

# KONKURRENSKOMMISSIONEN

Box 5625; 114 86 STOCKHOLM; tel: 08-679 50 50; fax: 08-611 35 62

Finansdepartementet

Remissyttrande

2009-10-02

Ert dnr. Fi2009/4872

## **Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet (Ds 2009:30)**

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp inom Stiftelsen Den Nya Välfärden. Kommissionen uppmärksammar och motverkar olika former av konkurrensbegränsningar vid offentlig upphandling. Ordförande i Konkurrenskommissionen är f.d. stadsjuristen i Stockholm Inger Ridderstrand-Linderoth. Övriga ledamöter är f.d. regeringsrådet Sigvard Berglöf, civilekonomen Patrik Engellau, professorn i handelsrätt Erik Nerep, samt juristen och experten på konkurrensfrågor Lennart Palm.

Konkurrenskommissionen har verkat sedan 1994 och hittills avgjort över 500 ärenden avseende frågor om offentlig upphandling.

I remissyttrandet förekommer förkortningarna LOU och LUF. Med LOU avses lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Med LUF avses lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

### 1. Sammanfattning

#### *1.1. Ändringsdirektivet*

I den del som avser införande av det s.k. ändringsdirektivet (2007/66/EG) tillstyrker Konkurrenskommissionen förslaget i promemorians avsnitt 6.1.1 om avtalsspärr. Kommissionen förordar dock att regelverket förtydligas med en bestämmelse om att underrättelser som inte sker elektroniskt ska skickas på snabbast möjliga sätt samt att erforderliga upplysningar om varför anbudsansökan har avslagits eller anbud inte har antagits ska lämnas till berörd leverantör senast fem dagar från det att en skriftlig begäran därom kom in.

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag i avsnitt 6.1.3 om undantag från avtalsspärr, i avsnitt 6.1.4 om förlängd avtalsspärr, i avsnitt 6.1.5 om tiodagarsfrist, i avsnitt 6.2 om överprövning av avtal, i avsnitt 6.2.1 om avtal som kan förklaras ogiltiga samt i 6.2.2 om undantag från ogiltighet. Kommissionen tillstyrker även förslagen i avsnitten 6.3, 6.3.1 samt 6.3.2 om domstolsavgörandet i mål om överprövning m.m. men avstyrker promemorians förslag att upphäva vitesbestämmelsen i LUF. Istället förordar Konkurrenskommissionen att en motsvarande bestämmelse även införs i LOU.

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians bedömningar i avsnitten 6.4, 6.5 och 6.6 att någon preklusionsfrist inte bör införas samt att ansökan eller underrättelse om ansökan om överprövning inte ska behöva inges till den upphandlande myndigheten eller enheten. Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag i avsnitten 6.7, 6.7.1, 6.7.2 och 6.7.3 om tidsfrister men förordar att tidsfristen vid förhandsinsyn utvidgas från 10 till 30 dagar.

Konkurrenskommissionen tillstyrker förslaget i avsnitt 6.8 om att den s.k. söndagsregeln ska tillämpas vid överprövning enligt LOU och LUF samt i avsnitt 6.9 att beslut om upphandling inte ska överprövas sedan avtal har slutits. Kommissionen avstyrker däremot promemorians bedömning i avsnitt 6.10 om begränsad talerätt för leverantörer samt förordar att såväl tillsynsmyndigheten som branschorganisationer ska ges talerätt i mål om överprövning enligt LOU och LUF.

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag i avsnitten 6.11 och 6.11.1 om att i LOU och LUF införa en möjlighet att påföra upphandlande myndigheter och enheter en särskild avgift (marknadsskadeavgift) samt förslaget i avsnitt 6.11.2 om vilka överträdelser som ska kunna leda till marknadsskadeavgift. Dock förordar kommissionen att marknadsskadeavgift ska kunna komma ifråga även vid upphandlande myndigheters och enheters domstolstrots.

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag i avsnitten 6.11.3 och 6.11.4 och 6.11.7 om att marknadsskadeavgift ska kunna påföras upphandlande myndigheter och enheter, att avgiften ska tillfalla staten samt att s.k. strikt ansvar ska gälla, men avstyrker promemorians förslag i avsnitt 6.11.5 om en övre beloppsgräns för avgiften. Kommissionen förordar istället att avgiften som huvudregel ska beräknas till tio procent av kontraktsvärdet, dock minst ett belopp motsvarande beloppsgränsen för direktupphandling. Konkurrenskommissionen avstyrker även promemorians förslag i avsnitt 6.11.6 om undantag från marknadsskadeavgift.

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag i avsnitten 6.11.8, 6.11.9 och 6.11.12 om att tillsynsmyndighetens uppgifter i samband med marknadsskadeavgift samt i avsnitt 6.11.10 om tidsfrister m.m. Kommissionen tillstyrker även vad som föreslås i avsnitten 6.11.13, 6.11.14 och 6.11.15 om verkställighet och kvarstad samt om skatterättsliga konsekvenser.

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag i avsnitten 6.12 och 6.13 om föreläggande att lämna uppgift m.m. samt om ytterligare möjligheter för tillsynsmyndigheten att ingripa vid upphandlingar men avstyrker promemorians bedömning i avsnitt 6.14 att några särskilda sanktioner inte behöver införas mot upphandlande myndigheters och enheters domstolstrots. Istället förordar kommissionen att det i LOU och LUF införs bestämmelser om vite mot domstolstrots.

Som övriga förslag på rättsmedelsområdet förordar Konkurrenskommissionen att den s.k. ettårsfristen i 16. kap. 6 § LOU och 16 kap. 8 § LUF för talan om skadestånd upphävs.

## *1.2 Regelförenkling m.m.*

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians bedömning i avsnitt 6.16 att nuvarande ordning med särskilda kapitel i LOU och LUF som reglerar upphandling som inte eller endast till viss del omfattas av upphandlingsdirektiven bör behållas.

Konkurrenskommissionen tillstyrker i princip promemorians förslag i avsnitten 6.15.3 och 6.16.6 om att upphandlande myndigheter och enheter ska ansvara för att begära in uppgifter från Skatteverket och Kronofogdemyndigheten om en leverantör i fråga sköter sina skatter och socialförsäkringsavgifter. Även förslagen i avsnitten 6.15.4 och 6.16.7 om att upphandlande myndigheter eller enheter ska kunna begränsa kontrollen av kvalifikationsbevis m.m. tillstyrks. Kommissionen förordar dock att en leverantör som riskerar att uteslutas på grund av information som den upphandlande myndigheten eller enheten har inhämtat ex-officio, ska kommuniceras denna information samt ges möjlighet att yttra sig innan slutligt beslut i upphandlingen fattas.

