverksamheten ska organiseras och bland annat beakta behovet av specialisering för att öka kvaliteten i offentliga upphandlingar.

2.4 Andra åtgärder mot korruption

Myndigheter kan motverka korruption genom en rad olika åtgärder. Vad gäller den offentliga upphandlingen vill vi särskilt lyfta fram följande åtgärder.

¹⁹² Se bland annat SOU 2013:12 s. 242 om vikten av satsa tid och resurser i inledningen av en upphandling.

¹⁹³ Se till exempel SOU 2013:12 s. 169.

Bättre nationell samverkan

Konkurrensverket anser att det behövs ökad nationell samverkan i frågor kring korruption. Denna uppfattning delas av andra myndigheter som kommit till samma slutsats. Till exempel har Statskontoret föreslagit att regeringen bör säkerställa att den kommunala sektorn arbetar mot korruption. Statskontoret har föreslagit att regeringen sluter en överenskommelse med Sveriges kommuner och landsting så att kommuner och landsting får stöd i arbetet med att skapa ett skydd mot korruption.¹⁹⁴ Riksrevisionen har avseende statliga myndigheters skydd mot korruption föreslagit att regeringen bör överväga att ge ett departement ansvaret att följa upp hur statlig förvaltning beaktar korruptionsfrågor.¹⁹⁵ Det kan även nämnas att i en undersökning år 2011 ansåg svenskarna generellt att arbetet mot korruption framför allt är en fråga för regeringen snarare än för rättsväsendet.¹⁹⁶

Konkurrensverket konstaterar att förutsättningarna för att framgångsrikt bedriva ett nationellt arbete mot korruption måste ta hänsyn till det svenska systemet med både självständiga statliga förvaltningsmyndigheter och ett långtgående kommunalt självstyre. Samtidigt bör någon statlig myndighet eller institution ges ett tydligt uppdrag att samordna samhällets förebyggande åtgärder mot korruption genom att bland annat verka för att kunskap från korruptionsforskningen omsätts i praktiska verktyg för myndigheter och andra offentliga organisationer. Det är också viktigt att

¹⁹⁴ Statskontoret (2012:20) s. 20 och 213.

¹⁹⁵ Riksrevisionen (2013:2) s. 64. I rapporten konstateras också att flera myndigheter efterlyser ett samarbete om korruption för att lära av varandra och få ett bättre skydd mot korruption, s. 56.

¹⁹⁶ Special Eurobarometer 374. De svarande fick ta ställning till vilka bland sju institutioners ansvar det är att förebygga och bekämpa korruption. 78 procent av de svenska svarande ansåg att detta är ett ansvar för regeringen ("national government").

detta arbete inte begränsas till att omfatta åtgärder mot mutbrott och andra straffrättsligt sanktionerade former av korruption.

Regeringen har nyligen gett tillkänna sin avsikt att ge Ekonomistyrningsverket i uppdrag att utveckla former för erfarenhetsutbyte mellan myndigheterna om åtgärder mot korruption.¹⁹⁷ Regeringen har ansett det viktigt att arbetet mot korruption i offentlig förvaltning utgår från en bred definition av vad som är korrupt beteende. Vidare har regeringen i detta sammanhang uttalat att den kommer att ägna fortsatt uppmärksamhet åt upphandlingsområdet. Tjänstemän i statliga och kommunala myndigheter med ansvar för upphandling befinner sig i en utsatt position. Det finns ett fortsatt behov av förbättringar inom upphandlingsområdet, vilket kan åstadkommas med hjälp av bland annat upphandlingsstödjande åtgärder.¹⁹⁸ Konkurrensverket konstaterar att de beskrivna åtgärderna ligger i linje med Konkurrensverkets förslag i denna del.

Gör skyddet mot korruption till en ledningsfråga

Både offentliga upphandlingar och korruptionsförebyggande arbete bör vara strategiska ledningsfrågor. Upphandlingsutredningen¹⁹⁹ har understrukt att kompetensen och statusen hos upphandlare måste höjas inom organisationerna för att belysa upphandlarnas strategiska roll. Det är inte förvånande att organisationsledningens inställning och uppträdande spelar en stor roll för vilka normer och vilken kultur som råder inom organisationen.²⁰⁰

¹⁹⁷ Regeringens skrivelse 2012/13:167 *Riksrevisionens rapport om statliga myndigheters skydd mot korruption*.

¹⁹⁸ Skrivelse 2012/13:167 s. 7.

¹⁹⁹ SOU 2013:12, kapitel 3.

²⁰⁰ Transparency International Sverige *Korruption i kommuner och landsting* (2012), s. 21–22.

Att implementera ett arbete mot korruption i en upphandlande myndighet är en ledningsfråga som bör genomsyra hela organisationens verksamhet. I flera av fritextsvaren i vår enkät nämnde upphandlare att arbete mot korruption bör utgå från ledningen och att informationen ska nå ut till hela organisationen. Ledningen måste också föregå med ett gott exempel.

Interna riktlinjer och utbildning

Två viktiga korruptionsförebyggande åtgärder är att höja kunskapsnivån om de risker som finns och tydliggöra var gränserna går i relationer med leverantörer. Behovet av riktlinjer har påtalats i olika rapporter.²⁰¹ I dessa understryks behovet av att dessa är relevanta för den aktuella verksamheten men också att riktlinjerna är förankrade på ledningsnivå och hålls levande. Behovet av tydliga riktlinjer och utbildning var ett återkommande tema i fritextsvaren i vår enkät.

Utformning av riktlinjer

Hur korruptionsförebyggande riktlinjer utformas i den enskilda organisationen avgörs bäst av organisationen själv. Däremot är det viktigt att särskilt upphandling och leverantörskontakter beaktas i sådana dokument. Konkurrensverkets anser att är det viktigt att riktlinjerna är *konkreta, integrerade, kända och levande*.

Konkreta

Riktlinjerna bör vara verksamhetsanpassade och klargöra vad som är lämpligt och olämpligt avseende gåvor och representation såsom

²⁰¹ ESO (2013:2) s. 148; Statskontoret (2012:20) s. 233; Brå (2007:21) s. 130–132; Transparency International (2006) s. 63.

deltagande i mässor. Vidare bör de klargöra att förutsättningarna för ett etiskt förhållande mellan anställda och leverantörer kan vara situationsberoende. Som exempel kan nämnas att det i Institutet mot mutors Näringslivskod är föreskrivet att det är helt otillåtet att erbjuda förmåner till anställda i offentliga organ som beslutar i pågående ärenden om offentlig upphandling rörande företaget.

Konkreta ställningstagande ökar de anställdas förståelse för riskerna i deras arbete men lägger samtidigt ansvaret i större utsträckning på ledningen att ta ställning till hur de anställda förväntas bete sig. Sådana ställningstaganden kan i sin tur utgöra ett stöd i utsatta situationer för de anställda som kan hänvisa till riktlinjerna vid kontakter med leverantörer.

Integrerade

Riktlinjerna bör ingå i introduktionsutbildningar kring angränsande frågor som bisysslor, offentlighet- och sekretess samt arbetsmiljö. De kan ingå som en del av myndighetens värdegrundsarbete och på så sätt ges utrymme i myndigheten. Vidare kan det i arbetsordningar eller andra styrdokument anges vem som ansvarar för att ta ställning till de anställdas bisysslor, samt vem i organisationen som ska godkänna inbjudningar att delta i evenemang. Riksrevisionen har till exempel rekommenderat att (de statliga) myndighetsledningarna bör säkerställa att korruptionsrelaterade frågor inkluderas i myndighetens arbete med etik och värdegrund.²⁰²

Kända

Det är viktigt att de interna riktlinjerna sprids i hela organisationen. Nyanställda ska informeras om riktlinjerna. Men även externa aktö-

²⁰² Riksrevisionen (2013:2) s. 64.

rer kan upplysas om riktlinjerna till exempel genom publicering på myndighetens hemsida eller genom att myndigheten informerar om dem vid möten med leverantörer.²⁰³ En fördel med sådan extern upplysning är att leverantörer kan avhålla sig från att erbjuda gåvor och inbjudningar som strider mot riktlinjerna. En annan fördel är att de anställda i mindre utsträckning själva behöver ta ställning till om en inbjudan kan accepteras eller inte.

Levande

Riktlinjerna bör hållas uppdaterade och det bör klart framgå vem som ansvarar för det. Det bör till exempel uttryckligen vara föreskrivet att uppdateringar ska ske återkommande med vissa angivna intervaller samt vid särskilda tillfällen, till exempel vid förändringar av inköpsrutiner.

Stöd vid framtagande av riktlinjer

Myndigheter kan ta hjälp av en rad olika dokument när de arbetar med att fram riktlinjer för mutor och jäv.

- Upphandlingsstödet har publicerat en vägledning om hur upphandlande myndigheter kan förebygga korruption i offentlig upphandling.²⁰⁴

²⁰³ Ett exempel på detta som Riksrevisionen lyft fram i sin granskning av statliga myndigheters skydd mot korruption är hur Trafikverket utöver sin uppförandekod avseende mutor, jäv och korruption även har infört en policy mot att ta emot gåvor. Inför jul och påsk har Trafikverket förmedlat detta externt och skrivit brev till sina leverantörer om att de uppmanar sina leverantörer till att inte ge några gåvor till anställda vid Trafikverket. *Statliga myndigheters skydd mot korruption*, (2013:2) s. 43.

