



Korruption och osund konkurrens i offentlig upphandling

RAPPORT 2020:1

Konkurrensverket mars 2020

Utredare: Malin Rönnblom (projektledare), Tobias Salomonsson,
Anton Himmelstrand

ISSN-nr 1401-8438

Elanders Sverige AB, 2020

Foto: Istock

Förord

Osund konkurrens i form av korrupktion, anbudskarteller och annat förtroendeskadligt beteende skadar samhällsekonomin. Offentlig upphandling är ett riskområde. Konkurrensverket har en viktig roll att spela när det gäller att förebygga och motverka osund konkurrens.

Den här rapporten bidrar med sådan information om regelverken som upphandlare efterfrågar. Den är också betydelsefull eftersom den identifierar flera centrala områden där upphandlare lyfter att det föreligger behov av förbättrade förutsättningar och ökad information för att de ska kunna göra verklig skillnad i kampen mot den osunda konkurrensen.

Stockholm mars 2020

Rikard Jermsten
Generaldirektör

Innehåll

Sammanfattning	8
Summary	10
Inledning	12
Bakgrund	12
Vad är osund konkurrens?.....	12
Varför är korruption och andra former av osund konkurrens skadliga för den offentliga upphandlingen? ..	13
Konkurrensverkets arbete mot osund konkurrens.....	16
Rapportens upplägg.....	18
1 Korruption och otillbörlig påverkan	19
1.1 Inledning.....	19
1.2 Korruptionsbegreppet.....	19
1.3 De offentliga upphandlingarna som riskområde ..	21
1.4 Upphandlingsreglerna och korruption	22
1.5 Korruption och direktupphandlingar.....	24
1.6 Jäv och bisysslor.....	25
2 Konkurrensbegränsande samverkan mellan företag	30
2.1 Inledning.....	30
2.2 Varför finns konkurrensreglerna?	30
2.3 Anbudssamarbeten	31
2.4 Verktyg mot konkurrensbegränsande samverkan	36
3 Onormalt låga anbud	39
3.1 Inledning.....	39
3.2 Onormalt låga anbud och oseriösa anbudsgivare .	39

3.3	Genomförandet av upphandlingsdirektivet.....	40
3.5	Förfarandet vid förkastande av onormalt lågt anbud.....	41
3.6	Golvpris och andra metoder	46
4	Uteslutning av leverantörer	48
4.1	Inledning.....	48
4.2	Obligatorisk uteslutning.....	48
4.3	Frivillig uteslutning.....	50
4.4	Kontroll av anbudsgivare.....	54
4.5	Undantag från uteslutning.....	58
5	Konkurrensverkets enkätundersökning.....	61
5.1	Bakgrund till undersökningen.....	61
5.2	Upphandlare om korruptionsrisker i offentlig upphandling.....	62
5.3	Upphandlare om konkurrensbegränsande samverkan.....	67
5.4	Upphandlarnas erfarenheter av onormalt låga anbud.....	73
5.5	Upphandlarnas erfarenheter av obligatorisk uteslutning.....	79
5.6	Upphandlare om frivillig uteslutning	80
5.7	Upphandlare om kontroll av leverantörer.....	82
6	Slutsatser och förslag.....	84
7	Referenser	89

Begrepp och förkortningar

I rapporten används följande begrepp och förkortningar:

LOU – lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

ÄLOU – lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

LUK – lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner

LUF – lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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

KL – konkurrenslagen (2008:579)

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

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

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

Direktupphandlingsgränsen – avtal vars värde understiger direktupphandlingsgränsen kan ingås genom direktupphandling. Från 1 januari 2020 är direktupphandlingsgränsen 615 312 kronor för upphandlingar enligt LOU, 1 142 723 kronor för upphandlingar enligt LUF och LUFS samt 2 746 930 kronor för upphandlingar enligt LUK.

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 (2014/24/EU), det klassiska direktivet; direktivet om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (2014/25/EU), försörjningsdirektivet; direktivet om koncessioner (2014/26/EU), koncessionsdirektivet, samt direktiv om upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet (2009/81/EG).¹

¹ Europaparlamentet och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EU (det klassiska direktivet), Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (försörjningsdirektivet), Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (koncessionsdirektivet) samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG.

Sammanfattning

Korruption och osund konkurrens påverkar hela samhället negativt. Konkurrensverket har i egenskap av förvaltningsmyndighet för konkurrensfrågor och tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen tillsammans med andra myndigheter i Sverige en viktig roll att spela i kampen mot osund konkurrens.

Genom att upphandlare själva får komma till tals i frågor som rör korruption och osund konkurrens och får möjlighet att belysa de problem som de stöter på i sin arbetsvardag kan Konkurrensverket på ett effektivare sätt planera och rikta in sin tillsyn och informationssatsning så att upphandlares arbete underlättas i dessa frågor.

I den här rapporten redogör vi för hur upphandlare ser på olika frågor avseende korruption och osund konkurrens. Rapporten är baserad på en enkätundersökning. Vi gjorde en liknande undersökning 2013. Vid en jämförelse av undersökningarna har inte mycket förändrats av upphandlares upplevelser av osund konkurrens och korruption i offentlig upphandling.

En av de främsta slutsatser som dras i rapporten är att många upphandlare anser att det råder en brist på avtalsuppföljning hos upphandlande myndigheter. De menar att det bortprioriteras i organisationen, samtidigt som de anser att korruption oftast uppstår vid avtalsförvaltningen efter det att upphandlingen är avklarad. Det är upp till varje upphandlande myndighet att se till att de har en gedigen och noggrann avtalsuppföljning. Upphandlarna efterfrågar ett stöd från ledningen i organen så att de kan prioritera avtalsuppföljning. I slutändan tjänar hela samhället på att upphandlande myndigheter övervakar sin avtalsförvaltning och inte släpper den när upphandlingen är klar.

Upphandlare anser att risken för otillbörlig påverkan är som störst vid släkt- eller vänskapsband mellan anställda och anbudsgivare och vid användandet av konsulter som biträder den upphandlande myndigheten i upphandlingen. Här behöver Konkurrensverket, i samarbete med bland andra Statskontoret och Upphandlingsmyndigheten, fortsätta att satsa på informations- och kunskaps-spridning om hur upphandlande myndigheter kan arbeta mot korruption och otillbörlig påverkan. Upphandlande myndigheter behöver kontinuerligt arbeta med frågan om korruption och otillbörlig påverkan inom hela organisationen.

Ett område där undersökningen tyder på att Konkurrensverket behöver prova nya sätt att nå ut med information rör hur man som upphandlare upptäcker tecken på och hanterar misstänkta anbuds-karteller. 69 procent av de som svarade på enkäten svarade att de behöver bättre kunskaper i hur man upptäcker tecken på en anbudskartell. 62 procent efterfrågade mer information och kunskaper angående hur man förebygger och försvårar för anbudskarteller. Som tillsynsmyndighet bedömer vi att det är av central betydelse att kunskapen förbättras.

Upphandlare lyfter även att det saknas ett stödsystem och registeråtkomst för hur upphandlande myndigheter bör agera vid onormalt låga anbud. Konkurrensverket kommer därför att ta initiativ till diskussioner rörande möjligheten att införa en så kallad one-stop shop som upphandlare kan använda sig av för att få fram information om företag som lämnar anbud.

Summary

Corruption and unfair competition affect all of society negatively. The Swedish Competition Authority as the administrative authority for competition matters and the enforcement authority for public procurement has an important role, in collaboration with other authorities in Sweden, in combatting unfair competition.

By allowing the procurement officers themselves to speak out about matters related to corruption and unfair competition, and giving them the opportunity to shed light on the problems they encounter in day-to-day work, the Swedish Competition Authority can more efficiently plan and target its enforcement and information efforts.

In this report, we describe how procurement officers view various matters related to corruption and unfair competition. The report is based on a survey. We performed a similar study in 2013. A comparison of the studies shows that not much has changed in the experiences of procurement officers as regards unfair competition and corruption in public procurement.

One of the main conclusions drawn in the report is that many procurement officers are of the opinion that there is a lack of contract monitoring from the contracting authorities. They state that this is not a priority within the organisations, while they also state that corruption usually occurs in contractual negotiations, after a procurement has been completed. It is up to each contracting authority to ensure that they have sound and thorough contract monitoring. The procurement officers express a need for support from organisation management, so they can prioritise contract monitoring. Not only the contracting authorities but all of society would gain from contracting authorities monitoring their contract

administration and not abandoning the contract once the procurement process is completed.

Further, the procurement officers are of the opinion that the risk of undue influence is largest when there are family or friendship ties between employees and tenderers, and when using consultants to assist the contracting authority in a procurement. Here, the Swedish Competition Authority should in collaboration with, among others, the Swedish Agency for Public Management and the National Agency for Public Procurement, continue to work with spreading information and knowledge regarding how contracting authorities can prevent corruption and undue influence. Contracting authorities must work continuously and throughout their organisations with the questions regarding corruption and undue influence.

One area where the survey indicates that the Swedish Competition Authority needs to try new ways of reaching out with information is related to how procurement officers can detect signs of suspected tendering cartels, and how to deal with this. Sixty-nine percent of those who responded to the survey stated that they needed more knowledge about how to detect signs of a bid-rigging cartel. Sixty-two percent asked for more information and knowledge on how to prevent and inhibit bid-rigging cartels. As the enforcement authority, we perceive knowledge improvement as being of central importance.

Procurement officers also highlight lack of support systems and access to registers related to how contracting authorities should act when receiving abnormally low tenders. The Swedish Competition Authority will therefore initiate discussions regarding the possibility on creating a so-called one-stop shop where procurement officers can get information about companies that present tenders.

Inledning

Bakgrund

Syftet med rapporten är dels att redogöra för olika former av korruption och osund konkurrens inom offentlig upphandling, dels att beskriva hur upphandlare upplever och arbetar mot korruption och osund konkurrens. Ett annat syfte är att kartlägga de hinder som upphandlarna upplever mot att effektivt kunna identifiera och motverka osund konkurrens. Upphandlare är en viktig informationskälla för Konkurrensverket och deras synpunkter och erfarenheter är oerhört värdefulla för oss som tillsynsmyndighet. Genom att belysa de problem som upphandlare upplever inom offentlig upphandling kan vi effektivare utöva vår tillsyn och driva utvecklingen framåt.

Vad är osund konkurrens?

Med osund konkurrens menar vi i den här rapporten, förutom ren korruption, situationer där leverantörer bryter mot lagar och regler för att få fördelar gentemot sina konkurrenter.² Exempel på detta är att en leverantör lämnar ett onormalt lågt anbud på grund av svart arbetskraft i en upphandling. Ett annat exempel är att leverantörer går samman och bildar en anbudskartell i syfte att reglera marknaden och hindra den fria konkurrensen. I många fall förutsätter den osunda konkurrensen att myndigheterna på beställarsidan möjliggör detta bland annat genom bristande kontroll, okunskap eller i det värsta fallet för egen vinning.

² Begreppet osund konkurrens används även ibland för att beskriva när det offentliga konkurrerar med det privata näringslivet.

Det finns risk för osunt beteende och korruption i samtliga fall där det offentliga disponerar samhällets resurser och där utbetalningar av skattemedel sker. Offentlig upphandling utgör därför ett riskområde för olika former av osund konkurrens.

Varför är korruption och andra former av osund konkurrens skadliga för den offentliga upphandlingen?

Förtroendet för det offentliga har generellt sett varit och är fortsatt högt i Sverige. Under de senaste åren har dock media rapporterat mer om händelser som kan få förtroendet att svikta.³ Om medborgarna inte har ett högt förtroende för det offentliga riskerar samhället att inte fungera. Kontrollen inom det offentliga måste stärkas för att medborgarna ska kunna känna ett förtroende för våra offentliga organ.

Studier från OECD visar långtgående konsekvenser av korruption. Korruption leder till dyrare leveranser till det offentliga och allmänheten i alla sektorer och sämre tjänster för medborgarna.⁴ Samtidigt har korruption ett antal indirekta konsekvenser. Korruption och andra typer av osund konkurrens undergräver branscher, snedvrider konkurrensen och försämrar för seriösa aktörer. Detta leder i sin tur till ineffektiva lösningar och slöseri med samhällets resurser. Det minskar också incitamenten till innovation och gör det svårare att uppnå politiska mål.

³ Exempelvis tappade Sverige till följd av uppdagade korruptionsskandaler under 2017 ett antal poäng i Transparency Internationals korruptionsindex, se <https://www.transparency.se/nyheter/cpi-2017>.

⁴ Det finns mycket skrivet om skadeverkningarna av korruption, se till exempel OECD (2017), *OECD Recommendation of the Council on Public Integrity*. OECD Publishing, och OECD (2015), *Consequences of Corruption at the Sector Level and Implications for Economic Growth and Development*.

På detta sätt påverkar korruption individer, näringslivet, allmänheten och ekonomin som helhet. Det är inte bara korruption som omfattas av den strikt straffrättsliga definitionen som kan ha en negativ inverkan på samhället. Andra former av korruptionsliknande beteende, som intressekonflikter och rollblandning, bidrar också till ineffektivitet och sämre förtroende från allmänheten.

I en offentlig upphandling måste bedömningar göras i flera olika situationer. Till exempel i formuleringen av kravspecifikationen, i kvalificeringsfasen, i formuleringen av tilldelningskriterier och inte minst i samband med anbudsutvärderingen. I alla dessa faser är det tänkbart att personer hos myndigheten har anpassat krav eller bedömningar till förmån för en viss leverantör.

Korruption och osund konkurrens kan också uppstå genom olagligt informationsutbyte mellan myndigheten och en viss leverantör, till exempel genom att tillhandahålla kompletterande information eller genom att bryta tystnadsplikten under förhandlingar. Dessutom kan det uppstå genom en förändring av kontraktet och beställning av ytterligare arbete under avtalsperioden. Osund konkurrens på leverantörssidan kan bland annat bestå i olagliga samarbeten, osant intygande avseende olika krav eller att konkurrera med priser som leverantören inte tänker stå fast vid.

Alla dessa fall kan leda till överträdelser av upphandlingslagstiftningen, men de kan vara svåra att upptäcka i specifika fall.

Upphandlande myndigheter har en viktig roll att spela för att motverka osund konkurrens. Tillsammans hanterar de stora summor pengar och offentliga kontrakt utgör en stor marknad för företag.⁵ Upphandlande myndigheter ingår avtal med många

⁵ År 2017 var värdet av de upphandlingspliktiga inköpen i Sverige cirka 706 miljarder kronor, Upphandlingsmyndigheten rapport 2019:5, Konkurrensverket rapport 2019:3, *Statistik om offentlig upphandling*, s. 10.

leverantörer, som i sin tur ofta använder sig av underleverantörer. Leverantörer som systematiskt agerar i strid med lagar och förordningar kan påverka konkurrensen på marknaden negativt och förstöra hela näringslivet. Det är därför viktigt att alla upphandlande myndigheter gör vad de kan för att genomföra sina upphandlingar på sätt som håller oseriösa aktörer borta från offentliga kontrakt.

Trots att Sverige anses vara ett de minst korrupta länderna i världen har flera fall av korruption uppmärksammats under de senaste åren. Det har också konstaterats att svenska myndigheters skydd mot korruption är otillräckligt.⁶ Risker för och fall av korruption i just offentliga upphandlingar är särskilt stora och har uppmärksammats i media i form av olika korruptionsskandaler. Korruption kopplat till offentlig upphandling har även resulterat i ett antal straffrättsliga domar.⁷

Som ett led i arbetet med att utveckla det strategiska arbetet med de offentliga inköpen har regeringen tagit fram en nationell upphandlingsstrategi. Ett av de uppsatta målen i strategin handlar om en rättssäker offentlig upphandling. Målet omfattar bland annat ett aktivt arbete med att förebygga korruption och jäv samt att avtalsuppföljningar i högre utsträckning ska bidra till att säkerställa rättssäkerheten.

I september 2015 antog FN:s medlemsstater Agenda 2030 som är en handlingsplan för omställning till ett hållbart samhälle.⁸ Delmål

⁶ Riksrevisionen 2017, <https://www.riksrevisionen.se/rapporter/granskningsrapporter/2013/statliga-myndigheters-skydd-mot-korruption/uppfoljning.html>.

⁷ Se till exempel Svea hovrätts dom den 29 maj 2015 i mål nr B 2213-14, se vidare i Karlsson Westergren, Catrin, *Korruptionsdomar och offentlig upphandling*, Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2019:5.

⁸ Se FN, Generalförsamlingen, A/RES/70/1.

16.5 i Agenda 2030-dokumentet handlar om vikten av att väsentligen minska alla former av korruption och mutor.⁹ Konkurrensverket anser att delmål 16.5 är av särskild vikt eftersom myndigheter som inte fokuserar på korruptionsbekämpning minskar möjligheten att nå de övriga hållbarhetsmålen.¹⁰

Mot denna bakgrund är det enligt Konkurrensverket av fortsatt stor vikt att undersöka riskerna för korruption och osund konkurrens inom offentlig upphandling och på så sätt kunna bidra till ökad kunskap i ämnet. Med ökad kunskap kan Konkurrensverket också bättre förutse samt identifiera situationer där osund konkurrens utgör en del av en överträdelse av upphandlingsreglerna och konkurrensreglerna.

Konkurrensverkets arbete mot osund konkurrens

Konkurrensverket har daglig bevakning av omvärld och media. Uppgifter i media kan göra att vi initierar ett ärende för att utreda om något brott begåtts av konkurrensreglerna eller upphandlingsreglerna. I vår prioriteringspolicy för upphandlingstillsynen är misstänkt korruption en faktor som påverkar varför ett ärende ska väljas framför ett annat.¹¹ Vi utreder dock inte korruption som sådan i våra utredningar då detta inte ligger i vårt uppdrag. Däremot har vi upparbetade kontakter med Riksenheten mot korruption och Nationella operativa avdelningen inom Polismyndigheten som vi kontaktar om vi ser korruption i våra ärenden.

⁹ Se vidare SOU 2019:13.

