



Offentlig upphandling Konkurrens i kristider

ANALYS I KORTHET 2023:3

Konkurrensverket, februari 2023
Foto: Scandinav

Den här analysen ingår i rapporten Konkurrens i kristider som belyser konkurrensaspekter vid olika typer av samhällskriser. Konkurrensverkets uppdrag är att arbeta för en effektiv konkurrens till nytta för konsumenterna och en effektiv offentlig upphandling till nytta för det allmänna och marknadens aktörer. Det gäller både i kristider och under normala förhållanden. De åtgärder som företag och upphandlande myndigheter vidtar under kristider får inte leda till en sämre konkurrens på lång sikt.

Innehåll

1. Inledning	5
2. Planering och organisation som förebyggande åtgärder	6
2.1 Organisering av verksamheten	6
2.2 Val av avtalsform	7
3. Upphandlingslagstiftningen i en krissituation.....	8
3.1 En flexibel lagstiftning med flera alternativ	8
3.2 När det redan finns ett avtal.....	9
3.3 När det inte finns något avtal – att upphandla i kris	11
3.4 Valfrihetssystem – ett alternativ till upphandling.....	14
3.5 Upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet	15
4. Initiativ på EU-nivå	17
4.1 Förslag till inrättande av ett krisinstrument för den inre marknaden.....	17
4.2 Förslag till ett instrument för att stärka europeisk försvarsindustri genom gemensam upphandling	18
4.3 Sanktioner på EU-nivå	19
5. Sammanfattning	20

1. Inledning

I en upphandlingskontext kan en kris få olika typer av konsekvenser. En gemensam nämnare är ofta att något sker som har varit svårt att förutse för den upphandlande myndigheten. Då kan det uppstå ett plötsligt och brådskande behov. En kris kan även leda till att en leverantör riskerar att gå i konkurs eller i övrigt får svårt att uppfylla villkoren i avtalet. På Konkurrensverket har vi sett exempel på att upphandlande myndigheter i kristider riskerar att bryta mot upphandlingslagstiftningen, exempelvis genom att felaktigt ingå avtal utan föregående annonsering. Framförallt flyktingkrisen år 2015 och coronapandemin har lett till ett flertal ärenden som Konkurrensverket har fått anledning att granska.¹

Det övergripande syftet med upphandlingslagstiftningen är att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och är ett skydd för leverantörer som önskar erbjuda varor eller tjänster åt upphandlande myndigheter i någon av EU:s medlemsstater. Att konkurrensen på marknaden nyttjas även i en krissituation är en förutsättning för att upphandlande myndigheter ska få konkurrenskraftiga anbud. Reglernas syfte och utformning leder som huvudregel till att offentliga upphandlingar öppnas upp för marknads konkurrens och minskar därmed även risken för korruption. Att aktivt främja konkurrensen i offentlig upphandling leder till att fler aktörer kan lämna konkurrenskraftiga anbud, både vad gäller pris, kvalitet och exempelvis miljömässiga eller sociala hänsyn. Det finns bestämmelser i upphandlingslagarna som ger flexibilitet för upphandlande myndigheter att hantera kriser.

Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen, vilket innebär att vi utövar tillsyn över upphandlingslagstiftningen och valfrihetslagarna samt upphandlingar av kollektivtrafik.² Syftet med vår tillsyn är att öka regelefterlevnaden och bidra till en effektiv offentlig upphandling. I denna analys i korthet vill Konkurrensverket visa på upphandlingslagstiftningens funktion i tider av kris och beskriva några relevanta tillsynsärenden. Vi vill även lyfta fram några av de EU-initiativ som föreslagits på senare tid med anledning av uppkomna kriser. I analysen kommer Konkurrensverket främst att utgå ifrån bestämmelserna i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU).

¹ Konkurrensverkets ärenden med dnr 499/2016, 57/2017, 113/2017, 636/2017 och 590/2020 samt dnr 700/2021, 427/2022, 463/2022 och 650/2022.

² Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling av försörjningssektorerna, lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, lagen (2008:962) om valfrihetssystem, lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering, lagen (2008:962) om valfrihetssystem i enlighet med lagen (2010:536) om valfrihet hos Arbetsförmedlingen. Konkurrensverket bedriver även tillsyn enligt lagen (2010:1065) om kollektivtrafik.

2. Planering och organisation som förebyggande åtgärder

De senaste årens kriser har visat på brister i upphandlande myndigheters planering och organisation. Även om det är upp till den upphandlande myndigheten att avgöra hur man på bästa sätt organiserar sin verksamhet för att fullgöra sitt uppdrag, bör det dock betonas att det enligt upphandlingslagstiftningen ställs höga krav på den upphandlande myndighetens planering och organisation.³

2.1 Organisering av verksamheten

Upphandlingslagstiftningen reglerar inte vad en upphandlande myndighet väljer att anskaffa genom offentlig upphandling. Vissa typer av behov lämpar sig bättre att utföra med hjälp av externa leverantörer medan andra lämpar sig bättre att utföra i egen regi. I valet mellan egen regi eller upphandling bör överväganden om krishantering även finnas med. Som alternativ till upphandling finns även möjligheten att inrätta valfrihetssystem för vissa typer av tjänster, till exempel hälso- och sjukvårdstjänster. Överväganden om vilka verksamheter som ska bedrivas i egen regi eller vilken typ av upphandling och avtal som lämpar sig i det enskilda fallet är sådana typer av frågor som upphandlande myndigheter bör utreda proaktivt för att kunna hantera framtida kriser.