²⁰⁴ Kammarkollegiet, Upphandlingsstödet (2011:11).

- Sveriges kommuner och landsting (SKL) har gett ut en vägledning för anställda i kommuner och landsting om mutor och jäv.²⁰⁵
- Institutet mot mutor har tagit fram den så kallade näringslivskoden för dessa frågor i näringslivet.²⁰⁶

Konkurrensverket anser också att ett ökat arbete med att dokumentera anställdas bisysslor i detta sammanhang kan göra att riskerna för jäv och intressekonflikter minskas.

Internkontroll och revision

Den kommunala revisionen har varit föremål för omfattande diskussion och utredning och det har kommit flera förslag på hur den bör förändras.²⁰⁷ Kärnan i denna kritik är revisionens bristande oberoende i förhållande till de personer och den verksamhet den är satt att granska. Men även vad gäller revisionen av statliga myndigheter har det förekommit kritik. Riksrevisionen har fört fram att det krävs ett förebyggande arbete mot korruption i statliga myndigheter och att revision inte kan upptäcka alla fall av korruption. Istället behövs flera olika komponenter för att arbeta mot korruption såsom riskanalyser, förebyggande åtgärder, system för rapportering och hantering av misstankar. Riksrevisionen har föreslagit att regeringen bör överväga ett tydligt krav på alla myndig-

²⁰⁵ Sveriges kommuner och landsting (SKL), *Om mutor och jäv – vägledning för anställda i kommuner, landsting och regioner* reviderad 2012-09-01.

²⁰⁶ Institutet mot mutor, *Kod om gåvor, belöningar och andra förmåner i näringslivet, "Näringslivskoden"* (2012).

²⁰⁷ ESO (2013:2) s. 15; Transparency International Sverige *Korruption i kommuner och landsting* (2012), s. 26–27; ESO, *Revisionen reviderad - en rapport om en kommunal angelägenhet* (2010:6); Statskontoret, *En mer oberoende kommunal revision* (2008:4).

heter att värdera risker för korruption och oegentligheter i sitt riskarbete som bör ligga till grund för vilka åtgärder som myndigheten sedan vidtar. Konkurrensverket instämmer i Riksrevisionens slutsats och understryker därtill vikten av att just riskerna i myndigheternas upphandling värderas.²⁰⁸

Statskontoret har konstaterat att den interna kontrollen omfattar granskning i efterhand och sällan omfattar riskerna för korruption.²⁰⁹ Även Riksrevisionen har kommit till en liknande slutsats.²¹⁰ Om revisionen inriktats på att granska att organisationen har fungerande riktlinjer och rutiner som också följs i praktiken kan den däremot *förebygga* korruption.²¹¹ Revisionen synes också på senare år allt oftare komma att granska att olika organisationer efterlever såväl lagar som interna rutiner för upphandling.²¹² Om organisationen tar till sig den kritik som framkommer i sådana granskningar kan revisionen förebygga korruption.

Hellre kontroll i förväg än revision i efterhand

Viktigare för att såväl förebygga som upptäcka korruption (liksom andra former av oegentligheter) är att ha en fungerande kontroll av såväl beställningar och avrop som attestering av fakturor. Riksrevisionen har till exempel uttalat att endast personer som har erhållit utbildning avseende LOU bör ha beställarbehörigheter.²¹³ Statskontoret har föreslagit att regeringen bör ta initiativ till att förtydliga kommunallagen så att det ännu tydligare framgår att kommuner och landsting ska säkerställa att deras verksamheter bedrivs enligt

²⁰⁸ Riksrevisionen (2013:2) s. 64.

²⁰⁹ Statskontoret (2012:20) s. 18–19, 187–188.

²¹⁰ Riksrevisionen (2013:2) s. 27.

²¹¹ Statskontoret (2012:20) s. 208.

²¹² Se till exempel Riksrevisionen, *Riksrevisorernas årliga rapport 2011* (2011).

²¹³ Riksrevisionen (2012) s. 24.

gällande rätt.²¹⁴ I fritextsvaren i vår enkät framkom att flera upphandlare upplever att styrning och kontroll är eftersatt.

En ytterligare omständighet som bör framhållas vad gäller offentliga upphandlingar är diskussionen om överprövningar och dess konsekvenser. Många upphandlande myndigheter upplever att överprövningen på flera sätt påverkar upphandlingsprocessen negativt.²¹⁵ Konkurrensverket anser att en bättre intern kontroll av efterlevnaden av upphandlingslagstiftningen inom upphandlande myndigheter skulle förebygga många fall av överprövning. Konsekvensen av bristande internkontroll av generell regelefterlevnad ersätts av kontroll genom domstolar och tillsynsmyndigheter av enskilda överträdelser.

Några viktiga kontrollfunktioner

Exakt vilka rutiner, processer och åtgärder som utgör god kontroll är svårt att generellt uttala sig om. Hur kontrollen bör utformas beror bland annat på myndighetens organisationer och vilka närmare risker som identifieras i verksamheterna. Några beprövade åtgärder kan emellertid nämnas:

Fyra-ögon principen

Viktiga handläggningsåtgärder och beslut bör involvera flera olika medarbetare. Att såväl den faktiska handläggningen som viktigare ställningstaganden involverar flera personer minskar risken för otillbörlig påverkan.²¹⁶ Annonserade upphandlingar involverar

²¹⁴ Statskontoret (2012:20) s. 231f.

²¹⁵ Se bl.a. SOU 2013:12 kapitel 5.

²¹⁶ Se till exempel Riksrevisionen, (2013:2) s. 33; OECD (2009) s. 34-35; Transparency International (2006) s. 44.

redan i dag i de flesta fall flera handläggare. Det bör emellertid understrykas att fyra-ögon-principen även bör användas vid direktupphandling, särskilt eftersom det är i sådana upphandlingar som riskerna för korruption är som störst.

Attestering av beställningar

Det är vanligt att interna rutiner kräver attestering av *fakturor* (det vill säga att fakturan godkänns för utbetalning av annan person). Men ur korruptions- och regelefterlevnadssynpunkt är det ännu viktigare att själva *beställningen* godkänns. När fakturan väl kommer in till myndigheten är det ofta mycket svårt, och många gånger för sent, att ta ställning till om beställningen gjorts i enlighet med gällande bestämmelser. Innan en beställning attesteras bör den härledas till ett visst (upphandlat) avtal eller också bör grunden för direkttilldelning utredas.

Avtalsuppföljning

Vikten av avtalsuppföljning har redan understrukits i olika sammanhang. Men en sådan uppföljning kan även minska risken för korruption i upphandlingsprocessen. Om det kan verifieras att den upphandlande myndigheten faktiskt har erhållit det som avtalats till det avtalade priset så minskar risken att pengar eller andra nytigheter avsedda för myndigheten otillbörligen kommer anställda till del.²¹⁷

²¹⁷ Transparency International (2006) s. 45.

Whistleblowing

Whistleblowing, även kallat visselblåsning, kan förstås som ofta anonyma tips om oegentligheter i en organisation.²¹⁸ Visselblåsning har uppmärksammats i Sverige under de senaste åren med anledning av att tips från anställda i flera fall har medfört att oegentligheter har kommit fram i ljuset. Med andra ord kan visselblåsare utgöra en viktig del i arbetet med att upptäcka korruption. För att anställda ska våga tipsa om oegentligheter i den egna organisationen kan det vara en god idé att tipsen om oegentligheter kan lämnas centralt i organisationen så att en eventuell utredning inte stannar inom den aktuella enheten. Flera myndigheter har funktioner där tips om oegentligheter inom organisationen kan lämnas. Exempelvis har Göteborgs stad infört en funktion som är placerad utanför organisationen och Sida införde under år 2012 en webbfunktion där anonyma tips kan lämnas.

En central målsättning med visselblåsning är att tipsare ska kunna erbjudas anonymitet. Transparency International Sverige har argumenterat för att Sverige bör införa ett rättsligt skydd för visselblåsare.²¹⁹ Vikten av skydd för visselblåsare har också uppmärksammats i olika rapporter.²²⁰ Regeringen har tillsatt en utredning för att utreda stärkt skydd för arbetstagare som slagit larm om oegentligheter.²²¹

²¹⁸ Transparency International Sverige, *Whistleblowing: förutsättningar och skydd för dem som slår larm om korruption och andra oegentligheter* (2012) s. 12-13.

²¹⁹ Transparency International Sverige, *Whistleblowing: förutsättningar och skydd för dem som slår larm om korruption och andra oegentligheter* (2012).

²²⁰ Charron N., Lapuente, V. och Rothhstein, B. (2011) *Korruption i Europa – En analys av samhällsstyrnings kvalitét på nationell och regional nivå bland EU:s medlemsstater*, SIEPS rapport 2011:5, Stockholm, s. 64; TCO; *Rätten att slå larm: En handbok om yttrandefriheten på jobbet – råd för whistleblowers* (2012).

