

KONKURRENSKOMMISSIONEN

Box 5625, 114 86 Stockholm Tel: 08-545 038 10 Fax: 08-611 35 62

Finansdepartementet

Remissyttrande

2001-06-06

Ert dnr. Fi 2001/1255

Upphandlingskommitténs slutbetänkande (SOU 2001:31) ”Mera värde för pengarna”

Konkurrenskommissionen är en privat expertgrupp som bland annat uppmärksammar och motverkar olika former av konkurrensbegränsningar vid offentlig upphandling. Ordförande i Konkurrenskommissionen är fd. generaldirektören och chefen för Riksrevisionsverket (RRV) G Rune Berggren. Övriga ledamöter är fd. regeringsrådet Sigvard Berglöf, civilekonomen Patrik Engellau, professorn i svensk och internationell handelsrätt vid Handelshögskolan i Stockholm Erik Nerep, jur kand Lennart Palm samt fd. stadsjuristen i Stockholm Inger Ridderstrand-Linderöth.

Konkurrenskommissionen har verkat sedan år 1994 och har hittills avgjort 190 ärenden avseende offentlig upphandling. Cirka 50 av dessa ärenden har ingått i den kartläggning av tillämpningen av lagen om offentlig upphandling som genomförts av Upphandlingskommittén.

Sammanfattning av Konkurrenskommissionens synpunkter

Till skillnad från delbetänkandet (SOU 1999:139) synes huvuddelen av kommitténs nu aktuella slutbetänkande bortse från att upphandlingslagen är en konkurrenslag vars centrala mål är att företagen skall kunna konkurrera på lika villkor. Betänkandet präglas istället av hänsyn som inte är ägnade att åstadkomma någon bättre och effektivare offentlig upphandling.

För att tillfredsställande kvalitet vid offentlig upphandling skall upprätthållas finner Konkurrenskommissionen det mest angeläget, att de kontroll- och informationsfunktioner som i dag ligger hos tillsynsmyndigheten förstärks. Om ett ytterligare institut för kvalitetsgranskning skall inrättas bör detta ske på initiativ av de berörda parterna – näringslivets och de berörda upphandlarnas organisationer –men utan inblandning av staten.

Affärsmässighetsbegreppet i 1 kap. 4 § LOU anser kommissionen kunna finnas kvar men begreppet bör kompletteras med en hänvisning till de gemenskapsrättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet m.m. Kommissionen förordar att affärsmässighetskravet genom uttrycklig lagbestämmelse skall omfatta även förfarandet vid avbrutna upphandlingar.

Konkurrenskommissionen avstyrker förslaget om undantag i LOU för köp mellan kommuner och kommunala företag samt avvisar tanken att införa bestämmelser om antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt samt om ytterligare bestämmelser om miljöanpassad upphandling, utöver vad som redan gäller enligt lag och EG-direktiv.

Kommissionen delar kommitténs bedömning, att det inte är vare sig möjligt eller önskvärt att underlätta lokal handel genom att vid vissa upphandlingar öppna möjligheterna till direkt gynnande av lokala leverantörer.

Kommissionen tillstyrker i huvudsak förslaget avseende avknoppningsstöd. Författningstexten bör dock utformas på ett tydligare sätt, så att garantier införs mot kringgåenden och missbruk. Kontraktstiden bör maximeras till högst tre år.

Kommissionen avstyrker kommitténs förslag om möjlighet att utesluta vinstdrivande leverantörer vid upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster samt instämmer i bedömningen att kundvalssystem inte hör hemma i upphandlingslagen utan bör utredas i särskild ordning. Kommissionen avstyrker även förslaget om höjning av beloppsgränserna för direktupphandling.

Kommissionen tillstyrker kommitténs förslag avseende information om och överprövning av tilldelningsbeslut. Samtidigt förordar kommissionen att bestämmelser införs som skapar handlingsoffentlighet hos samtliga upphandlande enheter och som underlättar för leverantörer att erhålla inhibition i upphandlingsmål.

1. Konkurrenskommissionens allmänna synpunkter

Som Konkurrenskommissionen tidigare påpekat i sitt remissyttrande över Upphandlingskommitténs delbetänkande är det centrala målet för lagstiftningen om offentlig upphandling att företagen skall konkurrera på lika villkor. Ett annat mål är att genom tydliga bestämmelser om offentlig upphandling försvåra korruption i den offentliga förvaltningen.