Konkurrenskommissionen avstyrker promemorians förslag i avsnitt 16.6.2 om införande av fasta beloppsgränser för direktupphandling i LOU och LUF. Om fasta beloppsgränser ändå ska införas tillstyrker kommissionen i princip förslaget i avsnitt 16.6.3 om beräkning av kontraktets värde samt förordar att fast beloppsgräns fastställs till ett värde motsvarande c:a nio (9) procent av gällande tröskelvärde för kommunal upphandling inom den klassiska sektorn, lika värde för upphandlingar både enligt LOU och LUF. Kommissionen förordar vidare att det i lagtexten införs en fast tidsgräns på ett år inom vilken värdet av upphandlingar av liknande slag ska slås samman och läggas till grund för beräkning av kontraktsvärde.

Konkurrenskommissionen tillstyrker i allt väsentligt promemorians förslag i avsnitten 6.16.14 och 6.16.5 att bestämmelserna om direktupphandling i 15 kap. LOU anpassas till vad som annars gäller för direktivstyrd upphandling i fråga om förhandlat förfarande utan föregående annonsering samt att leverantörer, på samma sätt som vid direktivstyrd upphandling, ska ges rätt att åberopa andra företags kapacitet.

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag i avsnitt 6.16.9 om upphandling som rör rikets säkerhet mm. men förordar att det på samma sätt som för direktupphandling, införs en bestämmelse om att en upphandling inte får delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i LOU och LUF.

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag i avsnitt 6.16.10 om att upphäva bestämmelserna i LOU och LUF om att det ska framgå om ett anbud kan komma att antas utan föregående förhandling men avstyrker, främst av pedagogiska skäl, förslaget att rätten för leverantör att på begäran få förfrågningsunderlaget på samma villkor som andra leverantörer ska utmönstras ut lagtexten.

Konkurrenskommissionen tillstyrker i princip promemorians förslag i avsnitt avsnitten 6.17, 6.17.1 och 6.17.2 om skriftlighetsbegreppet. Kommissionen avstyrker däremot förslaget som medger obligatoriskt anbudslämning. En föreskrift om elektronisk anbudsgivning bör enligt kommissionens mening kompletteras med att anbudsmottagningen i sådant fall sker på den upphandlande myndighetens eller enhetens risk.

Konkurrenskommissionen avstyrker promemorians förslag i avsnitt 6.18 om införande av inköpscentraler men tillstyrker förslaget i avsnitt 6.19 om att möjligheten till skadestånd enligt s.k. negativt kontraktssintresse införs i LOU samt i avsnitt 6.20 om att om att föreskrifterna om granskning och medling mönstras ut ur LUF.

## YTTRANDE i SAK

### 2. Ändringsdirektivet

Konkurrenskommissionen kan konstatera att föreliggande förslag till svensk implementering av ändringsdirektivet (2007/66/EG)<sup>1</sup> stämmer väl överens med den bakomliggande direktivtexten. Därmed föreligger inte utrymme till avvikelser av särskild betydelse. Dock bör den svenska lagtexten på några områden skrivas tydligare så att risk för oklarheter eller missuppfattningar inte uppkommer. Bland annat används genomgående i promemorian termen ”beslut om upphandling” för sådana åtgärder som hänför sig till den upphandlande myndighetens eller enhetens beslut om tilldelning. Termen ”beslut om upphandling” framstår i sammanhanget som illa vald, eftersom den språkligt är ägnad att förväxlas med den upphandlande myndighetens eller enhetens beslut om att påbörja en upphandling (jfr. EG-domstolens avgörande i målet Stadt Halle (C-26/03)).<sup>2</sup>

Kommissionen beklagar slutligen att lagstiftningsärendet har dragit ut på tiden, så att den svenska implementeringen kommer att försenas med åtminstone ca fem månader i förhållande till ändringsdirektivets ikraftträdande med s.k. direkt effekt. Förseningen framstår som särskilt anmärkningsvärd i belysning av att Sverige upprepade gånger har fällts av EG-domstolen för fördragsbrott, bl.a. i anledning av bristande implementering av EG:s upphandlingsdirektiv.<sup>3</sup>

#### 2.1 Avtalsspärr m.m.

##### *2.1.1 Avtalsspärr efter underrättelse om tilldelningsbeslut (avsnitt 6.1.1)*

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag om att införa s.k. avtalsspärr samt de för denna spärr föreslagna tidsfristerna på 10 respektive 15 dagar och menar att detta kan leda till en förbättrad rättsäkerhet för leverantörer samt minska stressen i domstolarna i samband med mål om överprövning enligt LOU och LUF. Kommissionen tillstyrker även förslaget att bestämmelsen om avtalsspärr införs även i fråga om upphandlingar som inte omfattas av direktivet (enligt 15 kap. LOU och LUF).

Konkurrenskommissionen förordar dock att regelverket förtydligas med en bestämmelse innebärande att den upphandlande myndigheten, om underrättelse om tilldelningsbeslut skickas på annat sätt än med ett elektroniskt meddelande, inte får använda sig av ett medel för befordran som normalt tar mer fem dagar i anspråk till dess att försändelsen kommer mottagaren tillhanda. Förtydligandet kan motiveras av att motverka illojal regeltolkning genom anlitande av särskilt långsamma befodringsmedel (B-post eller motsvarande).

##### *2.1.1.1 Upplyningsplikt*

Konkurrenskommissionen förordar även att bestämmelsen i 9 kap. 10 § LOU om upplyningsplikt till leverantör om skälen till varför anbudsansökan har avslagits eller anbud förkastats ska anpassas så att tidsfristen korresponderar med bestämmelserna om avtalsspärr. En förutsättning

<sup>1</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

<sup>2</sup> Se EG-domstolens dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005, s. I-1.

<sup>3</sup> Se EG-domstolens dom av den 18 december 2007 i mål C-257/07, *Kommissionen mot Sverige*, REG 2007, s. I-0000 jämte dom av den 31 januari 2008 i mål C-259/07, *Kommissionen mot Sverige*, REG 2008, s. I-0000.

för berörda leverantörer att utforma talan om överprövning enligt LOU är att dessa besitter tillräcklig information om varför deras ansökan har avslagits eller anbud förkastats. Aktuella uppgifter ska enligt 9 kap. 12 § LOU finnas protokollförda och omfattas därmed av offentlighetsprincipen och föreskriften i 2 kap. 12 § tryckfrihetsförordningen om att uppgift ska lämnas ut genast eller så snart det är möjligt. Enligt knäsat praxis från Riksdagens ombudsmän (JO) kan rekvisitet ”så snart det är möjligt” motivera en frist för utlämnande på maximalt c:a fem dagar. Den nuvarande föreskriften i 9 kap. 10 § andra stycket LOU bör därför justeras till att begärda upplysningar ska lämnas snarast möjligt och senast inom 5 dagar från det att skriftlig begäran kom in.