²²¹ *Stärkt skydd för arbetstagare som slår larm*, dir. 2013:16.

Konkurrensverket ser positivt på ökade möjligheter att anonymt anmäla misstankar om oegentligheter. Ett skydd för visselblåsare är givetvis viktigt. Men det bör understrykas att en sådan funktion inte kan ersätta en öppen och levande dialog på arbetsplatsen kring etik och regelefterlevnad, och det är viktigt att kulturen i organisationen gör att anställda vågar slå larm. Vidare finns idag flera rättsliga och praktiska problem för fullt fungerande visselblåsning. Konkurrensverket emotser därför resultatet av regeringens pågående utredning, som ska vara slutförd i maj 2014.

Ett förstärkt upphandlingsstöd

En återkommande kritik mot den offentliga upphandlingen gäller upphandlingsreglernas komplexitet. Samtidigt finns ett omvitnat behov av kompetenshöjande och vägledande insatser av olika slag. Särskilt i kombination med bristande resurser för upphandlingsfunktionerna och dålig framförhållning kan detta påverka upphandlande myndigheters vilja att genomföra sina inköp i enlighet med upphandlingslagstiftningen. Det riskerar också att leda till en kultur där överträdelser av särskilt annonseringsskyldigheten inte ifrågasätts av kollegor eller interna kontrollfunktioner oavsett orsak. Detta riskerar i sin tur att öka riskerna för korruption i den offentliga upphandlingen.²²² Konkurrensverket vill i detta sammanhang även lyfta fram behovet av ett förstärkt upphandlingsstöd för att underlätta tillämpningen av regelverket.

²²² Transparency International Sverige, *Korruption i kommuner och landsting* (2012) s. 23.

3 Anbudskarteller och otillåtna anbudssamarbeten

Anbudsförfarande förekommer ofta såväl i samband med offentlig upphandling av varor och tjänster som privata beställningar från leverantörer. Anbudssamarbete, men även annat samarbete mellan konkurrerande leverantörer som innebär att priskonkurrensen mellan de samarbetande leverantörerna upphör eller snedvrids, omfattas i regel av förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:597). Vid denna typ av samarbeten finns en risk att den överenskomna prisnivån anpassas uppåt till en vinstmaximerande nivå som de deltagande företagen kan ta ut utan att tappa för mycket försäljning eller bli upptäckta. De effektiva företagen i samarbetet kan därigenom göra vinster som inte kommer konsumenterna till del i form av lägre priser. Att konsumenter och företag betalar mer än de borde för varor och tjänster utgör ett hot mot den samlade välfärden i ekonomin och har högsta prioritet för de flesta av världens konkurrensvårdande myndigheter.

I detta kapitel om vi inledningsvis att redogöra för konkurrenslagens förbud mot konkurrensbegränsande samarbeten. Därefter går vi igenom de problemområden vi identifierat. I nästföljande avsnitt behandlar vi olika åtgärder som en upphandlande myndighet kan vidta för att motverka risken för anbudskarteller i sina upphandlingar. Slutligen redogör vi för hur en upphandlande myndighet kan agera om man misstänker att anbudet i en upphandling har påverkats genom ett otillåtet konkurrensbegränsande samarbete.

3.1 Konkurrensreglerna om anbudssamarbeten

I 2 kap. 1 § konkurrenslagen är föreskrivet att avtal eller samordnade förfaranden mellan företag är förbjudna om de har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrider konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt eller om de ger ett sådant resultat.

Avtal mellan företag som ingår i samma ekonomiska enhet faller utanför förbudet i konkurrenslagen. Företag i samma ekonomiska enhet får alltså samarbeta vid upphandlingar. Det vanligaste exemplet på företag i samma ekonomiska enhet är företag som ingår i samma koncern. Avgörande för om företag bedöms ingå i samma ekonomiska enhet är vilken möjlighet företagen har att självständigt bestämma sitt agerande på marknaden. Om ett dotterbolag i praktiken helt självständigt och oberoende av moderbolaget kan styra över sitt agerande på marknaden så anses företagen inte ingå i samma ekonomiska enhet.

Det är inte ovanligt att leverantörer samverkar genom att lämna gemensamma anbud. Normalt förbjuder konkurrenslagen att konkurrerande leverantörer samarbetar. Men konkurrerande leverantörer som av olika skäl saknar kapacitet att lämna egna anbud får samarbeta, eftersom sådana samarbeten kan öka antalet anbud i upphandlingen och bidra till ökad konkurrens. Det är dock viktigt att samarbetet inte blir permanent. Att två konkurrerande leverantörer tillåts samarbeta i en upphandling betyder inte nödvändigtvis att det är tillåtet i nästa upphandling. En bedömning av om det är tillåtet att samarbeta i en upphandling måste göras i varje enskilt fall.

Anbudskartell eller osund strategisk anbudsgivning?

Till skillnad mot rena anbudskarteller och otillåtna anbudssamarbeten är så kallad osund strategisk anbudsgivning en förhållandevis sent uppmärksammas företeelse. Avsnittet bygger på en uppdragsforskningsrapport som framtagits på uppdrag av Konkurrensverket.²²³

Alla former av anbudsgivning är i någon mening strategisk. Att leverantörer försöker göra sitt anbud så konkurrenskraftigt som möjligt utifrån de förutsättningar som den upphandlande myndigheten har ställt upp i förfrågningsunderlaget är ett naturligt affärsmässigt beteende. Att leverantören utnyttjar eventuella brister i förfrågningsunderlaget i syfte att vinna upphandlingen är inte ett osunt beteende, så länge som leverantören inte anger något i sitt anbud som denne inte har för avsikt att leva upp till under avtals tiden.

Gränsdragning

Det bör framhållas att det inte finns något explicit förbud mot osund strategisk anbudsgivning. En leverantör som ägnar sig åt osund strategisk anbudsgivning enligt ovanstående definition överträder normalt inga lagar. Om det inte finns några avtalsvillkor som påbjuder eller förbjuder ett visst agerande under avtalstiden så innebär inte heller ett osunt strategiskt agerande något avtalsbrott. I den mån osund strategisk anbudsgivning är klandervärd är det alltså inte främst utifrån juridiska utgångspunkter, utan snarare utifrån från ett affärsetiskt perspektiv. Däremot kan ett agerande som ingår *som ett led* i osund strategisk anbudsgivning innebära en

²²³ Lundvall, Karl & Pedersen Kristian (2011) *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*; Konkurrensverket uppdragsforskningsrapport 2011:1.

lagöverträdelse. Exempelvis kan flera leverantörer som koordinerar sitt agerande i en upphandling innebära en överträdelse av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal eller samordnade förfaranden enligt 2 kap 1 § konkurrenslagen.²²⁴ Här ligger gränsdragningen mellan ett otillåtet konkurrensbegränsande samarbete och affärsetiskt klandervärd osund strategisk anbudsgivning.

Vikten av att motverka osund strategisk anbudsgivning

I syfte att spara offentliga medel kan anbud som påverkats av osunda strategiska överväganden framstå som kortsiktigt fördelaktiga för den upphandlande myndigheten. Men det är viktigt att det finns en strävan efter att motverka ett beteende som omfattar osunda överväganden, eftersom det föreligger en uppenbar risk för att kostnaderna ökar på lång sikt i form av försenade leveranser, ökad administration etc. Om en aktör väl har börjat tillämpa osund strategisk anbudsgivning så kanske inte övriga aktörer råd att avstå från att göra likadant. Man talar om att förfarandet har spridningseffekter.

En annan konsekvens är att de administrativa kostnaderna ökar till följd av överprövningar, avbrutna upphandlingar och bristfälliga leveranser. Vidare riskerar osund strategisk anbudsgivning att sätta konkurrensen genom minskad transparens. Mycket låga anbud, från i synnerhet mycket stora leverantörer, riskerar att på sikt slå ut mindre aktörer som inte har råd att ta de risker som mycket låga anbud är förknippade med.

²²⁴ Lundvall & Pedersen (2011) s. 38ff.

Relativa utvärderingsmodeller

Avslutningsvis bör understrykas att det finns omfattande kritik mot användandet av relativa utvärderingsmodeller i offentlig upphandling.²²⁵ Upphandlingsutredningen har nyligen uttalat att relativa utvärderingsmodeller är mycket bristfälliga och inte alls bör användas.²²⁶ Konkurrensverket delar i princip denna uppfattning.²²⁷ Konkurrensverket anser också att relativa utvärderingsmodeller som kan manipuleras genom osund strategisk anbudsgivning kan strida mot upphandlingsreglerna.²²⁸ Sammanfattningsvis kan valet av andra utvärderingsmodeller medföra att osund strategisk anbudsgivning i vissa fall kan undvikas.

För ytterligare information om hur upphandlande myndigheter kan motverka osund strategisk anbudsgivning hänvisar vi till uppdragsforskningsrapporten.