För uppfyllandet av dessa mål krävs enligt Konkurrenskommissionens mening tre förutsättningar:

*otvetydiga bestämmelser som motverkar möjlighet till illojalitet, godtycke vid offentliga upphandlingar, * kännbara sanktioner som avhåller de upphandlande enheterna från att begå lagöverträdelser, samt

* effektiva och konsekventa processbestämmelser som medför att överträdelser på ett enkelt sätt kan påtalas och rättelse ske.

I remissyttrandet har kommissionen utgått från dessa krav vid sina bedömningar.

Vissa organisationer, främst kommunala och statliga företag, anser i strid mot NOU:s bedömning, att de inte omfattas av upphandlingslagens bestämmelser. För dessa fall bör ett särskilt förfarande inrättas - i domstol eller på annat sätt - för prövning huruvida de skall betraktas som upphandlande enheter.

I likhet med kommittén finner Konkurrenskommissionen att kundvalssystem inte passar in i upphandlingslagstiftningens normsystem utan bör regleras i särskild ordning. Kommissionen tillstyrker därför att kundvalssystem inom äldreomsorg, sjukvård, barnomsorg m.m. utreds i särskild ordning.

2. Kvalitetsfrågor i samband med offentlig upphandling (kap. 2)

Om ett ytterligare institut skall inrättas vid sidan om tillsynsmyndigheten bör detta ske på initiativ av de berörda parterna – näringslivets och de berörda upphandlarnas organisationer – och utan inblandning av staten, som utövar sin kontroll genom den statliga tillsynsmyndigheten. Gränsdragningsproblemen vid tolkningen av lagen kan annars uppkomma som underminerar tillsynsmyndighetens auktoritet.

Konkurrenskommissionen finner det från kvalitetssynpunkt mest angeläget att de kontroll- och informationsfunktioner som i dag ligger hos tillsynsmyndigheten (f.n. Nämnden för offentlig upphandling -NOU) förstärks samt kompletteras med en möjlighet att ingripa mot de upphandlande enheter som bryter mot lagen. Effektiva sanktioner mot såväl lagtrots som domstolstrots måste införas även för att Sverige skall anses ha uppfyllt sina åtaganden gentemot Europeiska unionen, närmast avseende de till upphandlingsdirektiven knutna rättsmedelsdirektiven.

3. Huvudregeln om affärsmässighet (kap. 3)

Konkurrenskommissionen instämmer i vad kommittén redovisat om affärsmässighetsbegreppet i stort och delar den i betänkandet refererade bedömningen från ”Offentlig upphandling – en lagkommentar”, att portalparagrafen i 1 kap. 4 § LOU klarare borde knytas till gemenskapsrättens krav och definitioner. Kommissionen anser liksom kommittén att ett borttagande av begreppet ”affärsmässigt” ur författningstexten skulle riskera att sända ut felaktiga signaler till de upphandlande enheterna.

Från de rättstillämpande myndigheternas (främst länsrätternas) sida råder för närvarande tveksamhet när det gäller att utan stöd av detaljbestämmelser i upphandlingslagen eller dess förarbeten tolka generalklausulen om affärsmässighet. Lagen bör därför utformas så tydligt att möjlighet till missuppfattningar och lagtolkningar i strid mot lagens anda motverkas. Detta kan ske genom att tydliga hänvisningar till de för lagen gällande gemenskapsrättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet m.m. införs i lagen.

Kommissionen förordar således en lösning där affärsmässighetsbegreppet kvarstår i författningstexten, men där för tydlighetens skull en särskild hänvisning sker till de gemenskapsrättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet m.m.

Oklarheter om vad som enligt generalklausulen kan anses ”affärsmässigt” vid offentlig upphandling har i några fall gällt implementeringstiden mellan det att avtal i en upphandling sluts till dess att leverans av vara eller tjänst påbörjas. Ett fall, som granskats av Konkurrenskommissionen, avsåg en upphandling av taxitjänster (ca 15-18 heltidsbemannade fordon), där tidsfristen som erbjöds mellan anbudstidens utgång och leveransen påbörjande uppgick till sjutton dagar. Länsrätt avslög en talan om överprövning av upphandlingen. Domen motiverades bland annat med att *”några ... bestämmelser om hur lång tid som bör löpa mellan anbudstidens utgång och dagen för det tänkta avtalets ikraftträdande finns dock inte. Det får därför, enligt länsrättens mening, anses vara upp till den upphandlande enheten att avgöra hur lång tid enheten behöver för att bedöma och välja anbud”* (Länsrätten i Halland, mål nr. 2100-96).