I samband med flyktingkrisen 2015 då 35 000 ensamkommande barn och unga sökte asyl i Sverige ställdes många upphandlande myndigheter inför stora utmaningar. Många av de ensamkommande hade placerats på hem för vård eller boende (HVB) eller i familjehem. Marknaderna hade därför expanderat mycket kraftigt på kort tid med både ökad efterfrågan och ökat utbud. Många kommuner valde därför att starta HVB i egen regi. Ett HVB i kommunal regi behövde inte godkännas av Inspektionen för vård och omsorg (IVO). I sammanhanget innebar det stora fördelar då kommunala HVB kunde startas med mycket kort varsel. Mot bakgrund av de omfattande behoven och den stora brådskan var det ändamålsenligt av kommunerna att inte enbart förlita sig på privata leverantörer utan att även starta verksamheter i egen regi. Det är dock viktigt att ha i åtanke att en konkurrensutsättning genom upphandlingar bidrar till en ökad effektivitet och kvalitet på längre sikt.⁴

I valet mellan egen regi och upphandlad verksamhet så bör möjligheten till så kallad intern upphandling nämnas. Intern upphandling omfattas inte av upphandlingslagstiftningen, utan regleras som ett undantag i 3 kap. 11–16 §§ LOU. Undantaget gäller när den upphandlande myndigheten kontrollerar den andra parten som den ingår avtal med och parten dessutom bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den upphandlande myndigheten.

³ Jämför till exempel mål C-385/02, *Kommissionen mot Italien*, punkt 26–28.

⁴ Konkurrensverket, *Marknaden för hem för vård eller boende för ensamkommande och andra barn och unga*, rapport 2017:8.

Även upphandlingar mellan upphandlande myndigheter kan vara undantagna från upphandlingslagstiftningen, så kallade Hamburgsamarbeten.⁵ Undantaget, som har växt fram genom EU-domstolens praxis och som nu även framgår av lagen, innebär att två eller flera upphandlande myndigheter under vissa förutsättningar kan samarbeta på ett sådant sätt att avtalet inte omfattas av upphandlingsreglerna. De förutsättningar som måste vara uppfyllda är att upphandlingen syftar till att upprätta eller reglera formerna för ett samarbete mellan myndigheterna som ska säkerställa att de offentliga tjänster som dessa ska utföra tillhandahålls för att uppnå deras gemensamma mål. Samarbetet ska endast styras av överväganden som hänger samman med allmänintresset och myndigheterna ska på den öppna marknaden utöva mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet.

De ovan nämnda undantagen visar att upphandlingslagstiftningen ger en viss flexibilitet att ingå kontrakt med andra upphandlande myndigheter under vissa förutsättningar. En flexibilitet som till exempel kan nyttjas i en krissituation.

2.2 Val av avtalsform

Ramavtal är en avtalsform som kan vara effektiv och ändamålsenlig i kristider. Ramavtal lämpar sig nämligen för situationer där en upphandlande myndighet inte helt kan förutse framtida återkommande anskaffningsbehov och vill planera för det oförutsedda behovet. Ett ramavtal innebär att samtliga villkor inte är fastställda på förhand. Värdet av ett ramavtal ska dock uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras inom ramen för ramavtalet under löptiden. Konkurrensverket har i ett ställningstagande bedömt att det inte är tillåtet att sätta ett högsta tak som med oproportionerlig marginal överstiger det egentliga behovet när man anger den maximala kvantitet eller värde som kan komma att avropas på ramavtalet. Ett sådant förfarande, som skulle kunna ha påverkan på potentiella leverantörers beslut att delta i upphandlingen, skulle stå i strid med öppenhetsprincipen.⁶

Vid utformningen av kontrakt och ramavtal finns det en möjlighet att använda ändrings- och optionsklausuler vilket följer av 17 kap. 10 § LOU. Det kan vara en möjlighet för den upphandlande myndigheten att hantera ett utökat eller förändrat behov i händelse av en kris. Ändrings- eller optionsklausulen ska klart, exakt och entydigt beskriva under vilka förutsättningar den kan tillämpas och klausulen måste ha angetts i något upphandlingsdokument. Av klausulen ska även omfattningen och arten av ändringen framgå. Vid ändringen får dock inte kontraktet eller ramavtalets övergripande karaktär ändras.

Det är även viktigt att utformningen av upphandlingar och kravställningar för att klara ett läge med höjd beredskap, kris eller krig inte ger oproportionerliga effekter på marknaden och konkurrensen i ett normalläge. Exempelvis kan krav på en omfattande lagerhållning eller hög beredskap begränsa antalet potentiella anbudsgivare. Negativa effekter på marknaden och konkurrensen under mer normala förhållanden kan också medföra sämre förutsättningar när krisen är över och när upphandlade avtal för beredskapsbehov löper ut och en ny upphandling behöver genomföras.⁷

⁵ 3 kap. 17–18 §§ LOU.

⁶ Konkurrensverkets ställningstagande 2022:2. Se även HFD 2022 ref 4 I och II.

⁷ Konkurrensverkets yttrande över betänkandet *Hälsa- och sjukvårdens beredskap* (SOU 2022:6), dnr 191/2022.

3. Upphandlingslagstiftningen i en krissituation

3.1 En flexibel lagstiftning med flera alternativ

I en kris kan ett inköp ibland behöva ske inom en tidsram som inte gör det möjligt att genomföra en annonserad upphandling eller så klarar den upphandlade leverantören inte att leverera enligt avtal. Upphandlingslagarna tar hänsyn till dessa situationer och det finns bland annat bestämmelser om påskyndade förfaranden och ändringar av avtal.

På grund av de positiva effekter som följer av ett annonserat förfarande finns det flera anledningar för upphandlande myndigheter att sträva mot konkurrensutsättning. Utöver de positiva effekter som ett annonserat förfarande får på pris och kvalitet så skyddar även ett annonserat och transparent förfarande mot korruption, vilket det vid direkttilldelning av kontrakt finns en uppenbar risk för.

I samband med coronapandemin publicerade EU-kommissionen ett meddelande om praktisk vägledning för att använda flexibiliteten i EU:s ram för offentlig upphandling.⁸ I vägledningen lyfter kommissionen upp att det finns flera tillgängliga alternativ i upphandlingslagstiftningen. EU-reglerna om offentlig upphandling ger enligt kommissionen upphandlande myndigheter all den flexibilitet som krävs för att så snabbt som möjligt köpa in varor och tjänster, med anknytning till coronapandemin.