3.2 Upphandling – ett riskområde för anbudskarteller

Det finns flera skäl till att upphandlingar utgör ett riskområde för anbudskarteller. Upphandlingssituationen är väl avgränsad. Det gör att det på vissa marknader är lätt för företag att förutse vilka aktörer som sannolikt är mest intresserade av att lämna anbud i upphandlingen. Ett oseriöst företag som vill samarbeta på ett konkurrensbegränsande sätt i upphandlingen vet då vilka andra aktö-

²²⁵ Se till exempel Lunander, Anders (2009) *En logisk fälla – relativ poängsättning av pris vid anbudsutvärdering i offentlig upphandling*, Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2009:12.

²²⁶ SOU 2013:12, s. 141 och 152–154.

²²⁷ Konkurrensverkets remissyttrande över upphandlingsutredningens slutbetänkande, dnr 185/2013, s. 7.

²²⁸ Se Konkurrensverkets beslut dnr 616/2010.

rer det bör kontakta. Transparensen i upphandlingssituationen innebär också att företagen efter avslutad upphandling lätt kan skaffa sig kunskap om vilka andra aktörer som har lämnat anbud och på vilken nivå. På så sätt kan deltagarna i en anbudskartell följa upp och kontrollera vilka företag som har hållit sig till överenskommelsen. Många upphandlingar återkommer också med jämna mellanrum med liknande utformning. Oseriösa företag som har bildat en anbudskartell vet därför att de även på längre sikt kan tjäna på att inte bryta mot kartellöverenskommelsen.

Problembanscher

Det finns vissa typer av marknader där karteller lättare uppstår. Det rör framför allt marknader med

- få företag,
- homogena produkter,
- få nyttillträden,
- höga inträdesbarriärer eller
- låg innovationsgrad.

Upphandlares erfarenheter

Det finns vissa branscher som upphandlare och konkurrensmyndigheter ofta lyfter fram som särskilt problematiska från konkurrenssynpunkt. I vår enkät ställde vi frågan *"När jag har uppmärksammat tecken på konkurrensbegränsande samarbeten har detta varit inom följande typer av upphandlingar."*

Tabell 3.1 Erfarenheter av tecken på konkurrensbegränsande samarbeten – enkätutfall

Typ av upphandling ²²⁹	Procent
Bygg- och entreprenad	54 %
Transport- och flyttjänster	16 %
Städ	10 %
IT-konsulttjänster	9 %
Livsmedel	6 %
Vård- och omsorg	4 %
Bemanningsjänster	4 %
Tvätteritjänster	3 %
Drivmedel	2 %

Källa: Konkurrensverket och Sweco 2013.

Erfarenheterna stämmer ganska väl överens med Konkurrensverkets egna erfarenheter eftersom verket har haft anledning att utreda misstänkta karteller vad gäller de tre förstnämnda typerna av upphandling.

Okunskap om vad som kan utgöra en anbudskartell

I Konkurrensverkets enkätundersökning ombads upphandlarna att rangordna hur väl påståendet *"Jag har goda kunskaper i vad som kan utgöra tecken på konkurrensbegränsande samarbeten"* stämde in på

²²⁹ De svarande kunde vad gäller denna fråga utöver förvalsalternativ lämna fritextsvar.

Övriga typer av upphandlingar som upphandlare har uppgett utgjorde var och en mindre än två procent av inkomna svar och redovisas inte här.

dem. Endast 14 procent av upphandlarna instämde helt i påståendet. 64 procent instämde delvis och 22 procent instämde inte alls. Upphandlare efterfrågar förutom bättre information om hur man känner igen tecken också önskar bättre information om hur man förebygger och försvårar för anbudskarteller. De efterfrågar även bättre interna rutiner för hur man ska agera om man upptäcker tecken på en anbudskartell. Enkätresultatet stämmer väl överens med Konkurrensverkets bild från kontakter med upphandlare i samband med tipshantering, lagtillämpning och informationsinsatser.

Eftersom upphandlingar är ett riskområde för anbudskarteller har Konkurrensverket tagit fram informationsmaterial som stöd för upphandlare. Informationen syftar dels till att hjälpa upphandlare att upptäcka när de är utsatta för en kartell, dels att hjälpa dem att förebygga uppkomsten av anbudskarteller i sina upphandlingar.²³⁰ Det är också vanligt att Konkurrensverket besöker upphandlande myndigheter eller konferenser där upphandlare träffas och informerar om anbudskarteller och vikten av att motarbeta dem. Konkurrensverket tolkar enkätresultatet som att det är angeläget att fortsätta och även utvidga utbildningsinsatserna gentemot upphandlare och det informationsmaterial vi riktar till dem. Upphandlare är redan i dag Konkurrensverkets viktigaste tipsare. Om vi kan hjälpa upphandlare att bli ännu bättre på att tipsa oss kan det sannolikt ge konkreta resultat i form av att fler karteller kan upptäckas och lagföras.

²³⁰ Checklista "Tolv sätt att upptäcka anbudskarteller" och "Ärlighet ska löna sig!": Hämtat 2013-06-26 www.konkurrensverket.se/anbudskarteller

3.3 Åtgärder mot anbudskarteller

Det är sannolikt inte möjligt att som upphandlare helt freda sig från risken att bli utsatt för en anbudskartell. Det finns dock vissa åtgärder som upphandlare kan vidta för att minska risken.

Hur man förebygger anbudskarteller

Karteller är ofta svåra att avslöja och många gånger har skadan för den upphandlande myndigheten – och konkurrensen på den aktuella marknaden – redan uppkommit när kartellen väl är avslöjad, utredd och lagförd. Därför är det bättre att förebygga och försvåra för anbudskarteller än att försöka avslöja dem i efterhand. Många av de åtgärder som kan vidtas för att försvåra för anbudskarteller kan ha andra gynnsamma effekter för konkurrensen i upphandlingen, bland annat för små och medelstora företag. I vår enkät uppgav också 57 procent av upphandlarna att de vill ha bättre information och kunskaper om hur man förebygger och försvårar för anbudskarteller.

Åtgärder som kan vidtas för att förebygga och försvåra för anbudskarteller är bland andra:

Dela upp upphandlingar på avtalsområden

Risken för anbudskarteller minskar om det är möjligt att lämna anbud på delkontrakt. Undvik att ha samma antal delkontrakt som antalet företag som förväntas delta i upphandlingen, och sträva efter att delkontrakten blir olika mycket värda.

Undvik inskränkande beskrivningar

Undvik i möjligaste mån krav i upphandlingen som specificerar unika varor och tjänster som ett fåtal företag kan tillhandahålla. Om det bara är möjligt för få företag att delta i upphandlingen är det lättare för oseriösa aktörer att koordinera sina anbud. Det ligger även i linje med upphandlingsreglernas syfte att öppna upp för konkurrens och krav på likabehandling av anbudsgivare (se till exempel förbudet mot inskränkande tekniska specifikationer i 6 kap. 4 § LOU).

Intressera utländska leverantörer för upphandlingen

Upphandlaren kan försöka göra upphandlingen mer intressant för utländska leverantörer, exempelvis genom att skriva förfrågningsunderlag på engelska eller undvika krav som förutsätter kunskap om den svenska marknaden. Kartellöverenskommelser kan försvåras om en utländsk aktör träder in utan att de inhemska företagen har räknat med det.

Erfarenhetsutbyte och nätverkande

Det är alltid bra för upphandlare att nätverka och diskutera med andra upphandlare som upphandlar liknande produkter och tjänster. Ibland är det nämligen svårt att upptäcka tecken på kartellbildning i en enskild upphandling, och man behöver andra upphandlingar att jämföra med. Kraftiga prisökningar som inte har någon logisk förklaring är ett tecken på kartellbildning som är svårt att upptäcka om man bara tittar på en enskild upphandling. Det kan också vara svårt att i en enskild upphandling upptäcka om företag har valt att dela upp marknaden mellan sig genom att inte lämna anbud i "varandras" områden. Som upphandlare är det därför bra

att jämföra den aktuella upphandlingen med anbud i tidigare upphandlingar och med upphandlingar i andra geografiska områden.

Variera utformningen av återkommande upphandlingar

Ett annat sätt att förebygga anbudskarteller är att ändra upphandlingen när ett avtal löper ut, till exempel genom att ändra den geografiska omfattningen och villkoren. På så sätt försvårar upphandlaren för oseriösa företag att dela upp marknaden mellan sig.

Bättre upphandlingsstatistik

Statistiken om den offentliga upphandlingen i Sverige är i många avseenden undermålig.²³¹ En bättre upphandlingsstatistik kan bidra till att underlätta för både Konkurrensverket och upphandlande myndigheter att identifiera tecken på anbudskarteller. Statistik om bland annat anbudspriser kan användas vid ekonomiska analyser för att jämföra prisbilden i olika upphandlingar och uppmärksamma misstänkta likheter och skillnader.

