

KONKURRENSKOMMISSIONEN

VERKSAMHETSBERÄTTELSE fjärde verksamhetsåret (1997/98)

I januari 1994 sammankallades på initiativ av Föreningen Den Nya Valfärden en privat kommission av experter för att bevaka och uppmärksamma dessa frågor. Konkurrenskommissionens ändamål är att aktivt motverka sådan konkurrensbegränsning som ligger i bristande likhet i villkoren för offentliga och privata entreprenörer på marknaden och som skadar medborgarna i deras egenskap av skattebetalare och konsumenter. Kommissionen skall uppmärksamma och motverka fall där offentliga organ genom överträdelse av lag eller förordning, genom skattesubventioner eller genom att sammanblanda myndighetsutövning med service snedvriden konkurrensen.

Konkurrenskommissionens uppgifter är:

- att undersöka anmälda eller på annat sätt uppmärksammade fall, låta berörda parter yttra sig och därefter bedöma huruvida fallen strider mot lag eller förordning eller i övrigt mot de principer om vilka Konkurrenskommissionen skall värna,
- att informera media om fall som bryter mot dessa principer,
- att ge publicitet åt bedömda fall samt att överlämna fallen till Konkurrensverket, Nämnden för offentlig upphandling (NOU) eller annan myndighet för kännedom eller åtgärd, samt
- att ge råd åt medborgare och företag som anser sig utsatta för offentlig kränkning av konkurrensneutraliteten.

Som ordförande i Konkurrenskommissionen har fungerat förre generaldirektören och chefen för Riksrevisionsverket (RRV) G. Rune Berggren. Övriga experter i kommissionen har under verksamhetsåret varit ordföranden i Föreningen Den Nya Valfärden Patrik Engellau, förra stadsjuristen i Stockholm Inger Ridderstrand-Linderoth, riksdagsmannen, chefsåklagaren i Kristianstad Bengt Harding Olson samt Monica Werenfels-Röttorp, SAF.

Till Konkurrenskommissionen har under verksamhetsåret varit knuten en handläggande jurist som har ställts till kommissionens förfogande av Föreningen Den Nya Valfärden och Stiftelsen Medborgarnas Offentliga Utredningar (MOU). Kommissionens kontakter med massmedia har handlagts av föreningens och stiftelsens informationschef.

Innan ett ärende tas upp av Konkurrenskommissionen underkastas det en preliminär bedömning av om saken är en angelägenhet för kommissionen att granska. Om så bedöms vara fallet och de underliggande sakförhållandena på ett rimligt sätt går att klargöra utreder kommissionens handläggare frågan. Utredningen sammanfattas i en preliminär promemoria (PM 1) som för kännedom och eventuellt yttrande tillställs det offentliga organ som beslutat i ärendet eller på annat sätt berörs av utredningen. En slutlig promemoria (PM 2) med en sammanfattning av inkomna yttranden upprättas därefter och överlämnas till Konkurrenskommissionen för bedömning.

Anmälan till Konkurrenskommissionen sker kostnadsfritt och den som anmäler får vara anonym. Uppgifter om vem eller vilka som anmält ärenden för

granskning eller på annat sätt lämnat information omfattas av sekretess hos kommissionen.

Allt som anmäls eller på annat sätt kommer till Konkurrenskommissionens kännedom underkastas en självständig och förutsättningslös granskning av kommissionen, som bedömer huruvida konkurrensen riskerar att snedvridas genom det anmälda förfarandet samt huruvida förfarandet överensstämmer med gällande bestämmelser, t.ex. kommunallagen eller lagen om offentlig upphandling jämte bakomliggande EG-direktiv. I de ärenden som upptas för utredning och slutligt beslut uttalar sig kommissionen på grundval av föreliggande sakförhållanden. Kommissionen gör emellertid inte någon sådan bevisvärdering som ytterst ankommer på domstolarna att göra. Kommissionen svarar ensam för resultatet av sin granskning och sina slutsatser och agerar vid sin granskning inte som ombud för någon part.

Konkurrenskommissionens slutliga bedömningar överlämnas till berört offentligt organ samt för kännedom till Konkurrensverket och, i förekommande fall, till Nämnden för offentlig upphandling (NOU), Svenska Kommunförbundet samt Landstingsförbundet. Bedömningarna tillställs även massmedia. Sedan starten år 1994 har Konkurrenskommissionen mottagit 327 diarieförda anmälningar från enskilda och företag som ansett att konkurrensneutraliteten kränkts med allmänna medel. Därutöver har kommissionen på eget initiativ tagit upp 40 fall för granskning. Av de i kommissionen hittills anhängiggjorda ärendena har 162 lett till slutlig bedömning.

VERKSAMHETSÅRET 1997/98

Konkurrenskommissionens fjärde verksamhetsår omfattar perioden den 1 juli 1997 till och med den 30 juni 1998.

Under verksamhetsåret har Konkurrenskommissionen mottagit 78 diarieförda anmälningar från enskilda och företag som ansett att konkurrensneutraliteten kränkts med allmänna medel. Därutöver har kommissionen på eget initiativ tagit upp nio fall för granskning. Av de i kommissionen anhängiggjorda ärendena har 39 lett till slutlig bedömning. Kommissionen har avhållit sex protokollförda sammanträden.

BEDÖMDA ÄRENDEN

De ärenden Konkurrenskommissionen har utrett och bedömt under året kan grovt sett delas in i tre huvudgrupper: I) ärenden rörande konkurrenssnedvridning genom åsidosättanden av reglerna för offentlig upphandling, II) ärenden rörande konkurrenssnedvridning genom överträdelser av den egna kompetensen, samt III) ärenden rörande konkurrenssnedvridning på annat sätt. Kommissionen har under verksamhetsåret noterat ett flertal fall där offentliga aktörer vilka riskerat att utsättas för kommissionens kritik frivilligt vidtagit rättelse efter det att påtalade felaktigheter har uppmärksamrats genom kommissionens preliminära utredning (PM 1). Kommissionen har i dessa fall valt att utan ytterligare påpekanden lägga ärendena till handlingarna.

I) I gruppen av ärenden rörande konkurrenssnedvridning genom åsidosättanden av reglerna för offentlig upphandling har Konkurrenskommissionen avgjort 29 ärenden. Samtliga av dessa har lett till kritik av den inblandade myndigheten. Bland dessa märks följande ärenden:

KKO 97-042, otillbörligt gynnande av leverantör. Gullspångs kommun antog vid en upphandling av skolskjutsar det högsta av tre ingivna anbud . Vid anbudssammanställningen skilde det c:a 14 procent mellan det antagna anbudet och lägsta anbud. Till stöd för beslutet anförde kommunen att den vinnande leverantören, till skillnad från de båda billigare konkurrenterna, hade sitt kontor och sysselsatte arbetskraft på orten. Konkurrenskommissionen bedömde att kommunens agerande snedvred konkurrensen samt stred mot lagen om offentlig upphandling. Senare har domstol beslutat att upphandlingen skall göras om. Ärendet har även överlämnats till EG-kommissionen.

KKO 97-050, otillbörligt gynnande av leverantörer. Statliga Luftfartsverket hade i ett internt reglemente tagit in en bestämmelse som innebär att andra leverantörer än SAAB och Volvo missgynnades vid verkets upphandlingar av bensindrivna s.k. förmånsbilar. Av verkets redogörelse för sin aktuella bilpark framgick vidare att huvudsakligen fordon av märkena SAAB och Volvo hittills hade kommit ifråga vid verkets inköp. Konkurrenskommissionen bedömde att reglementet snedvred konkurrensen samt stred mot lagen om offentlig upphandling. Senare har verket ändrat reglementet i angivet avseende.