I lägen med en kraftig ökning av efterfrågan på vissa varor och tjänster kan det vara tekniskt och fysiskt omöjligt att upphandla även med påskyndade förfaranden. För att tillgodose sitt behov kan upphandlande myndigheter därför behöva leta efter alternativa och eventuellt innovativa lösningar som kanske redan finns på marknaden eller kan sättas in med mycket kort varsel. I samverkan med marknaden för att hitta alternativa lösningar finns det goda möjligheter att beakta strategiska aspekter av offentlig upphandling, till exempel miljömässiga och sociala krav.

Upphandlingsmyndigheten har publicerat ett stöd med information och praktiska råd med anledning av coronapandemin.⁹

⁸ Meddelande från kommissionen, Vägledning från Europeiska kommissionen om användningen av reglerna om offentlig upphandling i nödsituationen i samband med covid-19-krisen (2020/C 108 I/01).

⁹ Upphandlingsmyndigheten, Information med anledning av covid-19, hämtad 8 februari 2023. Se även Upphandlingsmyndigheten, *Coronapandemin ur ett upphandlingsperspektiv*, rapport 2020:3.

3.2 När det redan finns ett avtal

En kris kan leda till plötsliga akuta behov av vissa varor och tjänster och till väsentligt minskade behov av andra. Under coronapandemin såg Konkurrensverket exempel på att upphandlande myndigheter fick stora akuta behov av skyddsmaterial men minskade behov av exempelvis transporttjänster som färdtjänst.¹⁰ Kriser kan också leda till att leverantörer riskerar att gå i konkurs eller av andra skäl får svårt att uppfylla upphandlade avtal.

Principen om likabehandling och den skyldighet att ge insyn som följer av denna, utgör hinder för den upphandlande myndigheten och leverantören att efter tilldelningen av ett avtal ändra bestämmelserna i avtalet så att det uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet. I princip ska en väsentlig ändring av ett avtal leda till ett nytt upphandlingsförfarande för det kontrakt som således ändras.

Ett kontrakt eller ett ramavtal får dock ändras utan en ny upphandling, om ändringen görs med stöd av någon av ändringsbestämmelserna i 17 kap. LOU. En ändring utan stöd i upphandlingslagstiftningen utgör en otillåten direktupphandling.¹¹ Av ändringsbestämmelserna framgår att en upphandlande myndighet har möjlighet att göra ändringar av mindre värde och ändringar som inte är väsentliga utan ny upphandling. Under vissa förutsättningar har den upphandlande myndigheten även möjlighet att göra större ändringar i ett avtal eller ramavtal för att exempelvis hantera en oförutsedd krissituation.

3.2.1 Ändring av avtal på grund av oförutsedda omständigheter

Av 17 kap. 12 § LOU framgår att ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling, om behovet av ändringen beror på omständigheter som den upphandlande myndigheten varken förutsåg eller borde ha förutsett vid beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet. En sådan ändring får dock inte medföra att kontraktet eller ramavtalets övergripande karaktär ändras, eller innebära att värdet av kontraktet eller ramavtalet ökar med mer än 50 procent.

Begreppet oförutsebara omständigheter tar sikte på sådana yttre omständigheter som den upphandlande myndigheten inte hade kunnat förutse när den tilldelade kontraktet trots att myndigheten visade skälig omsorg i förberedelserna inför kontraktstilldelningen.¹² För att en ändring ska kunna göras utan ett nytt upphandlingsförfarande räcker det dock inte att det föreligger oförutsedda omständigheter. Om en ändring går längre än vad som krävs på grund av den oförutsedda omständigheten kan det inte anses ha uppstått ett behov av ändring och inte heller ett orsakssamband mellan behovet och den oförutsedda händelsen.

I Konkurrensverkets ärende mot Region Skåne, som rörde servicetjänsteresor, hade avtalet med den aktuella leverantören förlängts med ett år från den 31 januari 2022 till den 31 januari 2023 med hänvisning till coronapandemin.¹³ Det fanns ingen förlängningsoption som tillät detta. Konkurrensverket ifrågasatte inte att coronapandemin i sig är en omstän-

¹⁰ Se exempelvis Konkurrensverkets ärenden med dnr 427/2022 och 700/2021.

¹¹ Prop. 2015/16:195 s. 1127.

¹² Beaktandesats 109 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

¹³ Konkurrensverkets ärende med dnr 700/2021.

dighet som inte hade kunnat förutses vid tilldelningen av avtalen. Däremot ansåg Konkurrensverket att resenärers minskade nyttjande av serviceresor under pandemiåret 2020 inte kunde anses ha medfört ett behov av att förlänga avtalen från en tidpunkt som inträffar två år efter de aktuella omständigheterna, det vill säga 2022, när kontraktstiden för avtalen skulle löpa ut. Mot den bakgrunden bedömde Konkurrensverket att den ändring som gjorts inte var en sådan ändring som fick göras utan en ny upphandling. Konkurrensverket bedömde att avtalet utgjorde en otillåten direktupphandling och vände sig till Förvaltningsrätten i Malmö och yrkade att Region Skåne skulle betala 7 miljoner kronor i upphandlingsskadeavgift. Den 30 september 2022 biföll förvaltningsrätten Konkurrensverkets ansökan.¹⁴

3.2.2 Obestånd hos leverantören

När leverantörer får svårigheter att leverera enligt avtal i anledning av en krissituation kan upphandlande myndigheter komma att behöva lösa leveranser på annat sätt. Om myndigheten vill klara leveranserna med hjälp av en annan leverantör är grundprincipen att genomföra en ny annonserad upphandling. I händelse av konkurs eller obestånd hos den ursprungliga leverantören finns det däremot vissa möjligheter till leverantörsbyte.