### *2.1.2 Undantag från avtalsspärr (avsnitten 6.1.3)*

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag om undantag från avtalsspärr i fråga om vissa angivna upphandlingar samt instämmer i promemorians uppfattning att bestämmelsen om avtalsspärr bör omfatta även upphandling av B-tjänster.

### *2.1.3 Förlängd avtalsspärr (avsnitt 6.1.4)*

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag om förlängd avtalsspärr. Det synes dock alltför komplicerat att förlängningen endast ska gälla i länsrätt och att den klagande måste inse att begära interimistiskt beslut i överrätt. Rimligen borde förlängningen gälla till dess att målet är slutligt avgjort. Rätten ska dock kunna häva förlängningen på talan av den upphandlande myndigheten eller enheten.

Konkurrenskommissionen förordar vidare att Domstolsverkets informationsmaterial till överprövningssökande m.m. om hur man överklagar (Domstolsverkets blankett DV3109/1A och motsvarande) ska anpassas i enlighet med denna. Som informationsmaterialet nu är utformat framgår enbart att det föreligger en klagofrist på tre veckor från delfåendet av dom eller beslut. Den omständigheten att i fråga om mål om överprövning enligt LOU och LUF klagofristen i praktiken begränsas till tio dagar till följd av bestämmelserna om avtalsspärr framgår inte. Detta bör av rättssäkerhetsskäl tydliggöras i Domstolsverkets informationsmaterial.

### *2.1.4 Tiodagarsfrist (avsnitt 6.1.5)*

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag om att en frist på tio dagar införs inom vilken avtal inte får ingås från det att rätten har avgjort mål eller upphävt tidigare meddelat beslut om interimistiskt verkställighetsförbud i mål om överprövning enligt LOU och LUF.

## *2.2 Överprövning av avtal (avsnitt 6.2)*

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag om överprövning av avtal samt instämmer i promemorians bedömning att det saknas skäl för att inom upphandlingslagstiftningen avvika från den enligt allmänna avtalsrättsliga principer gällande huvudregeln om avtals ogiltighet (s.k. nullitet).

### *2.2.1 Avtal som kan förklaras ogiltiga (avsnitt 6.2.1)*

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag om att avtal kan förklaras ogiltiga. Lagstiftaren bör dock överväga att införa bestämmelser som medger rätt för leverantör som är part i det aktuella avtalet att intervensera i mål om överprövning, och där ges möjlighet att argumentera i egen sak innan frågan om ogiltighet slutligt prövas av rätten (jfr 14 kap. 9 § rättegångsbalken).

### 2.2.2 Undantag från ogiltighet (avsnitt 6.2.2)

Konkurrenskommissionen tillstyrker i princip promemorians förslag om undantag från ogiltighet. Enligt förslagen ska emellertid en överträdelse av avtalsspärr medföra ogiltighet endast om den klagande leverantören lidit eller kan komma att lida skada. Denna bestämmelse öppnar för osäkerhet om när ogiltighet kan komma att drabba ett avtal. Det kan också ge incitament till att negligera avtalsspärren i hopp om att ogiltigheten inte ska inträda. Mot bakgrund av att avtalsspärren är kort, i normalfallet endast tio dagar, samt att den föreslås kunna hävas av domstol vid oskäliga konsekvenser, bör den gälla utan undantag. Eljest förlorar den sitt syfte. En *spärr* ska vara en *spärr utan undantag* för att ge avsedd effekt.

Konkurrenskommissionen förordar vidare att det i lagtexten tydligt anges att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att visa sådana exceptionella omständigheter som kan medföra att ett avtal får bestå (jfr. EG-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i målet C-157/06, *kommissionen mot Italien*, REG 2008 s. I-0000, p. 23, jämte anslutande äldre rättspraxis).

### 2.3 Domstolsavgörandet i mål om överprövning (avsnitten 6.3, 6.3.1 samt 6.3.2)

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag om domstolsavgörande i mål om överprövning, om ingripande före och efter ingående av avtal samt om interimistiska beslut.

En effekt av att domstol upphäver de upphandlande myndigheterna och enheterna själva tillåts avgöra vad som ska bli den upphandlingsrättsliga följden av domstolarnas bifall till talan om överprövning torde kunna bli att myndigheter och enheter i större utsträckning avbryter och gör om felaktiga upphandlingar istället för att rätta sig genom exempelvis nytt tilldelningsbeslut. Detta riskerar på sikt leda till en ökning av antalet mål om skadestånd enligt LOU och LUF genom att leverantörer som rätteligen skulle ha vunnit den första upphandlingen söker kompensation genom upphandlingsskadestånd.

#### 2.3.1 Vitesbestämmelsen i 16 kap. 2 § LUF (avsnitt 6.3.3)

Konkurrenskommissionen avstyrker promemorians förslag att upphäva bestämmelsen i 16 kap. 2 § LUF om möjlighet för rätten att vid vite förbjuda en upphandlande enhet att fortsätta en upphandling utan att avhjälpa bristerna.

Konkurrenskommissionen förordar istället att en motsvarande bestämmelse införs även i LOU. Syftet med vite ska vara att skapa en effektiv press på upphandlande enheter och myndigheter att korrekt iaktta bestämmelserna om upphandling, också för de fall att andra sanktionsmedel kan vara parallellt tillämpliga.

### 2.4 Preklusionsfrister (avsnitt 6.4)

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians bedömning att någon preklusionsfrist inte bör införas i LOU och LUF. Normalt uppkommer först i samband med tilldelningsbeslutet sådana frågor som kan behöva överprövas, avseende tolkning och effekter av förfrågningsunderlaget. Om en preklusionsfrist införs skulle möjligheten för leverantörer att effektivt tillvarata sin rätt och komma tillrätta med felaktigheter vid offentlig upphandling riskera att allvarigt beskäras. Även domstolarnas balanser i mål om offentlig upphandling skulle riskera att öka om leverantörerna tvingas begära överprövning också avseende omständigheter som eventuellt kan medföra skada i ett senare skede av upphandlingen.