KKO 97-073, bristande affärsmässighet. Gagnefs kommun hade vid upphandling av guldur, som skulle användas som personalgratifikationer, valt ett anbud som var genomsnittligt c:a 19 procent dyrare än det i upphandlingen prismässigt lägsta anbudet. Som stöd för beslutet angavs att det antagna anbudet erbjöd ur av det märke som tidigare delats ut inom kommunen och att kommunen inte såg någon anledning att byta märke. Konkurrenskommissionen bedömde att kommunens agerande snedvred konkurrensen samt stred mot lagen om offentlig upphandling.

KKO 98-001, direktupphandling, gynnande av ett kommunalt bolag. Trosa kommun hade upphandlat tjänster för teknisk service m.fi. konsulttjänster för flera miljoner kronor från ett helägt kommunalt bolag. Upphandlingen föregicks inte av någon infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden, utan uppdraget lämnades direkt till bolaget. Konkurrenskommissionen bedömde att kommunens agerande snedvred konkurrensen samt stred mot lagen om offentlig upphandling.

KKO 98-0041005, otillbörligt gynnande av leverantör. Stockholms stad och det av staden delägda kommunala bolaget Stokab hade upphandlat konsulttjänster för flera miljoner kronor från ett privat företag. Upphandlingarna föregicks inte av någon infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden, utan uppdraget lämnades direkt till konsultföretaget. Konkurrenskommissionen bedömde att kommunens och det kommunala bolagets agerande snedvred konkurrensen samt stred mot lagen om offentlig upphandling. Senare har även Stockholms stads revisorer riktat allvarlig kritik mot kommunen på denna punkt.

KKO 98-033, direktupphandling, gynnande av ett kommunalt bolag. Stockholms läns landsting hade under flera år formlöst beställt

(direktupphandlat) den största delen av sitt behov av tvätteritjänster för flera hundra miljoner kronor från ett helägt kommunalt bolag.

Beställningarna har inte föregåtts av någon infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden, utan istället skett direkt från bolaget. Några

avtal, vare sig skriftliga eller muntliga mellan Landstinget och bolaget, har enligt uppgift heller inte förelegat. Istället uppges beställningarna ha skett

på grundval av tidigare interna överenskommelser från tiden då tvätteribolaget var en förvaltning inom Landstinget. Nämnden för offentlig

upphandling uppmanade Landstinget redan år 1994 att upphandla tjänsterna på marknaden, vilket således inte skett. Konkurrenskommissionen,

som också tidigare uttalat sig i frågan (år 1996), bedömde att landstingets agerande snedvred konkurrensen samt stred mot lagen om offentlig upphandling

II) I gruppen av ärenden rörande konkurrenssnedvridning genom överträdelse av den egna kompetensen har Konkurrenskommissionen avgjort sex ärenden. Av dessa har samtliga lett till kritik av den inblandade myndigheten. Bland dessa märks följande ärenden:

KKO 97-038, kommunalt stöd till enskild näringsidkare. Eksjö kommun hade genom det kommunala bolaget AB Eksjö Industribyggnader

beslutat att uppföra en industrianläggning för ett privat företags räkning. ”Vi är medvetna om att vi är på gränsen till det tillåtna, men ska man

med bred marginal hålla sig inom lagens ramar riskerar man att mista en hel del” uppgav företrädare för kommunen i samband med

beslutet. Konkurrenskommissionen bedömde att förfarandet snedvred konkurrensen samt stred mot den kommunala kompetensen förbudet mot stöd till enskild näringsidkare.

KKO 97-046, kompetensöverskridande trafikundervisning. Vännäs kommun bedrev verksamhet med trafikundervisning som delvis riktade sig

direkt till privatpersoner, bland annat i Göteborgsregionen. Konkurrenskommissionen bedömde att förfarandet snedvred konkurrensen samt stred,

dels mot den kommunala kompetensen - bl.a. förbudet mot kommunal näringsverksamhet - samt lokaliseringsprincipen, dels mot gällande

bestämmelser om körskoleverksamhet enligt körkortsförordningen.

97-070 och 98-015, kommunal näringsverksamhet. Helsingborgs kommun beslutade att använda kommunala medel till att bedriva en

konstmässa där kommunen i spekulationssyfte skulle sälja konst på provisionsbasis. Konkurrenskommissionen bedömde att förfarandet snedvred

konkurrensen samt stred mot den kommunala kompetensen - spekulationsförbudet samt förbudet mot kommunal näringsverksamhet.

c

KKO 98-024, kommunal näringsverksamhet. Sollefteå Energi AB, som är ett av Sollefteå kommun helägt bolag, bedrev verksamhet med bl.a.

installationen av larm och datornät på den allmänna marknaden. Konkurrenskommissionen bedömde att förfarandet snedvred konkurrensen samt

stred mot den kommunala kompetensen - bl.a. förbudet mot kommunal näringsverksamhet - och mot bolagets bolagsordning.

III) I gruppen ärenden rörande konkurrensnedvridning på annat sätt har Konkurrenskommissionen under verksamhetsåret avgjort fyra ärenden. Bland dessa märks följande ärenden:

KKO 97-044, missvisande information av statlig myndighet. Det statliga Glesbygdsverket hade publicerat en skrift om lokal handel med information och råd till upphandlande enheter som delvis strider mot lagen om offentlig upphandling. Konkurrenskommissionen uttalade att verkets information medför risk för att konkurrensen kan komma att snedvridas genom överträdelse av lagen om offentlig upphandling samtidigt som förtroendet för att staten och kommunerna rättar sig efter svensk rätt och EG-rätten, allvarligt riskerar att undergrävas.

KKO 98-002, underprissättning, förtäckt vinstutdelning från kommunala bolag. Stockholms stad instruerade de av staden helägda kommunala fastighetsbolagen, varav några utgör s.k. allmännyttiga bostadsföretag, att vid lokalupplåtelser till stadens förvaltningar tillämpa internpriser och pristak som i vissa fall väsentligen understiger gällande marknadspriser. Konkurrenskommissionen bedömde att förfarandet snedvred konkurrensen och att detta kunde utgöra enligt konkurrenslagen förbjudet s.k. missbruk av dominerande ställning. Vidare att förfarandet kunde innebära sådan förtäckt vinstutdelning från bolagen till staden som sammantaget med övrigt utdelning överstiger vad staden med tillämpning av självkostnadsprincipen i kommunallagen och i bestämmelserna för allmännyttiga bostadsföretag, får ta ut ur bolagen. Vidare påpekade kommissionen att de faktiska överföringarna som beslutet innebär bör beskattas som utdelning av vinst.

ÄRENDEN AV SÄRSKILD PRINCIPIELL BETYDELSE

Bland de ärenden som Konkurrenskommissionen haft att granska under verksamhetsåret har kommissionen särskilt uppmärksammat ett antal fall där upphandlande enheter tecknat ramavtal med flera leverantörer med sinsemellan varierande priser.

Bland annat hade Stockholms stad inhämtat anbud på tjänster för städning, utan att precisera förfrågningsunderlagen till att avse några specifika städuppdrag. Istället var förfrågningsunderlaget utformat så att det generellt avsåg städtjänster i kommunen avseende 13 allmänt beskrivna lokaltyper: kontor, bibliotek, skolor etc.