För kort tilltagna implementeringstider strider mot affärsmässigheten genom att tidigare leverantör gynnas, varigenom konkurrensen motverkas. Konkurrenskommissionen förordar därför att detta klarläggs genom att implementeringstiderna regleras i upphandlingslagen.

I yttrandet över upphandlingskommitténs delbetänkande uppmärksammade Konkurrenskommissionen de problem som uppstår när upphandlande enheter låter den egna regin delta med interna bud i konkurrens med externa anbud vid offentlig upphandling. I några fall som kommissionen behandlat synes

upphandlingarna ha varit utlysta enbart för att testa den egna regins konkurrenskraft och utan någon seriös avsikt att upphandla. I andra fall har egenregibudet till följd av olikheter vid jämförelsen med externa anbud erhållit fördelar. Ett av de fall Konkurrenskommissionen har granskat har nyligen avgjorts av Högsta domstolen (mål nr. T 1683-99 IW Utbildning ./ Lindesbergs kommun, , se även T 370-99 Lillebil AB ./ Sthlms läns landsting) med resultatet att upphandlingslagens affärsmässighetskrav inte kan tillämpas på dylika förfaranden.

Någon obligatorisk upphandling existerar inte i Sverige, eftersom stat och kommun alltid kan välja att utföra verksamheten i egen regi. Om upphandlande enheter ändå väljer att infordra anbud på marknaden bör emellertid utgångspunkten vara att upphandlingarna skall genomföras affärsmässigt. Skall egenregi-bud delta bör detta anges i annonsen eller underlaget för upphandlingen. Nollställning mellan anbud och bud måste ske så att externa anbud kompenseras för de interna budens kostnadsfördelar. Enbart affärsmässigt objektiva skäl skall kunna anföras till stöd för att anta ett egenregi-bud, vilket i formell mening innebär att upphandlingen avbryts.

I likhet med Nämnden för offentlig upphandling och utredningen i Ds 1994:83 ”Avbrutna upphandlingar och interna bud” anser Konkurrenskommissionen att upphandlingslagens generalklausul rimligen måste omfatta beslut om avbrutna upphandlingar. Med hänvisning till att rättspraxis numera klarlagt att så inte är fallet bör lagen ändras på denna punkt. Kommissionen förordar därför att i lagen införs en bestämmelse med innebörden att affärsmässighetskravet i 1 kap. 4 § LOU även omfattar förfarandet vid avbrutna upphandlingar.

I fråga om sociala mål såsom sociala hänsyn och miljömål menar kommissionen att sådana i regel inte kan inrymmas i affärsmässighetsbegreppet. Liksom kommittén konstaterar kommissionen att bruket av sociala klausuler och miljöpolitiska kriterier vid offentlig upphandling fordrar överensstämmelse med gemenskapsrättens krav på relevans och icke-diskriminering. Däri ligger enligt Konkurrenskommissionen en motsättning eftersom den aktuella typen av kriterier i regel avser sådana långsiktiga eller upphandlingsmässigt ovidkommande hänsyn som enligt gemenskapsrättsliga upphandlingsgrundsatser inte får förekomma. De mål som den aktuella typen av kriterier syftar till bör rimligen kunna uppnås inom ramarna för den sociala och arbetsrättsliga lagstiftning eller de miljöbestämmelser som myndigheterna har att tillämpa, och följas upp inom ramen för respektive tillsynsmyndighets

verksamhet. En annan ordning skulle – som kommissionen tidigare påpekat – riskera att medföra olika konkurrensförutsättningar på den allmänna marknaden, där företag som är verksamma även inom den offentliga sektorn då skulle tvingas att tillämpa delvis andra regler än vad som gäller inom näringslivet i övrigt. Se vidare punkten 5-6 i detta yttrande.