## *2.5 Underrättelse om ansökan om överprövning samt ansökan om överprövning till upphandlande myndighet eller enhet (avsnitten 6.5 och 6.6)*

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians bedömning att krav inte bör ställas på att leverantören ska underrätta den upphandlande myndigheten eller enheten om sin avsikt att begära överprövningskrav eller att ansökan om överprövning först ska lämnas till den upphandlande myndigheten eller enheten.

## *2.6 Tidsfrister för ansökan om överprövning (avsnitten 6.7, 6.7.1, 6.7.2 och 6.7.3)*

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag om tidsfrist på tio dagar för ansökan om överprövning av beslut om upphandling samt beslut att avbryta en upphandling.

Konkurrenskommissionen avstyrker däremot promemorians förslag om en tidsfrist på tio dagar även vid förhandsinsyn. Till skillnad från vad som normalt är fallet vid en upphandlande myndighets beslut om upphandling eller att avbryta en upphandling erhåller berörda leverantörer vid förhandsinsyn inte något meddelande avseende de omständigheter som kan motivera att ansökan om överprövning inges. Leverantörerna är i dessa fall hänvisade till att löpande bevaka förekommande annonsering i EG:s tidning och i nationell databas. Den föreslagna tidsfristen på tio dagar framstår mot denna bakgrund som allt för kort för att berörda leverantörer ska ges en effektiv möjlighet att hinna uppmärksamma och reagera mot otillåtna direkttilldelningar. En tidsfrist på 30 dagar framstår härvid som mer ändamålsenlig ur rättsäkerhetssynpunkt. Konkurrenskommissionen förordar därför att den föreslagna bestämmelsen om tidsfrist vid förhandsinsyn i 16 kap. 8 § LOU justeras så att avtal inte får ingås förrän trettio dagar har gått från det att annonsen om förhandsinsyn publicerats.

## *2.7 Beräkning av avtalsspärren och tidsfrister för ansökan om överprövning (avsnitt 6.8)*

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag om att den s.k. söndagsregeln i 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid ska tillämpas för ansökan om överprövning vid beräkningen av avtalsspärrens längd och tidsfrister.

## *2.8 Prövning av en ansökan om överprövning av beslut om upphandling (avsnitt 6.9)*

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag om att en ansökan om överprövning av ett beslut om upphandling inte ska prövas efter den tidpunkt då avtal har slutits mellan upphandlande myndighet respektive enhet och leverantör.

Konkurrenskommissionen konstaterar dock att den i promemorian skisserade ordningen med ändring av talan, från överprövning av beslut om upphandling till ogiltighet av avtal (s. 196 f) framstår som så pass tekniskt komplicerad att flertalet leverantörer riskerar att inte kunna tillvarata sin rätt. Det fordras därför särskilt ingripande genom materiell processledning från domstolarnas sida. Flera av landets förvaltningsdomstolar, däribland kammarrätterna i Stockholm och Göteborg,<sup>4</sup> gör under åberopande av de starka motstående enskilda intressen som gör sig gällande i ett mål om överprövning enligt LOU gällande att officialprincipens åläggande om materiell

---

<sup>4</sup> Se Kammarrätten i Stockholm dom i mål nr 3784-05 samt en liknande bedömning av Kammarrätten i Göteborg i dom av den 23 februari 2006, mål nr 6454-05.

processledning inte behöver iakttas i dessa mål. Det framstår mot denna bakgrund som angeläget att domstolarnas skyldighet till materiell processledning aktualiseras. En bestämmelse bör därför införas som ger domstolen skyldighet att upplysa klaganden att talan nu bör ändras till att avse överprövning av avtalet i stället för av beslutet om upphandling.

### *2.9 Talerätt i mål om upphandling (avsnitt 6.10)*

Konkurrenskommissionen avstyrker promemorians bedömning att Konkurrensverket och branschorganisationer inte bör ges talerätt i mål om överprövning enligt LOU samt förordar liksom i tidigare yttranden i denna fråga att såväl tillsynsmyndigheten som sammanslutningar av leverantörer (branschorganisationer) medges talerätt i mål om överprövning enligt LOU och LUF.

Som flera instanser, bland annat Upphandlingskommittén, tidigare har kunnat konstatera<sup>5</sup> är berörda leverantörer som regel förhållandevis små och saknar normalt erforderliga resurser och kompetens som krävs för att tillvarata sina rättigheter. En kartläggning som har genomförts på uppdrag av Konkurrensverket<sup>6</sup> och som omfattade samtliga anhängiggjorda överprövningsmål under det första halvåret 2006, visar att en betydande andel (c:a 15 procent) av det totala antalet mål vid länsrätt avvisades eller avskrevs, huvudsakligen till följd av formella brister i ansökningarna om överprövning.

Till skillnad från vad som normalt är fallet för leverantörer besitter upphandlande myndigheter och enheter ofta betydande resurser och har som regel tillgång till erforderlig sakkompetens. Genom att medge även tillsynsmyndigheten samt berörda branschorganisationer talerätt skulle denna obalans minskas. Vidare skulle domstolarnas arbete underlättas genom en genomgående högre kvalitet på ansökningarna om överprövning.

Det föreligger dessutom en rejäl rädsla hos inte enbart mindre leverantörer att riskera att stöta sig med upphandlande myndigheter och enheter med vilka leverantören i förlängningen vill inleda en affärsförbindelse. Brister och felaktigheter som kan vara av betydande principiellt intresse riskerar därmed att länge förbli opåtalade, till men för den rättsliga utvecklingen på upphandlingsrättens område.

### *2.10 Särskild avgift m.m. (avsnitten 6.11 och 6.11.1)*

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag om att i LOU och LUF införa en möjlighet att påföra upphandlande myndigheter och enheter en särskild avgift (marknadsskadeavgift).

#### *2.10.1 Överträdelser som ska kunna leda till marknadsskadeavgift (avsnitt 6.11.2)*

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag om vilka överträdelser som ska kunna leda till marknadsskadeavgift men förordar att marknadsskadeavgift ska kunna tas ut även i fråga om andra åtgärder, exempelvis vid otillåten direkttilldelning som av olika skäl inte längre kan göras till föremål för överprövning samt vid upphandlande myndigheters och enheters underlåtenhet att efterleva lagakraftvunnen dom eller beslut i mål om överprövning enligt LOU och LUF (domstolstrots). Även fall där upphandlande myndigheter och enheter tillämpar godtyckliga eller

<sup>5</sup> Upphandlingskommittén, delbetänkandet Effektivare offentlig upphandling, SOU 1999:139, s. 329.