Totalt inkom 70 anbud. De inkomna anbuden saknade emellertid konkreta uppgifter om enskilda städobjekt och innehöll enbart generella prisangivelser (timpris etc.) för varje lokaltyp. De insamlade prisuppgifterna omvandlades därefter av kommunen till ett sammanvägningpris för varje anbudsgivare, vilka sedermera lades till grund för beslut om att ingå "ramavtal" med 34 av de totalt 70 städföretag som avgivit anbud. I ramavtalen fastställdes ett generellt pris per lokaltyp för varje enskilt städföretag. Det har därefter ankommit på de enskilda nämnderna eller förvaltningarna att i konkreta

förhandlingar med respektive städföreta - bl.a. med ledning av uppskattad tidsåtgång m.m. för varje enskilt objekt - anpassa de generella ramavtalspriserna till individuella städobjekt som skolor, daghem, förvaltningsbyggnader, bibliotek m.m.

Vid sin bedömning av ärendet uppmärksammade Konkurrenskommissionen att förhandsgodkännande av vissa leverantörer (s.k. prekvalificering av anbudsgivare) inte är tillåtet vid upphandling av t.ex. städtjänster. Förfarandet är enligt gällande EG-direktiv endast tillåtet vid upphandlingar inom de s.k. försörjningssektorerna, d.v.s. inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationsområdena. Frågan om lagligheten av system med prekvalificering av anbudsgivare genom ramavtalssystem vid andra upphandlingar än försörjningssektoruupphandlingar har bl.a. uppmärksammats av Europeiska kommissionen (Europeiska gemenskapernas kommission), vilken i ett uppmärksammat ärende företagit ett ingripande mot Storbritannien. EG-kommissionens talan om överträdelse (infringement proceedings) av EG-rätten hänför sig till att miljödepartementet i Nordirland använt ramavtal (framework arrangements) vid upphandling av arkitekt- ingenjör- och andra liknande tjänster. En lista med vinnare hade upprättats av departementet där det (i bl.a. slutannonsern för upphandlingen) angivits en allmän servicekategori istället för detaljer om ett specifikt kontrakt. EG-kommissionen har i ett s.k. motiverat yttrande uppmärksammat Storbritannien på att EG:s tjänstedirektiv (92/50/EEG) till skillnad från försörjningsdirektivet (93/38/EEG) inte tillåter den aktuella typen av ramavtal och krävde att den upphandlande enheten skulle tillämpa de relevanta upphandlingsreglerna för varje särskilt kontrakt där det upphandlas. Ärendet handläggs f.n. av EG-domstolen. De av Stockholms stad tecknade ramavtalen avseende städtjänster var enligt Konkurrenskommissionens bedömning därför inte giltiga som instrument för prekvalificering.

Vidare, påpekade Konkurrenskommissionen, kunde de i ramavtalen angivna priserna för samma typ av städobjekt variera väsentligt mellan de berörda städföretagen och den uppskattade tidsåtgången per objekt var ytterst beroende av konkreta förhandlingar mellan de kommunala förvaltningar som skulle "i avropa" på ramavtalen och städföretagen. Ramavtalen innehöll inga regler för hur valet mellan olika prisalternativ skulle ske vid avrop. Den slutliga totalkostnaden för ett enskild städobjekt, t.ex. en gymnasieskola, kunde därför inte utan ytterligare förhandlingar förutsägas utifrån föreliggande ramavtal. Några direkta avrop från ramavtalen kunde således inte ske.

För att uppfylla kravet på affärsmässighet och opartiskhet enligt lagen om offentlig upphandling var kommunens upphandlande nämnder och förvaltningar därför i praktiken tvungna att genomföra enskilda upphandlingar, genom infordran av konkreta anbud för varje objekt som skulle städas, vilket, enligt Konkurrenskommissionens iakttagelser, i några fall även synes ha skett i praktiken. Ramavtalen befriade således inte de upphandlande enheterna inom Stockholms stad från skyldigheten att, med tillämpning av lagen om offentlig upphandling, själva genomföra upphandlingar för varje konkret objekt som skulle städas.

Med hänvisning till vad som ovan redovisats om förbudet mot prekvalifikation av anbudsgivare kunde, enligt Konkurrenskommissionens bedömning, upphandlande enheter inom Stockholms stad vid sina enskilda upphandlingar inte utesluta andra städföretag än de 34 som omfattades av kommunens

ramavtal från att lämna anbud. Enligt lagen om offentlig upphandling är de upphandlande nämnderna eller förvaltningarna istället skyldiga att, på samma villkor, tillhandahålla samtliga intresserade leverantörer relevanta upphandlingsunderlag. Nämnderna eller förvaltningarna är vidare på ett affärsmässigt sätt tvungna att beakta samtliga inkomna anbud som uppfyller de objektiva förutsättningarna för upphandlingen och att anta det anbud som för varje objekt erbjuder den ekonomiskt mest fördelaktiga lösningen. De nämnder eller förvaltningar som underlåter att iaktta dessa bestämmelser riskerar enligt Konkurrenskommissionens bedömning att bryta mot gällande lag och EG-rätt samt att ådra Stockholms stad skadeståndsansvar gentemot förfördelade leverantörer.

PUBLICERING AV ÄRENDEN

En viktig uppgift för Konkurrenskommissionen har varit att sprida kännedom om kommissionens avgöranden och på detta sätt påverka offentliga aktörer direkt eller genom den allmänna opinionens tryck. Den viktigaste vägen att nå detta syfte har varit pressreaser beträffande kommissionens verksamhet och avgöranden. Massmedias behandling har varit övervägande positiv, framför allt i lokala och regionala press- och etermedia. Några fall har uppmärksammats även i rikstäckande media.

Genom mediabevakningen känner allt fler kommunala aktörer och allmänheten till kommissionens verksamhet.

Under verksamhetsåret har Konkurrenskommissionens verksamhet resulterat i över 630 medianedslag: tidningsartiklar och inslag i radio och TV.

ÖVRIGT

Utöver hantering och publicering av ärenden har Konkurrenskommissionen också verkat för att frågor kring konkurrensneutralitet inom offentlig verksamhet har belysts och diskuterats på andra sätt.

Vid flera tillfällen har Konkurrenskommissionen medverkat vid seminarier, paneldiskussioner och i andra fora där konkurrens och offentlig upphandling har diskuterats. Kommissionen har även kontaktats av enskilda företagare och tjänstemän i statlig och kommunal förvaltning som önskat synpunkter och upplysningar om Konkurrenskommissionens arbete och avgjorda fall, samt i viss mån vägledning i enskilda frågor.

Kommissionen har avgivit remissyttrande^[1] över Riksdagens revisorers rapport 1997/98:3 "Offentlig upphandling". Kommissionens handläggande jurist har även lämnat synpunkter till Arbetsmarknadsdepartementet i samband med en utredning inom Regeringskansliet om bl.a. krav på jämställdhetsmärkning vid offentlig upphandling (Ds 1998:49). Därjämte har under löpande arbete upplysningar och synpunkter om kommissionens erfarenheter lämnats till myndigheter och enskilda som så önskat.

SLUTSATSER

De slutsatser Konkurrenskommissionen kan dra av de första fyra verksamhetsårens erfarenheter är att de konkurrensnedvridande beteenden som

förekommer inom den offentliga sektorn i korthet kan sammanfattas i tre huvudgrupper:

A) Åsidosättanden av bestämmelserna om offentlig upphandling. Denna grupp utgör den största

delen av de av kommissionen granskade fallen.