Fördelar och risker med dialog

Dialog mellan upphandlande myndigheter och leverantörer inför en upphandling kan vara positivt från upphandlingssynpunkt, eftersom upphandlaren på så sätt kan förebygga riskerna för bristfälliga förfrågningsunderlag eller att upphandlingar genomförs på ett sätt som begränsar konkurrensen i onödan. Men upphandlare bör vara uppmärksamma på den förhöjda risken för kartellbildningar om konkurrenter bjuds in till möten inför upphandlingar. Om flera potentiellt konkurrerande anbudsgivare bjuds in till samma möte inför en enskild upphandling uppmärksammas dessa

²³¹ Se SOU 2013:12 s. 549 ff.

om vilka konkurrenter som är intresserade av att delta i upphandlingen. En sådan insikt kan underlätta identifieringen av eventuella kartellsamarbetspartner.

Gemensamma möten kan öka risken för kartellbildning även i situationer då anbudsgivarna redan har kunskap om vilka konkurrenter som också kommer att delta i en specifik upphandling. Detta eftersom leverantören kan använda mötet till att ta initiativ till att samordna sitt agerande i upphandlingen.

Enligt Konkurrensverket bör dialoger genomföras på ett sätt som motverkar att ovan beskrivna risker uppkommer, i första hand genom att den upphandlande myndigheten genomför separata möten med respektive leverantör. Den upphandlande myndigheten måste då särskilt säkerställa likabehandling av leverantörerna, exempelvis vid lämnande av information som kan vara av vikt för efterföljande anbudsgivning. Konkurrensverket anser därför att det är lämpligt att den upphandlande myndigheten dokumenterar dialogen i syfte att säkerställa att alla potentiella leverantörer får ta del av samma information.

Från kartellsynpunkt är det enligt Konkurrensverket bättre att en upphandlande myndighet regelbundet bjuder in till allmän dialog och informerar om myndighetens upphandlingar. Ett alternativ till möten kan också vara att använda leverantörsutvärderingar efter genomförda upphandlingar eller publiceringar av så kallade RFI (Requests for Information) så att upphandlaren får möjlighet att ta del av synpunkter från leverantörer.

Vägledning om hur man får samarbeta i upphandlingar

Att samverka i upphandlingar är ett sätt som ger småföretagare möjlighet att konkurrera om större kontrakt. Det bidrar i sin tur till

en bättre konkurrens. Men många företag upplever att det är svårt att avgöra när det är tillåtet att samarbeta och inte.

Konkurrensverket anser att det är viktigt att ge vägledning till företag om hur man kan samarbeta i upphandlingar utan att överträda konkurrenslagens förbud mot samarbeten som begränsar konkurrensen. Konkurrensverket har därför lanserat en interaktiv vägledning där företag kan få en övergripande bild av när ett samarbete är tillåtet eller inte. Vägledningen finns tillgänglig på Konkurrensverkets hemsida. Vägledningen informerar också om vad företag bör tänka på när de samarbetar. Även om vägledningen främst riktar sig till leverantörer kan den också vara användbar för upphandlare som är osäkra på var gränsen för samarbete mellan företag i en upphandling går.

Påminn om anbudskarteller i förfrågningsunderlaget

Upphandlare kan välja att signalera att det är viktigt att följa konkurrensreglerna genom att redan i förfrågningsunderlaget ange att anbudskarteller är förbjudna och att misstänkta karteller anmäls till Konkurrensverket. Konkurrensverket tror att en sådan skrivelse kan ha en preventiv effekt, eftersom det är vanligt att särskilt mindre företag har begränsad kunskap om konkurrensreglerna och därför kan behöva en påminnelse.

Hävning av avtal

Om det kommer till en upphandlande myndighets kännedom att en leverantör med vilken myndigheten har ett avtal har gjort sig skyldig till en överträdelse av konkurrenslagen genom att delta i en kartell, kan den upphandlande myndigheten ställas inför frågan om avtalsförhållandet med leverantören bör avslutas. Denna frågeställning bottnar bland annat i myndighetens ställning som företrädare

för det allmänna och att det inte är lämpligt att som sådan har affärsförhållanden där motparten inte efterlever gällande lagar. Konkurrensverket anser därför att upphandlande myndigheter i upphandlade avtal bör ta in en avtalsrättslig möjlighet att frånträda avtalet för det fall leverantören har gjort sig skyldig till överträdelse av konkurrenslagen. Sådana avtalsvillkor uppmärksammar leverantörer på konkurrenslagens förbud mot otillåtna konkurrensbegränsande samarbeten och bör även ha en avskräckande effekt.

Regeringen bör utreda "Certificate of Independent Bidding"

OECD rekommenderar att upphandlande myndigheter kräver att anbudsgivare undertecknar ett "Certificate of Independent Bidding" (intyg om oberoende anbudsgivning).²³² Ett sådant intyg kräver att en anbudsgivare undertecknar en skriftlig bekräftelse på att anbudet har lämnats oberoende av konkurrenter och att inget samråd, kommunikation, kontrakt, avtal eller överenskommelse med någon konkurrent har skett. Intyget syftar till att avskräcka anbudsmånpulation. En fördel är att det är lättare att bevisa att en anbudsgivare har haft kontakt med en konkurrent än att bevisa förekomsten av en kartell. Om det visar sig att anbudsgivaren har intygat oriktiga förhållanden kan den ha gjort sig skyldig till osant intygande eller någon annan överträdelse, vilket kan leda till straffrättsliga sanktioner.

Konkurrensverket anser att regeringen bör tillsätta en utredning i syfte att föreslå en sådan lagstiftning. Utredningen bör ta ställning till hur intyget i så fall bör utformas samt särskilt behandla frågan om de straffrättsliga konsekvenserna av att intyga oriktiga förhållanden vid anbudsgivning i offentliga upphandlingar. Vidare

²³² OECD, *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement – Helping governments to obtain best value for money* (2009), s. 8.

bör utredningen fastställa om en sådan regel bör placeras i upphandlingslagstiftningen, konkurrenslagen eller i något annat regelverk. I samband därmed bör även utredas som intyget bör utsträckas till att även omfatta andra typer av lagöverträdelser i samband med anbudsgivning eller utförandet av uppdraget, samt hur intyget förhåller sig till uteslutningsgrunderna i upphandlingslagstiftningen.

Tecken på anbudskarteller

Anbudskarteller kan vara väldigt svåra att upptäcka, men det är inte ovanligt att den som fuskar lämnar spår efter sig. Konkurrensverket har gett ut en checklista som stöd för upphandlare. Syftet är att öka chansen att upphandlare upptäcker när de är utsatta för en anbudskartell. Checklistan innehåller tolv misstänkta tecken:

1. Misstänkt höga priser?

Om priserna i samtliga eller de flesta anbud är väsentligt högre än anbuderna i tidigare upphandlingar, företagets publicerade prislistor eller den uppskattade kostnaden för varan eller tjänsten så kan det vara frågan om så kallade artighetsanbud. Det innebär att företag är med och lämnar anbud för syns skull, samtidigt som de har kommit överens om att ett visst företag ska vinna.

2. Misstänkt olika priser?

Om ett företag lämnar väsentligt högre anbud i vissa upphandlingar jämfört med andra, utan att det finns några uppenbara kostnadsskillnader som kan förklara prisskillnaden, så kan det betyda att företagen har bildat en anbudskartell. De kan då ha kommit

överens om vilket företag som ska vinna upphandlingen av en särskild produkt eller i ett visst geografiskt område.

3. Misstänkt stora prisskillnader?

Om skillnaden är oförklarligt stor mellan det vinnande anbudet och de andra anbudena kan det betyda att några företag i branschen har bildat en anbudskartell för att hålla prisnivån uppe. Det vinnande anbudet kommer från ett företag som inte ingår i anbudskartellen och därför lämnar ett betydligt lägre anbud än de som ingår i den.

4. Misstänkt lika priser?

Om flera företag lämnar anbud med identiska priser kan det innebära att de kommit överens om att försöka dela på kontraktet.

5. Misstänkt bojkott?

Om inga företag lämnar anbud vid en upphandling, kan det vara frågan om en samordnad bojkott för att påverka villkoren i upphandlingen. Det betyder att företagen har kommit överens om att avstå från att lämna anbud. Syftet med en samordnad bojkott kan till exempel vara att företagen som ingår i anbudskartellen ska kunna dela upp en viss marknad mellan sig.

Ett exempel på en sådan kollektiv anbudsbojkott var en upphandling som var utformad så att myndigheten skulle teckna kontrakt med endast en leverantör. Under anbudstiden kontaktade flera företag myndigheten och bad om ett möte för att diskutera villkoren i upphandlingen. Den upphandlande myndigheten meddelade att ett möte kunde äga rum först efter anbudstidens utgång. Inga anbud kom in i upphandlingen. När myndigheten efter anbudstidens utgång träffade företagen förklarade de att de inte klarade av

att lämna anbud på egen hand, utan att deras gemensamma krav var att samtliga skulle få teckna avtal till identiska priser, vilket också skedde.²³³

6. Misstänkt få anbud?

Om oförklarligt få leverantörer lämnar anbud kan det betyda att det finns en marknadsdelningskartell. Syftet med en marknadsdelningskartell är att undvika konkurrens, till exempel inom vissa geografiska områden. Leverantörer avstår då från att lämna anbud inom ett område för att någon annan ska vinna upphandlingen där. Ett annat exempel på marknadsdelning är när konkurrenter kommer överens om att vissa leverantörer bara ska lämna anbud i offentliga upphandlingar, medan andra bara lämnar anbud i privata upphandlingar.