<sup>6</sup> Konkurrensverket, rapporten Länsrätternas domar om offentlig upphandling, 2007:2.



konkurrenssnedvridande utvärderingskriterier eller styrande kravspecifikationer som gynnar viss leverantör eller produktion bör marknadsskadeavgift kunna komma ifråga. Systemet med marknadsskadeavgift skulle i sådant fall kunna användas i samma syfte som den numera upphävda lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling (LIU) avsåg att fylla, nämligen att motverka bland annat fortsatta överträdelser av LOU och LUF.

#### *2.10.2 Upphandlande myndigheter respektive enheter som kan påföras marknadsskadeavgift m.m. (avsnitten 6.11.3 och 6.11.4 och 6.11.7)*

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag om att marknadsskadeavgift ska kunna påföras såväl upphandlande myndigheter som upphandlande enheter, att avgiften ska tillfalla staten samt kunna tas ut med s.k. strikt ansvar, således oberoende av om den aktuella överträdelsen har skett uppsåtligen eller av oaktsamhet.

#### *2.10.3 Beräkning av marknadsskadeavgiftens storlek (avsnitt 6.11.5)*

Konkurrenskommissionen avstyrker promemorians förslag om en undre och övre beloppsgräns på 10.000 respektive 5 miljoner kronor. Konkurrenskommissionen förordar istället att marknadsskadeavgift alltid ska utgå med tio procent av kontraktsvärdet, dock med ett belopp som minst motsvarar den fasta beloppsgränsen för direktupphandling (i enlighet med promemorians förslag således 15 procent av respektive tröskelvärde i LOU och LUF). Någon övre beloppsgräns behöver inte införas.

För att marknadsskadeavgift ska kunna utgöra en effektiv sanktion mot otillåtna upphandlingsbeteenden bör avgiften avpassas så att den upplevs som avskräckande och kännbar, även vid värdemässigt mycket stora upphandlingar. En övre beloppsgräns på fem miljoner kronor medför knappast någon kännbar effekt ifråga om exempelvis större renhållningsentreprenader, kollektivtrafikupphandlingar eller motsvarande där det med hänsyn till de betydande värden som berörs är av särskilt stor betydelse att de upphandlingsrättsliga regelverken korrekt iakttas. Sanktionen med marknadsskadeavgift riskerar därmed i praktiken att inskränkas som effektivt rättsmedel enbart till upphandlingar som rör relativt låga kontraktsvärden. Mot bakgrund av att marknadsskadeavgiften ska komma att tillfalla staten, och således återgår till det allmänna, föreligger knappast heller något allmänt fiskalt eller statsfinansiellt intresse av att hålla avgiftsnivåerna nere.

#### *2.10.4 Överträdelsens sanktionsvärde (avsnitt 6.11.6)*

Konkurrenskommissionen avstyrker promemorians förslag om att särskild hänsyn ska tas till sanktionsvärdet och att avgift inte ska påföras eller kan efterges i ringa fall eller vid synnerliga skäl. Konkurrenskommissionen menar att erforderliga överväganden av aktuellt slag bör kunna göras ex officio av tillsynsmyndigheten och inte behöver lagstiftas i särskild ordning. Den föreslagna lagtexten och promemorian är otydlig på flera punkter och lämnar inte tillräcklig vägledning avseende marknadsskadeavgiftens beräkning i aktuellt avseende. En ordning med subjektiva rekvisit och skälighetsbedömningar för bedömningen av marknadsskadeavgiftens storlek är vidare ägnad att försvåra och komplicera domstolarnas handläggning i mål avseende sådan avgift, på ett sätt som med hänsyn till att påförda avgifter tillfaller staten, och således återgår till det allmänna, framstår som onödigt. Möjligen bör ett sådant system övervägas enbart avseende LUF, där ju också rent privatägda företag kan komma för att åläggas betala avgift.

*2.10.5 Handläggande myndighet samt ansökan om marknadsskadeavgift prövas av allmän förvaltningsdomstol (avsnitten 6.11.8, 6.11.9 och 6.11.12)*

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag om att tillsynsmyndigheten ska handlägga ärenden om marknadsskadeavgift, ansöka hos länsrätt om att marknadsskadeavgift ska påföras samt hantera frågor om inbetalning av avgiften m.m. Konkurrenskommissionen förordar vidare att mål om marknadsskadeavgift sammanförs till en gemensam domstol (specialforum). Detta för att undvika samma spretighet i rättstillämpningen som hittills kännetecknat mål om överprövning enligt LOU.

*2.10.6 Tidsfrister för talan om marknadsskadeavgift m.m. (avsnitt 6.11.10)*

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag om tidsfrister för talan om marknadsskadeavgift m.m.

*2.10.7 Verkställighet och kvarstad samt skatterättsliga konsekvenser (avsnitten 6.11.13, 6.11.14 och 6.11.15)*

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians bedömning att marknadsskadeavgift inte ska vara avdragsgill vid inkomsttaxering samt att det saknas behov av att kunna säkerställa anspråk på avgiftens betalning genom kvarstad. Konkurrenskommissionen avstyrker däremot förslaget om att krav på marknadsskadeavgift ska falla bort om verkställighet inte har skett inom fem år från det att domen har vunnit laga kraft. Av samma skäl som att en bestämmelse om kvarstad inte behöver införas i lagarna kan det rimligen krävas att upphandlande myndigheter och enheter, vilka till övervägande delen utgör myndigheter och offentligt ägda företag, ska göra rätt för sig ifråga om utdömda marknadsskadeavgifter och inte undkomma den sanktion som avgiften är avsedd att utgöra genom att underlåta betalning samt göra sig oåtkomliga för exekutiva åtgärder.

*2.11 Föreläggande att lämna uppgift eller handling m.m. (avsnitt 6.12)*

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag om föreläggande att lämna uppgift eller handling m.m.

*2.12 Ytterligare möjligheter för tillsynsmyndigheten att ingripa vid upphandlingar (avsnitt 6.13)*

Konkurrenskommissionen avstyrker promemorians bedömning att ytterligare möjligheter för tillsynsmyndigheten att ingripa vid upphandlingar inte behöver införas i LOU och LUF. Kommissionen förordar att lagtexten utformas på ett sådant sätt att den inte medför någon rättslig reglering eller begränsning i angivet avseende. Upphandlingsrätten medför komplexa överväganden och förändringar i lagstiftningen medför ändrat beteende. Tillsynsmyndigheten bör därför själv kunna bedöma på vilket sätt den ska ingripa mot otillåtna beteenden av olika slag. Vad som i processuellt hänseende kan tillåtas får överlämnas till rättstillämpningen att klargöra.