B) Överträdelser av förbud i lag att engagera sig i viss verksamhet. Denna grupp utgör ungefär en

femtedel av ärendena.

C) Övriga ärenden där olika former av subventioner snedvriden förutsättningarna för en väl

fungerande konkurrens på den allmänna marknaden.

A. Åsidosättanden av bestämmelserna om offentlig upphandling

Som kommissionen påpekat i tidigare års verksamhetsberättelsen varierar orsakerna till att bestämmelserna för offentlig upphandling åsidosätts från fall till fall. Icke sällan är förklaringen okunnighet om gällande bestämmelser.

Mot bakgrund av att upphandlingslagen vid det här laget har varit i kraft i snart fem år kan argumentet att myndigheterna ännu inte har hunnit vänja sig vid den nya lagstiftningen inte längre anföras, särskilt i beaktande av att liknande regelsystem för att garantera affärsmässighet och opartiskhet vid handhavandet av allmänna medel även gällde tidigare, före lagens tillkomst, enligt äldre bestämmelser.

En förklaring som tidigare framförts till att offentliga aktörer visar bristande respekt för gällande lagar och förordningar kan vara att bestämmelserna inte är effektivt sanktionerade. I remissyttrandet till Riksdagens revisorer har kommissionen närmare behandlat denna och andra omständigheter och därvid bland annat noterat följande behov av förtydliganden och tillägg till lagen om offentlig upphandling:

A 1. Allmänna synpunkter

I tekniskt avseende är lagen om offentlig upphandling disponerad i en allmänt hållen generalklausul om affärsmässighet vid offentlig upphandling och i ett antal mycket preciserade detaljbestämmelser. Förhållanden som inte regleras genom detaljbestämmelserna skall enligt lagens systematik avgöras genom domstolarnas tolkning av generalklausulen. Rättstillämpning och utfyllnad av lagen har därför stor betydelse för rättsutvecklingen.

Enligt Konkurrenskommissionens iakttagelser föreligger en påtaglig försiktighet från domstolarnas (främst underrätternas) sida när det gäller att utan stöd av detaljbestämmelser i lagen eller dess förarbeten tolka vad som i de enskilda fallen kan avses med "affärsmässighet" och "objektivitet". Jämför de nedan refererade fallen från Länsrätterna i Halland och Södermanland, samt Stockholms respektive Solna tingsrätt). Resultatet kan bli att domstolarna dömer eller beslutar i uppenbar konflikt mot lagens mål och syften.

De tidsmässiga processbegränsningar som finns införda i lagen om offentlig upphandling tillsammans med domstolarnas allmänna försiktighet att meddela

inhibition, kan även medföra att viktiga mål inte hinner prövas i högre instanser innan upphandlingarna har hunnit avslutats vilket leder till att lagliga prövningsmöjligheter inte längre finns.

Eftersom lagens tyngdpunkt i materiellt avseende utgörs av en generalklausul som för sin praktiska tillämpning kräver vägledande tolkning, kan dessa omständigheter sammantaget leda till allvarliga hinder för rättsutvecklingen.

A 1.1. Talerättsbestämmelser

Rättstillämpningen sker efter talan vid domstol av leverantör. Med leverantör avses enligt lagen den som tillhandahåller varor eller utför arbeten eller tillhandahåller tjänster även om han inte varit den som i det särskilda fallet tillhandahållit eller utfört det som upphandlats. Leverantör kan alltså endast den vara som lämnat eller kunnat lämna anbud i ett upphandlingsärende. Talan på initiativ av annan än leverantör, t.ex. en myndighet, sammanslutning av näringsidkare m.fi., kan som t.ex. är fallet enligt marknadsföringslagen (jfr. 39 § marknadsföringslagen), inte föras enligt lagen om offentlig upphandling. Det ankommer enligt lagen således på företagen (leverantörerna) att ensamma driva prejudikatsrättens utveckling.

Leverantörer som för talan vid domstol om t.ex. fel i upphandlingar riskerar att av de upphandlande enheterna betraktas som mindre attraktiva för affärsförhållanden. Konkurrenskommissionen har flera gånger fått uppgifter om att företagare känner sig utsatta för direkta eller indirekta hot från de upphandlande enheternas sida, att vid eventuella klagomål inte komma ifråga för framtida leveranser till enheterna. Det är bland annat av dessa skäl otillfredsställande att rätten att föra talan om överträdelse av lagen om offentlig upphandling enbart har lagts på de enskilda företagen (leverantörerna).

A 1.2. Kostnadsansvaret för rättstillämpningen

I allmänna domstolar svarar i regel den som har förlorat ett mål för både sina egna och motpartens rättegångskostnader. I mål om skadestånd enligt lagen om offentlig upphandling kan rättegångskostnaderna uppgå till betydande belopp. Eftersom lagen om offentlig upphandling delvis bygger på en generalklausul är utgången av sådana mål om skadestånd sällan möjliga att förutse. Det medför betydande ekonomiska risktaganden för enskilda företag att föra talan om överträdelse av lagen och därigenom skapa en enhetlig praxis. Även i mål i förvaltningsdomstol kan medföra betydande kostnader eller eget arbete för sökanden, som inte ersätts i efterhand. Det ekonomiska risktagandet för rättsbildningen har genom utformningen av talerättsbestämmelserna således lagts på de enskilda företagen.

Skulle företagen av dessa skäl välja att inte agera mot överträdelse av upphandlingslagens bestämmelser riskerar bestämmelserna att förlora sin praktiska betydelse samtidigt som respekten för lagens efterlevnad undergrävs.

A 1.3. Preskriptionstiden vid talan om skadestånd

I 7 kap. 8 § LOU finns införd en preskriptionsfrist på ett år inom vilken talan om skadestånd enligt lagen skall föras. Väcks talan inte i rätt tid, är rätten till skadestånd förlorad. I 6 kap 2 § andra stycket sekretesslagen finns en bestämmelse om att uppgift om villkoren i slutet avtal vid offentlig upphandling kan beläggas med sekretess i upp till två år, eller i några fall, fem år från det att avtalet slöts.

Om talan om skadestånd enligt lagen om offentlig upphandling skall vara möjlig förutsätter det att den anbudsgivare eller leverantör som misstänker att det föreligger en överträdelse av lagen bereds sådan insyn i det slutligt beslutade upphandlingskontraktet, att han kan bilda sig full klarhet om de eventuella grunderna för talan. Om anbudsgivaren eller leverantören med stöd av anbudssekretess istället nekas information om det slutliga upphandlingskontraktet i upp till fem år och möjligheten till talan om skadestånd därförinnan har preskriberas, uppstår en rättsförlust för de anbudsgivare eller leverantörer som senare visar sig vara förfördelade, genom att möjligheten till talan är förlorad. Detta förhållande är enligt Konkurrenskommissionens mening inte acceptabelt. Lagens bestämmelser om preskription av talan måste därför anpassas till bestämmelserna om anbudssekretess enligt sekretesslagen.