4. Köp mellan kommuner och kommunala företag (kap. 4)

Konkurrenskommissionen avstyrker kommitténs förslag om köp mellan kommuner och kommunala företag. I de kommunala företagen sker en icke oväsentlig produktion (enligt kommitténs uppskattning 131,2 miljarder kronor eller 27 procent av kommunernas samlade omsättning), som härigenom skulle undantas från konkurrens. Kommissionen kan inte inse att detta skulle gynna effektiviteten inom den offentliga sektorn eller ge ”mera värde för pengarna”.

Kommissionen ställer sig dessutom frågande till om förslaget är genomförbart enligt gällande EG-rätt. Enligt gemenskapsrättslig praxis (Teckal-målet) kan ett avtal ingås mellan å ena sidan en lokal myndighet och å andra sidan en i förhållande till denna myndighet fristående juridisk person. Upphandlingen kan undantas från gemenskapsrättens regler endast i det fallet att den lokala myndigheten samtidigt utövar en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning (kontrollrekvisitet) och denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den (leveransrekvisitet).

I Teckal-målet godtog domstolen att överlämnande skedde till en association som i allt väsentligt motsvarar de i Sverige förekommande kommunalförbunden. Överlämnande av uppgifter till sådana associationer är enligt svensk rätt redan idag undantagna vid offentlig upphandling. Kommissionen finner det tveksamt om detta förhållande, utan ändring av EG-direktiven, även kan utsträckas till att omfatta fristående, civilrättsligt reglerade aktiebolag. Varken den i slutbetänkandet refererade Arnhem-domen eller Teckal-domen ger svar på denna fråga. Kommitténs förslag bör därför underkastas förhandsbesked från EG-domstolen innan någon lagändring i enlighet med kommitténs riktlinjer övervägs.

5-6. Antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt samt miljöanpassad upphandling (kap. 5 och 6)

Konkurrenskommissionen har i sitt tidigare yttrande avstyrkt kommitténs förslag om att införa sociala, arbetsmarknads- och miljöpolitiska mål i upphandlingsförfarandet (delbetänkandet kap 8.4).

Oavsett om klausuler införs som krav eller önskemål vid offentlig upphandling riskerar de att leda till målkonflikter i upphandlingsarbetet och osäkerhet hos upphandlare och leverantörer om vad som gäller. Bruket av klausuler som saknar klart samband med eller relevans för föremålet för upphandlingen strider vidare mot gällande gemenskapsrätt samt medför risk för att godtycke knäses i den upphandlingsrättsliga processen.

De mål kommittén genom förslaget synes vilja uppnå för miljö- antidiskrimineringsarbetet bör beaktas vid tillämpningen av och tillsynen över respektive speciallagstiftning och inte blandas samman med upphandlingslagen, som är en konkurrenslag.

7. Lokal upphandling (kap. 7)

Konkurrenskommissionen delar kommitténs bedömning avseende lokal handel. Kommissionen menar att det inte är vare sig möjligt eller önskvärt att underlätta lokal handel genom att öppna möjligheter att direkt gynna lokala leverantörer i samband med offentlig upphandling.

Stödköpsförfaranden där andra leverantörer än lokala skulle diskrimineras vid den offentliga handeln är dessutom oförenliga med såväl gemenskapsrättens upphandlingsbestämmelser som EG-Romfördragets statsstödsregler och den svenska kommunallagens bestämmelser om stöd till enskild näringsidkare.

Vill kommuner och landsting främja lokal handel kan detta bäst ske - förutom genom att konkurrensutsätta större delar av sin verksamhet - genom att upphandlingarna kungörs på ett tydligt sätt, även lokalt, samt att i vissa fall större upphandlingsvolym bryts upp i mindre enheter, så att även mindre och medelstora företag kan vara med och konkurrera om kontrakten.

8. Positiv särbehandling (kap. 8)

Konkurrenskommissionen tillstyrker i huvudsak kommitténs förslag avseende avknopningsstöd (11.8.1). Den nuvarande situationen är inte hållbar, där man å ena sidan försöker uppmuntra avknoppningar och samtidigt i praktiken förhindrar avknoppningar genom kraven på upphandling, krav som i många fall utgör avgörande hinder för personal att ta de risker som är förbundna med nystartade företag. Utan garantier för leveranskontrakt i det inledande skedet är förutsättningarna för företagets fortbestånd alltför bräckliga.