¹⁰ Se vidare Konkurrensverkets remissvar över SOU 2019:13 (2019-07-01).

¹¹ Det finns även ett förslag att Konkurrensverket i sin instruktion uttryckligen ska motverka korruption, Fi2019/02619/OU.

Konkurrensverket har under de senaste åren bland annat arbetat informativt med att motverka osund konkurrens i offentlig upphandling. Genom att sprida kunskap och uppmuntra till dialog ämnar vi att nå ut till de aktörer som påverkas av osund konkurrens.

Vår informations- och kunskapspridning sker på olika sätt. Förutom våra interaktiva vägledningar på vår webbplats, föreläsningar och vår podcast *Konkurrenten*, där vi bland annat diskuterar olika former av osund konkurrens och frågor som rör konkurrens och offentlig upphandling, publicerar vi rapporter och andra informationsskrifter som kan vara ett stöd i frågor om osund konkurrens.

I slutet av 2019 publicerade vi vår forskningsrapport *Korruptionsdomar och offentlig upphandling*, skriven av jur. dr. Catrin Karlsson Westergren, där Westergren inom ramen för Konkurrensverkets uppdragsforskning har identifierat omständigheter och faktorer som kan ge skäl att misstänka och vidare utreda förekomsten av korruption i upphandlingssituationer.

År 2018 publicerade vi vår rapport *Korruption som begränsar konkurrensen*. I rapporten identifieras kopplingar mellan korruption och konkurrensbegränsningar. Av de senaste årens prioriterade upphandlingsärenden uppskattas andelen med indikationer på korruption vara mellan 5–10 procent. Rapporten fungerar som en del av de informationsinsatser vi ger till marknadens aktörer.

År 2013 publicerade vi rapporten *Osund konkurrens inom offentlig upphandling*. Rapporten mottogs väl av upphandlingssverige. Tack vare ett stort antal deltagande som svarade på vår enkät och tog sig tid att prata med oss vid bland annat rundabordsamtal lyckades vi få en bild av hur upphandlare såg på frågan om osund konkurrens.

Upphandlingsmyndigheten är stödmyndighet i frågor om offentlig upphandling. De har en gedigen och effektiv frågeportal dit upphandlare och allmänheten kan vända sig för att få svar på frågor om offentlig upphandling, bland annat gällande de ämnen som tas upp i den här rapporten. Upphandlingsmyndigheten har också publicerat vägledningen *Korruption i offentlig upphandling – vad är det och hur kan det förebyggas?*¹² Konkurrensverket har ett upparbetat och gott samarbete med Upphandlingsmyndigheten och tillsammans eftersträvar vi att ge upphandlare och leverantörer det stöd som de behöver.

Rapportens upplägg

Rapporten är uppdelad i två delar. Första delen inleds med ett kapitel om korruption och otillåten påverkan. Därefter följer ett kapitel om konkurrensbegränsande samverkan, där vi redogör för vad konkurrensbegränsande samverkan är för något och hur upphandlare kan uppmärksamma konkurrensbegränsande indikationer i upphandlingar. Sedan följer två kapitel om onormalt låga anbud och uteslutning av leverantörer.

Del två av rapporten består av en presentation av vår enkätundersökning om osund konkurrens i offentlig upphandling, där vi lyfter fram upphandlares egna erfarenheter och åsikter om reglerna om osund konkurrens. Slutligen sammanfattar vi våra slutsatser och presenterar förslag till åtgärder som vi bedömer kan förbättra upphandlares förutsättningar att upptäcka och motverka osund konkurrens.

¹² https://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/publikationer/vagledningar/2017_4_korruption_webb.pdf.

1 Korruption och otillbörlig påverkan

1.1 Inledning

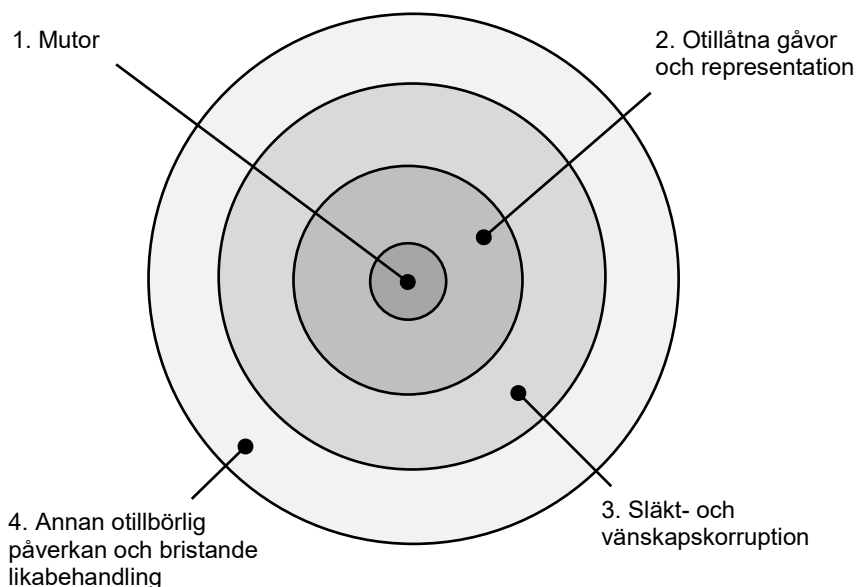
Detta kapitel handlar om korruption och otillbörlig påverkan. Inledningsvis går vi igenom definitionen av korruption. Det avsnittet följs av en beskrivning av offentlig upphandling som ett riskområde och hur upphandlingslagstiftningen kan motverka korruption. Avslutningsvis går vi i kapitlet igenom några särskilda frågor som återkommande diskuteras avseende otillbörlig påverkan och offentlig upphandling.

1.2 Korruptionsbegreppet

Konkurrensverket använder en vid definition av begreppet korruption. Detta görs bland annat i syfte att fånga upp en stor variation av beteenden som kan påverka konkurrensen negativt.¹³ Korruption kan underlätta, förvärra eller möjliggöra överträdelser av konkurrens- och upphandlingsreglerna. En vid definition används också för att förtroendet för myndigheterna och hela det politiska systemet riskerar att minska, även om det är korruption som faller utanför den strikt straffrättsliga regleringen (mutbrott).

¹³ Se till exempel Konkurrensverket, *Osund konkurrens i offentlig upphandling. Om lagöverträdelser som konkurrensmedel*, Konkurrensverkets rapportserie 2013:6, s. 86 ff. samt Konkurrensverket, *Korruption som begränsar konkurrensen*, Konkurrensverkets rapportserie 2018:10, s. 14 ff.

Figur 1 Olika typer av korrupcion



Källa: Konkurrensverket.

I denna rapport används "otillbörlig påverkan på upphandlingsprocessen" som definition av begreppet. Definitionen omfattar samtliga ageranden som framgår av figur 1. I figur 1 är det främst penningmutor och otillåtna gåvor och representation som är straffbelagda i sig och som traditionellt betraktats som korrupcion i Sverige. Handlingar som faller under släkt- och vänskapskorruption är mer sällan brottsliga men kan utgöra jäv. Ageranden som faller under annan otillbörlig påverkan och bristande likabehandling kan strida mot likabehandlingsprincipen i upphandlingsreglerna.

Handlingarna kan göras mot ersättning, en muta, eller utan ersättning, så kallad vänskapskorruption. Oavsett om det är mutor eller vänskapskorruption som ligger bakom att en leverantör får en förmånlig behandling i en upphandling, så bryter ett sådant

agerande mot de grundläggande principerna inom offentlig upphandling som ska ge alla leverantörer samma förutsättningar.

1.3 De offentliga upphandlingarna som riskområde

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.¹⁴ Sverige är inget undantag och Konkurrensverket har tidigare konstaterat att indikationer om korruption förekommer i 5–10 procent av de ärenden som verkets upphandlingstillsyn öppnat under de senaste fem åren.¹⁵

Det finns flera orsaker till att offentliga upphandlingar är särskilt utsatta för korruption:

- 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.¹⁶
- Offentliga upphandlingar innebär täta kontakter mellan företrädare för leverantörer och de myndighetsföreträdare som styr offentliga medel genom bland annat tilldelning av offentliga kontrakt. De nära banden mellan näringslivet och

¹⁴ Se *OECD principles for Integrity in public procurement* (2009). Se även *United Nations Convention against Corruption: implementing procurement-related aspects* (2008).

¹⁵ Se Konkurrensverket, *Korruption som begränsar konkurrensen* Konkurrensverkets rapportserie 2018:10, s. 7.

¹⁶ Erlingsson – Linde (2011) s. 12; *OECD Principles for Integrity in Public Procurement*, (2009), s. 9. Transparency International, *Curbing Corruption in Public Procurement*, (2006), s. 7.

offentliga tjänstemän, i synnerhet kommunala tjänstemän, tycks medföra att dessa är utsatta för en ökad korrupsionsrisk.

- 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.¹⁷

Upphandlare är av flera anledningar generellt sett relativt motståndskraftiga mot olika former av otillbörlig påverkan. För det första har upphandlare ofta kunskaper om regelverket som genom sitt fokus på öppenhet och likabehandling verkar förebyggande mot möjligheterna att gynna en särskild leverantör.¹⁸ De arbetar 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. Offentliga upphandlingar innefattar dock fler personer och personalkategorier inom en upphandlande myndighet som i många fall saknar den utbildning och kunskap som upphandlarna besitter. Det är av den anledningen viktigt att upphandlande myndigheter sprider kunskap inom samtliga delar av organisationen som på ett eller annat sätt deltar i upphandlingsprocessen.

1.4 Upphandlingsreglerna och korrupktion

De primära syftena med EU:s upphandlingsdirektiv är att öppna upp upphandlingsmarknader för konkurrens och motverka att myndigheter favoriserar inhemska leverantörer vid tilldelning av

¹⁷ Loxbo, Karl (2010), s. 43.

¹⁸ Kammarkollegiet, Upphandlingsstödet, *Att förebygga korrupktion i offentlig upphandling*, (2011:11) s. 5. Brå (2010:09) s. 35.

kontrakt. Samtidigt medför regleringen andra positiva effekter för de offentliga affärerna. Bland dessa effekter finns att lagstiftningen fyller en viktig roll för att motverka korrupktion och andra former av otillbörlig favorisering och påverkan på flera sätt.¹⁹

Annonseringsskyldigheten

Upphandlingslagstiftningens viktigaste regel för att motverka otillåten påverkan och korrupktion är *annonseringsskyldigheten* för offentliga kontrakt.²⁰ En annonsering innebär ökad offentlighet och öppenhet av inköp. Alla intresserade leverantörer uppmärksammas genom annonsering på att en upphandlande myndighet har ett inköpsbehov och avser att ingå ett avtal med någon eller några leverantörer.

Förfaranderegler

Förfaranderegler i upphandlingslagstiftningen som kan förebygga och förhindra korrupktion är bland annat att företrädare för den upphandlande myndigheten inte får ta del av innehållet i anbudet 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.²¹

Effektiva rättsmedel

Upphandlingslagstiftningen innehåller stora möjligheter för leverantörer som i ett upphandlingsförfarande anser sig ha lidit skada av lagöverträdelser att ansöka om överprövning. Det medför att de som är inblandade i upphandlingen måste räkna med att få

¹⁹ Se till exempel Commission Staff Working Paper, Evaluation Report, *Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, del 1, SEC(2011) 853 final, s. 151.

²⁰ Transparency International, *Curbing Corruption in Public Procurement* (2006).

²¹ Se 12 kap. 10 § LOU.

ageranden och handläggningen granskad av en objektiv part. Detta innebär i förlängningen att det blir svårare för upphandlande myndigheter att väga in annat än rent objektiva hänsyn vid tilldelningen av kontrakt.

Uteslutning av leverantörer

Ett ytterligare sätt på vilket upphandlingsreglerna motverkar korruption är reglerna om uteslutning av leverantörer.²² Enligt 13 kap. 1 § LOU är den upphandlande myndigheten skyldig att utesluta leverantörer vars företrädare har dömts för vissa typer av mutbrott. I och med risken för att uteslutas från framtida upphandlingar bör regleringen ha en avskräckande effekt på leverantörer som överväger att använda otillbörlig påverkan som konkurrensmedel.

1.5 Korruption och direktupphandlingar

Huvudregeln vid offentlig upphandling är att avtalet ska föregås av en annonserad konkurrensutsättning enligt reglerna i LOU. I ett antal särskilt utpekade situationer får en upphandlande myndighet dock använda direktupphandling. Detta gäller bland annat vid upphandlingar vars värde understiger den så kallade direktupphandlingsgränsen. Vid genomförandet av en direktupphandling finns det till skillnad från övrig upphandling inte något krav på annonsering eller anbud i viss form.

Öppenhet och offentlighöörande i upphandlingsprocessen anses som tidigare konstaterats allmänt vara det bästa sättet att förebygga korruption.²³ Vid direktupphandling är graden av insyn normalt

²² Se kapitel 2.

²³ Brå (2010:09) s. 36, Transparency International Sverige, *Etik och korruption i samhällsbyggnadssektorn* (2012) s. 20.

lägre, i vissa fall närmast obefintlig, jämfört med en annonserad upphandling. Inte heller finns samma möjlighet till överprövning i domstol. Direktupphandlingar genomförs normalt av fler personer inom en myndighet än de annonserade upphandlingarna som ofta är centraliserade. Direktupphandlingar är mot den bakgrunden särskilt utsatta för risk för otillbörlig påverkan. Därför är det viktigt att upphandlande myndigheter annonserar sina upphandlingar när något uttryckligt undantag från annonseringsskyldigheten saknas. Det finns en skyldighet för upphandlande myndigheter att dokumentera direktupphandlingar vars värde överstiger 100 000 kronor.²⁴

Det är av stor vikt att upphandlande myndigheter har bra rutiner för uppföljning och kontroll samt arbetar för en kultur mot korrup-tion, särskilt med fokus på direktupphandlingar.²⁵ Brott mot annonseringsskyldigheten betecknas av EU-domstolen som den allvarligaste formen av överträdelse av upphandlingslagstiftningen. Detta gäller oavsett om myndigheter medvetet struntar i att annonsera sina upphandlingar (även av till exempel resursbrist) eller åberopar något av undantagen från annonseringsskyldigheten trots att situationen inte tillåter detta. Av denna anledning är det också en prioriterad uppgift för Konkurrensverket att i sin tillsyn fokusera på otillåtna direktupphandlingar.

1.6 Jäv och bisysslor

För att förebygga och förhindra misstankar om bristande opartiskhet och ovidkommande hänsyn i samband med beslut som tas inom

²⁴ Se 19 kap. 30 § LOU.

²⁵ OECD, *OECD Principles for Integrity in Public Procurement* (2009) s. 9–10. Se även Statskontorets rapport *En kultur mot korruption* (2018).

det offentliga finns regler om jäv och anställdas bisysslor. Särskilt viktigt är det gällande offentliga upphandlingar att anbudsgivare behandlas lika under upphandlingen.²⁶ Det finns dock inga särskilda bestämmelser om jäv i upphandlingslagstiftningen. Bestämmelser som reglerar jäv för offentligt anställda finns i stället i förvaltningslagen (2017:900) och i kommunallagen (2017:725).²⁷ Av upphandlingsdirektiven framgår dock att medlemsstaterna ska se till att de upphandlande myndigheterna vidtar lämpliga åtgärder för att effektivt förebygga, identifiera och avhjälpa intressekonflikter som uppstår under genomförandet av upphandlingsförfarandena.²⁸ Jäv kan som tidigare konstaterats i denna rapport även utgöra en uteslutningsgrund i LOU.²⁹

Anställda är skyldiga att anmäla eventuella omständigheter som kan göra dem jäviga, och får normalt inte delta i handläggningen av ärenden där de är jäviga.³⁰ Jäv kan föreligga om det ärende som tjänstemannen handlägger angår denne själv eller dennes närstående, eller om det finns någon särskild omständighet som är ägnad att rubba förtroendet till tjänstemannens opartiskhet. Jävsreglerna tar inte enbart sikte på den som är beslutsfattare utan alla som ska ha sådan befattning med ärendet att han eller hon kan tänkas inverka på utgången.

Begreppet bisyssla omfattar verksamhet som arbetstagare bedriver, avlönad eller oavlönad, vid sidan om anställningen hos en

²⁶ Jäv och likabehandling av anbudsgivare har diskuterats bl.a. i Kammarrätten i Stockholms dom den 14 maj 2018 i mål nr 6449-17.

²⁷ Jäv regleras i 17–18 §§ förvaltningslagen och 7 kap. 4 § och 6 kap. 28–32 §§ kommunallagen.

²⁸ Regeringen har bedömt att förvaltningslagens regler om jäv med råge täcker de situationer som enligt upphandlingsdirektiven anses ligga inom området för otillåtna intressekonflikter, se bl.a. prop. 2015/16:195 s. 471 f.

²⁹ Se ovan under avsnitt 1.3.

³⁰ Se exempelvis 17 § förvaltningslagen.

upphandlande myndighet, och som inte kan anses ligga inom privatlivets sfär. En etablerad arbetsrättslig princip är att arbetstagaren fritt förfogar över sin fritid. Vissa typer av bisysslor kan dock vara förtroendskadliga och upphandlande myndigheter har ett ansvar för att förhindra jäv och förtroendskadliga bisysslor.³¹

För att jävsförhållanden och förtroendskadliga bisysslor ska kunna hanteras korrekt måste upphandlande myndigheter skapa förutsättningar för att information om jäv sprids inom organisationen. Upphandlande myndigheter behöver därför sprida kunskap om jävsreglerna till organisationens samtliga delar, och skapa goda förutsättningar och rutiner för att anställda ska förmedla relevant information om eventuellt jäv.³² Det är också viktigt att det finns tydliga rutiner för dokumentation av jävsbeslut inom varje organisation.