7. Misstänkt lika anbud?

Om anbudet hänvisar till överenskommelser i branschen som kan påverka priset kan det betyda att företagen har kommit överens om att tillämpa till exempel gemensamma branschprislistor, förseningsavgifter eller andra försäljningsvillkor. Sådana överenskommelser leder till högre priser och är olagliga enligt konkurrensreglerna.

8. Misstänkt mönster?

Om samma företag vinner upphandlingen varje gång ett kontrakt ska förnyas, kan det betyda att företagen i branschen har delat upp marknaden mellan sig. Man bör vara uppmärksam på om det finns ett mönster, till exempel att samma företag alltid lägger det lägsta anbudet i en viss upphandling eller i ett visst geografiskt område.

²³³ Konkurrensverkets beslut dnr 20/2009.

Ett annat sätt att dela upp marknaden är att företagen lämnar det lägsta anbudet enligt en fast turordning. Ett exempel på en anbuds-kartell som uppvisade ett misstänkt mönster var asfaltkartellen: företagen hade fördelat upphandlingarna mellan sig så att exempelvis samma företag gick på gång tilläts vinna upphandlingar i en viss kommun. De företag som avstod från att lämna konkurrenskraftiga anbud kompenenserades på olika sätt av vinnaren, till exempel genom att få utföra underentreprenader eller genom att få ekonomisk ersättning.²³⁴

9. Misstänkt underleverantör?

Om ett företag som vunnit en upphandling anlitar underleverantörer som lämnade högre anbud i samma upphandling kan det tyda på en anbudskartell. Leverantörerna kan ha kommit överens om att vinnaren ska kompensera sina konkurrenter genom att använda dem som underleverantörer. Ett exempel på detta är en kartell som rörde upphandlingar av kraftledningsstolpar. Företagen kom bland annat överens om att det företag som vann upphandlingen skulle kompensera det förlorande företaget genom att köpa hälften av stolparna från detta företag.²³⁵

10. Misstänkt slarviga anbud?

Om endast det vinnande anbudet är grundligt och detaljrikt sammanställt, medan de övriga är mer slarvigt gjorda, kan det tyda på en anbudskartell. Detta gäller särskilt om anbudsgivaren normalt är omsorgsfull eller borde ha kompetens och resurser att utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Bara det vinnande företaget har då lagt ner resurser på att lämna ett väl genomarbetat anbud, medan de

²³⁴ Konkurrensverkets beslut dnr 800/2001 och beslut dnr 341/2003.

²³⁵ Konkurrensverkets beslut dnr 237/2007.

företag som medvetet förlorar upphandlingen inte har lagt ner tid och resurser på att sammanställa sina anbud.

11. Misstänkta formuleringar?

Om det finns konstigheter i de olika anbuden eller i de frågor som företagen ställer till upphandlaren under anbudstiden kan det tyda på att företagen har samordnat sig. Konstigheterna kan till exempel vara identiska formuleringar eller samma fel i kalkyleringen. De kan också ha använt samma brevpapper eller formulär.

12. Misstänkt gemensamt anbud?

Om ett gemensamt anbud lämnas av fler företag än vad som är nödvändigt för att utföra uppdraget kan det vara olagligt enligt konkurrensreglerna. Om ett företag kan lämna ett eget anbud i en upphandling är det generellt sett inte tillåtet att samarbeta med ett annat företag, även om det andra företaget inte kan lämna ett eget anbud.

Ett exempel på ett sådant fall är när ett antal transportörer lämnade gemensamma anbud i en upphandling av sjuktransporter. Domstolen konstaterade att det kan vara tillåtet för konkurrerande företag att samverka, till exempel om de var för sig saknar kapacitet eller ekonomiska resurser för att delta i en upphandling, men att inte fler företag än nödvändigt får delta i samarbetet. Vissa av företagen som ingick i samarbetet hade kunnat lämna egna anbud i upphandlingen. I den aktuella upphandlingen var det också möjligt att lämna anbud på en del av de efterfrågade transporterna. Det innebär att ytterligare några av de företag som ingick i upphandlingen hade kunnat delta på egen hand genom att lämna anbud

bara på en del av upphandlingen. Domstolen bedömde därför att samarbetet stred mot konkurrensreglerna.²³⁶

3.4 Hantering av misstankar om en anbudskartell

Konkurrensverket vill gärna att upphandlare kontaktar oss när de ser tecken på anbudskarteller i sina upphandlingar. Även en vag misstanke är av intresse. En upphandlare som känner sig osäker på om hon eller han är utsatt för en anbudskartell får gärna kontakta verket för en förutsättningslös diskussion.

En utredning av en misstänkt anbudskartell inleds ofta med att Konkurrensverket genomför en så kallad platsundersökning, dvs. ett oanmält besök på företagen för att leta efter bevis för den misstänkta överträdelsen. För att få genomföra en platsundersökning krävs ett beslut från Stockholms tingsrätt och för att få ett sådant ska det finnas anledning att anta att konkurrensreglerna har överträtts. Detta betyder att företagen fortfarande bara är misstänkta. Den fortsatta utredningen efter en platsundersökning kan ta flera månader och en eventuell domstolsprocess kan ta ytterligare tid.

En framgångsrik utredning av en anbudskartell förutsätter att företagen inte vet om att någon fattat misstankar mot dem. Därför vill Konkurrensverket inte upphandlare nämner något om sina misstankar i kontakten med företagen. Dessvärre angav 21 procent av upphandlarna i Konkurrensverkets enkät att de kontaktat anbudsgivarna om sina misstankar när de sett tecken på kon-

²³⁶ Marknadsdomstolens dom i mål nr 2000:26.

kurrensbegränsande samarbeten.²³⁷ Om en upphandlare kontaktar de misstänkta leverantörerna får företagen chans att sopa igen spårren efter sig. Kanske kan företagen också fortsätta sitt konkurrensbegränsande samarbete i en annan upphandling. Konkurrensverket önskar därför att upphandlarna kontaktar verket så tidigt som möjligt och inte röjer sina misstankar för anbudsgivarna.

Konkurrensverkets handläggning av kartellmisstankar

Om en upphandlare tipsar Konkurrensverket under en pågående upphandling kommer Konkurrensverket inte att råda upphandlaren att avbryta upphandlingen. Ett sådant beslut är helt upp till den upphandlande myndigheten. När ett tips kommer in om en pågående upphandling väljer Konkurrensverket ofta att avvakta med att påbörja utredningen tills upphandlingen är avslutad. Men bedömningen kan skilja sig åt utifrån vad Konkurrensverket bedömer vara lämpligt i varje enskilt fall.

Anbudssekretess och kontakter med Konkurrensverket

Under en upphandling gäller absolut sekretess för uppgifter som rör anbudet.²³⁸ Den absoluta anbudssekretessen upphör att gälla när anbudet har offentliggjorts, när leverantör och anbud har valts eller när ärendet dessförinnan har avslutats. Den absoluta anbudssekretessen överförs till Konkurrensverket för uppgifter som verket får in och som fortfarande omfattas av absolut anbudssekretess hos den upphandlande myndigheten.²³⁹ Upphandlande myndigheter

²³⁷ Frågan löd "Vilka åtgärder har du vidtagit om du uppmärksammat tecken på konkurrensbegränsande samarbeten?" och svarsalternativet var "Jag kontaktade anbudsgivaren/anbudsgivarna och frågade om de samarbetat kring sina anbud i upphandlingen."

²³⁸ 19 kap. 3 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) – OSL.

²³⁹ 11 kap. 1 § OSL jämförd med 19 kap. 3 § OSL.

har också rätt att lämna sådana uppgifter till Konkurrensverket trots sekretessen.²⁴⁰

Konkurrensverket har även rätt att lämna ut uppgifter om anbud till tingsrätten i samband med en ansökan om platsundersökning. Men den absoluta anbudsssekretessen överförs inte till tingsrätten i samband med en sådan ansökan. I stället gäller utredningssekretess hos både Konkurrensverket och tingsrätten.²⁴¹

När får man avbryta en upphandling?

En upphandlande myndighet kan behöva överväga att avbryta upphandlingen om myndigheten misstänker att en eller flera av anbudsgivarna i en pågående upphandling ingår i en anbudskartell. En upphandlande myndighet får bara avbryta en pågående upphandling om det finns *sakliga skäl* för detta. Ett sådant beslut måste tillkännages och kan överprövas.²⁴² Förutsättningarna för när en upphandling får avslutas har prövats av EU-domstolen och i svensk rättspraxis.

Av EU-domstolens praxis framgår att beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållna undantagssituationer eller endast då det finns tungt vägande skäl. Vidare har uttalats att en förutsättning för ett beslut att avbryta en upphandling är att den upphandlande myndigheten följer de grundläggande reglerna i fördraget i allmän-

²⁴⁰ 10 kap. 27 § OSL.