Kommissionen – som anser att det är angeläget att alla inslag av konkurrenssnedvridande diskriminering vid offentlig upphandling motverkas, särskilt sådan diskriminering som uppkommer genom att vissa leverantörer eller grupper av leverantörer lagstiftningsvägen gynnas på andra leverantörers bekostnad - finner att någon överhängande risk för diskriminering av leverantörer inte föreligger vid avknoppning, eftersom alternativen till upphandling i sådana fall ofta är fortsatt drift i egen regi (förvaltningsform). Den föreslagna maximala kontraktstiden är emellertid längre än vad som kan bedömas nödvändigt och bör därför kortas till tre år.

Författningstexten i anledning av kommitténs förslag måste enligt kommissionens mening utformas på ett sätt som bättre motverkar tolkningsproblem och missbruk av det föreslagna undantaget. Således bör närmare klargöras, att med ”anställda” skall avses enbart i avknopningsverksamheten sysselsatt personal. Det bör även klarläggas, hur stor andel av den berörda personalen som skall ingå som stiftare av avknopningsföretaget. Slutligen bör det av författningstexten tydligt framgå, att avknopningsundantaget gäller bara en gång per verksamhet och gäller endast i omedelbar anslutning till att den berörda verksamheten avknoppats.

För att motverka att det aktuella undantaget medför konkurrenssnedvridande kringgåenden av upphandlingslagen genom att personalgrupper kan komma att användas som bulvaner av redan etablerade företag, bör effektiva sanktioner mot överlåtelse avknopningsföretag under den första kontraktstiden införas i lagen. Detta kan lämpligen ske genom en lagstadgad skyldighet för den upphandlande enheten att i upphandlingskontraktet vid avknoppning införa en klausul om ogiltighet vid överlåtelse av företaget under kontraktstiden.

Konkurrenskommissionen avstyrker kommitténs förslag att införa möjlighet att utesluta vinstdrivande leverantörer vid upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster (11.8.2). Kommissionen anser att förslaget leder till en konkurrensnedvridande diskriminering som inte står i överensstämmelse med lagens och de bakomliggande EG-direktivens övriga bestämmelser och anda. Som kommittén synes ha uppmärksammat riskerar förslaget även att medföra svåra gränsdragningsproblem vid bedömningen av vilka företag som skall uteslutas från deltagande i upphandlingen. Förslaget inför därmed moment av godtycke i upphandlingsprocessen, vilket bör undvikas.

I fråga om kundvalssystem eller dylika system där valet av leverantör görs av de enskilda medborgare som berörs anser Konkurrenskommissionen som kommissionen förut sagt att sådana system inte innefattar några moment av offentlig upphandling, och således inte skall regleras genom lagen om offentlig upphandling. Om tillhandahållandet av nyttigheter genom kundvalssystem och dylika system över huvud taget behöver regleras i lag, bör detta ske i separat ordning och utanför lagen om offentlig upphandling.

9. Direktupphandling (kap. 9)

Konkurrenskommissionen avstyrker i huvudsak kommitténs förslag avseende direktupphandling (11.9).

I sin granskande verksamhet har Konkurrenskommissionen iakttagit att en illojal tillämpning av direktupphandling riskerar att medföra att främst mindre företag förbigås vid den offentliga handeln. Skulle gränsen för direktupphandling höjas från nuvarande praxis ett prisbasbelopp (c:a 37.000 kronor) för varor respektive två prisbasbelopp (c:a 75.000 kronor) för enstaka intellektuella konsulttjänster, till den föreslagna nivån sju prisbasbelopp (c:a 258.000 kronor) menar kommissionen att förutsättningarna för mindre företag att konkurrera på den offentliga sektorn allvarligt riskerar att undergrävas. Kommissionen finner det rimligt att en gemensam värdegräns för alla direktupphandlingar fastställs till två prisbasbelopp (c:a 75.000 kronor).

Enligt kommissionens mening riskerar förslaget om att höja gränsvärdet för direktupphandling, förutom att medföra betydande risker för särskilt de mindre och medelstora företagens möjlighet att hävda

sig i konkurrensen om de offentliga uppdragen, att öppna för korrupcion i den offentliga sektorn, eftersom upphandlingar till icke obetydliga belopp genom det formlösa direktupphandlingsförfarandet i allt väsentligt undantas från de kontrollmöjligheter som det dokumentationskrävande förenklade upphandlingsförfarandet erbjuder.