Det har tidigare påpekats att det är viktigt att upphandlande myndigheter arbetar med policyer och riktlinjer för att motverka jäv och otillåten påverkan.³³ Brottsförebyggande rådet har mot den bakgrunden författat en handbok för hur organisationer kan förebygga påverkan, hantera de påverkansförsök som inträffar och rusta sina tjänstemän för att stå emot dessa.³⁴

Vänskapskorruption

I en svensk kontext har det under en längre tid lyfts fram att olika former av favorisering och vänskapskorruption är ett betydligt

³¹ För en utförlig genomgång av reglerna om bisysslor se Arbetsgivarverket, *Bisysslor* (2012).

³² Se Riksrevisionen, *Köp på saklig grund* (2019).

³³ Se exempelvis Upphandlingsmyndighetens rapport *Korruption i offentlig upphandling – vad är det och hur kan det förebyggas?*, vägledning nr 4 (2017).

³⁴ Brå, *Att förebygga och hantera påverkansförsök*, en handbok (2017).

större problem i Sverige än vad till exempel rena mutor är.³⁵ Samma resultat fick EU-kommissionen när den i sin EU-barometer 2019 frågade svenska företag om korruption. Av EU-kommissionens resultat framgår att tre av tio svenska företag anser att korruption hindrat dem från att vinna en offentlig upphandling och att hälften anser att favorisering av vänner och/eller familjemedlemmar är det mest utbredda problemet i Sverige.³⁶ Det är också något som svaren i vår enkät pekar på.

Konsulter och mellanhänder i offentlig upphandling

Konkurrensverket har tidigare konstaterat att användandet av externa konsulter är ett särskilt riskområde avseende otillbörlig påverkan vid offentliga upphandlingar.³⁷ Även användandet av mellanhänder i offentlig upphandling har beskrivits öka risken för korruption och osund konkurrens.³⁸

En mellanhands uppdrag är att samordna en köpares behov av varor, tjänster eller byggentreprenader. Det kan ske genom att hjälpa köpare och säljare att mötas och utföra transaktioner (mäklarlösning), eller genom att köpa varor, tjänster eller byggentreprenader från en säljare och sälja dessa vidare till en köpare (underleverantörlösning). Mellanhanden har en stark ställning att på egen hand, och utan att behöva tillämpa

³⁵ Säkerhetspolisen, Nationell hotbild, *Den grova organiserade brottslighetens otillåtna påverkan på viktiga samhällsfunktioner* (2012).

³⁶ Europeiska kommissionens Flash Eurobarometer 482, Företag och korruption, september–oktober 2019.

³⁷ Se Konkurrensverket, *Osund konkurrens i offentlig upphandling. Om lagöverträdelser som konkurrensmedel*, Konkurrensverkets rapportserie 2013:6, s. 110.

³⁸ Se mer i Konkurrensverkets och Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:1, *Mellanhänder i offentlig upphandling*, s. 117f.

upphandlingslagstiftningen, leverera en tjänst eller vara till den upphandlande myndigheten.³⁹

Avtal om konsulttjänster och mellanhänder ska normalt föregås av annonserade förfaranden enligt upphandlingslagstiftningen. Enligt upphandlingslagstiftningen är utgångspunkten att det ska vara möjligt för en leverantör att delta både som konsult i förberedelsefasen och som anbudsgivare i upphandlingsfasen. Av 4 kap. 8 § LOU följer numer att den upphandlande myndigheten dock är skyldig att försöka neutralisera konkurrensfördelar så att alla leverantörer behandlas lika.

Ett sätt att komma tillrätta med de risker som externa konsulter medför är att myndigheterna i så stor utsträckning som möjligt ökar sin egen upphandlingskompetens i stället för att använda konsulter.⁴⁰ Tillvägagångssättet framstår kanske som självklart men pekar på en viktig aspekt för upphandlande myndigheter att beakta i bedömningen om att satsa på intern upphandlingskompetens. 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.⁴¹

³⁹ För att minimera riskerna för korruption och osund konkurrens kan upphandlande myndigheter eller enheter som planerar för att upphandla en underleverantörlösning adressera denna frågeställning i dialog med berörda aktörer, ställa krav på mellanhanden i transparens hänseende och följa upp risken under avtalstiden.

⁴⁰ Se Konkurrensverket, *Osund konkurrens i offentlig upphandling. Om lagöverträdelser som konkurrensmedel*, Konkurrensverkets rapportserie 2013:6, s. 121.

⁴¹ Se till exempel SOU 2013:12 s. 169.

2 Konkurrensbegränsande samverkan mellan företag

2.1 Inledning

Leverantörer kan snedvrیدا, hindra och begränsa konkurrensen genom att samarbeta med sina konkurrenter, avtala om priser eller dela upp marknaden mellan sig. Konkurrensbegränsande avtal kan vara öppna eller hemliga, till exempel i form av karteller. De kan vara i skriftlig form eller informella.

Leverantörer i karteller som kontrollerar priser eller delar upp marknaden mellan sig slipper konkurrens och är därför mindre benägna att utveckla nya produkter, förbättra kvaliteten och hålla nere priserna. Resultatet är högre pris för lägre kvalitet.

I detta kapitel går vi först igenom vad en konkurrensbegränsande samverkan är och vilka förbud som finns mot dessa. Därefter går vi igenom vilka åtgärder upphandlande myndigheter kan vidta för att uppmärksamma till exempel anbudskarteller i sina upphandlingar och hur de kan agera vid en misstanke om konkurrensbegränsande samverkan.

2.2 Varför finns konkurrensreglerna?

Konkurrens mellan företag handlar om att företagen tävlar med varandra om att vara bäst så att kunder och konsumenter väljer att köpa just deras varor eller tjänster. När företag konkurrerar pressas de till att bli mer effektiva. Detta skapar förutsättningar för högre kvalitet på varor och tjänster och för nya produkter, samtidigt som priserna hålls nere.

När företag samarbetar på ett otillåtet sätt eller missbrukar sin marknadsakt begränsas konkurrensen. Resultatet blir till exempel höjda priser eller sämre utbud för konsumenterna. Det är därför viktigt med konkurrensregler som förbjuder sådana skadliga beteenden.

Utgångspunkten i konkurrenslagen är att konkurrerande företag självständigt ska bestämma över sitt agerande på marknaden. Samtidigt innebär affärsverksamhet ett samspel med andra företag, till exempel kunder och leverantörer. Att ha vissa kontakter med sina konkurrenter kan också vara naturligt. Samarbete är inte förbjudet, många samarbeten är till och med bra för konkurrensen. Därför är det ibland svårt att dra en generell skiljelinje mellan tillåtna och otillåtna samarbeten. En grundprincip som är bra att ha i åtanke är att risken att ett samarbete bryter mot konkurrenslagen är större när ett företag samarbetar med en konkurrent än när det är fråga om ett samarbete med ett företag som inte är en konkurrent. En särskilt allvarlig konkurrensbegränsning är när konkurrerande företag gemensamt fastställer försäljningspriser, begränsar eller kontrollerar produktion eller delar upp marknaden.

Förbudet gäller också lösare former av samarbeten och överenskommelser som inte har kommit till uttryck i skriftliga avtal. Även beslut och rekommendationer av branschorganisationer kan omfattas.

2.3 Anbudssamarbeten

Utgångspunkten är att konkurrenslagen förbjuder att konkurrerande leverantörer samarbetar. Konkurrerande leverantörer får dock samarbeta i offentliga upphandlingar om det inte finns konkurrensrättsliga hinder för ett samarbete. Om de av olika skäl saknar kapacitet att lämna egna anbud och anbud inte kan lämnas i

mindre delar kan de till exempel använda sig av underleverantörer eller lämna ett gemensamt anbud tillsammans som en grupp.

Företag som ingår i samma ekonomiska enhet får dock samarbeta vid upphandlingar, till exempel om företagen ingår i samma koncern. Det avgörande vid bedömningen om två företag ingår i samma ekonomiska enhet är huruvida företagen är självständiga från varandra på marknaden.

I de fall leverantörer väljer att samarbeta när de egentligen hade kunnat konkurrera i en offentlig upphandling, kan samarbetet anses begränsa konkurrensen. Om inget av företagen har möjlighet att uppfylla de krav som upphandlingen ställer kan samarbetet i stället bidra till en ökad konkurrens. Samarbeten av den typen kan öka antalet anbud i upphandlingar, vilket i sin tur främjar konkurrensen. Detta är särskilt viktigt när det kommer till små och medelstora företag som försöker komma in på marknaden. Samarbeten som leder till kostnadsbesparingar eller andra effektiviseringar för de inblandade företagen kan i sin tur leda till prissänkningar eller andra fördelar för konsumenterna, förutsatt att konkurrensen på marknaden inte sätts ur spel.

I vissa situationer kan det vara svårt att avgöra om det är tillåtet att samarbeta i upphandlingar. Konkurrensverket har därför tagit fram en vägledning för samarbeten i upphandlingar som återfinns på vår webbplats.⁴² I vägledningen beskrivs vilka möjligheter som finns för företag att samarbeta i upphandlingar och när ett tilltänkt samarbete är otillåtet.

⁴² <http://www.konkurrensverket.se/konkurrens/om-konkurrensreglerna/samarbete-som-begransar-konkurrensen/vagledning-for-samarbeten/vagledning--samarbete-i-upphandlingar/>.

Indikationer för anbudskarteller

Att upptäcka en anbudskartell är svårt. Det finns dock några indikationer som upphandlare kan vara uppmärksamma på vid en upphandling.⁴³ De flesta situationerna är kopplade till anbudsgivningen.

Om samtliga eller majoriteten av anbudena är väsentligt högre än anbud i tidigare upphandlingar, leverantörernas publicerade prislistor eller den uppskattade kostnaden för varan eller tjänsten, kan det röra sig om artighetsanbud. Det innebär att leverantörer är med och lämnar anbud för syns skull, samtidigt som de har kommit överens om att en viss leverantör ska vinna.

Leverantörer kan också ha kommit överens om vilket företag som ska vinna upphandlingen för en särskild produkt eller inom ett visst geografiskt område. Ett tecken på detta är att anbudena i vissa upphandlingar är väsentligt högre jämfört med andra upphandlingar utan att det finns några uppenbara kostnadsskillnader som kan förklara prisskillnaden.

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

Identiska priser från flera leverantörer kan innebära att de har kommit överens om att försöka dela på kontrakten. Leverantörer kan också i anbudena hänvisa till överenskommelser i branschen som kan påverka priset. Det kan betyda att leverantörerna har

⁴³ Konkurrensverket gav 2015 ut broschyren *Ärlighet ska löna sig – så upptäcker och förebygger du anbudskarteller*. Broschyren finns i sin helhet på Konkurrensverkets webbplats.

kommit överens om att använda till exempel gemensamma branschprislister, förseningsavgifter samt andra försäljningsvillkor. Sådana överenskommelser leder till högre priser och är i regel olagliga enligt konkurrensreglerna.

Om det inte kommer in några anbud i en upphandling kan det tyda på en samordnad bojkott för att påverka villkoren i upphandlingen. Syftet med att inte lämna anbud kan till exempel vara att leverantörerna som ingår i en anbudskartell ska kunna dela upp en viss marknad mellan sig. Likaså, 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 från att lämna anbud inom ett område till förmån för en annan leverantör.

Att samma leverantör vinner upphandlingen varje gång ett kontrakt ska förnyas, kan också betyda att leverantörerna har delat upp marknaden mellan sig. Upphandlare bör vara uppmärksamma på om det finns ett mönster, till exempel att samma leverantör alltid lägger det lägsta anbudet hos en viss upphandlade myndighet eller ett visst geografiskt område. Ett annat sätt att dela upp marknaden är att leverantörerna lämnar det lägsta anbudet enligt en fast turordning.

Ett annat tecken på en anbudskartell är att endast det vinnande anbudet är grundligt och detaljrikt sammanställt, medan de övriga anbuden i upphandlingen inte är lika ordentliga. Endast den vinnande leverantören har lagt ner resurser på att lämna ett väl genomarbetat anbud, medan de leverantörer som medvetet inte vill vinna upphandlingen inte har lagt ner tid och resurser på sina anbud.

Ibland kan upphandlare upptäcka identiska formuleringar eller samma fel i kalkyleringen i flera olika anbud. Det tyder på att leverantörerna samordnat anbudsgivningen. Ibland kan det vara så uppenbart att leverantörerna använt samma brevpapper eller formulär.

Växelvis lägsta anbud i olika upphandlingar enligt ett roterande schema är också ett typexempel på att leverantörer kan ha kommit överens om vem som ska vinna respektive upphandling.

Om en leverantör som vunnit en upphandling ger underentreprenader till leverantörer som lämnat 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 ge dem underentreprenader vid utförandet av jobbet.

Om man misstänker en anbudskartell

Om man som upphandlare misstänker en anbudskartell vill vi gärna att man kontaktar oss. Konkurrensverket har en visselblåsar-tjänst som man kan använda sig av om man vill vara anonym.⁴⁴ Många gånger leder tips från upphandlare om misstankar om anbudskarteller i en pågående eller nyss avslutad upphandling till att vi initierar en utredning. Vi ser gärna att upphandlare kontaktar oss innan de meddelar anbudsgivarna om sin misstanke eftersom det annars är lätt att leverantörerna förstör eventuella bevis.

En vanlig fråga från upphandlare är hur de aktuella leverantörerna i upphandlingen ska hanteras under tiden utredningen pågår. Konkurrensverket kommer inte att råda den upphandlande myndigheten att avbryta en upphandling på grund av en misstänkt anbudskartell. Det är upp till den upphandlande myndigheten att

⁴⁴ Information om visselblåsar-tjänsten och andra sätt att kontakta Konkurrensverket finns på www.konkurrensverket.se.

fatta ett sådant beslut. Vi råder dock alltid en upphandlande myndighet som befinner sig i en sådan situation att höra av sig till oss.

Om Konkurrensverket har gjort bedömningen att det föreligger en anbudskartell har vi olika sanktionsmöjligheter att använda oss av, till exempel åläggande, konkurrensskadeavgift och näringsförbud.

Om det finns en konstaterad överträdelse av konkurrensreglerna i form av en anbudskartell kan det betraktas som ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som kan medföra uteslutning av en leverantör i en upphandling.⁴⁵

2.4 Verktyg mot konkurrensbegränsande samverkan

Det enklaste sättet för upphandlande myndigheter att arbeta mot konkurrensbegränsande samverkan är att arbeta preventivt. När skadan väl är gjord är konkurrensen redan skadad. Genom att försvåra för anbudskarteller att ens etablera sig i en upphandling minskar risken för osund konkurrens.

Dela upp upphandlingar

Ett sätt för upphandlande myndigheter att förebygga anbudskarteller är att försöka dela upp upphandlingar på avtalsområdet. Om man delar upp upphandlingen i flera delar kan fler företag lämna anbud. Lägre trösklar för att lämna anbud gör det svårare för företag att samordna sig eftersom samordningen då måste omfatta fler företag. Med lägre inträdeshinder ökar också chansen att någon

⁴⁵ Se mål C-470/13, *Generall-Providencia*, punkt 35 där EU-domstolen konstaterade att överträdelser av konkurrensreglerna, särskilt när den har medfört påförande av böter, kan anses utgöra en uteslutningsgrund som omfattas av artikel 45.2 d i direktiv 2004/18/EG, det vill säga allvarligt fel i yrkesutövningen.

som inte ingår i en kartell lämnar vinnande anbud. När fler anbudsgivare behöver vara med i samordningen blir också kartellvinsten mindre och incitament att fuska och bryta samordningen större.

När upphandlingen delas upp är det viktigt att tänka på att upphandlaren inte ska förenkla för anbudsgivare att på förhand bestämma vilken anbudsgivare som ska lämna anbud på vilken del. Det är viktigt att eftersträva att de olika delkontrakten blir olika mycket värda.

4 kap. 14 § LOU innehåller en motiveringsskyldighet. Motiveringsskyldigheten innebär att upphandlande myndigheter har en skyldighet att ta ställning till om det går att dela upp en upphandling i flera delkontrakt eller separata delar. I de fall myndigheten valt att inte dela upp upphandlingen måste detta motiveras i upphandlingsdokumenten. Skyldigheten omfattar samtliga upphandlingar över tröskelvärdena utom tjänster enligt bilaga 2 till LOU och gäller enbart sådana överväganden som leder till att ett kontrakt inte ska tilldelas i separata delar.⁴⁶ En upphandlande myndighet som väljer att dela upp upphandlingen måste kunna visa att uppdelningen görs av andra skäl än för att komma under tröskelvärdet.⁴⁷

Intressera utländska leverantörer för upphandlingen

Genom att intressera utländska leverantörer för en upphandling försvåras uppkomsten av anbudskarteller. Ett sätt att attrahera utländska leverantörer är att skriva förfrågningsunderlaget på engelska och att undvika krav som är specifikt relaterade till den svenska marknaden.

⁴⁶ Konkurrensverket, *Dela upp eller motivera i upphandlingen. Rapport om motiveringsskyldigheten i LOU*, s. 5. Konkurrensverkets rapport 2018:8.

⁴⁷ Konkurrensverket, *Dela upp eller motivera i upphandlingen. Rapport om motiveringsskyldigheten i LOU*, s. 6. Konkurrensverkets rapport 2018:8.

Påminn om anbudskarteller

En skrivning i förfrågningsunderlaget om att anbudskarteller är otillåtna och att misstankar om sådana kommer att anmälas till Konkurrensverket kan ha en preventiv effekt för företag som ingår i karteller. Det är även bra för små och medelstora företag att påminnas om reglerna för otillåtna samarbeten. Som nämnts tidigare i rapporten är det inte alltid självklart för företag när och hur de får samarbeta i upphandlingar.

Hävning av avtal

Ett annat sätt att arbeta preventivt mot anbudskarteller i förfrågningsunderlaget är att den upphandlande myndigheten skriver in en avtalsrättslig möjlighet att häva avtalet om leverantören har gjort sig skyldig till överträdelser av konkurrenslagen. Om en sådan möjlighet finns så underlättas även avtalsuppföljningen och avtalsförvaltningen.