Av 17 kap. 13 § LOU framgår att ett kontrakt eller ett ramavtal i vissa fall får ändras genom att en leverantör byts ut mot en annan leverantör utan en ny upphandling. En förutsättning för det är att den nya leverantören helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller obestånd.

Högsta förvaltningsdomstolen prövade nyligen frågan om vad som krävs för att en leverantör ska anses ha inträtt i den ursprungliga leverantörens ställe. I det aktuella målet hade den nya leverantören inte övertagit den ursprungliga leverantörens verksamhet utan endast rättigheterna och skyldigheterna enligt det upphandlande ramavtalet. Detta bedömdes vara tillräckligt och leverantörsbytet var förenligt med 17 kap. 13 § LOU.¹⁵

En upphandlande myndighet är inte skyldig att acceptera ett leverantörsbyte. Bestämmelsen ger dock en möjlighet för den upphandlande myndigheten att få leveranser enligt avtal trots den ursprungliga leverantörens obestånd.

¹⁴ Förvaltningsrätten i Malmös dom i mål nr 12823-21. Domen överklagades men kammarrätten meddelade inte prövningstillstånd, se Kammarrätten i Göteborgs beslut i mål nr 5127-22. Målet har överklagats till Högsta förvaltningsdomstolen som för närvarande inte har fattat beslut i frågan om prövningstillstånd.

¹⁵ HFD 2022 Not 16. HFD begärde förhandsavgörande från EU-domstolen i målet, se mål C-461/20 *Advania Sverige AB och Kammarkollegiet mot Dustin Sverige AB*.

3.3 När det inte finns något avtal – att upphandla i kris

Om en upphandlande myndighet har behov som inte täcks av redan befintliga avtal är grundprincipen att inköpen ska ske genom annonserad upphandling. I brådskande fall finns möjlighet att kraftigt förkorta tidsfristerna i det annonserade förfarandet för att på så sätt hinna genomföra en annonserad upphandling även vid mer akuta behov.

I undantagsfall kan det vara möjligt att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, en så kallad direktupphandling. Det gäller dels vid upphandlingar under direktupphandlingsgränsen, som ligger på 700 000 kronor vid upphandlingar enligt LOU.¹⁶ Av 5 kap. 3 § LOU framgår att myndigheten vid värdeberäkningen ska uppskatta det totala belopp som ska betalas. Om det finns options- eller förlängningsklausuler i upphandlingen ska även dessa räknas in i värdet. Om det handlar om kontrakt som regelbundet återkommer ska värdet enligt 5 kap. 11 § LOU beräknas utifrån det sammanlagda värdet av alla liknande inköp som den upphandlande myndigheten gjort under de föregående tolv månaderna eller de kommande tolv månaderna, sett från genomförandet av ett inköp.

Vidare finns möjlighet att direktupphandla i vissa särskilt angivna situationer i 6 kap. LOU. Det undantag som oftast aktualiseras i en krissituation är undantaget för synnerlig brådskande som beskrivs närmare nedan. Det är viktigt att betona att vid direktupphandling över direktupphandlingsgränsen görs ett undantag från lagens krav på annonsering och öppen konkurrens. EU-domstolen har uttalat att bestämmelser om undantag från kravet på annonsering ska tolkas restriktivt och att det är den som åberopar ett undantag som ska visa att undantaget är tillämpligt.¹⁷

3.3.1 Ett påskyndat förfarande

Om det på grund av tidsbrist inte är möjligt att tillämpa de normala tidsfristerna i LOU finns möjligheten att använda ett påskyndat förfarande och förkorta tidsfristerna enligt följande.

Förfarande	Minsta normala tidsfrist	Minsta förkortade tidsfrist
Öppet förfarande	35 dagar	15 dagar
Selektivt förfarande (steg 1 inlämnande av anbudsansökan)	30 dagar	15 dagar
Selektivt förfarande	30 dagar	10 dagar

För att kunna förkorta tidsfristerna på detta sätt krävs att det är fråga om ett brådskande fall vilket ska styrkas av den upphandlade myndigheten på lämpligt sätt.

Användningen av ett påskyndat förfarande möjliggör en snabb tilldelning av kontrakt och är i överensstämmelse med principerna om likabehandling och öppenhet och säkerställer konkurrensen även i brådskande fall.¹⁸

¹⁶ Direktupphandlingsgränsen för upphandlingar av sociala tjänster och andra särskilda tjänster (bilaga 2) är 7 802 550 kronor.

¹⁷ Se till exempel C-385/02, *Kommissionen mot Italien*, p. 19 och där anmärkta rättsfall och C-26/03, *Stadt Halle*, p. 46.

¹⁸ Punkt 2.2 i meddelande från kommissionen, Vägledning från Europeiska kommissionen om användningen av reglerna om offentlig upphandling i nödsituationen i samband med covid-19-krisen (2020/C 108 I/01).

3.3.2 Vid synnerlig brådska

I synnerligen brådskande fall finns under vissa förutsättningar möjlighet att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Av 6 kap. 15 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det, på grund av synnerlig brådska som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av myndigheten, är omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet och selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, och anskaffningen är absolut nödvändig.

För att undantaget för synnerlig brådska ska få tillämpas måste det för det första röra sig om en händelse som den upphandlande myndigheten inte har kunnat förutse. De senaste årens kriser, flyktingkrisen 2015 och coronapandemin, har bedömts utgöra sådana oförutsedda händelser.¹⁹ Även Rysslands invasion av Ukraina bör kunna utgöra en sådan oförutsedd händelse. Det är emellertid viktigt att ha i åtanke att när en kris som exempelvis coronapandemin pågått en viss tid kan den inte längre ses som något oförutsebart.²⁰

Vidare måste det vara så bråttom att teckna kontraktet att man inte har möjlighet att hålla tidsfristerna för annonsering. Om det finns möjlighet att hinna genomföra en annonserad upphandling genom ett påskyndat förfarande är undantaget inte tillämpligt.²¹ Det måste även finnas ett orsakssamband mellan den oförutsedda händelsen och den synnerliga brådska som uppstått, samt vara absolut nödvändigt att teckna kontraktet.