²⁴¹ 17 kap. 3 § OSL.

²⁴² 9 kap. 9 § 2 st. LOU.

het.²⁴³ Av praxis följer också att en upphandlande myndighet inte är skyldig att fullfölja en påbörjad upphandling.²⁴⁴

Högsta förvaltningsdomstolen har bland annat uttalat att det föreligger sakliga skäl att avbryta en upphandling på grund av *bristande konkurrens* i en situation där det endast ett lämpligt anbud har återstått.²⁴⁵ Vidare har flera kammarrätter bedömt att den upphandlande myndigheten haft saklig grund att avbryta en upphandling om endast ett eller inget anbud kvarstått, vilket innebär att den konkurrens som fanns på marknaden inte kunde utnyttjas.²⁴⁶ Detta resonemang har även tillämpats i ett fall där endast två lämpliga anbud återstod i en upphandling där två anbud skulle antas.²⁴⁷

Högsta förvaltningsdomstolen har bedömt att det funnits förutsättningar för att avbryta en upphandling på grund av att den upphandlande myndighetens budget skulle komma att överskridas. I målet var samtliga återstående anbud *väsentligt* högre än vad kommunens budget tillät.²⁴⁸

Konkurrensverket anser att ovanstående resonemang även bör kunna tillämpas i en situation när en upphandlare fattar misstankar om otillåtna kartellsamarbeten som medfört att konkurrensen på marknaden satts ur spel och priserna pressats upp. Det har förekommit att upphandlare har valt att avbryta en upphandling med stöd av beslutet från Stockholms tingsrätt, som ger Konkurrensverket rätt att genomföra en platsundersökning. Men detta har

²⁴³ C-92/00, HI, punkt 40 och 47.

²⁴⁴ C-92-00, HI, punkt 4 samt RÅ 2008 ref. 35.

²⁴⁵ Se RÅ 2008 ref. 35.

²⁴⁶ Se Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 3226-08.

²⁴⁷ Se Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 7661-08.

²⁴⁸ RÅ 2009 ref. 43, se även C-244/02 *Kauppatalo Hansel*.

ännu inte prövats i domstol, och det är därför oklart vilket handlingsutrymme den upphandlande myndigheten har i det skedet. Men det går inte att meddela ett beslut om att avbryta en pågående upphandling innan Konkurrensverket har påbörjat en eventuell platsundersökning.

Uteslutning av leverantörer som deltagit i karteller

En dom eller ett godkänt avgiftsföreläggande avseende deltagande i en anbudskartell kan betraktas som ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som kan medföra uteslutning enligt 10 kap. 2 § första stycket 4 punkten LOU.²⁴⁹ Det är däremot tveksamt om det går att utesluta en eller flera anbudsgivare från en pågående upphandling utifrån misstankar om att de deltagit i ett otillåtet samarbete.²⁵⁰ Eftersom en utredning av en misstänkt anbudskartell i de flesta fall kräver omfattande ekonomisk och juridisk analys som tar lång tid så är det Konkurrensverkets uppfattning att det är svårt att utesluta en anbudsgivare under pågående upphandling baserat på misstankar om sådant samarbete. Men Konkurrensverket noterar att det i kommissionens förslag till nya upphandlingsdirektiv har angetts att det kan föreligga grund för uteslutning om *"den upphandlande myndigheten kan styrka att det finns rimliga indikationer på att den ekonomiska aktören har ingått överenskommelser med andra ekonomiska aktörer som syftar till att snedvrída konkurrensen."*²⁵¹

²⁴⁹ Se t.ex. Förvaltningsrätten i Uppsalas dom i mål nr 5916-12.

²⁵⁰ Avseende de tidigare upphandlingsdirektiven har emellertid uttalats att *"tenders the prices of which are manifestly not the result of competitive bidding"* kan vara att betrakta som ogiltiga och således förkastas. Se European Commission, *Guide to the Community Rules on Public Procurement of Services, Directive 92/520/EEC*, s. 21 fotnot 54.

²⁵¹ Artikel 55:3d.

Referenser

Offentligt tryck

Kommittédirektiv

Kommittédirektiv 2010:86 *Utvärdering av upphandlingsregelverket och översyn av upphandlingsstatistiken*

Kommittédirektiv 2012:92 *Utstationering på svensk arbetsmarknad*

Kommittédirektiv 2012:96 *Genomförande av EU:s direktiv om offentlig upphandling, upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt tilldelning av koncessioner*

Kommittédirektiv 2012:105 *En kommunallag för framtiden*

Kommittédirektiv 2013:16 *Stärkt skydd för arbetstagare som slår larm*

SOU

SOU 2000:80 *Bisyssleutredningen, Offentligt anställdas bisysslor*

SOU 1997:111 *Branschsaneringsutredningen, Branschsanering och andra metoder mot ekobrott – Huvudbetänkande*

SOU 2011:5 *Bemanningsutredningen, Bemanningsdirektivets genomförande i Sverige – Betänkande*

SOU 2011:43 *OFUKI-utredningen, Offentlig upphandling från eget företag? – och vissa andra frågor*

SOU 2013:12 *Upphandlingsutredningen, Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling*

Propositioner

Prop. 2004/05:85 *Ny aktiebolagslag*

Prop. 2006/07:128 *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster*

Prop. 2009/10:180 *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet*

Prop. 2010/11:165 *Skatteförfarandet*

Prop. 2011/12:178 *Lag om uthyrning av arbetstagare*

Prop. 2012/13:71 *Anmälningsskyldighet vid utstationering*

Prop. 2012/13:84 *Olagligt statsstöd*

Prop. 2012/13:125 *Genomförande av direktivet om sanktioner mot arbetsgivare*

Regeringens skrivelser

Regeringens skrivelse 2012/13:167 Riksrevisionens rapport om statliga myndigheters skydd mot korruption.

Utskottsbetänkanden

Arbetsmarknadsutskottets betänkande 2010/11:AU3, *En förnyad arbetsmiljöpolitik med en nationell handlingsplan 2010–2015*

Arbetsmarknadsutskottets betänkande 2012/13:AU5, *Lag om uthyrning av arbetstagare m.m.*

Arbetsmarknadsutskottets betänkande 2012/13:AU9, *Anmälningsskyldighet vid utstationering*

Näringsutskottets betänkande 2012/13:NU19, *Olagligt statsstöd*

Trafikutskottets betänkande 2012/13:TU16, Yrkestrafik- och taxifrågor

Riksdagsskrivelser

Riksdagsskrivelse 2012/13:53

Riksdagsskrivelse 2012/13:249

Material från Europeiska Unionen

Direktiv

Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster

Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling

Material från Europeiska kommissionen

European Commission, *Evaluation Report, Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, part 1, SEC (2011) 853 final

European Commission, *Guide to the Community Rules on Public Procurement of Services, Directive 92/520/EEC*

European Commission, *Guide to the Community Rules on Public Supply Contracts, Directive 93/36/EEC*

European Commission, *Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy. Towards a more efficient European Procurement Market, Synthesis of replies*

European Commission, Special EU-barometer 374, *Corruption Report* (2012)

Kommissionens förordning (EG) nr 800/2008 av den 6 augusti 2008 genom vilken vissa kategorier av stöd förklaras förenliga med den gemensamma marknaden enligt artiklarna 87 och 88 i fördraget (allmän gruppundantagsförordning).

Kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om genomförande av direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster KOM (2012) 131 slutlig

Förslag till nytt klassiska direktiv, 2011/0438 (COD), 16725/1/12 REV 1

Förslag till reviderat försörjningsdirektiv, 2011/0439 (COD), 16729/1/12

Litteratur

Ahlberg, Kerstin & Bruun, Niklas (2010) *Upphandling och arbete i EU*, SIEPS rapport 2010:3

Almega (2008) *Svart och vitt – Hur upptäcker jag ett oseriöst företag?*

Almega (2012) *Branschrappport 2012 – Fakta och utveckling för städ- och serviceentreprenadbranschen*

Andersson, Staffan (2002) *Corruption in Sweden – Exploring danger zones and change*. Umeå: Umeå universitet.

Arbetarrörelsens tankesmedja (2012) *Verkligheten på spåret – Rapport om villkoren för anställda och resenärer i Stockholms tunnelbana*, rapport nr 42/2012

Arbetsgivarverket (2012) *Bisysslor*

Arbetsmiljöverket (2012) *Förstudie kring det fortsatta arbetet med utländska företag och arbetstagare – Projektrapport*, 2012:5

Arrowsmith, Sue (2005) *The law of public and utilities procurement*, 2. ed. London: Sweet & Maxwell.