Erfarenhetsutbyte och nätverkande

Genom att dela med sig av sina erfarenheter och funderingar om upphandling med andra upphandlare tror Konkurrensverket att upphandlare tillsammans kan fånga upp tecken på osund konkurrens i branscher där flera olika upphandlande myndigheter annonserar.

Variera utformningen av återkommande upphandlingar

Ett sätt att försvåra för karteller att dela upp marknaden mellan sig vid återkommande upphandlingar är att inte annonsera en exakt likadan upphandling varje gång. Genom att till exempel ändra villkoren för upphandlingen när ett avtal har löpt ut försvårar man för oseriösa företag och karteller att vinna upphandlingar.

3 Onormalt låga anbud

3.1 Inledning

Enligt upphandlingslagstiftningen är det obligatoriskt att ifrågasätta anbud med tvivelaktiga låga priser. Den upphandlande myndigheten är skyldig att förkasta sådana anbud om förklaringen inte är tillfredsställande. En leverantör kan ha många olika anledningar till att ha prissatt en eller flera delar av sitt anbud mycket lågt. Det är obligatoriskt att förkasta ett anbud om förklaringen innebär att leverantören inte skulle uppfylla miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

I detta kapitel redogör vi för hur bestämmelserna om onormalt låga anbud kan tillämpas av upphandlande myndigheter.

3.2 Onormalt låga anbud och oseriösa anbudsgivare

Enligt 16 kap. 7 § LOU har en upphandlande myndighet en skyldighet att förkasta ett anbud när myndigheten gjort bedömningen att anbudet är onormalt lågt och leverantören inte har förklarat det låga priset eller kostnaden på ett tillfredsställande sätt. Bestämmelsen och tillvägagångssättet att begära en förklaring fyller två funktioner:

- dels att förebygga att myndigheter ingår kontrakt när det finns en inte obetydlig risk att leverantören inte kommer att utföra arbetet – eller delar av arbetet – i enlighet med kontraktet (eller på ett lagligt sätt),
- dels att skydda anbudsgivare från upphandlande myndigheters godtycke och att säkerställa en sund konkurrens mellan

leverantörer när en myndighet överväger att förkasta ett anbud på grund av att priset anses vara onormalt lågt.⁴⁸

Bestämmelserna syftar inte till att förhindra låga priser och pris-konkurrens i sig. Förfarandet kan dock användas för att bekämpa osund konkurrens när låga priser eller kostnader indikerar att anbudsgivare i själva verket saknar vilja eller förmåga att följa avtalsvillkor och tillämpliga lagar, inklusive miljörättsliga skyldigheter och statsstödsreglerna.

3.3 Genomförandet av upphandlingsdirektivet

Den svenska upphandlingslagstiftningen ställer krav på att upphandlande myndigheter ska förkasta anbud om en leverantör efter begäran inte lämnat en tillfredsställande förklaring.

Utformningen skiljer sig på denna punkt från artikel 69 i direktiv 2014/24/EU som saknar krav på att onormalt låga anbud ska förkastas, förutom då det har fastställts att anbud är onormalt låga på grund av att de inte uppfyller tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga regler.

När skyldigheten infördes betonade regeringen att den upphandlande myndigheten har en skyldighet att se till att upphandlingen är effektiv, bland annat i den meningen att den ska säkerställa att leverans kan ske i enlighet med kontraktet. Om ett lågt anbud inger farhågor beträffande bland annat leveranssäkerhet, kan det hävdas att det allmänna kravet på att en myndighet eller enhet ska iaktta

⁴⁸ Se bland annat HFD 2019 ref. 39, HFD 2016 ref. 3 I och II, och C-599/10 *SAG ELV Slovensko*, punkt 29.

skäligen omsorg vid förberedandet av en upphandling medför att det i praktiken inte finns något utrymme att godta ett sådant anbud.⁴⁹

3.5 Förfarandet vid förkastande av onormalt lågt anbud

När en upphandlande myndighet undersöker om ett anbud är onormalt lågt och därför ska förkastas, ska den gå igenom följande steg:

1. Identifiera misstänkta anbud,
2. ge de berörda leverantörerna tillfälle att visa att deras anbud är seriösa genom att begära de förklaringar som den upphandlande myndigheten anser är betydelsefulla,
3. bedöma relevansen av förklaringar som de lämnar, samt
4. fatta beslut om att godta eller förkasta dessa anbud.

Först när den upphandlande myndigheten gått igenom alla steg har den uppfyllt sina skyldigheter och får förkasta anbuden.⁵⁰

Att identifiera misstänka anbud

Om en upphandlande myndighet överväger att förkasta ett anbud bör den först undersöka om den eventuella brist som uppmärksammas är en sådan prisuppgift som ger upphov till en skyldighet att begära en förklaring innan anbudet förkastas.

⁴⁹ Se prop. 2015/16:195 s. 794–795.

⁵⁰ Se HFD 2016 ref. 3 I och II.

Vad som menas med ett pris som är onormalt lågt beskrivs varken i LOU eller i direktiv 2014/24/EU. Däremot har Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) uttalat att bestämmelserna om onormalt låga anbud endast gäller sådana priser som ska utgöra avtalsvillkor. Om en misstänkt prisuppgift i stället lämnats för att uppfylla ett obligatoriskt krav som inte ska utgöra avtalsvillkor faller den utanför kravet att först begära en förklaring. Möjligheten att förkasta sådana anbud får i stället bedömas utifrån villkoren i upphandlingsdokumenten och övriga bestämmelser i LOU.⁵¹

Det är den upphandlande myndigheten som utifrån omständigheterna i det enskilda fallet ska avgöra vad som förefaller vara ett onormalt lågt anbud.⁵² Det går därför inte att ge en uttömmande uppräknning av situationer då en upphandlande myndighet bör ifrågasätta ett anbud. Ett skäl att undersöka ett anbud kan till exempel vara att det väsentligt avviker från vanligt förekommande priser i branschen eller den upphandlande myndighetens erfarenheter i tidigare upphandlingar. Enbart förhållandet att ett anbud har ett något lägre pris än andra anbud är inte nödvändigtvis skäl att bedöma anbudet som onormalt lågt.

Konkurrensverket anser att detta innebär att bevisbördan för att ett anbud är onormalt lågt inledningsvis bör läggas på den upphandlande myndigheten.⁵³ Om det inte finns grund att ifrågasätta anbudets seriositet har en anbudsgivare inte någon skyldighet att bevisa att anbudet – trots ett påstått lågt pris – är seriöst menat. Motsatsvis har en upphandlande myndighet inte någon skyldighet att begära en förklaring eller förkasta ett anbud om den inte bedömer att anbudet är onormalt lågt.

⁵¹ Se HFD 2019 ref. 39.

⁵² Se prop. 2015/16:195 s. 1114.

⁵³ Jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 20 mars 2018 i mål nr 207-208-18.

Att begära förklaring och höra anbudsgivaren

Om ett anbud bedöms vara onormalt lågt ska den upphandlande myndigheten undersöka det låga anbudet och be anbudsgivaren att förklara sitt anbud. En upphandlande myndighet ska då tydligt formulera en begäran så att leverantören på ett fullständigt och ändamålsenligt sätt får möjlighet att förklara varför anbudet är allvarligt menat.⁵⁴

Som framgår av 16 kap. 7 § andra stycket LOU kan en begäran om förklaring bland annat gälla frågan om leverantören kan utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder för att fullgöra kontraktet. Den kan även avse om leverantören kan utnyttja tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet, eller hur leverantören avser att fullgöra kontraktet med avseende på tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter. Förteckningen i bestämmelsen är inte uttömmande, utan det står den upphandlande myndigheten fritt att begära en förklaring på de grunder som är relevanta.⁵⁵

Av artikel 69.3 i direktiv 2014/24/EU framgår att den upphandlande myndigheten ska bedöma de uppgifter som lämnats efter att ha hört anbudsgivaren. Konkurrensverket anser att detta motsvarar tidigare krav på samråd i artikel 55.2 i nu upphävda direktiv 2004/18/EG. I tidigare LOU har kravet på samråd utformats så att myndigheten ska ge anbudsgivaren tillfälle att yttra sig över myndighetens skäl för att förkasta anbudet med beaktande av de förklaringarna anbudsgivaren lämnat.⁵⁶

⁵⁴ Se C-599/10 *SAG ELV Slovensko*, punkt 31.

⁵⁵ Prop. 2015/16:195 s. 1115.

⁵⁶ Se 12 kap. 3 § andra stycket ÄLOU.

I nuvarande LOU saknas däremot en motsvarande skrivning. I stället anger lagens förarbeten att förutom att myndigheten ska ha begärt en förklaring får kravet anses avse sedvanlig skriftväxling till den nivå då den upphandlande myndigheten finner att utredningen är tillräcklig.⁵⁷ I sak bör upphandlande myndighet förklara varför den anser ett anbud som onormalt lågt. I annat fall finns ingen möjlighet för anbudsgivaren att bemöta den upphandlande myndighetens uppgifter och lämna en förklaring.⁵⁸ Om myndigheten anser att priset ger anledning att misstro leveransvilja bör den vara tydlig med detta, så att leverantören kan förklara sitt anbud.

Formkrav för kommunikering

Bestämmelserna om onormalt lågt anbud innehåller inte längre något uttryckligt krav på att en begäran om förklaring ska vara skriftlig.⁵⁹ Reglerna om kommunikering i 12 kap. LOU uppställer dock begränsningar i hur upphandlande myndigheter får kommunicera med anbudsgivare under en upphandling.⁶⁰

Då den upphandlande myndigheten enligt Konkurrensverket bör kunna visa att den gått igenom samtliga steg som beskrivs i 16 kap. 7 § LOU är det viktigt att all kommunikation dokumenteras. Dokumentation minskar risken för godtycke och korruption och kan bidra med saktighet i kontakt med enskild. Det kan även finnas

⁵⁷ Prop. 2015/16:195 s. 1115.

⁵⁸ Jfr C-599/10 *SAG ELV Slovensko*, punkt 31.

⁵⁹ Jfr 12 kap. 3 § första stycket ÄLOU och artikel 55.1 direktiv 2004/18/EG.

⁶⁰ Huvudregeln är att upphandlande myndigheter och leverantörer ska använda elektroniska medel när de kommunicerar med varandra under en upphandling. Muntlig kommunikation får däremot användas om den inte avser de väsentliga delarna av upphandlingen. Sådan muntlig kommunikation som väsentligen kan påverka innehållet i och bedömningen av anbuden ska dokumenteras i tillräcklig utsträckning och på lämpligt sätt, till exempel genom skriftliga eller inspelade redogörelser eller sammanfattningar av huvudinnehållet i kommunikationen.

anledning att vara försiktig om en anbudsgivare endast vill lämna förklaringar vid möten eller per telefon.

Tidsfrist för förklaring

När den upphandlande myndigheten ber leverantörer att förklara anbudet ska den bestämma en tidsfrist utifrån vad som är rimligt med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet.⁶¹

Bedömning av anbudsgivarens förklaring

Av 16 kap. 7 § andra stycket LOU framgår att den upphandlande myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.

När myndigheten gör sin bedömning är den skyldig att beakta samtliga förklaringar som en leverantör lämnat innan den fattar sitt beslut om att godta eller förkasta anbudet i fråga.⁶² Enligt direktivet får myndigheten "endast förkasta anbudet när de ingivna bevisen inte på ett tillfredsställande sätt förklarar de låga priser eller kostnader som föreslagits".⁶³

Det ska uppmärksammas att det ofta finns godtagbara förklaringar till låga anbudspriser. Att ett anbud inledningsvis har bedömts som onormalt lågt men inte förkastats behöver inte innebära att förfarandet inte uppnått sitt syfte. Ett korrekt genomfört förfarande kan i stället innebära att sund och effektiv konkurrens i upphandlingen säkerställs, genom att seriösa anbudsgivare skiljs från oseriösa.

⁶¹ Se Mål 76/81 *Transporoute*, punkt 18 och prop. 2016/17:195 s. 1115.

⁶² Se C-285/99 och C-286/99 *Impresa Lombardini*, punkt 82 och prop. 2015/16:195 s. 1115.

⁶³ Se artikel 69.3 i direktiv 2014/24/EU.

Konkurrensverket vill i denna del framhålla att det är anbudsgivaren som har att bevisa att anbudet är allvarligt menat.⁶⁴ Om en upphandlande myndighet finner anledning att ifrågasätta uppgifter som lämnas i en förklaring bör den överväga om ytterligare frågor är nödvändiga för att utreda anbudet. För det fall den beslutar att ett anbud ska förkastas bör den även tydligt motivera varför anbudet, förklaringen till trots, ger befogad anledning att anta att det låga anbudet skulle leda till leveransvägran eller på annan grund leda till att upphandlingen inte skulle få avsett resultat.

Dokumentation

Om ett anbud förkastats på grund av att det bedömts som onormalt lågt ska skälen för beslutet dokumenterats i en individuell rapport.⁶⁵ Har anbudet förkastats på grund av otillåtet statsstöd ska den upphandlande myndigheten även underrätta EU-kommissionen.⁶⁶

3.6 Golvpris och andra metoder

Utöver bestämmelserna om onormalt låga anbud finns andra metoder för att bekämpa leverantörer som konkurrerar med priser de inte har för avsikt stå fast vid. Det förekommer till exempel att upphandlande myndigheter ställer upp villkor om att anbudspriser under ett visst belopp kommer att förkastas, eller utformar utvärderingsmodeller på sådant sätt att anbudspriser enbart ger högre mervärde eller utvärderingspoäng ner till ett visst belopp. Syftet med sådana krav är i regel att undvika strategisk

⁶⁴ Se bland annat HFD 2016 ref. 3 I och II, och C-599/10 *SAG ELV Slovensko*, punkterna 28 och 29.

⁶⁵ Se 12 kap. 16 § LOU.

⁶⁶ Se 16 kap. 8 fjärde stycket LOU och artikel 69.4 i direktiv 2014/24/EU.

prissättning utifrån myndighetens utvärderingsmodell, eller minska risken för brister i framtida leverans.

I målet HFD 2018 ref. 50 har dock Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) funnit att det inte är förenligt med upphandlingslagstiftningen att som obligatoriskt krav ange att anbud med ett timarvode under en viss nivå (golvpris) inte kommer att antas. I domen uttalade HFD även att det i princip inte är förenligt med upphandlingslagstiftningen att ange att anbud med ett timarvode under en viss nivå anses oskäligt lågt och därför inte kommer att antas. Ett anbud som bedöms bygga på ett onormalt lågt pris ska i stället utvärderas efter det särskilda förfarande som föreskrivs för sådana anbud.

Följdfrågor med anledning av HFD:s bedömning har under det senaste året varit föremål för prövning i domstol och har i domar från kammarrätterna bedömts även gälla utvärderingsmodeller som begränsar anbudsgivares möjlighet att konkurrera med priser.⁶⁷

HFD har den 13 december 2019 meddelat prövningstillstånd i mål 6102-19. Den fråga i målet som har lett till att prövningstillstånd har meddelats är om det är förenligt med upphandlingslagstiftningen att som obligatoriskt krav ange att anbud där à-pris för ett större mängdintervall är högre än à-pris för ett mindre mängdintervall för samma typ av arbete inte kommer att antas. Dom i målet har inte meddelats vid denna rapports färdigställande.

⁶⁷ Se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom den 14 december 2018 i mål nr 2666-18, Kammarrätten i Göteborgs dom den 25 februari 2019 i mål nr 4551-18, Kammarrätten i Göteborgs dom den 5 november 2019 i mål nr 2819-19, Kammarrätten i Stockholms dom den 14 oktober 2019 i mål nr 4427-4433-19 och Kammarrätten i Stockholms dom den 28 oktober i mål nr 5613-19.

4 Uteslutning av leverantörer

4.1 Inledning

Upphandlingslagstiftningen innehåller regler om uteslutning av leverantörer. Dessa innebär att det finns en skyldighet för upphandlande myndigheter att begära in och kontrollera bevis för att leverantören ska kunna uteslutas ur upphandlingen. Reglerna om uteslutning utgör en del i att motverka osund konkurrens inom offentlig upphandling.

I detta kapitel går vi igenom när det föreligger en skyldighet (obligatorisk uteslutning) och en möjlighet (frivillig uteslutning) för upphandlande myndigheter att utesluta leverantörer. Samtliga uteslutningsgrunder gäller för upphandlingar både över och under tröskelvärdena.

Nedan redogör vi för hur reglerna ser ut och när de ska och får tillämpas. Företeelser som självsanering, ESPD och kontroll av anbud och anbudsgivare lyfts fram.

4.2 Obligatorisk uteslutning

I 13 kap. 1–2 §§ LOU återfinns regler om obligatorisk uteslutning av leverantörer, i vilket det i 1 § anges att en upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i en upphandling om den upphandlande myndigheten genom kontroll enligt 15 kap. LOU eller på annat sätt får kännedom om att en leverantör enligt en dom som vunnit laga kraft är dömd för brott som innefattar:

1. organiserad brottslighet,
2. bestickning,

3. bedrägeri,
4. penningtvätt eller finansiering av terrorism,
5. terroristbrott eller brott med anknytning till terroristbrott, eller
6. människohandel.

De två sista uteslutningsgrunderna, terroristbrott eller brott med anknytning till terroristbrott samt människohandel, är nya från 2017.⁶⁸

De obligatoriska uteslutningsgrunderna innebär att en upphandlande myndighet *ska* utesluta en leverantör om förutsättningarna för uteslutning är uppfyllda.⁶⁹ Det återfinns ingen gräns för hur lång tid efter ett brott som den upphandlande myndigheten ska vara skyldig att lägga brottet till grund för uteslutning. Däremot ställs det i förarbetena krav på att åtgärdens ingripande ska vara proportionerlig.⁷⁰ Detta innebär att ett brott inte ska ligga till grund för uteslutning om brottet begicks för en lång tid sedan.⁷¹

I 13 kap. 2 § LOU anges i vilka fall en upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i en upphandling. Dessa är om myndigheten genom kontroll enligt 15 kap. LOU eller på annat sätt får kännedom om att leverantören inte har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, och detta har fastställts genom ett bindande domstolsavgörande eller myndighetsbeslut som fått laga kraft. En upphandlande myndighet får också utesluta en leverantör om myndigheten på ett annat

⁶⁸ Prop. 2015/16:195 s. 1083.