Undantaget innebär en avvikelse från den grundläggande principen om öppenhet och ska därför tolkas restriktivt. Som nämnts ovan är det den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att villkoren är uppfyllda.

Såväl flyktingkrisen som coronapandemin har lett till ett flertal ärenden på Konkurrensverket där upphandlande myndigheter har hänvisat till undantaget för synnerlig brådska. Konkurrensverket har dock ansett att det varit fråga om otillåtna direktupphandlingar, bland annat då det saknats tillräckliga orsakssamband mellan den oförutsedda händelsen och den synnerliga brådska som uppstått.

I Konkurrensverkets ärende mot Lerums kommun, som rörde uppförande av 30 stycken lägenheter, hade kommunen ingått ett avtal utan föregående annonsering.²² Enligt kommunen var avsikten med upphandlingen att tillgodose det akuta och brådskande behovet av bostäder för nyanlända som uppkommit på grund av bosättningslagens ikraftträdande. Konkurrensverket ansåg att det inte förelegat synnerlig brådska bland annat eftersom det när Lerums kommun tecknade avtalet om lägenheterna hade gått mer än ett år sedan bosättningslagen aviserades, och tio månader sedan kommuntalen offentliggjordes. Antalet kommunanvisade under 2016 och deras behov av boende var således förutsebart för kommunen. Dessutom hade behovet av nya bostäder i kommunen varit känt en längre tid.

¹⁹ Meddelande från kommissionen, Vägledning från Europeiska kommissionen om användningen av reglerna om offentlig upphandling i nödsituationen i samband med covid-19-krisen (2020/C 108 I/01) och Meddelande från kommissionen om reglerna för offentlig upphandling i samband med den aktuella asylkrisen, COM (2015) 454 final.

²⁰ Konkurrensverkets ärenden med dnr 463/2022 och 773/2022.

²¹ HFD 2019 ref. 65, HFD 2017 ref. 66 och där anmärkta rättsfall.

²² Konkurrensverkets ärende med dnr 636/2017.

Konkurrensverket bedömde därför att avtalet utgjorde en otillåten direktupphandling och yrkade att Lerums kommun skulle betala upphandlingsskadeavgift. Förvaltningsrätten i Falun delade Konkurrensverkets bedömning att undantaget för synnerlig brådska inte var tillämpligt och beslutade att Lerums kommun skulle betala en upphandlingsskadeavgift på 2 miljoner kronor.²³

I Konkurrensverkets ärende mot Region Skåne, som rörde persontransporter (sjuktransporter av smittade eller misstänkt smittade personer), hade regionen ingått ett avtal utan föregående annonsering.²⁴ Regionen menade att det förelegat synnerlig brådska och att det inte hade varit möjligt att genomföra en annonserad upphandling ens med ett påskyndat förfarande. Konkurrensverket ifrågasatte inte att coronapandemin utifrån situationen under våren 2020 var en oförutsedd omständighet. Region Skånes avtal föranleddes emellertid av den så kallade tredje smittvågen våren 2021. Även om det funnits en osäkerhet om pandemins utveckling ansåg Konkurrensverket att coronapandemin och dess konsekvenser under våren 2021 inte var en sådan oförutsedd omständighet som avses i undantaget för synnerlig brådska. Konkurrensverket bedömde därför att det ingångna avtalet utgjorde en otillåten direktupphandling och yrkade att Region Skåne skulle betala upphandlingsskadeavgift. Förvaltningsrätten i Malmö delade Konkurrensverkets bedömning att undantaget för synnerlig brådska inte var tillämpligt och biföll ansökan om upphandlingsskadeavgift i sin helhet.²⁵

När det gäller ärenden där upphandlande myndigheter åberopat undantaget för synnerlig brådska med anledning av just coronapandemin är dessa i flera fall fortfarande pågående. Som redogörs för nedan har Konkurrensverket bland annat skickat in en ansökan om upphandlingsskadeavgift mot Region Stockholm, då vår bedömning är att inget undantag är tillämpligt i det fallet.

I Konkurrensverkets ärende mot Region Stockholm, rörande bemanningstjänster inom hälso- och sjukvård, hade regionen ingått ett ramavtal avseende utan föregående annonsering.²⁶ Regionen gjorde gällande att undantaget för synnerlig brådska var tillämpligt och anförde att antalet patienter med covid-19 som behövde läkarvård inte kunde förutses och planeras i förväg och det således utgjorde en oförutsedd händelse. Konkurrensverket bedömde emellertid att Region Stockholm försatt sig i en brådska situation på grund av sitt eget agerande. Att ett tidigare ramavtal om bemanningstjänster var på väg att löpa ut var en känd omständighet. När beslutet om direktupphandling av bemanningstjänster fattades var det dessutom i ett så sent skede av pandemin att den inte längre kunde betraktas som en oförutsedd händelse. Konkurrensverket bedömde därför att det ingångna avtalet utgjorde en otillåten direktupphandling och har ansökt hos Förvaltningsrätten i Stockholm om att Region Stockholm ska betala upphandlingsskadeavgift. Vid publiceringen av denna analys pågår processen i förvaltningsrätten fortfarande.

²³ Förvaltningsrätten i Faluns dom i mål nr 5384-17. Målet lämnades över från Förvaltningsrätten i Göteborg.

²⁴ Konkurrensverkets ärende med dnr 463/2022.

²⁵ Förvaltningsrätten i Malmös dom i mål 7039-22. Domen meddelades den 2 februari 2023 och har vid publiceringen av denna analys ännu inte vunnit laga kraft.

²⁶ Konkurrensverkets ärende med dnr 773/2022.