Bergman, Mats (2008) *Offentlig upphandling och offentliga inköp – Omfattning och sammansättning*, forskningsrapport skriven på uppdrag av Konkurrensverket

Brottsförebyggande rådet, Brå (2007) *Fina fasader med fixade fakturor – Kriminella entreprenader i byggbranschen*, 2007:18

Brottsförebyggande rådet, Brå (2007) *Korruptionens struktur i Sverige – "Den korrupte upphandlaren" och andra fall om mutor, bestickning och maktmissbruk*, 2007:21

Brottsförebyggande rådet, Brå (2010) *Karteller och korruption – Otillåten påverkan mot offentlig upphandling*, 2010:9

Brottsförebyggande rådet, Brå (2011) *Storskaliga skattebrott – en kartläggning av skattebrottslingens kostnader*, 2011:7

Brottsförebyggande rådet, Brå (2011) *Bekämpning av organiserad brottslighet – Utvärdering av den myndighetsgemensamma satsningen mot grov organiserad brottslighet*, 2011:20

Charron N., Lapuente, V. och Rothhstein, B. (2011) *Korruption i Europa – En analys av samhällsstyrnings kvalitet på nationell och regional nivå bland EU:s medlemsstater*, SIEPS rapport 2011:5

Ekobrottsmyndigheten, EBM (2007) *Rapport om den ekonomiska brottsligheten*

Ekobrottsmyndigheten, EBM (2010) *Rapport om den ekonomiska brottsligheten*

Ekobrottsmyndigheten, EBM (2012) *Ekobrottsmyndighetens underrättelsebild 2012 – extern version*

Erlingsson, Gissur Ó och Linde, Jonas (2011) Det svenska korruptionsproblemet, *Ekonomisk debatt*, årgång 38 nr 8, s. 5–18.

Expertgruppen för studier i offentlig ekonomi, ESO (1999) *Hederlighetens pris. En ESO-rapport om korruption*

Expertgruppen för studier i offentlig ekonomi, ESO (2013) *Allmän nytta eller egen vinning? En ESO-rapport om korruption på svenska*, 2013:2

Faktapromemoria 2011/12:FPM135, Direktiv om genomförande av utstationeringsdirektivet. Arbetsmarknadsdepartementet

Falk, Jan-Erik (2011) *Lag om offentlig upphandling: en kommentar*, 2. uppl. Stockholm: Jure.

Kammarkollegiet, Upphandlingsstödet (2011) *Att förebygga korruption i offentlig upphandling*, 2011:11

Konkurrensverket, *Tolv sätt att upptäcka anbudskarteller*

Konkurrensverket, *Ärlighet ska löna sig!*

Konkurrensverkets ansökan om stämning avseende konkurrensskadeavgift, dnr 341/2003

Konkurrensverkets föreläggande om konkurrensskadeavgift, dnr 20/2009

Konkurrensverkets föreläggande om konkurrensskadeavgift,
dnr 237/2007

Konkurrensverkets yttrande till Kammarrätten i Göteborg,
dnr 616/2010

Konkurrensverkets yttrande till Förvaltningsrätten i Göteborg,
dnr 83/2013

Konkurrensverkets remissyttrande över upphandlingsutredningens
slutbetänkande, dnr 185/2013

Konkurrensverket (2012) *Siffror och fakta om offentlig upphandling –
Statistik om upphandlingar som genomförts under 2011, 2012*:16

LO (2010) *När arbetskraftskostnaderna pressar priset – en genomlysning
av offentliga investeringar i infrastruktur*

LO (2012) *Handbok för ordning och reda på arbetsmarknaden*

LO (2013) *Vinnare och förlorare – Om konkurrens med
arbetskraftskostnader inom EU*

Loxbo, Karl (2010) Vaksamhet mot korruption och New Public
Management, *Scandinavian Journal of Public Administration*,
vol. 14, nr. 3-4, s. 37–60.

Lunander, Anders (2009) *En logisk fälla – Relativ poängsättning av pris
vid anbudsutvärdering i offentlig upphandling*, Konkurrensverkets
uppdragsforskningsrapport, 2009:12

Lundvall, Karl och Pedersen, Kristian (2011) *Osund strategisk
anbudsgivning i offentlig upphandling*, Konkurrensverkets uppdrags-
forskningsrapport, 2011:1

OECD (2009) *OECD principles for Integrity in public procurement*

OECD (2009) *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement – Helping governments to obtain best value for money*

Priess, Hans-Joachim (2002) Distortions of Competition in tender proceedings: how to deal with conflicts of interest and the involvement of project consultants, *Public Procurement Law Review*, 2002:3, s. 153-171.

Riksrevisionen (2005) *Skydd mot mutor – Banverket*, 2005:30

Riksrevisionen (2006) *Skydd mot korruption i statlig verksamhet*, 2006:8

Riksrevisionen (2013) *Statliga myndigheters skydd mot korruption*, 2013:2

Riksrevisionen, (2011) *Riksrevisorernas årliga rapport 2011*

Riksrevisionen, (2012) *Riksrevisorernas årliga rapport 2012*

Sandgren, Claes, Inget tyder på att Sverige blivit ett mer korrupt land, *Dagens nyheter*, 2011-10-10

Skatteverket, *Handledning för företrädaransvar*, SKV 443

Skatteverket, *Svartköp och svartjobb i Sverige, Del 1: Undersökningsresultat*, 2006:4

Skatteverket, *På rätt väg framåt? – Delrapport tongivande aktörer 2009-2011, - Delrapport tongivande aktörer 2009 – 2011, dnr 410-222443-12/1211*

Skovgaard Ølykke, Grith (2010) *Abnormally Low Tenders – With an Emphasis on Public Tenderers*. Köpenhamn: DJØF Publishing Copenhagen.

Statskontoret (2012) *Köpta relationer – Om korruption i det kommunala Sverige* 2012:20

Sveriges Byggindustrier (2011) *Fakta om byggandet 2011*

Sveriges kommuner och landsting (SKL) *Om mutor och jäv – Vägledning för anställda i kommuner, landsting och regioner*, reviderad 2012-09-01

TCO (2012) *Rätten att slå larm – En handbok om yttrandefriheten på jobbet – råd för whistleblowers*

Transparency International (2006) *Handbook for Curbing Corruption in Public Procurement*

Transparency International Sverige (2012) *Etik och korruption i samhällsbyggnadssektorn*, rapport no. 3

Transparency International Sverige (2012) *Korruption i kommuner och landsting*, rapport no.2

Transparency International Sverige (2012) *Whistleblowing – Förutsättningar och skydd för dem som slår larm om korruption och andra oegentligheter*, rapport no.1

Transparency International Sveriges remissyttrande avseende upphandlingsutredningens delbetänkande SOU 2011: 73

United Nations Convention against Corruption: implementing procurement-related aspects (2008). Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption. Second session Nusa Dua, Indonesia, 28 January – 1 February 2008

Wetter, Carl, Karlsson, Johan & Östman, Marie (2009) *Konkurrensrätt: en kommentar*, 4., uppl. Stockholm: Thomson Reuters.

The World Bank (2011) *Guidelines – Selection and Employment of Consultants. Under IBRD Loans & IDA Credits & Grants by World Bank Borrowers*. January 2011

Rättsfall

EU-domstolen

C-76/81 Transporoute

C-103/88 Fratelli Costanzo

C-147/06 och C-148/06 SECAP

C-285/99 och C-286/99 Lombardini och Mantovani

C-92/00, HI

C-244/02 Kauppatalo Hansel

C-91/08 Wall

C-74/09 WISAG

C 368/10 Max Havelaar

C-465/11 Forposta

Tribunalen

T-4/01 Renco

Högsta domstolen

NJA 1994 s. 170

Högsta Förvaltningsdomstolen

RÅ 2008 ref. 35

RÅ 2009 ref. 43

RÅ 2010 ref. 79

Kammarrätt

Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4442-09

Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 2090-11

Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 3226-08

Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2022-12

Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 3184–3186-1995

Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 7661-08

Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 1406-09

Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 3767-09

Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 6986-09

Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 7153-12

Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 1299-13

Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 2458-11

Förvaltningsrätt

Förvaltningsrätten i Linköpings dom i mål nr 2752-12

Förvaltningsrätten i Stockholms dom mål nr 21478-10

Förvaltningsrätten i Stockholms dom i mål nr 21159-12

Förvaltningsrätten i Uppsalas dom i mål nr 5916-12

Arbetsdomstolen

Arbetsdomstolens dom i mål 1991 nr 99

Marknadsdomstolen

Marknadsdomstolens dom i mål nr 2000:26

Konkurrensverket har undersökt problem med tillämpningen av upphandlingsreglerna när leverantörer använder olika former av lagövertredelser som konkurrensmedel. Detta gäller främst företaget som svartarbete, korruption och anbudskarteller.

I rapporten beskriver vi hur upphandlande myndigheterna kan motverka osund konkurrens med hjälp av upphandlingsreglerna, bland annat bestämmelserna om uteslutning av leverantörer samt förkastande av onormalt låga anbud. Målet för åtgärder mot osund konkurrens är att uppnå konkurrens på lika villkor, väl fungerande marknader och ytterst att vi ska få största möjliga samhällsnytta för våra skattemedel.

KONKURRENSVERKETS RAPPORTSERIE 2013:6



KONKURRENSVERKET

Swedish Competition Authority

Adress 103 85 Stockholm

Telefon 08-700 16 00

Fax 08-24 55 43

konkurrensverket@kkv.se

www.konkurrensverket.se