⁶⁹ Prop. 2015/16:195 s. 1084.

⁷⁰ Prop. 2015/16:195 s. 740.

⁷¹ Prop. 2015/16:195 s. 740.

lämpligt sätt kan visa att de skyldigheter som avses i bestämmelsen inte har fullgjorts.

En juridisk person kan enligt svensk inte rätt dömas till ansvar för brott. Därför kan obligatorisk uteslutning endast bli aktuellt om en företrädare för leverantören har dömts för sådan brottslighet. Om leverantören är en juridisk person ska den juridiska personen enligt 13 kap. 1 § st. 2 LOU uteslutas om en person som ingår i leverantörens förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan har dömts för brottet. Om personen inte ingår i dessa organ ska de ha motsvarande behörighet för att uteslutning ska vara aktuellt. Personkretsen bestäms i första hand med hänvisning till kriterier av formell karaktär.⁷²

4.3 Frivillig uteslutning

I 13 kap. 3 § LOU återfinns reglerna om frivillig uteslutning. Grunderna innebär att en upphandlande myndighet får utesluta en leverantör om förutsättningarna för uteslutning är uppfyllda.

Uteslutningsgrunderna har blivit fler sedan den tidigare lagen om offentlig upphandling från 2007, ÄLOU.⁷³ En nyhet från den tidigare lagen är att upphandlande myndighet nu uttryckligen får utesluta en leverantör om den kan visa att leverantören har åsidosatt tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter. Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att den aktuella uteslutningsgrunden är tillämplig.

⁷² Prop. 2015/16:195 s. 1084.

⁷³ 10 kap. 2 § ÄLOU.

Ytterligare en nyhet är att upphandlande myndigheter kan utesluta en leverantör på grund av jäv eller jävsliknande situationer, enligt 13 kap. 3 § punkt 7 i LOU.

I 13 kap. 3 § LOU står det att en upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om leverantören

1. åsidosatt vissa miljö-, sociala eller arbetsrättsliga skyldigheter,
2. är i konkurs, föremål för tvångsförvaltning eller ingått ackordsuppgörelse,
3. gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövningen,
4. ingått överenskommelser som syftar till att snedvrیدا konkurrensen,
5. allvarligt eller ihållande brustit i fullgörandet av ett tidigare offentligt kontrakt,
6. har en intressekonflikt i upphandlingen,
7. på grund av konsultjäv enligt 4 kap. 8 § LOU inte kan tilldelas kontraktet utan att konkurrensen snedvrیدs,
8. lämnat oriktiga uppgifter eller undanhållit information, eller
9. gjort försök att otillbörligt påverka upphandlingen.

Det finns ingen bestämmelse i LOU som reglerar hur lång tid efter ett brott som en leverantör ska vara utesluten från att delta i en upphandling. Enligt förarbetena till LOU innebär detta dock inte att en leverantör för all framtid ska vara utesluten från offentliga upphandlingar på grund av en uteslutningsgrund, vare sig den är obligatorisk eller frivillig. Likt de obligatoriska uteslutningsgrunderna ställs det höga krav på proportionalitet för åtgärdens

ingripande och ett missförhållande eller det aktuella brottet får inte ligga för långt tillbaka i tiden.⁷⁴

Den upphandlande myndigheten ska i varje enskilt fall avgöra om felet har begåtts i yrkesutövningen och om felet är tillräckligt allvarligt för att motivera uteslutning. I skäl 101 till direktiv 2014/24/EU framgår att den upphandlande myndigheten, vid tillämpning av de frivilliga uteslutningsgrunderna, särskilt bör ägna uppmärksamhet åt proportionalitetsprincipen. Endast under exceptionella omständigheter bör mindre allvarliga oegentligheter leda till att en leverantör utesluts. Dock kan upprepade fall av mindre allvarliga oegentligheter innebära att en leverantörs pålitlighet påverkas, vilket kan leda till att en uteslutning är befogad.

I mål C-267/18 från EU-domstolen avgjordes en fråga om frivillig uteslutning av en leverantör som i en tidigare upphandling hade blivit utesluten i en upphandling då leverantören hade lagt ut delar av upphandlingen på en underleverantör, vilket inte hade blivit godkänt av den upphandlande myndigheten. Frågan var om leverantören kunde uteslutas även i en senare upphandling av en annan upphandlande myndighet på grund av den tidigare uteslutningen. EU-domstolen kom fram till att en upphandlande myndighet inte är bunden av vad en annan upphandlande myndighet tidigare har beslutat när det gäller uteslutningsgrunderna. Det är den upphandlande myndigheten som själv ska pröva och bedöma de faktiska omständigheterna som är aktuella för just den upphandlingen.⁷⁵ Den upphandlande myndigheten ska göra en egen omsorgsfull och opartisk bedömning utifrån samtliga omständigheter i fallet och bedöma huruvida leverantören har gjort

⁷⁴ Prop. 2015/16:195 s. 740.

⁷⁵ Mål C-267/18, punkt 27.

sig skyldig till allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av ett materiellt krav enligt tidigare kontrakt.⁷⁶

I HFD 2013 ref. 61 avgjordes frågan om vilket beviskrav som gäller för att en leverantör ska kunna uteslutas från en upphandling med hänvisning till att leverantören har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövning. Enligt HFD är det den upphandlande myndigheten som ska visa att det föreligger ett missförhållande hos leverantören. Det är även den upphandlande myndigheten som ska göra sannolikt att det finns förutsättning för uteslutning. Uteslutningsgrunderna ska bedömas med utgångspunkt i förhållandena vid uteslutningstillfället. HFD menar att det räcker att myndigheten gör sannolikt att uteslutningsgrunden föreligger.

Utredning

Enligt 13 kap. 4 § LOU ska en upphandlande myndighet ge leverantören tillfälle att yttra sig över de omständigheter som enligt myndigheten utgör skäl för uteslutning innan den beslutar att utesluta leverantören. Det är obligatoriskt för myndigheten att genomföra en utredning för att proportionalitetsprincipen ska kunna iakttas vid ett eventuellt beslut om uteslutning.⁷⁷ Detta ska ske inom en bestämd tid. Om leverantören inte svarar eller inte ger en tillfredsställande förklaring kan denne eventuellt uteslutas från upphandlingsförfarandet.⁷⁸

En fråga kan uppstå om vilket slags underlag som en upphandlande myndighet får begära som bevis för att det inte föreligger skäl för uteslutning. I 15 kap. 6 § LOU står det att en upphandlande

⁷⁶ Mål C-267/18, punkt 29.

⁷⁷ Prop. 2015/16:195 s. 1088.

⁷⁸ Prop. 2015/16:195 s. 1087.

myndighet som anser att det finns grund för att utesluta en leverantör från en upphandling får begära in bevis som visar att det

1. inte finns grund enligt 13 kap. LOU för att utesluta den aktuella leverantören från att delta i upphandlingen,
2. att leverantören uppfyller samtliga kvalificeringskrav enligt 14 kap. 1–5 §§ LOU, och
3. att företag vars kapacitet leverantören åberopar enligt 14 kap. 6 § LOU inte omfattas av någon uteslutningsgrund och uppfyller tillämpliga kvalificeringskrav.

I 15 kap. 6–7 §§ LOU återfinns en uttömmande lista på vilka slags utredningar som får begäras in av den upphandlande myndigheten. Leverantörer får dock lämna in annan utredning som den anser är lämplig för bedömningen.⁷⁹

4.4 Kontroll av anbudsgivare

Innan ett kontrakt tilldelas en leverantör ska leverantörens lämplighet kontrolleras. Detta innebär att leverantören inte ska befinna sig i en situation som kan föranleda uteslutning och att leverantören uppfyller de kvalificeringskrav som är uppställda i den aktuella upphandlingen.⁸⁰ En nyhet från tidigare LOU är att det är obligatoriskt att kontrollera dokumentation rörande brottslighet avseende leverantörer som myndigheterna avser att tilldela kontrakt.⁸¹

⁷⁹ Prop. 2015/16:195 s. 1102.

⁸⁰ Prop. 2015/16:195 s. 767.

⁸¹ Prop. 2015/16:195 s. 771.

ESPD – European Single Procurement Document

I dag finns det en möjlighet för leverantörer att använda sig av ett standardformulär avseende egen försäkran, ESPD, i 15 kap. 1 § LOU. Med begreppet "ESPD-systemet" menar vi den ordning för leverantörsprövning som sker genom att en upphandlande myndighet i ett första steg tillhandahåller ett ESPD-formulär vari en anbudsgivare eller anbudssökande kan lämna en egen försäkran. Genom att lämna en egen försäkran behöver inte leverantören lämna in alla bevis som är nödvändiga för leverantörsprövningen redan i samband med anbudet eller anbudsansökan. Den upphandlande myndigheten kan därefter i ett andra steg begära in bevis från de leverantörer som enbart har lämnat en egen försäkran. Bevis *måste* dock alltid begäras in före tilldelningsbeslutet avseende den eller de leverantörer som den upphandlande myndigheten avser att tilldela kontrakt. Reglerna om ESPD härstammar från ESPD-förordningen.⁸²

Motsvarande system har inte funnits i tidigare upphandlingslagar. Det är inte obligatoriskt för leverantörer att använda ESPD. I upphandlingar som omfattas av ESPD-systemet måste dock en upphandlande myndighet tillhandahålla ett ESPD-formulär så att leverantörerna kan besvara formuläret och på så sätt lämna en egen försäkran.⁸³ En egen försäkran innebär att anbudsgivare och anbudssökande intygar att de inte ska uteslutas ur upphandlingen,

⁸² Kommissionens Genomförandeförordning (EU) 2016/17 av den 5 januari 2016 om fastställande av standardformuläret för det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet.

⁸³ ESPD-systemet gäller vid följande upphandlingar: upphandlingar över tröskelvärdet enligt LOU, förnyade konkurrensutsättningar inom ramen för direktivstyrda ramavtal enligt LOU samt vid upphandlingar enligt LUF om uteslutningsgrunder och/eller kvalificeringskrav enligt LOU används i upphandlingen. Det sistnämnda innebär att även upphandlande enheters upphandlingar kan komma att omfattas av ESPD-systemet beroende på hur upphandlingen utformas.

att de uppfyller kvalificeringskraven och eventuella begränsningskriterier samt att de kan ge in bevis för det vid förfrågan.

Ett syfte med införandet av ESPD-systemet har varit att minska den administrativa bördan, särskilt för små och medelstora företag, och därigenom sänka tröskeln för dessa att delta i offentliga upphandlingar.⁸⁴ Mot bakgrund av den nedåtgående trenden av antalet anbudsgivare i svenska upphandlingar är det mer än någonsin angeläget att möjliggöra ett större deltagande från olika typer av leverantörer i offentliga upphandlingar. ESPD-systemet kan vara en sådan möjliggörare.

Om en leverantör väljer att lämna in en egen försäkran ska den upphandlande myndigheten godta en sådan. En upphandlande myndighet måste därför säkerställa att det finns en faktisk möjlighet för en leverantör att lämna en egen försäkran i ett ESPD-formulär⁸⁵ i de upphandlingar som omfattas av ESPD-systemet.⁸⁶ När ESPD-systemet ska tillämpas ska även de företag vars kapacitet en leverantör åberopar ge in en, i relevanta delar, separat egen försäkran.⁸⁷

I ESPD-systemet sker prövningen av leverantörerna i två steg.

⁸⁴ Se bland annat skäl 84 i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EU. Se även prop. 2015/2016:195 s. 768.

⁸⁵ En egen försäkran behöver således inte lämnas i själva standardformuläret utan i ett ESPD-formulär som är utarbetat på grundval av standardformuläret i bilaga 2 till kommissionens Genomförandeförordning. I Sverige finns sådana formulär integrerade hos systemleverantörer som tillhandahåller upphandlingsverktyg.

⁸⁶ Se 15 kap. 2 § LOU. Upphandlande myndigheter måste tillhandahålla ett ESPD-formulär till de leverantörer som vill använda sig av det i upphandlingar som omfattas av ESPD-systemet, se prop. 2015/2016:195 s. 769.

⁸⁷ Se 15 kap. 1 § andra stycket LOU.

I steg ett tillhandahåller den upphandlande myndigheten ett ESPD-formulär. I formuläret kan de leverantörer som så önskar lämna en egen försäkran. Den upphandlande myndigheten ska preliminärt godta en sådan försäkran som ett bevis för att leverantören inte ska uteslutas och uppfyller de krav och kriterier som myndigheten har ställt.⁸⁸ Genom att lämna in en egen försäkran behöver leverantören inte ge in alla nödvändiga bevis som behövs för leverantörsprövningen redan i samband med anbudet eller anbudsansökan.

I steg två kan den upphandlande myndigheten begära in bevis från de leverantörer som tidigare enbart har lämnat en egen försäkran. Den upphandlande myndigheten *måste* dock alltid begära in bevis innan den fattar tilldelningsbeslut för den eller de leverantörer som den avser att tilldela kontrakt.

I och med att en leverantör som önskar har möjlighet att fylla i en egen försäkran behöver denne inte lämna in alla för leverantörsprövningen nödvändiga bevis redan i samband med anbudet eller anbudsansökan. Det minskar administrationen för leverantören. Dessutom minskar risken för att leverantören utesluts på grund av att denne missat att ge in något bevis redan när anbudet gavs in. Detta eftersom den upphandlande myndigheten kan begära in beviset vid ett senare tillfälle.

Även för upphandlande myndigheter minskar den administrativa bördan i de fall ESPD-systemet används. Den upphandlande myndigheten behöver då inte få in och administrera samtliga bevis från samtliga anbudsgivare eller anbudssökanden redan när anbudet ges in. Först i ett senare skede kan den upphandlande myndigheten komma att begära in bevisen från de som lämnat en egen försäkran. Dessutom måste själva kontrollen av bevis endast

⁸⁸ Se 15 kap. 2 § LOU.

ske av den eller de leverantörer som den upphandlande myndigheten avser att tilldela kontrakt.

Bestämmelsen innebär att ESPD även ska tillämpas beträffande samtliga företag vars kapacitet en leverantör åberopar för att uppfylla kvalificeringskraven.

Ett av syftena med införandet av ESPD-systemet har varit att minska den administrativa bördan i offentliga upphandlingar för såväl leverantörer som upphandlande myndigheter. Trots dessa goda intentioner har ESPD-systemet inte fallit särskilt väl ut, i vart fall inte i Sverige. ESPD-formuläret upplevs som byråkratiskt och svårtillgängligt av såväl leverantörer som upphandlande myndigheter. I fritextsvaren till enkäten var det några upphandlare som kommenterade ESPD-systemet. Det råder en uppfattning om att systemet upplevs som svårt och komplicerat.⁸⁹

4.5 Undantag från uteslutning

Självsanering

Innan en upphandlande myndighet beslutar sig för att utesluta en leverantör ska leverantören enligt 13 kap. 4 § LOU ges tillfälle att yttra sig över de omständigheter som enligt myndigheten utgör skäl för uteslutning. För de obligatoriska uteslutningsgrunderna gäller, liksom de frivilliga uteslutningsgrunderna, även 13 kap. 5 § LOU om undantag från uteslutning i vissa fall.

⁸⁹ Se kapitel 5.

En leverantör som omfattas av någon uteslutningsgrund enligt 1 eller 3 § ska inte uteslutas, om leverantören visar att den är tillförlitlig genom att den har

1. ersatt eller åtagit sig att ersätta skador som har orsakats av brottet eller missförhållandet,
2. klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna, och
3. vidtagit konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder som är ägnade att förhindra brott eller missförhållanden.

De åtgärder som leverantören har vidtagit ska bedömas med beaktande av brottets eller missförhållandets allvar och de särskilda omständigheterna kring dessa.

Om en upphandlande myndighet kan göra sannolikt att det finns en uteslutningsgrund som indikerar att leverantören är opålitlig så faller bevisbördan tillbaka på leverantören, som på valfritt sätt får försöka visa att den har företagit åtgärder, självsanering, som trots det inträffade gör den pålitlig igen. En leverantör som har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter och socialförsäkringsavgifter, inklusive ränta och sanktionsavgifter, eller ingått en bindande överenskommelse om betalning eller motsvarande ska då inte uteslutas.

Reglerna om självsanering är ett sätt för leverantörer att freda sig från uteslutning, genom att leverantörerna ges möjlighet att visa att

den är tillförlitlig, trots att det föreligger grund för uteslutning. Samtliga tre krav som återges i lagrummet ska vara uppfyllda.⁹⁰

Tvingande hänsyn till allmänintresset

Enligt 13 kap. 6 § LOU får en upphandlande myndighet låta bli att följa en skyldighet att utesluta en leverantör om det är motiverat av tvingande hänsyn till allmänintresset, såsom folkhälsa eller miljöskydd.⁹¹ I skäl 100 i direktiv 2014/24/EU återfinns två exempel för när undantaget kan vara tillämpligt, när det snabbt behövs nöd-utrustning eller vaccin och detta endast kan köpas från en leverantör för vilken ett av de obligatoriska skälen för uteslutning föreligger. Begreppet tvingande hänsyn till allmänintresset ska tolkas restriktivt och ska endast användas i undantagsfall.⁹²

⁹⁰ Prop. 2015/16:195 s. 1089.

⁹¹ Prop. 2015/16:195 s. 747.

⁹² Prop. 2015/16:195 s. 747.

5 Konkurrensverkets enkätundersökning

5.1 Bakgrund till undersökningen

Upphandlares synpunkter och egna erfarenheter av upphandlingslagstiftningen är av stor vikt för Konkurrensverkets planerade tillsynsverksamhet, det vill säga den del av tillsynen där vi på förhand identifierar rättsfrågor, branscher och myndigheter som vi bör granska. Genom att ta del av synpunkterna kan vi justera våra informationsinsatser och även lyfta frågorna och problematiken som upphandlarna belyser till andra myndigheter, lagstiftaren och upphandlingssverige.