A 2. Särskilt om lagens sanktionssystem

Upphandlingslagens system av sanktioner grundas på Europeiska gemenskapernas två rättsmedelsdirektiv (92/13/EEG och 89/665/EEG). Enligt dessa direktiv skall medlemsstaterna (1) vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut provas effektivt. Medlemsstaterna skall vidare (2) förhindra diskriminering mellan företag samt (3) se till att ett prövningsförfarande med detaljerade regler enligt medlemsstaternas bestämmande införs och att förfarandet kan återopas av var och en som har eller har haft ett intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling av varor, tjänster eller byggtreprenader och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse.

De s.k. rättsmedelsdirektiven är obligatoriskt bindande för medlemsstaterna att implementera i den egna lagstiftningen eller eljest tillämpa i den nationella myndighetsutövningen. Enligt EG-domstolens praxis^[2] är en medlemsstat i princip ansvarig för förluster som enskilda har lidit som ett resultat av att staten har överträtt EG-rätten. Av detta följer att skadeståndsskyldighet kan uppkomma bl.a. då staten har underlåtit att implementera ett direktiv eller då staten har implementerat ett direktiv bristfälligt eller felaktigt.

I svensk rätt har rättsmedelsdirektiven implementerats genom bestämmelser i 7 kap. lagen om offentlig upphandling. Lagen uppställer följande två sanktionssystem:

I) Före den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts kan en leverantör som anser sig förfördelad ansöka om överprövning vid förvaltningsdomstol (länsrätt) i det län där den upphandlande enheten har sitt säte. Länsrätten kan därvid besluta:

- att upphandlingen skall göras om
- att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse i visst avseende gjorts, samt
- att förordna om ett interimistiskt förbud att avsluta upphandlingen i avvaktan på att frågan slutligt avgörs genom en lagakraftvunnen dom (inhibition).

II) Efter det att upphandling har avslutats (d.v.s. efter det att slutligt kontrakt i upphandlingen har tecknats) är en leverantör som anser sig förfördelad hänvisad till stämman den upphandlande enheten och begära skadestånd vid allmän domstol (tingsrätt). Leverantören skall då styrka (har bevisbördan för):

- att ett fel (d.v.s. en överträdelse av lagen) har begåtts i upphandlingen,
- att leverantören har lidit skada på grund av felet, d.v.s. att leverantören har deltagit i eller skulle ha deltagit i upphandlingen och därvid skulle ha tilldelats kontraktet om inte felet hade begåtts (kausalsambandet), samt
- att skadan uppgår till visst angivet (styrkt) belopp.

Enligt Konkurrenskommissionens bedömning erbjuder de i 7 kap. lagen om offentlig upphandling införda förfarandena för sanktion mot överträdelser i flertalet fall en sådan effektiv prövning av varje fall av de upphandlande enheternas beslut som kan krävas enligt EGs rättsmedelsdirektiv.

En situation där lagens sanktioner dock inte erbjuder något fullgott skydd för förfördelade leverantörer är där lagens förfaranden för direktupphandling eller förhandlad upphandling utan förhandsannonsering har tillämpats på ett otillåtet sätt[3]. I den fortsatta framställningen har förfarandet gemensamt benämnts som otillåten direktupphandling, och avser situationer där en upphandlande enhet, som enligt lagen är tvungen att följa ett i lagen reglerat förfarande för sin upphandling, väljer att i strid mot lagens bestämmelser upphandla direkt från viss leverantör, utan föregående annonsering eller annan anbudsinfordran i konkurrens på marknaden och utan någon objektiv anbudsprövning. Kännetecknade för den så kallade otillåtna direktupphandlingen är således att någon anbudsinfordran över huvud taget inte skett och att några anbud som konkurrerar med det (otillåtet direkt-)upphandlade anbudet varken infordrats eller mottagits av den upphandlande enheten.

Följande två exempel kan illustrera erfarenheterna i angivet avseende: Det ena fallet gäller möjligheten till överprövning i förvaltningsdomstol vid s.k. otillåten direktupphandling. Kommunstyrelsen i Nyköping hade vid ett protokollföra sammanträde beslutat att kommunen utan föregående upphandling i konkurrens på marknaden, skulle uppdra vissa uppgifter avseende fastighetsförvaltning åt det kommunala bostadsbolaget. En privat leverantör ansökte hos länsrätt om överprövning av upphandlingen. Länsrätten avvisade talan. I beslutet konstaterade rätten visserligen att "Kommunstyrelsens beslut kan utläsas som ett direktiv för Nyköpings kommun att åsidosätta sina skyldigheter om affärsmässighet enligt I kap. 4 § lagen om offentligt upphandling" men bedömde att något "egentligt upphandlingsförfarande" inte inletts, varför upphandlingslagens sanktionsmedel inte var tillämpliga i det aktuella fallet. Länsrättens beslut fastställdes av kammarrätt. Regeringsrätten vägrade prövningstillstånd[4]. Om ett "egentligt upphandlingsförfarande" anses inlett först sedan kontrakt skrivits mellan upphandlare och leverantör kan förfarandet för överprövning över huvud taget inte tillämpas vid s.k. otillåtna direktupphandlingar. Möjligheten till överprövning enligt lagen upphör nämligen i och med att skrivet kontrakt tecknas mellan parterna. En konsekvens av domstolarnas bedömning, som med hänvisning till nekat prövningstillstånd kan uppfattas som prejudicerande, är att det saknas rättsliga remedier för överprövning (och även för skadestånd, vilket närmare utvecklas nedan) när upphandlande enheter väljer att helt sätta sig över de genom lagen om offentlig upphandling och lagens bakomliggande EG-direktiv påbjudna regelsystemet.

Det andra fallet gäller möjlighet till skadestånd i mål vid allmän domstol om s.k. otillåten direktupphandling. Ekerö kommun hade utan föregående

upphandling i konkurrens på marknaden tilldelat ett av kommunen minoritetsägt men i övrigt privatägt företag vissa uppdrag avseende städning m.m., bl.a. av en större gymnasieskola i kommunen. En konkurrerande leverantör som under en längre tid försökt få tillfälle att lämna anbud i kommunen men avvisats, ansökte hos tingsrätt om stämning på skadestånd. Den konkurrerande leverantören gjorde gällande att hans företag skulle ha kunnat utföra samma tjänster, som kommunen direktupphandlat, till ett betydligare lägre pris samt åberopade en av en opartisk auktoriserad revisor utförd undersökning som styrkte detta påstående. Tingsrätten ogillade talan. I domen konstaterade rätten att den klagande leverantören haft erforderlig förmåga att utföra den aktuella entreprenaden och att Ekerö kommun genom det angivna förfarande brutit mot lagen om offentlig upphandling. Tingsrätten menade emellertid att leverantören inte lyckats styrka sin skada, bland annat genom att leverantören inte kunnat visa att någon annan anbudsgivare inte hade kunnat vara ännu billigare i en hypotetisk upphandlingssituation. Domstolen uttalande därvid bl.a. följande: "Den omständigheten att beviskravet i vissa fall kan förringa skadeståndets effektivitet som sanktion är vid ett sådant förhållande, enligt tingsrättens mening, ett problem som inte kan lösas i rättstillämpningen. Om erfarenheten skulle visa att skadeståndssanktionen inte får avsedd effekt, får det ankomma på lagstiftaren att ta ställning till vilka åtgärder detta bör föranleda"[5]. Tingsrättens dom fastställdes av hovrätt[6]. Målet ligger för närvarande för prövning hos Högsta domstolen[7]. En konsekvens av tingsrättens bedömning, med de beviskrav som där framförts, är att det inte heller skadeståndsvis går att påtala klara och uppenbara överträdelser av lagen om offentlig upphandling vid s.k. otillåtna direktupphandlingar.