3.4 Valfrihetssystem – ett alternativ till upphandling

Under coronapandemin löste bland annat Region Stockholm och Region Uppsala det omfattande behovet av vaccinering genom att inrätta valfrihetssystem.²⁷ Ett valfrihetssystem enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV) innebär att en upphandlande myndighet konkurrensutsätter delar av sin verksamhet genom att överlåta till den enskilde att välja vilken leverantör i valfrihetssystemet som ska utföra tjänsten. Valfrihetssystem är ett alternativ till offentlig upphandling.

Valfrihetssystem kan tillämpas på bland annat omsorgs- och stödverksamhet för äldre och för personer med funktionsnedsättning samt på hälso- och sjukvårdstjänster.²⁸ För de hälso- och sjukvårdstjänster där det är möjligt att inrätta valfrihetssystem har den upphandlande myndigheten alltså ytterligare ett alternativ utöver upphandlad verksamhet och verksamhet i egen regi. En förutsättning för att ett valfrihetssystem ska få positiva effekter på kvalitet, brukarinflytande och kostnadseffektivitet är att enskilda ges en reell möjlighet att välja utförare. För att kunna välja krävs att enskilda ges möjlighet att göra rationella val utifrån egna behov och preferenser. Detta kräver bland annat tillgänglig och jämförbar information om valalternativen.²⁹

Det är upp till den upphandlande myndigheten att själv avgöra när det är lämpligt att använda sig av valfrihetssystem vid utförandet av hälso- och sjukvårdstjänster, med undantag för primärvården där det är obligatoriskt. Valfrihetssystem enligt LOV kan vara ett lämpligt alternativ i förhållande till upphandlingar i vissa situationer. Konkurrensverket konstaterade att det i samband med flyktingkrisen 2015 uppstod en situation där det hade funnits en rad fördelar med ett valfrihetssystem gällande HVB.³⁰ Det fanns en stor spridning av utförare både i antal och i olika typer av inriktningar samtidigt som det fanns olika behov bland de enskilda som behövde insatsen. I en situation när det finns en mångfald bland utförare och en spridning bland brukarnas behov kan ett valfrihetssystem vara lämpligt.

I akuta situationer kan valfrihetssystem alltså inrättas för att snabbt kontraktera ett stort antal leverantörer. Vid anslutning av ett stort antal leverantörer till ett valfrihetssystem bör den upphandlande myndigheten särskilt beakta de kvalificeringskrav som ställs för att undvika oseriösa leverantörer. Till skillnad från upphandlingar så krävs det inte någon utvärdering eller något urval från den upphandlande myndigheten. Behovet av antalet leverantörer får vägas mot den kvalitet som krävs. Även den upphandlande myndighetens möjlighet att informera om leverantörerna och följa upp avtal bör beaktas vid valfrihetssystem med ett stort antal leverantörer.

²⁷ Region Stockholm, Vårdval Vaccination, hämtad 27 januari 2023 och Region Uppsala, Ansökan vaccinatörer covid 19, hämtad 27 januari 2023.

²⁸ Möjligheten att tillämpa LOV begränsas dock till ett antal CPV-koder.

²⁹ Konkurrensverket, *Upphandlande myndigheters informationsansvar i valfrihetssystem*, analys i korthet 2022:1.

³⁰ Konkurrensverket, *Marknaden för hem för vård eller boende för ensamkommande och andra barn och unga*, rapport 2017:8.

3.5 Upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet

Lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFSS) omfattar i huvudsak upphandlingar av militär utrustning samt utrustning och tjänster av känslig karaktär. Till skillnad från övriga upphandlingslagar finns det ett uttalat undantag för krissituationer i LUFSS.

Av 4 kap. 4 § 4 LUFSS framgår att en upphandlande myndighet eller enhet får direktupphandla om det till följd av en kris är omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett selektivt förfarande eller ett förhandlat förfarande med föregående annonsering. Enligt LUFSS-direktivet ska väpnade konflikter och krig betraktas som kriser.³¹ Av ordalydelsen framgår att det här undantaget, liksom undantaget för synnerlig brådska, endast ska tillämpas under exceptionella omständigheter. Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att förutsättningarna för att tillämpa undantaget är uppfyllda. Saknas det till exempel tillräckliga orsakssamband mellan krisen och den synnerliga brådska som uppstått kan det utgöra en otillåten direktupphandling.

Kris definieras i 2 kap. 15 § LUFSS som varje situation när en händelse med skadliga konsekvenser har inträffat som tydligt går utöver omfattningen av en allvarlig händelse under vanliga omständigheter och som

1. i hög grad hotar eller inskränker människors liv och hälsa,
2. i hög grad påverkar egendomsvärden, eller
3. kräver åtgärder för att tillhandahålla befolkningen livsförnödenheter.

En kris ska även anses ha uppstått om det finns en överhängande risk för att en sådan allvarlig situation kommer att inträffa.

På försvarsområdet kan det också bli fråga om att tilldela kontrakt utan annonserad upphandling med hänsyn till rikets väsentliga säkerhetsintressen. Försvarets materielverk, Försvarmakten och Försvarets radioanstalt kan själva besluta om sådana undantag upp till ett visst belopp. I övriga fall är det regeringen som i varje enskilt fall beslutar om de undantag som är nödvändiga med hänsyn till Sveriges väsentliga säkerhetsintressen enligt 1 kap. 9 § LUFSS. Det är upp till en enskild medlemsstat att avgöra när väsentliga säkerhetsintressen föreligger. Sverige har hittills identifierat tre väsentliga säkerhetsintressen: stridsflygsförmågan, undervattensförmågan och de integritetskritiska delarna av ledningssystemområdet såsom sensorer, telekrig och krypto.³² Av förarbetena och EU-domstolens rättspraxis framgår att vad som utgör väsentliga säkerhetsintressen ska tolkas restriktivt.³³

³¹ Beaktandesats 10 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtjänster, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG.

³² Prop. 2013/14:1 s. 66, prop. 2013/14:99 s. 20 och prop. 2017/18:1 s. 46–47.