I december 2018 skickade vi ut en enkät till upphandlare i Sverige om korruption och osund konkurrens i offentlig upphandling. Upphandlade myndigheter som hade publicerat fem eller fler annonser om upphandling under 2017 har kunnat besvara enkäten. Totalt svarade 660 upphandlare. Konkurrensverket finner det glädjande att så många upphandlare tog sig tid att svara på enkäten. Antalet svarande vittnar om att upphandlare tycker att frågorna är viktiga och att de är engagerade i diskussionen.

Enkäten bestod dels av frågor med alternativsvar, dels av frågor där upphandlarna kunde skriva fritextsvar och utveckla sina synpunkter. I den här rapporten har vi valt att fokusera på att lyfta fram vad upphandlare själva tycker om osund konkurrens och vilka svårigheter de anser finns inom offentlig upphandling.

Några av svaren från 2013 års undersökning står angivna inom parentes.

5.2 Upphandlare om korruptionsrisker i offentlig upphandling

Korruption i samband med upphandlingar kan se ut på flera olika sätt, men i regel handlar det om att företag som lägger anbud får en förmånlig behandling som en följd av någon form av otillbörlig påverkan.⁹³ De olika faserna av en upphandling är förknippade med olika sorters risker för otillbörlig påverkan.

I vår enkät har upphandlare bedömt risken för otillbörlig påverkan under olika faser och situationer under upphandlingsprocessen. Bedömningen gjordes på skalan "ingen eller liten risk – viss risk – stor risk"⁹⁴. Nedan listas de olika situationerna i den ordning upphandlarna ansåg att det förelåg "stor risk".

Tabell 1 Uppfattningar om korruptionsrisker – enkätutfall (2013 års svar inom parentes)

Placering	Situation	Andel svar "stor risk"
1	Släkt- eller vänskapsband mellan anställda och anbudsgivare.	26 % (29 %)
2	Användandet av konsulter som biträder den upphandlande myndigheten i upphandlingen.	15 % (21 %)
3	Anställdas bisysslor.	13 % (20 %)
4	Att anställda vid den upphandlande myndigheten tidigare har varit anställda hos någon av anbudsgivarna.	13 % (19 %)
5	Att anställda betraktar någon anbudsgivare som potentiell framtida arbetsgivare.	13 % (18 %)
6	Under förstudie/planeringsprocess och vid utarbetande av förfrågningsunderlag.	12 % (11 %)

⁹³ För ytterligare inblick i hur korruption i offentlig upphandling kan yttra sig och hur den kan förebyggas, se Upphandlingsmyndigheten, (2017), vägledning nr 4, *Korruption i offentlig upphandling – vad är det och hur kan det förebyggas?*.

⁹⁴ I 2013 års enkätundersökning angav svarsalternativen som "liten risk – viss risk – större risk".

7	Under avtalstiden, till exempel genom påverkan på avropsberättigade i linjeorganisationen eller inför referenstagning för andra uppdrag.	11 % (19 %)
8	Vid förhandlingar med anbudsgivare.	9 % (14 %)
9	Vid valet av om en ny upphandling ska annonseras eller om anskaffningsbehovet ska lösas på annat sätt till exempel genom förlängning av befintliga avtal eller genom direktupphandling.	6 % (13 %)
10	Under annonseringstiden, till exempel genom att anställd lämnar ut sekretessbelagd information till någon anbudsgivare.	6 % (12 %)
11	Vid anbudsutvärderingen.	5 % (8 %)

Källa: Konkurrensverket och Demoskop 2018.

Undersökningen har inte syftat till att ge en fullständig bild av den faktiska omfattningen eller utvecklingen vad gäller korrupktion. Den pekar dock ut de delar av upphandlingsprocessen som enligt upphandlare lider störst risk att råka ut för otillbörlig påverkan. Genom att undersöka var riskerna är som störst kan Konkurrensverket, tillsammans med andra aktörer, rikta in informationsinsatser och annan verksamhet i syfte att förbättra upphandlande myndigheters anti-korrupktionsarbete på rätt delar av upphandlingsprocessen.

Noterbart i enkätsvaren är att de största riskerna för otillbörlig påverkan är relativt oförändrad från 2013 års undersökning, även om antalet respondenter som angett risken som "stor" utgör en mindre andel än i den tidigare enkäten. Det är dock uppenbart att problematik kring otillbörlig påverkan förekommer enligt upphandlarna. Det krävs olika lösningar för att komma tillrätta med olika delar av problematiken. Generellt har dock många av fritextsvaren särskilt indikerat att det finns ett behov av stöd och aktivitet från ledningen hos de upphandlande myndigheterna att de vill vara med och driva dessa frågor.

”Det är viktigt att ha en ledning som tycker frågorna är viktiga.”

”Det är viktigt att högsta ledningen/ledningsgruppen tar frågan på allvar.”

”Fler informationsinsatser riktade till såväl upphandlare som leverantörer.”

”Utbildning av alla inblandade på alla nivåer.”

Släkt- och vänskapskorruption

Det har tidigare framhållits att olika former av favorisering och vänskapskorruption är ett betydligt större problem i Sverige än vad exempelvis rena mutor är.⁹⁵ I såväl 2013 som 2018 års undersökning har just släkt- och vänskapsband av upphandlare beskrivits som den största risken för att korruption förekommer i offentlig upphandling. Sammantaget svarade 65 procent av respondenterna i 2018 års enkät att det fanns ”viss” eller ”stor” risk för detta. Av fritextsvaren framgår att många upphandlare är av uppfattningen att information om vänskapskorruption måste spridas i större utsträckning hos hela beställarkollektivet för att motverka problemet. Rutiner, utbildning och informations spridning för att minska riskerna för just släkt- och vänskapskorruption är av särskilt stor vikt.

”Det behöver bli mer fokus på ”vänskapskorruption” som kan uppstå vid såväl nya som befintliga avtalsrelationer. Detta gäller framförallt beställare som tillämpar avtalen och uppstår inte sällan hos högt uppsatta tjänstemän i ledningsposition.”

”Var tydlig vad som gäller om man har affärsmässiga eller privata relationer.”

⁹⁵ Säkerhetspolisen, Nationell hotbild, *Den grova organiserade brottslighetens otillåtna påverkan på viktiga samhällsfunktioner* (2012).

Konsulter och mellanhänder i offentlig upphandling

Användandet av externa konsulter har i såväl 2013 som 2018 års undersökningar om osund konkurrens utpekats som det näst mest riskutsatta området avseende otillbörlig påverkan på upphandlingsprocessen. Av fritextsvaren framgår att många upphandlare anser att den interna kontrollen minskar vid användandet av såväl konsulter som mellanhänder, vilket kan öka riskerna för korrupta ageranden. Svaren indikerar också att den upplevda problematiken inte primärt ligger i upphandlingsskedet av konsulterna, utan under avtalstiden då avsteg kan ske om avtalsuppföljningen inte genomförs.

”Korruption och jäv ökar markant när upphandlingar sker via mäklare. Det sätter offentlighetsprincipen ur spel. Utan insyn sker en hel del märkligheter.”

”Mindre fokus på upphandlingsprocessen och mycket mer fokus på avtalsperioden.”

Jäv och bisysslor

I likhet med släkt- och vänskapskorruption har även andra typer av intressekonflikter i enkäten pekats ut som särskilda riskområden. Av upphandlarna som svarat på Konkurrensverkets enkät var det många som i fritextsvar lyfte fram behovet av interna utbildningar avseende jäv i ett större perspektiv för att motverka otillbörlig påverkan i upphandlingsprocessen.

”Viktigt med utbildning, information, rutiner, policyer, öppenhet och tydlighet från arbetsgivaren. Nolltolerans mot gåvor och förmåner och tillbörliga kontakter (representation).”

”Ett av de viktigaste inslagen i inköpsprocessen är att informera och utbilda om sekretess och jäv.”

”Jävsdeklaration för projektgrupp innan uppstart är bra att göra.”

Avtalsuppföljning – en åtgärd för att minska riskerna för korruption

På frågan "Har du några andra erfarenheter eller synpunkter på hur man motverkar korruption i offentlig upphandling?" var det jämfört med 2013 års undersökning särskilt många upphandlare i 2018 års undersökning som lyfte fram behovet av en god avtalsuppföljning.

"Det är viktigt att ledningen inser vikten av en bra avtalsuppföljning."

"Lägg mer fokus på att följa upp avtalen. Om avtalen är korrekt upphandlade och leverantören följer priserna och villkoren i avtalet så minskar risken för korruption väldigt mycket. Om man "släpper" granskningen av hur avtalet används under avtalsperioden, efter upphandlingsprocessen är avslutad, så ökar risken väsentligt för att avtalet används på ett olämpligt sätt."

"Avtalsuppföljningen inom kommuner och landsting/stat måste skärpas så att alla upphandlande myndigheter följer upp sina avtal, för endast på det viset kan vi komma ifrån dessa oseriösa leverantörer."

"Risken för korruption ligger inte i upphandlingsskedet utan under avtalstiden, därför är avtalsuppföljningen så viktig."

Behovet av bra avtalsuppföljning är inte isolerat till riskerna för otillbörlig påverkan utan även andra typer av osund konkurrens. Genom en väl fungerande avtalsuppföljning kan exempelvis upphandlande myndigheter säkerställa att leverantörer följer de avtal som ingåtts och att exempelvis överfakturering inte förekommer.⁹⁶

⁹⁶ Se Upphandlingsmyndighetens vägledning, *Avtalsförvaltning*, nr 2 (2016).

5.3 Upphandlare om konkurrensbegränsande samverkan

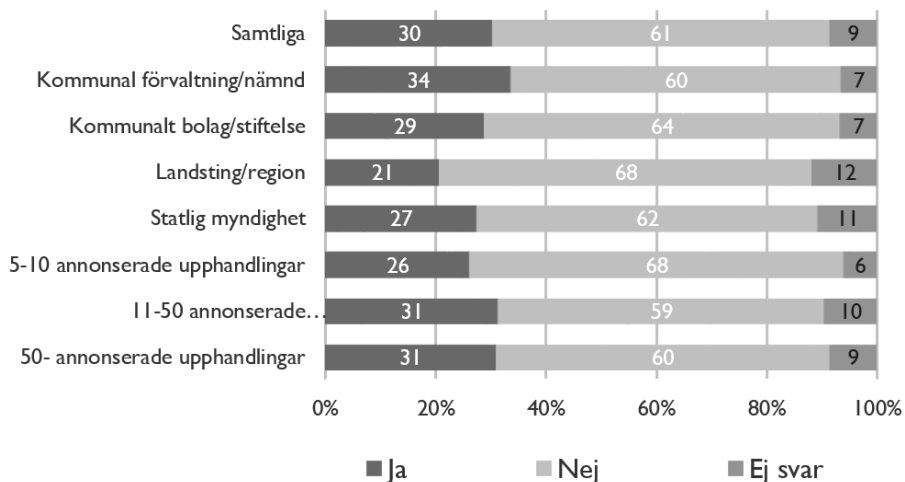
I svaren avseende konkurrensbegränsande samverkan har Konkurrensverket tagit till sig att det efterfrågas mer kunskaps- och informationsspridning avseende regelverket. Många upphandlare svarade att de behöver mer kunskap om hur man upptäcker en anbudskartell. Några upphandlare svarade att det är så pass svårt att upptäcka att de inte har tid att vidare analysera uppkomna misstankar om till exempel anbudskarteller. Det är därtill inget prioriterat område för de upphandlande myndigheterna att lägga tid och resurser till frågor om konkurrensbegränsande samverkan.

I det följande redovisar vi de svar som vi fick in gällande konkurrensbegränsande samverkan inom offentlig upphandling.

På frågan "Har du någon gång uppmärksammat tecken på konkurrensbegränsande samverkan?" svarade tre av tio att de har uppmärksammat tecken på sådan samverkan. Till frågan hade vi följande definition av konkurrensbegränsande samverkan: "Ett konkurrensbegränsande samarbete är till exempel om konkurrerande företag delar upp marknaden mellan sig eller kommer överens om priser. I en upphandling kan detta till exempel innebära att anbudsgivarna kommer överens om anbudspriser eller vem som ska lämna anbud på vilka delar av en upphandling."

Inom kommunal förvaltning är det något fler som har uppmärksammat sådan samverkan medan andelen inom regioner är lägre, där bara en av fem har uppmärksammat konkurrensbegränsande samverkan.

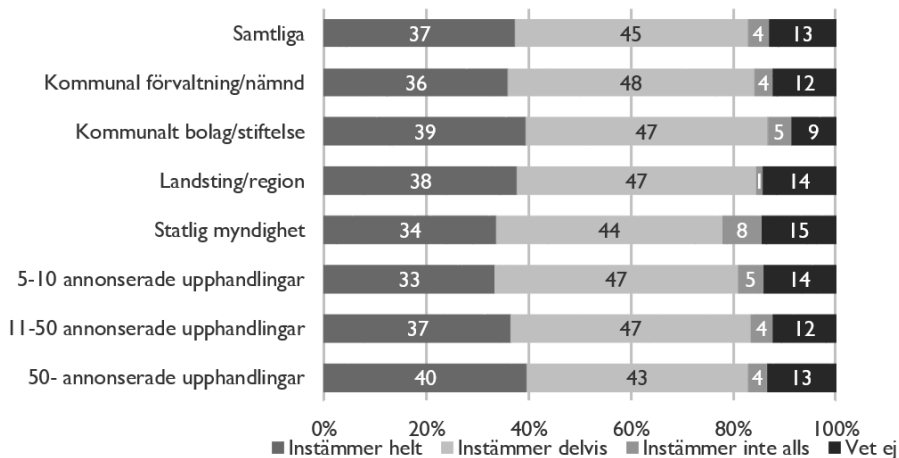
Figur 2 Har du någon gång uppmärksammat konkurrensbegränsande samverkan?



Källa: Konkurrensverket och Demoskop 2018.

Fler än fyra av fem av de som svarat på enkäten anser sig vara uppmärksamma på konkurrensbegränsande samverkan. En något högre andel återfinns bland personal inom kommunal verksamhet och den är något lägre inom statliga myndigheter. Siffrorna skiljer sig inte anmärkningsvärt från den enkätundersökning som Konkurrensverket genomförde 2013.

Figur 3 Jag är uppmärksam på tecken på konkurrensbegränsande samarbeten

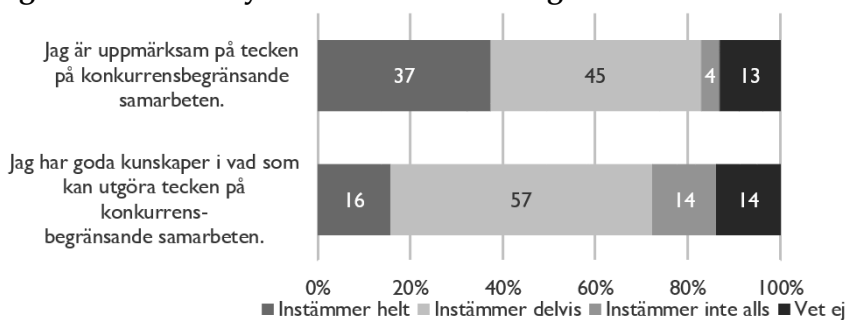


Källa: Konkurrensverket och Demoskop 2018.

Attityder till konkurrensbegränsande samarbete

Tre av fyra av de som svarat på enkäten tycker sig ha kunskaper i vad som kan utgöra tecken på konkurrensbegränsande samverkan. Endast en av sex tycker sig dock ha goda kunskaper i ämnet.

Figur 4 Attityder till konkurrensbegränsande samarbete



Källa: Konkurrensverket och Demoskop 2018.

Åtgärder mot konkurrensbegränsande samarbeten

Endast hälften av de som uppmärksammat tecken på konkurrensbegränsande samarbeten har vidtagit några åtgärder. En av fem har kontaktat anbudsgivaren och frågat om eventuella samarbeten. Nästan lika många har kontaktat Konkurrensverket för stöd och vägledning. Det är inom kommunala bolag och stiftelser som man är minst aktiv att beivra konkurrensbegränsande samarbeten.

På frågan "Vilka åtgärder har du vidtagit för att förhindra konkurrensbegränsande samarbeten?" svarade några upphandlare att de har avbrutit upphandlingar och diskuterat med jurister och internt inom organisationen. Sammantaget uppger många respondenter att det är svårt att förhindra och bevisa konkurrensbegränsande samarbeten.

"I vissa fall vidtar jag inte några åtgärder, det skulle inte ses med blida ögon inom organisationen."

"Kontaktar andra upphandlande myndigheter och kollar hur utfallet har blivit i deras upphandlingar med tilldelning inom upphandlingsområden med begränsad konkurrens."

"Se till att upphandlingen utformas så att det finns många möjliga anbudsgivare."

"Kontaktat kommunens juridiska avdelning för stöd och vägledning."

"Diskuterade internt och ändrade förutsättningar inför nästa upphandling."

"Efter upphandlingen kontaktade jag tänkbara leverantörer som inte lämnat anbud och frågade varför de valt att avstå."

Upphandlare menar att det oftast framkommer tecken på konkurrensbegränsande samarbeten inom bygg- och entreprenadupphandlingar. Konkurrensverket noterar här även att den

vanligaste branschen att upphandla ifrån är bygg- och anläggningsbranschen.⁹⁷

Tabell 2 Om du har uppmärksammat konkurrensbegränsande samverkan, inom vilka av följande typer av upphandlingar har du uppmärksammat tecken på konkurrensbegränsande samverkan? Flera svar får anges (2013 års svar inom parentes).