*2.13 Åtgärder mot domstolstrots (avsnitt 6.14)*

Konkurrenskommissionen avstyrker promemorians bedömning att det inte bör införas några särskilda bestämmelser riktade mot upphandlande myndigheter eller enheter som underlåter att rätta sig efter en domstols dom samt förordar att det i LOU och LUF införs bestämmelser om vite mot domstolstrots.

Den omständigheten att upphandlande myndigheter och enheter kan tillåta sig att trotsa domstols förordnande i dom eller beslut om offentlig upphandling utan påföljd är en allvarlig brist i det rättsliga systemet. De i promemorian föreslagna bestämmelserna om ogiltighet och marknadsskadeavgift m.m. medför inte tillräckligt effektiva sanktioner för att komma till rätta med förekommande ovilja hos upphandlande myndigheter eller enheter att rätta sig efter domstols dom. Bland annat har Riksdagens ombudsmän (JO) har flera gånger påtalat för regeringen behovet av att motverka domstolstrots.<sup>7</sup>

Ett system där trotsande myndigheter eller enheter också kan åläggas att vid exempelvis löpande vite<sup>8</sup> rätta sig i enlighet med lagkraftvunnen dom behöver enligt kommissionens mening införas för att Sverige ska anses uppfylla rättsmedelsdirektivens krav på att se till att domstolars avgöranden verkligen följs.

### *2.14 Övriga förslag på rättsmedelsområdet*

Konkurrenskommissionen förordar att den s.k. ettårsfristen för talan om skadestånd vid offentlig upphandling enligt 16 kap. 6 § LOU och 16 kap. 8 § LUF upphävs och ersätts med att talan om skadestånd ska kunna väckas vid allmän domstol så länge det upphandlade avtalsförhållandet pågår. Talan ska dock alltid kunna väckas inom ett år från den tidpunkt som följer av 16 kap. 1 § andra till fjärde styckena LOU eller LUF.

Ett problem med skadestånd vid offentlig upphandling är att fel och brister visar sig först en tid efter att entreprenaden har påbörjats, och då redan har hunnit preskriberats i skadeståndshänseende. Ett förekommande problem är exempelvis olika miljökrav som den upphandlande myndigheten eller enheten har ställt upp i förfrågningsunderlaget, men senare i praktiken efterger under entreprenadtidens gång. Många gånger hade dylika eftergifter kunnat medföra annat utfall i upphandlingen om det hade varit känt från början att kraven inte behöver uppfyllas. Mot bakgrund av kraven på likabehandling och öppenhet (transparens) framstår det som angeläget att det skapas ett tryck på upphandlande myndigheter och enheter att sätta press på bristfälliga entreprenörer att leva upp till upphandlingsförutsättningarna, exempelvis vid äventyr av att avtalet annars sägs upp. Konkurrerande leverantörer bör under entreprenadtidens gång därför ges möjlighet att ingripa genom skadestånd eller hot om skadestånd enligt LOU och LUF för därigenom skapa ett sådant tryck.

## 3 Regelförenklingar i LOU och LUF

### *3.1.1 Uppgifter från offentliga register om skatter och socialförsäkringsavgifter (avsnitten 6.15.3 och 6.16.6)*

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag om att upphandlande myndigheter och enheter ska ansvara för att begära in uppgifter från Skatteverket och Kronofogdemyndigheten om en leverantör i fråga sköter sina skatter och socialförsäkringsavgifter. Rättsäkerhetsskäl talar dock för att den upphandlande myndigheten eller enheten bör kommunicera sådana uppgifter som har inhämtats direkt från Skatteverket och Kronofogdemyndigheten med den berörda leverantören, så att denne ges möjlighet att uppmärksamma och påtala eventuella felaktigheter eller missförstånd

<sup>7</sup> Se Riksdagens ombudsmän (JO) beslut av den 26 juni 2007 i ärende nr 3006-2005 (Upplands Väsby kommun), se även beslut av den 12 december 2001 i ärende nr 3497-2000 (Torsby kommun).

<sup>8</sup> Se 4 § lagen (1985:20) om viten.

innan beslut om tilldelning. Lämpligen skulle detta kunna ske genom införande av en administrativ rutin, liknande den vid kreditupplysning, att Skatteverket och Kronofogdemyndigheten ska skicka en kopia av de upplysningar som de lämnar även till den berörda leverantören.

### *3.1.2 Bevis på leverantörens lämplighet (avsnitten 6.15.4 och 6.16.7)*

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag om att upphandlande myndigheter eller enheter ska kunna begränsa kontrollen av intyg, certifikat, betyg och andra handlingar som visar anbudssökandes och anbudsgivares kapacitet och redlighet. Det är med beaktande av vad Konkurrenskommissionen har påpekat ovan under punkten 3.1.2 dock lämpligt att slutligt beslut om tilldelning inte meddelas förrän leverantörer som ska uteslutas på grund av uppgifter som har inhämtats från Skatteverket och Kronofogdemyndigheten givits möjlighet att kommentera uppgifterna.

### *3.2 Upphandling som inte omfattas av direktiven (avsnitt 6.16)*

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians bedömning att nuvarande ordning med särskilda kapitel i LOU och LUF som reglerar upphandling som inte eller endast till viss del omfattas av upphandlingsdirektiven bör behållas och att någon särskild rättsakt för sådan upphandling inte behöver införas.

#### *3.2.1 Beloppsgränser för direktupphandling (avsnitt 6.16.2)*

Liksom tidigare när Konkurrenskommissionen har tagit ställning till samma fråga avstyrkes promemorians förslag om införande av fasta beloppsgränser för direktupphandling i LOU och LUF. Om fasta beloppsgränser ändå ska införas förordar kommissionen att dessa fastställs till belopp som är väsentligt lägre än promemorians förslag.

Konkurrenskommissionen har i sin granskande verksamhet iakttagit att tillämpningen av direktupphandling riskerar medföra att främst mindre företag och nyetablerade företag förbigås vid den offentliga handeln. Upphandlande enheter och myndigheter hänvisar icke sällan till att man finner det tryggare och enklare att köpa direkt från tidigare anlitade leverantörer och/eller väletablerade större företag. För högt fastställda beloppsgränser riskerar medföra allvarliga konsekvenser för svenska små och medelstora företag.