De redovisade exemplen visar att Sverige inte har implementerat EGs rättsmedelsdirektiv på ett tillfredsställande och heltäckande sätt. Denna överträdelse mot EG-rätten kan till följd av EG-domstolens praxis medföra skadeståndsansvar för den svenska staten gentemot de enskilda företag som lidit skada därav.

Den påtalade bristen i implementeringen riskerar även att medföra att de upphandlande enheterna istället för att försöka följa upphandlingslagens tämligen komplicerade bestämmelser och därmed utsätta sig för lagens sanktioner, lockas att istället genom s.k. otillåtna direktupphandlingar sanktionsfritt sätta lagen åt sidan.

A 3. Särskilt om upphandlingslagens materiella bestämmelser

Konkurrenskommissionen finner med ledning av sina erfarenheter hittills ingen anledning att rikta någon omfattande kritik mot de i lagen om offentlig upphandling införda materiella bestämmelserna. Regelsystemet är enligt kommissionens mening tillfredsställande, med reservation för vad som ovan anförts om lagens principiella uppbyggnad. Särskilt viktigt är att lagen utformats på ett enhetligt och konsekvent sätt så att likformiga och korresponderande bestämmelser reglerar samtliga upphandlingar, både över och under tröskelvärdena.

Mot bakgrund av den rättspraxis (huvudsakligen från underrättar) som hittills har hunnit bildats finns det enligt kommissionens mening emellertid ett behov att i lagen införa vissa förtydliganden, bl.a. till stöd för tolkningen av vad som avses enligt generalklausulen i 1 kap. 4 § LOU.

A 3. 1. Avbrutna upphandlingar vid interna bud

En oklar fråga är hur de upphandlande enheterna skall hantera interna bud som ingivits i konkurrens med externa anbud inom ramarna för ett offentligt upphandlingsförfarande. Om interna bud överhuvud taget skall tillåtas att konkurrera med externa anbud i en utlyst upphandlingstävling måste förutsättningarna för konkurrensen, med tillämpning av generalklausulen om affärsmässighet och opartiskhet, ske på lika villkor mellan egenregi-budet och ingivna externa anbud.

Om en upphandlande enhet väljer att anta ett internt bud istället för ett externt anbud kan det i formellt hänseende ske i den formen att upphandlingen avbryts istället för att avslutas. Konkurrenskommissionen har i sin granskande verksamhet uppmärksammat flera exempel på sådana avbrutna upphandlingar, där upphandlingsförfarandet istället för att leda fram till en affärsmässig upphandling synes ha syftat till att utgöra underlag för justering av den upphandlade enhetens interna prisvillkor.

Att avbryta påbörjade upphandlingar bör aldrig vara möjligt utan angivande av affärsmässiga och opartiska skäl.

Frågan om avbrutna upphandlingar har bl.a. berörts i propositionen till lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling (LOU)[8]. Frågan har även berörts av en arbetsgrupp inom regeringskansliet. Arbetsgruppen föreslog i ett betänkande (Avbrutna upphandlingar och interna bud, Ds 1994:83) att lagen om offentlig upphandling skulle förtydligas på ett sådant sätt att det klart framgår att huvudregeln om affärsmässighet även omfattar avbrutna upphandlingar där föremålet för upphandlingen senare uppdragits till den egna förvaltningen. Förslaget har inte lett till någon lagändring. I propositionen 1994/95:153 sid. 16 anfördes följande: Beträffande förslaget till ändring i LOU enligt promemorian (Ds 1994:83) Avbrutna upphandlingar och interna bud anser regeringen att det kan sättas ifråga om förslaget i promemorian leder till några förbättringar och klargöranden. Förslaget i promemorian bör därför inte genomföras". Uttalandet har senare tolkats så att regeringen inte ansett något förtydligande nödvändigt, utan att frågan skulle finna sin självklara lösning inom ramen för generalklausulen om affärsmässighet. En tidigare (ännu icke lagakraftvunnen) dom[9] i ett skadeståndsmål, avkunnad av Lindesbergs tingsrätt talar för en sådan tolkning. Lindesbergs tingsrätt dömde en upphandlande enhet som antagit ett dyrare och kvalitetsmässigt sämre egenregi-bud istället för ett konkurrerande externt anbud, till att betala skadestånd. I en annan dom[10], tillika i ett skadeståndsmål, har Stockholms tingsrätt emellertid kommit till en annan slutsats. Målet gäller en avbruten upphandling, där den upphandlande enheten istället uppdragit verksamheten till en egenregiförvaltning som inte deltagit med något bud i den aktuella upphandlingen. Tingsrätten avslog talan om skadestånd och anförde i domskälen att "Bedömningen ändras inte om egenregiverksamheten har angivits ett formellt anbud. En sådan tolkning saknar stöd i lagstiftningen och i dess förarbeten. Den skulle dessutom vara förenad med avsevärda svårigheter ifråga om att avgöra huruvida en skada har uppkommit".

Enligt Konkurrenskommissionens mening är det av största betydelse för rättstillämpningen att ett klarläggande sker genom förtydligande lagstiftning.

Klarläggandet bör innebära att avbrytanden av påbörjade upphandlingar inte på några villkor tillåts utan angivande av affärsmässiga skäl och på opartiska grunder.

A 3.2. Bestämmelser om skälig tid för en anbudsgivare att anpassa sig till förutsättningarna för upphandlingen

I lagen om offentlig upphandling återfinns bl.a. bestämmelser om tidsfrister som de upphandlande enheterna skall iakttaga vid annonsering av upphandlingar m.m. Motsvarande bestämmelser finns emellertid inte om att anbudsgivande leverantörer skall beredas tillräckliga frister så att de i god tid hinner inrätta sig för att leverera enligt förutsättningarna för upphandlingarna.

Till Konkurrenskommissionen har anmälts flera upphandlingar där det framgått att tiden mellan kontraktsskrivningen och avtalstidens början har varit så kort att det i praktiken inte har funnits tid för andra leverantörer än dem som har haft ledig produktionskapacitet, att lämna anbud.

Den eller de leverantörer som tidigare levererat de för respektive upphandling aktuella varorna eller tjänsterna torde vid avtalstidens början normalt ha ledig kapacitet som ungefär motsvarar den volym som skall upphandlas. Övriga leverantörer måste före avtalstidens början hinna anpassa sig till förutsättningarna för upphandlingen. Vid större upphandlingar sker detta normalt genom utbyggnad av produktionskapaciteten - genom nyanställningar av personal och/eller genom inköp av erforderlig materiel. Om tiden mellan besked i upphandlingsfrågan och avtalstidens ikraftträdande sätts för snävt hindras andra leverantörer än sådana med ledig produktionskapacitet från att kunna lämna anbud. Leverantörer utan tillräcklig ledig kapacitet diskrimineras således framför leverantörer med sådan ledig kapacitet, varav de senare icke sällan är tidigare leverantörer av aktuella varor eller tjänster.

I ett fall, som avsåg en omfattande upphandling av taxitjänster, inklusive specialfordon, hade den upphandlande enheten bestämt tiden mellan anbudstidens utgång och avtalstidens ikraftträdande till 17 dagar. Under denna tid skulle den upphandlande enheten hinna nollställa och bedöma inkomna anbud, utse vinnande anbudsgivare samt underrätta och teckna avtal med denne. Den vinnande anbudsgivaren förväntades därefter att inom återstående tid ställa en betydande organisation, uppskattningsvis c:a 15-18 bemannade fordon, till enhetens förfogande samt inrätta en beställningsmottagning med trafikledning och samordning av transporter.