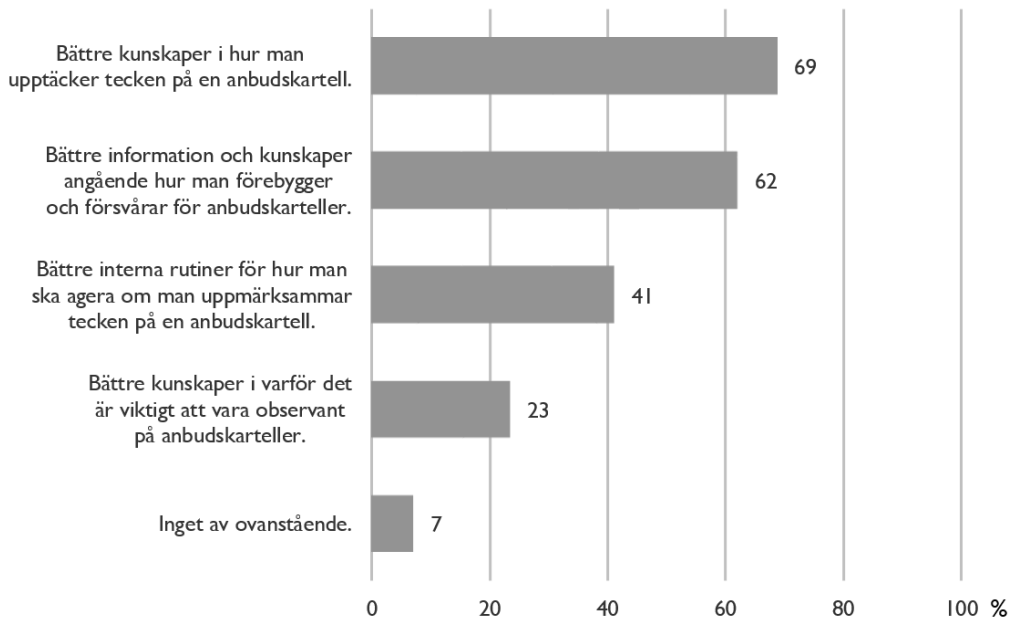
Typ av upphandling	Procent
Bygg och entreprenad	55 % (54 %)
Transport- och flyttjänster	14 % (16 %)
Byggkonsulttjänster	7 % (-)
Bemannings-tjänster	6 % (4 %)
Vård och omsorg	6 % (4 %)
IT-konsulttjänster	7 % (9 %)
Städ	5 % (10 %)
Medtech	2 % (-)
Tvätteritjänster	1 % (3 %)
Andra (ex. livsmedel, avfallshantering, IT-system)	30 % (37 %)

Källa: Konkurrensverket och Demoskop 2018.

Drygt två av tre svarande tycker sig behöva bättre kunskaper i hur man upptäcker tecken på en anbudskartell. Nästan lika många anser att det krävs bättre information och kunskaper i hur man förebygger och försvårar för anbudskarteller. Två av fem tycker att det behövs bättre interna rutiner avseende hur man ska agera mot anbudskarteller. Generellt tycker inköpare inom regioner att de behöver olika verktyg i mindre utsträckning än inköpare inom kommunal verksamhet.

⁹⁷ Upphandlingsmyndigheten rapport 2019:5, Konkurrensverket rapport 2019:3, *Statistik om offentlig upphandling*, s. 10.

Figur 5 Vilka av följande hjälpmedel tycker du att du behöver för att upptäcka och motverka konkurrensbegränsande samarbeten?



Källa: Konkurrensverket och Demoskop 2018.

I de fritextsvar som lämnades på frågan "Har du några andra erfarenheter eller synpunkter angående konkurrensbegränsande samarbeten i offentlig upphandling?" var svaren spridda över flera områden. Många av svaren rör olika svårigheter med hur man ska agera och intervensera mot misstänkta karteller och liknande. En del upplever svårighet att identifiera konkurrensbegränsande samarbeten i offentlig upphandling och att det därtill är omöjligt att leda i bevis.

”Det är näst intill omöjligt att bevisa så jag förstår varför det inte läggs mer tid på det.”

”Det är svårt att avgöra vad som är en kartell och vad som är ett lämpligt samarbete där företag visar entreprenörskap genom att samarbeta för att få ett större kontrakt, särskilt när det är låg konkurrens i övrigt.”

”Det borde uppmärksammas mer och upphandlande myndigheter borde samverka mer i frågan.”

”Upphandlare har ofta god kompetens men förståelse för innebörden/konsekvensen av det måste tydliggöras inom hela organisationen och främst inom ledning.”

”Högt tryck på att få ut och avsluta upphandlingar, finns inte alltid tid till analys. Man kör på.”

”Skatteverket och Kronofogdemyndigheten tillsammans med polis borde kunna vara smidigare att nå. Idag får man sitta i långa telefonköer m.m. Borde finnas smidigare kontaktvägar för upphandlande myndigheter.”

”Mer information om situationer där det faktiskt har blivit konsekvenser för kartellbildning.”

Konkurrensverket vill här lyfta fram att vi har andra befogenheter och utredningsmöjligheter än vad upphandlande myndigheter har avseende misstankar om konkurrensbegränsande samverkan. Därför är det viktigt att upphandlande myndigheter kontaktar oss när man misstänker en anbudskartell.

5.4 Upphandlarnas erfarenheter av onormalt låga anbud

I likhet med tidigare enkätundersökning har vi bett upphandlare att berätta om sina erfarenheter av bestämmelserna om onormalt lågt anbud. Av 660 tillfrågade upphandlare har 38 procent uppgett att de någon gång har tillämpat bestämmelserna om onormalt lågt anbud och av dessa har 44 procent uppgett att de vid minst ett

tillfälle förkastat ett anbud som bedömts som onormalt lågt. Av enkätresultatet framgår inte varför upphandlarna har uppfattat anbud som onormalt låga eller valt att tillämpa bestämmelserna. Mot bakgrund av att upphandlande myndigheter ska begära en förklaring om ett anbud verkar vara onormalt lågt är en möjlig tolkning av utfallet att det finns ett utrymme att öka användningen av förfarandet.

Av såväl enkät- som fritextsvar framgår en stark vilja bland upphandlare att komma tillrätta med onormalt låga priser och bristande leveranser. På fråga om upphandlarna upplever ett starkt stöd från ledningen att motverka osunda inslag i upphandlingar även om det sker på bekostnad av mindre förmånliga avtal eller merarbete har 71 procent helt eller delvis instämt i påståendet. Samtidigt uppger 61 procent av upphandlarna att de är osäkra på hur man avgör om anbudspriser är att betrakta som onormalt låga och hela 81 procent har svarat att det är svårt att på förhand bedöma om ett företag kommer att leverera till överenskomna priser eller villkor.

Likt stora delar av upphandlingslagstiftningen har många upphandlare beskrivit att finns det en utbredd osäkerhet om hur bestämmelserna om onormalt lågt anbud ska tillämpas.

”Det är ibland svårt att veta vad man ska jämföra med. Dagens pris, inkomna anbudspriser, branschpriser. Sedan har vi haft en diskussion om man på artikelnivå ska titta på låga priser eller om det är det totala anbudspriset som är det viktiga.”

”Föreslår tydligare juridiska anvisningar gällande när anbud är onormalt låga.”

”[Det behövs] mer riktlinjer om vad skyldigheten för utredning innebär.”

”Det är bra att bestämmelserna finns, de ger mig som upphandlare en trygghet i att jag kan be om en förklaring och även förkasta anbud som är onormalt låga. Dock finns det en viss rädsla att det ska vara svårt att försvara ett sådant beslut i domstol.”

Konkurrensverket har även frågat upphandlarna hur ofta de möts av vissa förklaringar av leverantörerna som svar på varför ett anbud är lågt. Förklaringarna framgår av tabell 3.

Tabell 3 Erfarenheter av svar på frågor om anbudspris – enkätutfall

Förklaring	Aldrig hänt	Har hänt vid något tillfälle	Händer återkommande	Vet ej/ Ej svar
Anbudsgivaren kan utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder, tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet.	16 %	58 %	15 %	10 %
Egenarten hos de varor, tjänster eller byggenreprenader som föreslås av leverantören.	64 %	14 %	0 %	21 %
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.	18 %	55 %	16 %	11 %
Anbudsgivaren erhåller någon form av offentligt stöd vilket gör att man kan erbjuda särskilt förmånliga priser.	68 %	12 %	3 %	18 %

Källa: Konkurrensverket och Demoskop 2018.

Av enkätsvaren framgår bland annat att upphandlande myndigheter mycket sällan träffar på uppgifter om att ett lågt pris beror på offentligt stöd eller egenarten i det som erbjuds, medan det är betydligt vanligare att anbudsgivaren uppger att de medvetet räknar med liten eller ingen vinst för att uppnå andra mål.

I enkätundersökningen har 86 procent av de upphandlare som någon gång begärt en förklaring uppgett att de vid minst ett tillfälle blivit övertygade om att anbudet är seriöst efter att ha frågat leverantörerna, varav 16 procent återkommande möter sådana situationer. 11 procent har däremot uppgett att de aldrig blivit övertygade om att anbudet är seriöst men ändå valt att inte förkasta anbudet.

Många upphandlare har i fritextsvar gett uttryck för att de ofta upplever att det räcker att leverantörerna hänvisar till de exempel på förklaringar som anges i lagtexten för att domstolarna ska godta förklaringen.

"Eftersom det inte är olagligt att göra dåliga affärer till förmån för att man ska få referenser, behålla en viktig kund eller ta sig in på marknaden, så skulle jag säga att den här punkten i LOU är helt verkningslös. Vi kan ha fel, men vi upplever att om bara anbudsgivaren ger denna förklaring så kan vi inte förkasta deras anbud."

"Praxis gör det svårt att på allvar motverka oseriösa anbud. Lagstiftningen behöver förtydligas så att domstolarna får en möjlighet att börja om."

"Upplever att en förklaring från en leverantör kan vara vag, och att man ändå juridiskt har svårigheter att utesluta någon. Räcker att anbudsgivaren skriver att den vill in på en marknad, eller att den har effektiva metoder etc., så kan man inget göra."

Utöver bestämmelserna om onormalt lågt anbud har flera upphandlare lyft upp andra metoder för att komma åt de bakomliggande problemen med bristande leveranser och andra problem under avtalsperioden. I enkätundersökningen har vi ställt frågan om upphandlarna använt sig av olika krav för att undvika onormalt låga anbud, till exempel genom att använda särskilda kontraktsvillkor eller undvika vissa utvärderingsmodeller. Som svar har 74 procent uppgett att de helt eller delvis instämmer i påståendet.

I fritextsvaren har en stor del av upphandlarna framfört att Högsta förvaltningsdomstolens dom i HFD 2018 ref. 50 inneburit stora hinder i deras arbete med att främja sund konkurrens och förhindra att leverantörer utnyttjar utvärderingsmodeller genom strategisk prissättning.

”Jag anser att det bästa sättet att undvika priser som är för låga men som inte kan räknas som onormalt låga är att få rätt igen att sätta golvpriser.”

”Som upphandlare ställer jag mig frågan hur det kan vara i strid med likabehandlingsprincipen att sätta upp begränsningar för konkurrensfördelar på pris när vi är så väl medvetna om osund konkurrens och prisdumpade anbud, nollpriser etc. Vi upphandlare har ofta en marknadsmässig och ganska korrekt uppfattning om vad som är rimligt att betala för en vara eller tjänst och dessutom vad vi faktiskt är beredda att betala, vilket inte alltid nödvändigtvis är det lägsta priset.”

”Ja, jag vill kunna sätta ett lägsta pris. Det går att räkna ut baklänges hur lågt ett pris får vara. Inom några få branscher kan det finnas möjlighet att slå sig in genom att dumpa priserna.”

Andra upphandlare har i stället lyft upp avtalsuppföljning som ett område de arbetar med, eller att större fokus läggs på kvalitet snarare än pris.

”Vår lösning var att lägga mycket mer resurser på avtalsuppföljning för att följa att leverantörer levererar även till de låga priserna. En av sådana leverantörer har gått i konkurs.”

Upphandlare med erfarenhet av onormalt låga anbud har även fått frågan inom vilka typer av upphandlingar de har erfarenhet av onormalt låga anbud. Svaren fördelades efter branscher enligt tabell 4. Det var möjligt att ange flera svarsalternativ och att lämna fritextsvar.

Tabell 4 Erfarenheter av onormalt lågt anbud – enkätutfall (2013 års svar inom parentes⁹⁸)

Typ av upphandling⁹⁹	Andel svar
Bygg- och entreprenad	53 % (41 %)
Städ	30 % (39 %)
Bemanningsjänster	19 % (14 %)
Byggkonsulttjänster	13 % (-)
Transport- och flyttjänster	12 % (15 %)
IT-konsulttjänster	11 % (12 %)
Vård- och omsorg	6 % (4 %)
Medtech	1 % (-)
Tvätteritjänster	1 % (2 %)

Källa: Konkurrensverket och Demoskop 2018.

Inom branscher som berör en smalare krets av upphandlare, såsom vård och omsorg respektive Medtech, har relativt få upphandlare beskrivit erfarenheter av onormalt låga anbud. Bland de upphandlare vid regioner som besvarat frågan har dock 27 procent angett vård- och omsorg och 20 procent har angett Medtech. En tolkning av svaren är att upphandlare upplever att det förekommer onormalt låga anbud i de flesta branscher, även onormalt låga anbud inom bygg- och entreprenad fortsatt upplevs vara ett särskilt förekommande.

⁹⁸ Svartalternativen Byggkonsulttjänster och Medtech fanns inte med i enkäten 2013 och det saknas därför siffror för jämförelse.

⁹⁹ Förutom de typer av upphandlingar som anges i tabellen har 25 procent av tillfrågade upphandlare även uppgett en annan typ av upphandling och har lämnat 60 exempel på olika erfarenheter. I fritextsvaren har upphandlarna bland annat beskrivit erfarenheter av onormalt låga anbud vid upphandlingar av kontorsmaterial (5 st.), IT-produkter (5 st.) och utbildningstjänster (5 st.). Övriga svar har i huvudsak gällt enskilda upphandlingar och har därför inte tagits med här.

5.5 Upphandlarnas erfarenheter av obligatorisk uteslutning

I vår enkät svarade drygt en av tio upphandlare att de har tillämpat bestämmelserna om obligatorisk uteslutning av anbudsgivare enligt 13 kap. 1–2 §§ LOU. Svaret skiljer sig inte väsentligt från vår undersökning från 2013.

Av dessa var det ungefär hälften som vid minst en upphandling har uteslutit en anbudsgivare med stöd av dessa bestämmelser. En av tio svarade att de vid minst en genomförd upphandling bedömt att det funnits anledning att utesluta en anbudsgivare men avstått då leverantören visat att den är tillförlitlig eller att det varit motiverat av tvingande hänsyn till allmänintresset.

Tabell 5 Obligatorisk uteslutning

Jag har vid minst en upphandling uteslutit en anbudsgivare med stöd av dessa bestämmelser.	48 %
Jag har vid minst en genomförd upphandling bedömt att det fanns anledning att utesluta en anbudsgivare på någon av dessa grunder men avstod då leverantören visat att den är tillförlitlig eller att det varit motiverat av tvingande hänsyn till allmänintresset.	9 %
Jag har vid minst en upphandling uteslutit en anbudsgivare med stöd av dessa bestämmelser. Efter överprövning av beslutet fann dock domstolen att det inte fanns grund för uteslutning.	1 %
Inget av ovanstående	45 %

Källa: Konkurrensverket och Demoskop 2018.

Av de som har svarat på enkäten har sex procent uteslutit en anbudsgivare med stöd av 13 kap. 1 och 2 §§ LOU. Uteslutning med hänvisning till de obligatoriska uteslutningsgrunderna är vanligast bland kommunala förvaltningar. Av enkäten kan vi se att det finns

en tydlig koppling mellan antalet upphandlingar och tillämpning av de obligatoriska uteslutningsgrunderna.

Många av fritextsvaren från enkätundersökningen vittnar om att det råder en osäkerhet vad gäller tillämpning av de obligatoriska uteslutningsgrunderna i 13 kap. 1–2 §§ LOU. Upphandlarna efterfrågar tydlighet från lagstiftaren. Det upplevs att ribban är för hög för myndigheter att utesluta leverantörer. Det efterfrågas bland annat vägledningar för hur myndigheterna kan hitta uppgifter för kontroll av uteslutningsgrunderna och ett nationellt certifieringsregister för att underlätta kontrollen för upphandlande myndigheter.

”Sverige är i avsaknad av system- och myndighetsstöd för att kunna undersöka om anbudsgivare är dömda för brott enligt 13 kap. LOU. Vilket lyft det skulle vara om man i våra upphandlingssystem kunde trycka på en knapp och man bara får grönt eller rött ljus tillbaka. Tror att Finland har något liknande system.”

”Vi ställer krav på att anbudsgivare ska intyga på heder och samvete att hinder enligt 13 kap. 1–3 §§ LOU inte föreligger. Möjligheterna att på ett enkelt sätt kontrollera detta i praktiken är dock mycket små. Ska regelverket kunna följas med någon form av enkelhet behöver vi få möjlighet till enkla belastningsregister eller dylikt.”

”Svårt att kontrollera om kraven uppfylls. Vi får oftast förlita oss på vad leverantören uppger i sitt anbud.”

5.6 Upphandlare om frivillig uteslutning

De upphandlare som svarat på enkäten uppger främst att det är svårt och tidskrävande att få kännedom om anbudsgivare gjort sig skyldig till allvarliga fel eller brott. Många uppger även att det är svårt för den upphandlande myndigheten att bevisa att leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

Enligt svaren från vår enkätundersökning har en av tio tillämpat bestämmelserna om frivillig uteslutning. Det vanligaste skälet till uteslutning är att leverantören inte lämnat kompletta upplysningar eller att leverantören har lämnat felaktiga upplysningar. Även vid de frivilliga uteslutningsgrunderna kan vi se en tydlig koppling mellan antalet upphandlingar och antalet uteslutningar.