Enligt nu gällande bestämmelser i 15 kap. 3 § LOU och LUF ska upphandlande myndigheter och enheter vid behov besluta om riktlinjer för användning av direktupphandlingar. Syftet bakom detta system är att skapa förutsättningar för en flexibel användning av direktupphandlingsinstitutet. En upphandlings värde ska normalt betraktas som "lågt" när ett mer formaliserat upphandlingsförfarande skulle medföra administrativa kostnader som framstår som oproportionellt stora i förhållande till upphandlingens totala värde. Eftersom upphandlingskostnaderna varierar med komplexiteten i det som ska upphandlas kan upphandlingar av exempelvis svårbedömda konsulttjänster, som revisionskonsulter, datatekniker, juridiska konsulter etc., motivera att direktupphandling används i större utsträckning än vid upphandling av med lättbedömda slag, av exempelvis varor och enklare tjänster. Detta synsätt låg bland annat till grund för den dåvarande tillsynsmyndighetens, Nämndens för offentlig upphandling (NOU), rekommendation av varierande direktupphandlingsgränser motsvarande ett prisbasbelopp (för närvarande c:a 42.800 kronor) för varor och enklare tjänster samt två

prisbasbelopp (för närvarande c:a 85.600 kronor) för enstaka intellektuella konsulttjänster.<sup>9</sup> I tidigare yttranden till regeringen konstaterade NOU att en värdegräns på sju prisbasbelopp (c:a 299.000 kronor) knappast kunde anses innefatta "lågt värde". Inte heller en fast beloppsgräns på fem prisbasbelopp (c:a 214.000 kronor) menade nämnden kan anses utgöra något "lågt värde".

Den kartläggning av olika myndigheters gränsvärden för direktupphandling som Upphandlingskommittén redovisar i betänkandet SOU 2006:28<sup>10</sup> visar att medelvärdena för kommunal och landstingskommunal upphandling varierar mellan 2,5 prisbasbelopp (c:a 107.000 kronor) för varor och 4,97 prisbasbelopp (c:a 213.000 kronor) för tjänster. Enligt en av ESO nyligen presenterad rapport, Regelverk och praxis i offentlig upphandling, rapportserien 2009:2,<sup>11</sup> kan användningen av annonserad upphandling anses medföra samhällsekonomisk nytta vid ett upphandlingsvärde på c:a 170.000 kronor.

För det fall att fasta beloppsgränser för direktupphandling ändå ska införas förordar Konkurrenskommissionen således att riktvärdet fastställas till maximalt c:a nio (9) procent av gällande tröskelvärde för kommunal upphandling inom den klassiska sektorn, d.v.s. c:a 172.000 kronor. Detta motsvarar ungefär fyra prisbasbelopp. Värdet av en vara, tjänst eller byggtreprenad blir inte lägre bara för att den upphandlas med tillämpning av LUF istället för LOU. Det föreligger därför, enligt kommissionens mening inte anledning att införa olika beloppsgränser för direktupphandling inom försörjningssektorerna jämfört med den klassiska sektorn. Föreslagna riktvärde på c:a nio (9) procent av gällande tröskelvärde för kommunal upphandling inom den klassiska sektorn bör därför omfatta även upphandling enligt LUF.

### *3.2.2 Principer för beräkning av kontraktets värde (avsnitt 6.16.3)*

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag om att värdet av ett kontrakt som omfattas av fast direktupphandlingsgräns ska uppskattas till det totala beloppet som ska betalas enligt kontraktet och att en upphandling inte får delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i LOU och LUF.

För att systemet med fast värdegräns för direktupphandling inte ska locka upphandlande myndigheter och enheter till att kringgå regelsystemet samt i syfte att skapa klarhet avseende beräkningsregelns tillämpning bör bestämmelsen om att en upphandling inte får delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i LOU och LUF kompletteras med en tidsmässig gräns inom vilken myndighetens eller enhetens tidigare genomförda upphandlingar av samma slag ska räknas samman och utgöra grund för en samlad värdebedömning. Lämplig tidsgräns skulle kunna vara ett (1) år, räknat från tidpunkten för direktupphandling.

### *3.2.3 Direktupphandling när förhandlat förfarande utan föregående annonsering är tillämpligt (avsnitt 6.16.14)*

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag om att anpassa förutsättningarna för användning av direktupphandling till vad som annars gäller i LOU och LUF för upphandling genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

<sup>9</sup> Nämnden för offentlig upphandling (NOU), NOU info april 94, se även Hentze och Sylvén, Lagbokskommentaren till den äldre lagen om offentlig upphandling (1992 års lag), uppl. 1:2, 1998.

<sup>10</sup> Upphandlingskommittén, slutbetänkandet Nya upphandlingsregler 2, SOU 2006:28 (sammanfattningen s. 24 f samt avsnitt 7.7)

<sup>11</sup> Se Expertgruppen för studier i offentlig ekonomi (ESO), Regelverk och praxis i offentlig upphandling, rapport ESO 2009:2, s. 83 ff (författare Per Molander).

### 3.2.4 Rätt att åberopa andra företags kapacitet (avsnitt 6.16.5)

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag om att leverantörer, på samma sätt som vid direktivstyrd upphandling, ska få åberopa andra företags kapacitet. Kommissionen menar dock att formuleringen ”vid behov” ska strykas ur lagtexten, eftersom denna inte fyller någon särskild funktion utan närmast framstår som ägnad att skapa oklarhet avseende när och i vilka fall sådant åberopande kan komma ifråga. Vem bedömer t.ex. vilket behov som anses föreligga för ett sådant åberopande?

### 3.2.5 Ramavtal (avsnitt 6.16.8)

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag om att bestämmelserna om ramavtal i 15 kap. LOU ändras så, att ramavtal där alla villkor är fastställda kan ingås med ett valfritt antal leverantörer. Det är dock viktigt att det av lagtexten tydligt framgår att parallella ramavtal med flera leverantörer ska rangordnas och att avrop ska ske i enlighet med rangordningen, d.v.s. i första hand till den högst rangordnande leverantören.

### 3.2.6 Upphandling enligt 15 kap. LOU och LUF som rör rikets säkerhet och försvarsupphandling (avsnitt 6.16.9)

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag om att bestämmelserna i 15 kap. 22 § LOU och LUF om upphandling som rör rikets säkerhet och försvarsupphandling upphävs samt att Försvarsmakten ges möjlighet att i vissa fall besluta om undantag från bestämmelserna i 15 kap. om upphandlingens värde understiger 5.000.000 kronor. Kommissionen förordar dock att det i lagtexten, på samma sätt som vid direktupphandling, införs en bestämmelse att en upphandling inte får delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i LOU och LUF.