Kommittén föreslår, att förfarandet för direktupphandling även skall kunna tillämpas när det kan ”framstå som kontraproduktivt och skadligt för t.ex. patienter på ett sjukhus eller boende på ett hem för psykiskt sjuka eller en person som har rätt till omsorg enligt LSS” att genomföra en förenklad upphandling. Konkurrenskommissionen förstår inte hur den av kommittén eftersträlvade förbättringen – att upprätthålla kontinuiteten inom viss typ av vård - kan uppnås genom den föreslagna ändringen. Som bland annat framgår av vad kommittén själv angivit tidigare innefattar ett direktupphandlingsförfarande att konkurrerande anbud skall infordras och jämföras, varvid generalklausulen om affärsmässighet skall iakttas. Visar det sig att en annan leverantör än den som utför uppdraget erbjuder den ekonomiskt mest fördelaktiga lösningen måste byte av leverantör ske och kontinuiteten kan således inte upprätthållas.

Vidare är det formlösa direktupphandlingsförfarandet inte avsett för så komplicerade förfaranden som måste ske vid upphandling av vårdtjänster. Direktupphandling lämnar dessutom ett betydande utrymme åt godtycke och korrupcion och lämpar sig därför inte för anskaffningar till sådana värden som normalt kommer i ifråga vid den aktuella typen av upphandlingar. Sammantaget är förslaget ägnat att medföra inlåsnings effekter och att tjänster för boende på hem för psykiskt sjuka m.m. i praktiken undantas från konkurrens.

10. Överprövning av tilldelningsbeslut (kap. 10)

Konkurrenskommissionen tillstyrker kommitténs förslag avseende information om och överprövning av tilldelningsbeslut.

Kommissionen förordar att tryckfrihetsförordningens och sekretesslagens bestämmelser om handlingsoffentlighet utsträcks till att i relevant avseende omfatta alla upphandlande enheter, således även statliga och privata företag som är skyldiga att följa upphandlingslagens bestämmelser.

Kommissionen förordar även obligatorisk inhibitionsprövning i mål om överprövning, där huvudregeln skall vara att inhibition som regel skall meddelas om synnerliga skäl inte talar mot ett sådant beslut.

I yttrandet över kommitténs delbetänkande har kommissionen utförligt redovisat vilka praktiska problemen som kan uppkomma för leverantörer att genom överprövning i domstol få en materiell rättelse till stånd vid överträdelser av lagen om offentlig upphandling. De av kommittén föreslagna ändringarna medför en väsentlig förbättring för leverantörerna att i angivet avseende tillvarata sin rätt.

I yttrandet har Konkurrenskommissionen särskilt uppmärksammat de praktiska problem som leverantörer kan ha att genom överprövning i domstol få en materiell rättelse till stånd efter det att slutligt kontrakt har tecknats. Mål som anhängiggjorts inom den legala klagofristen avskrivs regelmässigt från förvaltningsdomstolarnas handläggning efter det att kontrakt tecknats. Klagande leverantörer hänvisas då till att föra talan i allmän domstol om skadestånd.

Gällande ordning gör det dessutom svårt för leverantörer som anser sig förfördelade att över huvud taget söka överprövning i domstol. Inte sällan tecknas upphandlingskontrakt med vinnande anbudsgivare samtidigt med eller i omedelbar anslutning till det slutliga beslutet i upphandlingen. Leverantörer vilkas anbud inte antagits eller som uteslutits från att lämna anbud förlorar därmed möjligheten att få upphandlingsförfarandet prövat på ett sätt som kan medföra rättelse i sak.

Bestämmelserna om anbuds- och affärssekretess i 6 kap. 2 § och 8 kap. 10 § sekretesslagen (1980:100) riskerar att medföra liknande rättsförluster. Upphandlande enheter torde med hänvisning till absolut anbudssekretess enligt nämnda lagrum kunna vägra att offentliggöra sina upphandlingsbeslut eller redovisa grunderna för dessa, innan slutligt kontrakt tecknats och möjligheterna till överprövning i domstol därmed upphör. Leverantörer vilkas anbud inte antagits eller som uteslutits från att lämna anbud, har därmed i praktiken små möjligheter att få rättelse i sak. Den omständigheter att tryckfrihetsförordningens och sekretesslagens bestämmelser om handlingsoffentlighet inte omfattar alla upphandlande enheter, t.ex. statliga och privata företag som är skyldiga att följa upphandlingslagen, vållar likartade problem.