Konkurrenskommissionen pekade i sin bedömning på att de angivna villkoren medförde att alla andra företag än de/det företag som tidigare utfört tjänsten i praktiken utesluts från möjligheten att lämna anbud och menade att villkoren för upphandlingen därmed stred mot kraven på affärsmässighet och opartiskhet vid offentlig upphandling. Länsrätten i Hallands län gjorde emellertid en annan bedömning. I en dom^[11] I avslog länsrätten talan om överprövning. Avslaget motiverades med bl.a. följande domskäl "Med hänsyn till... att även de geografiskt mer avlägsna intressenterna skall ha en rimlig chans att hinna reagera på en annons om upphandling, finns bestämmelser för offentliga upphandlingar om tidsfrister för mottagande av anbud. Några motsvarande 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'. Länsrättens dom kunde inte överklagas eftersom ansökan om inhibition i upphandlingen tidigare avslagits av kammarrätt och avtal om upphandlingen tecknades omedelbart efter det att länsrätten meddelat sin dom.

Enligt Konkurrenskommissionens bedömning krävs det ett klagande i lag om hur lång tid som bör löpa mellan anbudstidens utgång och dagen för det tänkta avtalets ikraftträdande. Till följd av förbudet mot överprövning efter det att avtal om upphandlingen slutits riskerar denna och liknande frågor om tolkningen av innebörden i generalklausulen i 1 kap. 4 § LOU att inte bli avgjord i högre instanser än underrätt (jfr. tidigare resonemang under punkten 1. Allmänna synpunkter, tredje stycket). Kommissionen anser att det därför är av största vikt att rättsläget i angivet hänseende klargörs.

A 3.3. Användning av parallella ramavtal med flera leverantörer på olika villkor Som tidigare redovisats, under rubriken "Ärenden av särskilt principiell betydelse", har Konkurrenskommissionen under verksamhetsåret bedömt fall där upphandlande enheter istället för att utse en vinnande anbudsgivare valt att teckna parallella ramavtal med flera anbudsgivare på sinsemellan varierande villkor. De upphandlande enheterna har därefter ansett sig fria att utan någon ytterligare bedömning av eller jämförelse mellan anbudens priser och villkor avropa varor eller tjänster från valfri anbudsgivare. Förfarandet har i fackpress till och med rekommenderats av företrädare för de offentliga inköparnas samarbetsorganisation.

Lösningar med parallella avtal kan i vissa fall motiveras av affärsmässiga skäl, t.ex. om det som skall upphandlas inte kan tillhandahållas av en leverantör ensam eller om föremålen för upphandling i väsentligt hänseende skiljer sig mellan olika leverantörer, som t.ex. kan vara fallet vid alternativa sociala omsorgs- eller vårdmetoder. Om några sådana objektiva skäl inte föreligger kan förfarandet emellertid utnyttjas för att kringgå lagen om offentlig upphandling. Den upphandlande enheten kan då välja att, utan kontraheringsskyldighet, teckna parallella ramavtal med samtliga anbudsgivare. Enheten kan därefter avropa från valfri leverantör, utan att ta affärsmässiga hänsyn till erbjudna priser eller andra villkor.

Bruket av parallella ramavtal med sinsemellan varierande villkor är enligt Konkurrenskommissionens bedömning oroande och riskerar på sikt att leda till att lagen om offentlig upphandling sätts ur spel. Ett förtydligande tillägg med den innebörd som kommissionen angivit måste därför införas i lagen

B. Överträdelser av förbud i lag att engagera sig i viss verksamhet

Ett viktigt område för Konkurrenskommissionens granskningsverksamhet har liksom tidigare varit konkurrensnedvridning genom att myndigheter överträtt de begränsningar som gäller för myndigheternas engagemang. Inom den statliga sektorn framgår begränsningarna av myndighetens instruktion och regeringens regleringsbrev. Kommunernas handlingsmöjligheter begränsas genom kommunallagens regler om den kommunala kompetensen.

Konkurrenskommissionen har såväl under det senaste verksamhetsåret som under tidigare verksamhetsår funnit åtskilliga fall där myndighetens egna

kompetens har överträtts, dels genom att myndigheten låtit den egna verksamheten expandera till näringslivssektorer som är förbehållet det privata näringslivet, dels genom att riktade subventioner till privata näringsidkare snedvridit konkurrensen för det övriga näringslivet. I flera fall har verksamheten senare förklarats olaglig efter prövning av domstol.

Ett stort problem vid myndigheters överträdelser av den kommunala kompetensen är att sanktioner saknas. Trots domstolsavgöranden där viss verksamhet förklarats olaglig har verksamheten fortsatt som tidigare. Några effektiva möjligheter att garantera efterlevnaden av domstolarnas beslut finns för närvarande inte.

Ett annat problem gäller själva möjligheten till överklagande. Inom kommunerna fattas normalt beslut om den löpande verksamheten på tjänstemannanivå. Sådana s.k. delegationsbeslut skall anmälas för ansvarig kommunal nämnd. När anmälan har skett och protokollet justerats har kommunmedlem tre veckor på sig att få kännedom om, utreda och överklaga beslutet. Men långt ifrån alla delegationsbeslut anmäls i föreskriven ordning. Domstolarna har i dessa fall funnit sig förhindrade att pröva verksamhetens laglighet. Dessutom protokollförs anmälningsärendena ofta så kortfattat att det i praktiken är omöjligt att bilda sig en uppfattning om vad som avses med beslutet. Enligt Konkurrenskommissionens erfarenhet finns det kommuner som har satt i system att genomdriva tveksamma beslut enligt denna metod.

En tydlig tendens är att allt mer kommunal verksamhet flyttas över från förvaltningsform till kommunala bolag. Under verksamhetsåret har Konkurrenskommissionen, liksom tidigare år, uppmärksammat fall där kommunala bolag överträtt kommunallagens bestämmelser och, i några fall, även sin egen bolagsordning. Bolagen är icke sällan organiserade i koncerner med dotter- och dotter-dotterbolag. Även om tillkomsten av moderbolagen många gånger kan ha skett med iakttagande av kommunallagens bestämmelser och med en bolagsordning som i väsentliga avseenden överensstämmer med kommunallagens krav är detta, enligt kommissionens erfarenheter, inte alltid fallet för dotter- och dotter-dotterbolagen. I ett antal av de fall som varit föremål för kommissionens granskning har sådana dotterbolag inrättats utan fullmäktiges hörande och/eller med angivande av bolagsordningar som saknar inskränkningar till de i kommunallagen angivna begränsningarna för den kommunala kompetensen. Dessutom medger koncernbildning att kommunala medel genom koncernbidrag förs mellan olika verksamhetsområden utan politiska beslut.

Kommunala beslut som fattas i bolag kan inte överklagas och tolkningen av vad bolaget får göra enligt bolagsordningen görs av bolagets styrelse som ofta består av kommunala förtroendemän eller tjänstemän. Oavsett bolagens laglighet synes således kommuner och landsting, utan risk för sanktioner, genom dessa bl.a. kunna bedriva kompetensstridig verksamhet på den allmänna marknaden.