### 3.2.7 Några mindre regelförenklingsåtgärder och lagtekniska ändringar (avsnitt 6.16.10)

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag om att upphäva bestämmelserna i LOU och LUF om att det ska framgå om ett anbud kan komma att antas utan föregående förhandling, men avstyrker förslaget om att också rätten för leverantör att på begäran få förfrågningsunderlaget på samma villkor som andra leverantörer ska utmönstras ut lagtexten. I enlighet med vad Konkurrenskommissionen har erfårit bland annat i sin granskande verksamhet förekommer det att upphandlande myndigheter och enheter försöker begränsa anbudsgivningen genom att vägra, eller i vart fall försvåra eller försena, utlämnandet av förfrågningsunderlag samt genom att ta olika betalt för underlaget från de tio första respektive därefter tillkommande leverantörer som begär del av underlaget. Bestämmelsen om rätten för leverantör att på begäran få förfrågningsunderlaget på samma villkor som andra leverantörer bör därför, av i vart fall pedagogiska skäl kvarstå, ograverad i lagtexten.

### 3.3 Begreppet skriftlig, förtydligande av begreppet skriftlig samt formen för att lämna anbudsansökningar och anbud (avsnitten 6.17, 6.17.1 och 6.17.2)

Konkurrenskommissionen tillstyrker i princip promemorians förslag om skriftlighetsbegreppet. Kommissionen avstyrker däremot förslaget att upphandlande myndigheter och enheter ska få bestämma att anbudsansökningar och anbud ska lämnas med ett elektroniskt medel eller på annat sätt. En ordning liknande den nuvarande där myndigheter och enheter tillåts ange att

anbudsansökningar och anbud *kan* lämnas med ett elektroniskt medel eller på annat sätt framstår enligt kommissionens mening som mer ändamålsenlig i ur rättsäkerhetssynpunkt.

Ett problem med tillämpning av elektroniska system för anbudsgivning är att de icke sällan fordrar kompatibel teknisk programvara hos leverantörerna. Sådan programvara kan i några fall vara förenad med betydande kostnader och/eller tekniska svårigheter att anpassa till leverantörernas datormiljö. Konkurrenskommissionen känner exempelvis till ett fall där den upphandlande myndigheten uppställde villkor om ett tekniskt system för bland annat anbudsgivning som skulle kosta leverantörerna över 20.000 kronor om året i royaltyavgifter. För de fall att särskild programvara fordras för möjligheten att lämna elektroniskt anbud bör det i lagtexten inskrivas ett krav på att programvaran ska hållas kostnadsfritt tillgänglig (s.k. freeware) av den upphandlande myndigheten eller enheten samt vara kompatibel med de flesta på marknaden förekommande operativsystemen (exempelvis Microsoft Windows, Mac OS X, Linux, etc.).

Ett annat problem som kan uppkomma är att de tekniska systemen lättare havererar och vid en kritisk tidpunkt, exempelvis i samband med att fristen för anbudsgivning löper ut, vägrar att ta emot anbud eller delar av anbud. För närvarande prövas ett mål om överprövning enligt LOU där den upphandlande myndighetens programvara för mottagande av anbud på grund av en vitsordad teknisk felaktighet vägrade att ta emot ett antal obligatoriska bilagor till ett anbud. Kompletterig kunde först ske vid en senare tidpunkt, då även anbudstiden hade löpt ut. Anbudet ansågs av detta skäl ha kommit in till den upphandlande myndigheten i ofullständigt skick, och avvisades därför.<sup>12</sup> En föreskrift om elektronisk anbudsgivning bör av detta skäl kompletteras med att anbudsmottagningen i sådant fall sker på den upphandlande myndighetens eller enhetens risk.

### 3.4 Inköpscentraler (avsnitt 6.18)

Konkurrenskommissionen avstyrker promemorians förslag om införande av inköpscentraler.

Normalt skall inköpsvolymen vid fungerande konkurrens enbart påverka priset marginellt. Volymrabatter eller volymmässigt relaterad prissättning kan på ett snedvridande sätt däremot utnyttjas som instrument för stora leverantörer att slå ut sina mindre konkurrenter och därigenom på sikt medföra kompensation i form av monopol eller dominerande marknadsandelar.

Ökad användning av inköpscentraler riskerar enligt Konkurrenskommissionens mening att leda till centraliserade förfaranden med omotiverat stora inköpsvolymmer, vilket kan medföra att större leverantörer gynnas på sina mindre konkurrenters bekostnad. De önskemål som i andra sammanhang kommer till uttryck om att inom ramarna för den offentliga handeln förbättra förutsättningarna för små- och medelstora företag – särskilt att i glesbygd understödja lokal handel – riskerar härigenom att motverkas på ett till synes onödigt sätt.<sup>13</sup>

Övervägande skäl talar därför mot att i de svenska upphandlingslagarna införa möjlighet till inköp via inköpscentraler. De eventuella behov av centraliserade inköp som trots allt kan finnas hos de upphandlande myndigheterna (enheterna) bör kunna tillgodoses inom ramarna för nuvarande regelsystem med exempelvis inköpsfullmakter.

<sup>12</sup> Se Länsrätten i Kronobergs län, dom av den 20 augusti 2009 i mål 251-09 samt (samma länsrätt) numera pågående mål 1153-09.

<sup>13</sup> Se Upphandlingskommittén, slutbetänkandet Mera värde för pengarna, SOU 2001:31 s. 319 ff., se även Glesbygdverket, Landsbygdens marknadsråd, Möjligheter till lokal och miljöanpassad livsmedelsupphandling - Mitthögskolan i Östersund, Amcoff och Ansgariusson, 1996.


*3.5 Skadestånd (avsnitt 6.19)*

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag om att reglerna om skadestånd i LOU och LUF kompletteras med en bestämmelse om att också skadestånd till s.k. negativt kontraktsintresse ska kunna komma ifråga.

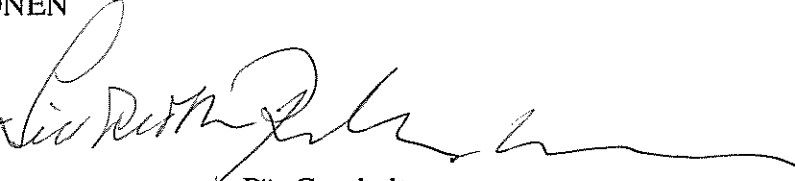
*3.6 Granskning och medling (avsnitt 6.20)*

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag om att möjligheten att begära granskning enligt 16 kap. 11 § LUF samt möjligheten att begära medling enligt kap. 12–14 §§ LUF mönstras ut ur lagen.

KONKURRENSKOMMISSIONEN



Inger Ridderstrand Linderoth  
/ordförande/



Pär Cronhult  
/föredragande/