³³ Prop. 2010/11:150, s. 140 och mål C-414/97, *Europeiska kommissionen mot Spanien*, p. 22.

3.5.1 Särskilt om försörjningstrygghet

För att trygga försörjningen av det som ska upphandlas finns det särskilda bestämmelser om försörjningstrygghet i LUF. En upphandlande myndighet eller enhet har möjlighet att ställa krav på leverans- eller försörjningstrygghet så att försörjningen av viktiga produkter är säkrad såväl i fredstid som under höjd beredskap eller andra svåra förhållanden. Med hänsyn till sektorns känslighet har tillförlitligheten hos de aktörer som tilldelas upphandlingskontrakt bedömts vara av avgörande betydelse.³⁴ I 7 kap. 17 § LUF framgår att en upphandlande myndighet eller enhet bland annat får kräva att anbuden innehåller en utfästelse från anbudsgivaren att upprätta eller upprätthålla den kapacitet som krävs för att tillmötesgå ökade behov till följd av en kris.

De andra upphandlingslagarna saknar regler om försörjningstrygghet. Det finns emellertid inte något direkt hinder mot den här typen av kravställningar i upphandlingar enligt exempelvis LOU eller LUF. Dock skulle ett uttryckligt krav att en leverantör ska kunna upprätthålla samma kapacitet i händelse av kris troligtvis innebära väsentligt dyrare kontrakt. Vidare är frågan om det är förenligt med proportionalitetsprincipen att ställa så pass långtgående krav på leverantörer när upphandlingsföremålet inte är av känslig karaktär. Som nämnts ovan är det viktigt att utformningen av upphandlingar och kravställningar för att klara ett läge med höjd beredskap, kris eller krig inte ger oproportionerliga effekter på marknaden och konkurrensen i ett normalläge.

³⁴ Beaktandesats 42 i LUF-direktivet.

4. Initiativ på EU-nivå

Lagarna om offentlig upphandling grundar sig på EU-rätten. EU-rätten ger möjlighet till gränsöverskridande gemensamma upphandlingar när två eller fler myndigheter från olika medlemsländer gemensamt upphandlar varor eller tjänster genom en gemensam upphandlingsprocess.³⁵

Initiativ till gemensamma upphandlingar på EU-nivå har ofta skett mot bakgrund av kris-situationer. Under svininfluensapandemin 2009 blev det tydligt att EU-ländernas upphandling av vaccin och andra läkemedel inte fungerade tillräckligt bra. Med detta i beaktande infördes 2013 möjligheten till gemensam upphandling av medicinska motåtgärder (exempelvis vaccin).³⁶ Det är i huvudsak mot bakgrund av de senaste årens kriser, coronapandemin och Rysslands invasion av Ukraina som kommissionen under 2022 lagt fram två förslag till förordningar som bland annat syftar till att stärka gemensam upphandling inom EU.

4.1 Förslag till inrättande av ett krisinstrument för den inre marknaden

De senaste årens kriser har visat hur skör den inre marknaden kan vara i kriser och hur beroende EU:s ekonomi är av en välfungerande inre marknad. Mot bakgrund av detta presenterade EU-kommissionen den 19 september 2022 ett förslag till förordning om inrättande av ett krisinstrument för den inre marknaden.³⁷

Syftet med förslaget om ett krisinstrument är att säkerställa den fria rörligheten av varor, tjänster och personer, inklusive arbetstagare, på den inre marknaden under en kris. Därutöver syftar förslaget till att garantera tillgången till varor och tjänster av strategisk betydelse vid en krissituation. En kris definieras brett och tar sikte på oförutsedda händelser av olika slag.³⁸ Förslaget är indelat i tre olika krisfaser som styr vilka åtgärder som blir tillämpliga; beredskap, vaksamhet och kris. Krisfasen aktiveras av rådet på förslag av kommissionen. Under krisfasen aktiveras ett ramverk för att främja den fria rörligheten och öka transparensen. Krisåtgärderna omfattar bland annat gemensamma EU-upphandlingar.

Ett genomförande av förslaget skulle innebära att medlemsstaterna under krisfasen är skyldiga att samråda med kommissionen och de andra medlemsstaterna innan de själva upphandlar krisrelevanta varor. Under vaksamhets- och krisfasen kan minst två medlemsstater tillsammans även begära att kommissionen upphandlar krisrelaterade varor för deras räkning. När en sådan upphandling sker under krisfasen är det förbjudet för en deltagande medlemsstat att upphandla varorna på annat sätt.

³⁵ Art 39 i LOU-direktivet.

³⁶ Art 5 i Europaparlamentets och rådets beslut nr 1082/2013/EU av den 22 oktober 2013 om allvarliga gränsöverskridande hot mot människors hälsa och om upphävande av beslut nr 2119/98/EG.

³⁷ COM(2022) 459 final Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om inrättande av ett krisinstrument för den inre marknaden och om upphävande av rådets förordning (EG) nr 2679/98.

³⁸ Regeringens faktapromemoria gällande krisinstrument för den inre marknaden och tillhörande omnibusrättsakter 2022/23 FPM13.

Förslaget innehåller alltså ett förbud för upphandlande myndigheter i de medlemsstater som deltar i en upphandling gjord av kommissionen mot att i ett krisläge själva upphandla varor eller tjänster som omfattas av sådan upphandling. Syftet med regeln får bland annat antas vara att säkerställa tillgången till vissa varor och tjänster i de medlemsstater där behovet är som störst.

Förslaget om ett gemensamt krisinstrument är för närvarande under behandling. Konkurrensverket kan se behovet av initiativ som syftar till att öka EU:s och dess medlemsstaters möjligheter att mer samordnat hantera framtida kriser som kan störa den fria rörligheten på den inre marknaden. Konkurrensverket anser emellertid att den rättsliga grunden för och behovet av kommissionens långtgående befogenheter behöver analyseras ytterligare.³⁹

4.2 Förslag till ett instrument för att stärka europeisk försvarsindustri genom gemensam upphandling

Efter Rysslands invasion av Ukraina enades EU:s stats- och regeringschefer om att stärka den europeiska försvarsförmågan och om att intensifiera samarbetet genom bland annat gemensam upphandling av försvarskapacitet.