I ett antal fall har Konkurrenskommissionen noterat att upphandlande enheter påskyndar det slutgiltiga kontraktstecknandet efter det att enheten uppmärksammas på att talan om överprövning väckts. I flera fall har kontrakt till och med tecknats under den frist domstol satt ut för enheten att yttra sig i fråga om inhibition.

Konkurrenskommissionen finner det därför tillfredsställande att kommitténs förslag som på flera punkter förbättrar leverantörernas möjlighet att genom överprövning i domstol erhålla materiell rättelse. Förslaget bör emellertid kompletteras med en presumtion för inhibition i upphandlingsmål i enlighet med gällande gemenskapsrättsliga rättsmedelsdirektiv.

Ett annat problem som i det tidigare yttrandet berörts av Konkurrenskommissionen är s.k. rena prutningar efter anbudstidens utgång, där den prismässiga rangordningen mellan anbudsgivarna i efterhand rubbats. I flera granskade fall har Konkurrenskommissionen iakttagit att upphandlande enheter inom ramarna för ett förenklat förfarande tagit upp förhandlingar med en eller flera anbudsgivare, trots att anbudsvärderingen tydligt utvisat ett anbud som det mest förmånliga. Dylika prutningsförhandlingar synes i några fall ha genomförts för att ytterligare sänka priserna, i andra fall för att möjliggöra för vissa leverantörer att erhålla förmånligare positioner vid de slutliga anbudsjämförelserna.

I upphandlingslagen anges att förhandlingar vid förenklad upphandling kan förekomma. Lagen redovisar emellertid inte under vilka förutsättningar eller på vilket sätt dessa kan genomföras. Ett förfarande med fria förhandlingar, där anbudsgivarna efter anbudstidens utgång på nytt kan disponera över sina anbud, genom att t.ex. tillföra nytt innehåll och / eller sänka sina priser, torde strida mot lagens krav på dokumentation, möjlighet för anbudsgivare till opartisk kontroll av öppningsförfarandet samt förbuden mot ändring av anbud och justering av annat än uppenbara skriv- och räknefel m.m.

Varken doktrin eller praxis ger i den uppkomna målkonflikten något entydigt svar på frågan när förhandlingar vid förenklad upphandling skall kunna förekomma. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har angivit följande: "Om enheten har motiv för att upphandlingen skall genomföras med förhandlingar kan enheten förhandla om i stort sett allt som rör upphandlingen, även priset. Men, det är

viktigt att enheten genom förhandlingarna inte väsentligt ändrar på förutsättningarna för upphandlingen. Det skall således i grunden vara samma vara eller tjänst som upphandlas i förhållande till vad som angavs i förfrågningsunderlaget inklusive kravspecifikationen”. Uttalandet antyder att nämnden har ansett att det skall föreligga ett objektiva motiv för att förhandlingar skall kunna förekomma. En reglering i lag, på samma sätt som för upphandlingar över tröskelvärdena (och enligt äldre bestämmelser), är emellertid nödvändig för att skapa större klarhet i frågan.

Förhandlingar vid förenklad upphandling bör genomföras på ett objektiva och affärsmässigt sätt, det vill säga i första hand för att klarlägga styrkan i anbud och således inte i syfte att pressa anbudspriserna. Rena prutningar bör inte få förekomma. Prispressen i en upphandling skall istället ligga i det osäkerhetsmoment som följer, dels av att anbudsgivarna varken vet hur många eller vilka deras konkurrenter är eller vilka anbud de avger, dels av insikten att avgivna bud är definitiva och således inte kan ändras i efterhand. Detta bör regleras i lagen.

Sammanfattningsvis menar Konkurrenskommissionen att möjligheten att förhandla vid förenklad upphandling bör regleras så att förhandlingar kan komma ifråga enbart vid synnerliga skäl och att förhandlingar inte skall kunna ändra den inbördes rangordningen mellan inkomna anbud. Frågan, som inte saknar betydelse för konkurrensen vid den offentliga upphandlingen, har emellertid inte beaktats av kommittén.

11. Övergångsbestämmelser

De föreslagna övergångsbestämmelserna behöver överarbetas så att det blir klarlagt vilka bestämmelser som gäller före respektive efter ikraftträdandet.

KONKURRENSKOMMISSIONEN

G Rune Berggren

Pär Cronhult

/ordförande/

/föredragande/