Många av de respondenter som har lämnat fritextsvar avseende frivillig uteslutning av leverantörer upplever att det ställs höga bevis- och dokumentationskrav för att kunna tillämpa uteslutningsgrunderna. Det efterfrågas vägledning och underlättning kring reglerna.

”Det är svårt att tillämpa 13 kap 3 § p 4-5, eftersom dokumentationskraven är höga. Vad gäller hävning i p 5 är det alltför sällan misskötsamma leverantörer faktiskt hävs, så det är sällan man har möjlighet att tillämpa den möjligheten. Myndigheternas ansvar vid uteslutning är långtgående, medan leverantörer i vissa fall kan komma med enkla förklaringar som gör att de inte får förkastas, trots att myndigheten känner stor tveksamhet kring leverantörens förmåga.”

”Generellt är flera av uteslutningsgrunderna svåra att kontrollera/följa upp. Vi använder oss nästan enbart av egen försäkran men där vi skrivit till att vi har rätten men inte skyldigheten att kontrollera uppgifterna även om anbudsgivaren lämnat försäkran. ESPD hanteringen upplever både vi och anbudssökanden/anbudsgivare som krångligt och svårt att hantera.”

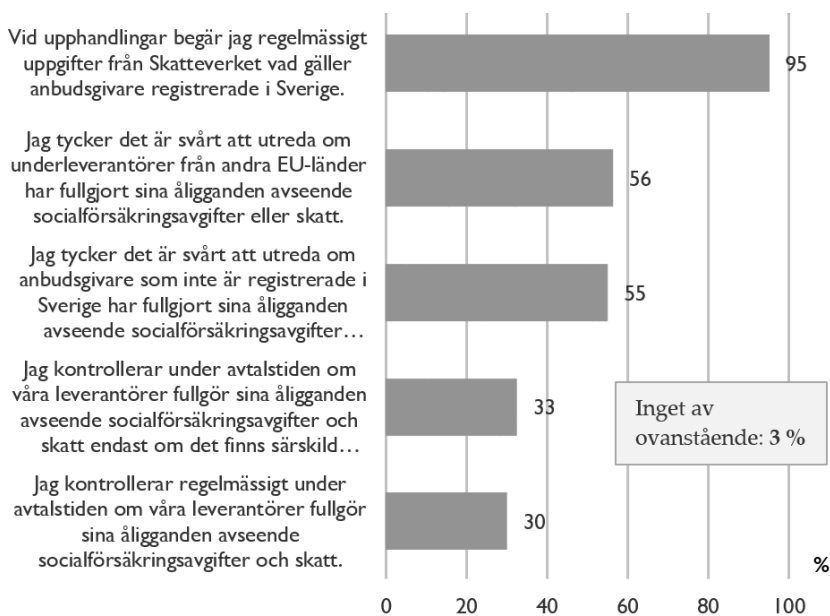
”Underlätta för upphandlande myndigheter att kontrollera och hämta information om de olika uteslutningsgrunderna.”

”Utifrån de rättsfall jag läst så krävs det för starka åtgärder av en upphandlande myndighet och det ställs för höga beviskrav för att kunna utesluta en tidigare misskötsam leverantör. En upphandlande myndighets uppfattning om att leverantören misskött ett avtal, där man kan påvisa hur det kommunicerats till leverantören, borde räcka i större utsträckning. Att kräva att misskötsamheten ska ha renderat hävning av avtal, krav på skadestånd eller jämförbart visar på oförståelse om hur lång och svår process ett sådant agerande innebär. Jämför med en privat köpare som endast behöver säga till en leverantör som misskött sig (eller som köparen bara inte är nöjd med) att den inte behöver bemöda sig om att lämna offert nästa gång.”

5.7 Upphandlare om kontroll av leverantörer

Utifrån svaren från vår enkät upplever en majoritet av de som svarat svårigheter med att kontrollera utländska bolag avseende socialförsäkringsavgifter och skatter. De som gör många upphandlingar kontrollerar i något större utsträckning regelmässigt leverantörerna under avtalstiden.

Figur 6 Vilka av följande påståenden överensstämmer med dina erfarenheter av att kontrollera om anbudsgivare fullgör sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt? (Fler alternativ kan anges)



Källa: Konkurrensverket och Demoskop 2018.

6 Slutsatser och förslag

Det finns flera slutsatser att dra från vår undersökning om korrup­tion och osund konkurrens i offentlig upphandling. En viktig övergripande slutsats är att vi ser ett behov av att skapa en större förståelse för värdet av konkurrens och en väl fungerande offentlig upphandling. Vi som tillsynsmyndighet bör, i samarbete med bland andra Upphandlingsmyndigheten och Statskontoret, fortsätta att verka för en ändrad inställning till offentlig upphandling. Vi behöver vara tydliga med de fördelar som finns när den offentliga upphandlingen går rätt till, både när det gäller förvaltningen av våra skattemedel och medborgarnas förtroende för det offentliga. Konkurrensverket kommer därför i sin kommunikation med såväl offentliga som privata aktörer att lägga ännu större tonvikt på de fördelar som en effektiv konkurrens för med sig.

Mer kunskapsspridning och informationssatsning

Undersökningen bekräftar att det finns stora behov vad gäller kunskapsuppbyggande och förebyggande av korrup­tion i offentlig upphandling. Större informationssatsning om hur man förebygger korrup­tion inom myndigheterna efterfrågas, vilket är något som Konkurrensverket redan lägger stor vikt vid i de nätverk där vi medverkar. Vi har även framfört till regeringen att det vore värdefullt om vi som tillsynsmyndighet fick ett uppdrag att motverka korrup­tion. Ett sådant uppdrag skulle möjliggöra för oss att fokusera än mer på korrup­tionsförebyggande insatser.

Bättre avtalsuppföljning och dokumentation

Många av de som svarat på vår enkät lyfter värdet av en god avtalsuppföljning som ett sätt att stävja osund konkurrens i offentlig upphandling. Upphandlarna menar själva att det är vid

avtalsperioden som riskerna för bland annat korrupktion är som störst. Avtalsuppföljning är ett område som ofta bortprioriteras inom upphandlande myndigheter. En förutsättning för en god avtalsuppföljning är dokumentation av alla beslut i en upphandling. Dokumentationsplikten innebär att alla upphandlingar över 100 000 kronor ska dokumenteras. Konkurrensverket råder dock alla upphandlande myndigheter att dokumentera samtliga upphandlingar, oavsett värde, samt att se över sina riktlinjer för detta. Om alla, internt och externt, vet att allt dokumenteras och att avtalet följs minskar riskerna för korrupktion och osund konkurrens. På vissa marknader förekommer i dag inslag av anbud på mycket låga nivåer. En av anledningarna till anbud på mycket låga nivåer kan vara att leverantörerna räknar med att myndigheten inte följer upp vad de köper under avtalsperioden.

Utifrån de svar som vi fått i enkätundersökningen drar Konkurrensverket slutsatsen att det finns skäl att myndigheterna ser över sin dokumentation och avtalsuppföljning. Det räcker inte att upphandlarna vill prioritera avtalsuppföljning, utan prioriteringen måste ske inom samtliga led i upphandlande myndigheters organisationer. Brister i dokumentation och avtalsuppföljning riskerar att leda till överträdelser av upphandlingslagstiftningen. En bonus i sammanhanget är att om ett inköp blir ifrågasatt kan myndigheten genom sin dokumentation visa att allt gått korrekt till och behålla förtroendet.

**Bättre vägledning kring onormalt låga anbud och undersök
möjligheten till certifikat för kontroll av uteslutningsgrunderna**

Ett stort problem som framkommer i undersökningen är att det råder förvirring och oklarheter avseende regleringen av onormalt låga anbud. Många av de som svarat i fritextsvaren upplever att rättspraxis från de senaste åren har försvårat för upphandlare att få rätt i frågan om ett anbud är onormalt lågt. En återkommande

uppfattning är att anbudsgivare har lärt sig vad domstolen accepterar som förklaring vid en misstanke om onormalt låga anbud. Detta gör att upphandlande myndigheter upplever att de måste acceptera anbud som de misstänker är onormalt låga, vilket kan resultera i uteblivna leveranser, fel i leveranser och att tjänster inte utförs på korrekt sätt, vilket leder till merkostnader för skattebetalarna.

Regelverket om uteslutning av leverantörer är komplicerat. Många av upphandlarna anser att ett centralt register över anbudsgivare som misskött sig enligt internationell standard behövs. De som har lämnat fritextsvar avseende frivillig uteslutning av leverantörer upplever att det ställs höga bevis- och dokumentationskrav för att kunna tillämpa uteslutningsgrunderna. Det efterfrågas vägledning och förenkling av regelverket. Upphandlare lyfter även att det saknas ett stödsystem och registeråtkomst för hur upphandlande myndigheter bör agera vid onormalt låga anbud.

I Danmark måste företag lämna in ett servicecertifikat för att få delta i vissa upphandlingar. Certifikatet ges ut av Erhvervsstyrelsen¹⁰⁰ och systemet syftar till att säkerställa att företag endast ska behöva vända sig till en instans för att få ut ett bevis om att de är behöriga att lämna anbud i vissa offentliga upphandlingar. Certifikatet är ett dokument som anbudsgivarna kan skicka till de upphandlande myndigheterna som bevis på att de inte omfattas av de obligatoriska uteslutningsgrunderna.

I praktiken genomförs det på så sätt att en leverantör begär ett "servicecertifikat" från Erhvervsstyrelsen. Myndigheten samlar sedan in information från brottsregistret, skattemyndigheten med

¹⁰⁰ Erhvervsstyrelsens har en bred portfölj av uppgifter och ansvar, som tillsammans ska göra det lättare och attraktivt att driva ett företag i Danmark, www.erhvervsstyrelsen.dk.

flera som visar att leverantören inte omfattas av uteslutningsgrunderna. Systemet gör det lätt för leverantörerna att lämna in bevis och lätt för de upphandlande myndigheterna att kontrollera att anbudsgivarna har relevant dokumentation i förhållande till uteslutningsgrunderna.

Konkurrensverket avser att ta initiativ till diskussioner rörande möjligheten att införa en så kallad one-stop shop som upphandlare kan använda sig av för att få fram information om företag som lämnar anbud. Vi kommer i första hand att kontakta sådana myndigheter som har angränsande uppdrag till vårt i syfte att skapa kunskap om eventuella hinder för införandet. Därefter kommer vi att ta ställning till om det är lämpligt att formulera ett förslag på att införa en sådan lösning i Sverige.

Mer information om konkurrensbegränsade samverkan

Konkurrensverket informerar i dag upphandlare om osund konkurrens och dess konsekvenser. Vi konstaterar dock, baserat på undersökningens resultat, att upphandlare behöver ännu mer information om tecken på anbudskarteller och hur de ska gå till väga när de ska anmäla en anbudskartell till oss. Konkurrensverket har fler befogenheter och verktyg för att utreda en misstänkt anbudskartell än vad upphandlande myndigheter har. Därför är det viktigt att upphandlare vid misstanke om anbudskarteller kontaktar oss så att vi kan inleda en utredning.

En av tre upphandlare i enkäten uppger att de har sett tecken på konkurrensbegränsande samverkan, men endast hälften av dem har agerat. Många av de som svarat uppger att de inte vet hur de ska agera om man misstänker en kartell eller annan konkurrensbegränsande samverkan. Vi tolkar detta som att vi behöver prova nya vägar för att nå ut till ännu fler upphandlande myndigheter med information om hur de bör agera vid misstanke om en kartell.

Vi kommer exempelvis under 2020 att arrangera en konferens om konkurrensrätt som särskilt riktar sig till upphandlande myndigheter. Vi kommer också fortsätta att aktivt medverka i Statskontorets nätverk mot korruption. Vi bedömer att nätverket är till stor hjälp när det gäller att nå ut till många myndigheter samtidigt.

Vi måste arbeta tillsammans mot korruption

Vår sammantagna slutsats är att det krävs samverkan för att bekämpa osund konkurrens i offentlig upphandling. Konkurrensverket kan lättare nå ut till upphandlare om vi gör det i samarbete med andra myndigheter såsom Statskontoret och Upphandlingsmyndigheten. Genom att värna om öppenhet och tydligare gränsdragning mellan upphandlande myndighet och anbudsgivare minskar risken för korruption.

Regeringen meddelade i december 2019 att arbetet mot korruption ska stärkas. Ett första steg är att ta fram en nationell handlingsplan mot korruption, vilket Konkurrensverket välkomnar. Genom att arbeta efter en gemensam handlingsplan kan vi tillsammans uppmärksamma och lyfta fram de problem som följer av osund konkurrens i offentlig upphandling.

7 Referenser

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 2015/16:195 *Nytt regelverk om upphandling.*

Statens offentliga utredningar

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

SOU 2019:13, *Agenda 2030 och Sverige: Världens utmaning – världens möjlighet.*

Rättsfall

EU-domstolen

Mål 76/81 *Transporoute.*

Mål C-285/99 och C-286/99 *Impresa Lombardini.*

Mål C-599/10 *SAG ELV Slovensko.*

Mål C-267/18 *Delta.*

Högsta förvaltningsdomstolen

RÅ 2008 ref. 35.

RÅ 2009 ref. 43.

HFD 2013 ref. 61.

HFD 2016 ref. 3 I och II.

HFD 2018 ref. 50.

HFD 2019 ref. 39.

Kammarrätterna

Kammarrätten i Göteborgs dom den 14 december 2018 i mål nr 2666-18.

Kammarrätten i Göteborgs dom den 25 februari 2019 i mål nr 4551-18.

Kammarrätten i Sundsvalls dom den 20 mars 2018 i mål nr 207-208-18.

Kammarrätten i Göteborgs dom den 5 november 2019 i mål nr 2819-19.

Kammarrätten i Stockholms dom den 14 maj 2018 i mål nr 6449-17.

Kammarrätten i Stockholms dom den 14 oktober 2019 i mål nr 4427-4433-19.

Kammarrätten i Stockholms dom den 28 oktober 2019 i mål nr 5613-19.

Hovrätterna

Svea hovrätts dom den 29 maj 2015 i mål nr B 2213-14.

Förordningar

Kommissionens Genomförandeförordning (EU) 2016/17 av den 5 januari 2016 om fastställande av standardformuläret för det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet.

Material från Europeiska kommissionen

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

Europeiska kommissionens Flash Eurobarometer 482, Företag och korruption, september–oktober 2019.

Litteratur

Arbetsgivarverket, *Bisysslor*, 2012.

Brottsförebyggande rådet (Brå), *Karteller och korruption*, 2010:9.

Brottsförebyggande rådet (Brå), *Den anmälda korruptionen i Sverige, Struktur, riskfaktorer och motåtgärder*, 2013:15.

Brottsförebyggande rådet (Brå), *Korruption i myndighetsverige, otillåten påverkan mot insider*, 2014:4.

Brottsförebyggande rådet (Brå), *Otillåten påverkan mot myndighetspersoner*, 2016:13.

Brottsförebyggande rådet (Brå), *Att förebygga och hantera påverkansförsök, en handbok*, 2017.

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

Karlsson Westergren, Catrin, *Korruptionsdomar och offentlig upphandling – Om man ger lite får man ibland mycket mer tillbaka*, Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport, 2019:5.

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

Konkurrensverket, *Osund konkurrens i offentlig upphandling. Om lagöverträdelser som konkurrensmedel*, rapport 2013:6.

Konkurrensverket, *Ärlighet ska löna sig. Så upptäcker och förebygger du anbudskarteller*, 2015.

Konkurrensverket, Upphandlingsmyndigheten, *Mellanhänder i offentlig upphandling*, Konkurrensverkets rapport 2017:1, Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:1.

Konkurrensverket, *Dela upp eller motivera i upphandlingen. Rapport om motiveringsskyldigheten i LOU*, rapport 2018:8.

Konkurrensverket, *Korruption som begränsar konkurrensen*, rapport 2018:10.

Konkurrensverkets remissvar på SOU 2019:13, *Agenda 2030 och Sverige: Världens utmaning – världens möjlighet* (2019-07-01), dnr 269/2019.

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

OECD, *OECD principles for Integrity in public procurement*, 2009.

Riksrevisionens rapport, *Statliga myndigheters skydd mot korruption*, 2013:2.

Riksrevisionen, *Skydd mot mutor – Banverket*, 2005:30.

Riksrevisionen, *Köp på saklig grund – myndigheters skydd mot förtroendeskadliga närståendetransaktioner*, 2019:8.

Statskontorets handbok, *En kultur mot korruption*, 2018.

Säkerhetspolisen, *Nationell hotbild, Den grova organiserade brottslighetens otillåtna påverkan på viktiga samhällsfunktioner*, 2012.

Transparency International, *Handbook for Curbing Corruption in Public Procurement*, 2006.

Transparency International Sverige, *Etik och korruption i samhällsbyggnadssektorn*, 2012.

The World Bank, *Guidelines - Selection and Employment of Consultants*, 2011.

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.

Upphandlingsmyndigheten, *Avtalsförvaltning*, vägledning nr 2 2016.

Upphandlingsmyndigheten, *Korruption och offentlig upphandling – vad är det och hur kan det förebyggas*, vägledning nr 4 (2017).

Upphandlingsmyndigheten, Konkurrensverket, *Statistik om offentlig upphandling 2019*, Upphandlingsmyndigheten rapport 2019:5, Konkurrensverket rapport 2019:3.

Osund konkurrens i form av korrupktion, anbudskarteller och annat förtroendeskadligt beteende skadar samhälls-ekonomi. Offentlig upphandling är ett riskområde. Konkurrensverket har en viktig roll att spela när det gäller att förebygga och motverka osund konkurrens.

I den här rapporten redogör vi för hur upphandlare ser på olika frågor avseende korrupktion och osund konkurrens. Rapporten identifierar också flera centrala områden där upphandlare lyfter fram att det finns behov av förbättrade förutsättningar och ökad information för att de ska kunna göra verklig skillnad i kampen mot den osunda konkurrensen.



Adress 103 85 Stockholm

Telefon 08-700 16 00

Fax 08-24 55 43

konkurrensverket@kkv.se

www.konkurrensverket.se