Den 19 juli 2022 presenterade kommissionen ett förslag till förordning om inrättande av instrument för förstärkning av den europeiska försvarsindustrin genom gemensam upphandling.⁴⁰ Förslaget syftar till att främja den europeiska försvarsindustriella och försvarstekniska basens konkurrenskraft genom att stödja samarbete mellan medlemsstaterna kring gemensam försvarsupphandling.

Instrumentet utgör ett ekonomiskt bidrag och målsättningen är att uppmuntra medlemsstaterna att på frivillig basis genomföra gemensamma upphandlingar för att åtgärda de mest akuta bristerna, särskilt de som uppkommit på grund av överföring av försvarsprodukter till Ukraina. Finansieringsramen för genomförandet av instrumentet är satt till 500 miljoner euro från och med förordningens ikraftträdande till och med den 31 december 2024. Förslaget är för närvarande under behandling.

³⁹ Konkurrensverkets yttrande över *Europeiska kommissionens förslag till ett krisinstrument för den inre marknaden samt förslag till omnibusdirektiv och omnibusförordning* (UD2022/12161), dnr 644/2022.

⁴⁰ COM(2022) 349 final Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om inrättandet av instrumentet för förstärkning av den europeiska försvarsindustrin genom gemensam upphandling.

4.3 Sanktioner på EU-nivå

Med anledning av Rysslands invasion av Ukraina har EU infört ett stort antal ingripande sanktioner mot Ryssland och Belarus. Sanktionerna påverkar samhället i stort och även offentliga kontrakt och offentlig upphandling.

Den 8 april 2022 beslutade EU:s medlemsländer om förbud mot tilldelning och fortsatt fullgörande av offentliga kontrakt och koncessionskontrakt där det förekommer kopplingar till Ryssland och Belarus.⁴¹ Sanktionerna är bindande och ska tillämpas i alla medlemsstater i upphandlingar över tröskelvärdena. Genom sanktionerna minskas risken att svenska skatte-medel används i Rysslands krigsföring mot Ukraina.

Sanktionerna är i sig inte en del av upphandlingslagstiftningen och det ligger därmed inte under Konkurrensverkets tillsyn att kontrollera att de efterlevs. Däremot riskerar den som med uppsåt eller av grov oaktsamhet bryter mot sanktionerna att dömas till böter eller fängelse enligt lagen (1996:95) om vissa internationella sanktioner (sanktionslagen).

Upphandlingsmyndigheten har publicerat ett stöd med information och praktiska råd om hur sanktionerna bör tillämpas och hanteras i offentliga upphandlingar.⁴²

⁴¹ Förordning (EU) 2022/576.

⁴² Upphandlingsmyndigheten, Så påverkas offentlig upphandling av sanktionerna mot Ryssland och Belarus, hämtad 27 januari 2023.

5. Sammanfattning

Av upphandlingslagstiftningen följer höga krav på upphandlande myndigheters planering och organisation. En kris kan leda till såväl plötsliga förändringar i en myndighets behov som oförutsedda svårigheter för en leverantör att leverera enligt avtal. Som konstaterats ovan är en välfungerande organisation och en genomtänkt planering en förutsättning för att kunna hantera den här typen av situationer. Överväganden om vilka verksamheter som ska bedrivas i egen regi som ett alternativ till upphandling eller vilken typ av upphandling och avtal som lämpar sig i det enskilda fallet är sådana typer av frågor som upphandlande myndigheter bör utreda proaktivt för att kunna hantera framtida kriser.

När en kris inträffar ger upphandlingslagstiftningen upphandlande myndigheter den flexibilitet som krävs för att kunna köpa in de varor och tjänster som behövs för att fullfölja sitt uppdrag. En förutsättning för att kunna nyttja upphandlingslagstiftningens flexibilitet vid en kris är dock, som beskrivits ovan, att den uppkomna krissituationen inte beror på den upphandlande myndigheten själv. En tidsnöd som grundar sig på den upphandlande myndighetens bristande planering möjliggör till exempel inte i sig något undantag från annonsering.⁴³ Konkurrensverkets tillsyn visar att upphandlande myndigheter i krissituationer tenderar att tillämpa undantag från annonseringsplikten i hög grad trots att det saknas grund för detta.

Det är viktigt att utformningen av upphandlingar och kravställningar för att klara ett läge med höjd beredskap, kris eller krig inte ger oproportionerliga effekter på marknaden och konkurrensen i ett normalläge. Negativa effekter på marknaden och konkurrensen under mer normala förhållanden kan medföra sämre förutsättningar när krisen är över och när upphandlade avtal för beredskapsbehov löper ut och en ny upphandling behöver genomföras.

De senaste årens kriser har inte bara påverkat upphandlande myndigheter i Sverige utan hela EU:s inre marknad. Konkurrensverket ser behovet av initiativ som syftar till att öka EU:s och dess medlemsstaters möjligheter att mer effektivt hantera framtida kriser som kan störa den fria rörligheten på den inre marknaden.

Upphandlingslagstiftningen syftar bland annat till att nyttja konkurrensens positiva effekter på ett standardiserat men flexibelt sätt. Konkurrensverket vill därför betona de positiva effekter en konkurrensutsättning får på pris och kvalitet. Ett transparent och annonserat förfarande är även ett skydd mot korruption, vilket alltid borde vara en aspekt vid valet av upphandlingsförfarande.

⁴³ Se 3.3.2 Vid synnerlig brådska.



Adress 103 85 Stockholm
Telefon 08-700 16 00
konkurrensverket@kkv.se

www.konkurrensverket.se