C. Subventioner som snedvriden konkurrensen, kommunala samriskprojekt m.m.

Den tredje gruppen av ärenden som Konkurrenskommissionen har granskat är övriga fall där subventioner snedvridit konkurrensen genom oönskade bieffekter av offentliga stödåtgärder eller oetiskt beteende inom vad som formellt måste betraktas som lagligt. Som kommissionen även har påpekat

tidigare har konkurrensen snedvridits t.ex. genom bidrag i strid mot bestämmelserna om beredskapsmedel eller genom kommunala bidrag till såväl bolag som föreningar och klubbar som har konkurrerar på den allmänna marknaden.

Till exempel har kommunala bad försetts med solarier, styrketrainingshallar och annan friskvårdsutrustning och konkurrerar på den allmänna marknaden för friskvård, vilket har medfört att konkurrensen har snedvridits. I några sådana fall har verksamheten bedrivits i egen regi, utan inblandning av någon extern aktör. I andra fall driver en kommun t.ex. gym i den kommunala simhallen tillsammans med en privat entreprenör i ett sk joint venture, och delar på intäkterna, trots att kommunen i många fall står för den största delen av investeringarna och risktagandet. Enligt en uppmärksamdom från Länsrätten i Malmöhus län bör sådana samriskprojekt mellan en kommun och en privat entreprenör kunna betraktas som offentliga upphandlingar, och skall handläggas enligt bestämmelserna för dessa.

EFFEKTER

De effekter som Konkurrenskommissionen kunnat iakttä av sin verksamhet är i första hand, att felaktigheter och övertramp har fått uppmärksamhet framför allt i lokala och regionala massmedia. Härigenom sätts press på de offentliga aktörerna i stat och kommun att bättre följa gällande regler i fråga om konkurrensneutralitet. Denna effekt måste för att bli bestående stödjas av fortsatt granskning av reglernas tillämpning.

En annan viktig effekt är att verksamheten har bidragit till att fästa enskildes och massmedias uppmärksamhet på gränserna för offentliga organs, särskilt de kommunala organens, handlingsmöjligheter. I flera fall har domstolar, på talan av enskilda efter kommissionens granskning, förklarat kommuners agerande olagligt.

Förändringsbehov

På grund av erfarenheterna av kommissionens verksamhet har kommissionen som framgår av tidigare års verksamhetsberättelsen och det ovan refererade remissyttrandet framfört krav på förändringar framför allt på följande punkter:

1. Ökade insatser måste göras för att följa upp offentliga organs tillämpning av upphandlingsreglerna. För närvarande råder på många håll godtycke vid offentliga upphandlingar.

a) Rätten att föra talan vid domstol om överträdelse mot lagen om offentlig upphandling vidgas efter mönster från bl. a. marknadsföringslagen till att omfatta bland annat den myndighet som skall utöva tillsyn över lagen samt organisationer av näringsidkare. Bestämmelserna om talepreskription ändras så att rättsförluster undviks, bland annat genom att preskriptionstiden för skadestånd anpassas till bestämmelserna i sekretesslagen om anbudsssekretess.

Kommissionen rekommenderar vidare att nödvändiga ändringar av lagen genomförs så att överträdelse genom s.k. otillåten direktupphandling (eller otillåten förhandlad upphandling utan förhandsannonsering) sanktioneras på ett effektivt sätt.

b) Upphandlingslagen bör förtydligas på nedanstående punkter:

- Avbrytanden av påbörjade upphandlingar genom att uppdraget istället lämnas till en avdelning inom den upphandlande enheten skall inte vara möjliga utan angivande av affärsmässiga och opartiska skäl.

- Det skall av lagen klart framgå att tiden mellan besked i upphandlingsfrågan och avtalstidens tänkta ikraftträdande måste avpassas så att tillräckliga frister lämnas för samtliga tänkbara leverantörer att hinna anpassa sig till förutsättningarna för upphandlingen.

- Det skall inte vara tillåtet att utan objektiva och affärsmässiga skäl teckna parallella s.k. "ramavtal" med olika leverantörer med sinsemellan varierande villkor.

- Ordalydelser i lagen med innebörden att bestämmelserna i visst kapitel inte skall tillämpas under vissa förutsättningar skall tydliggöras så att det klart framgår i vilken utsträckning undantagen gäller hela lagen.

2. Konkurrenslagen bör ändras så, att den blir fullt tillämplig på all kommunal och statlig verksamhet som inte utgör myndighetsutövning och Konkurrensverket bör ha kompetens att ingripa med förbud för all offentlig verksamhet som hindrar eller motverkar konkurrensen.

3. Kommunallagen bör ändras så att klara gränser och sanktioner ges för kommunernas och landstingens handlingsmöjligheter. Särskilt gäller det kommunernas möjligheter att bedriva verksamhet i konkurrens med det privata näringslivet. Gällande förbud mot spekulativ verksamhet överträds i stor omfattning och måste därför få en klarare och effektivare utformning. Möjligheter måste skapas att stoppa kommunal verksamhet som inte är kompetensentlig. Pågående försöksverksamheten med utvidgning av den kommunala kompetensen där kommunerna skall tillåtas bedriva verksamhet på den allmänna marknaden bör avbrytas.

Det senaste årets granskningar har enligt kommissionens bedömning ytterligare skärpt kraven på att förändringar på dessa punkter kommer till stånd.

Stockholm den 10 september 1998

G Rune Berggren

Patrik Engellau

Inger Ridderstrand Linderöth

Bengt Harding Olson

Monica Werenfels-Röttorp

[1] I handläggningen av remissyttrandet deltog inte Bengt Harding Olsson.

[2] Se bl.a. EG-domstolen dom i målet C-46193, Brasserie du Pêcheur ./.. Förbundsrepubliken Tyskland.

[3] Det vill säga om förutsättningarna för direktupphandling enligt 6 kap. 2 § LOU eller förhandlad upphandling utan förhandsannonsering enligt 2

kap. 11 §, 3 kap. 15 §, 4 kap. 16 § andra stycket samt 5 kap. 17 § LOU, inte föreligger men den upphandla enheten ändå tillämpat något av dessa undantagsförfaranden.

[4] Länsrätten i Nyköping, beslut mål nummer 1834-96, meddelat den 28 juni 1996; Kammarrätten i Stockholm, beslut i mål nummer 6278-1996, meddelat den 9 december 1996; Regeringsrätten, beslut om avslag på prövningstillstånd i mål nr 379-1997, meddelat den 5 mars 1997.

[5] Solna tingsrätts dom i mål nummer T 1129/95, meddelad den 17 mars 1997 (citatet är hämtat från sid 14 i domen). Även Falu tingsrätt har i ett mål om otillåten direktupphandling anfört liknande domskäl (dom i mål nummer T 1158196, meddelad den 6 juni 1997). Den uppenbara överensstämmelsen med Solna tingsrätts dom ger anledning till en förmodan att Falu tingsrätt tagit del av och beaktat Solna tingsrätts tidigare bedömning.

[6] Svea hovrätt, dom DT 23-97 i mål nr. T 483-97, meddelad den 30 april 1998.

[7] Högsta domstolen, mål nummer T 2417-98.

[8] Prop. 1993/94:35 s. 47-48, omtrycka i 1993/94:222 s. 60-61.

[9] Lindesbergs tingsrätt dom DT 80/96, avkunnad den 22 mars 1996

[10] Stockholms tingsrätt, mål T 7-622-97, avkunnad den 8 december 1997.

[11] Länsrätten i Hallands län dom nr. 2100-96, meddelad den 19 december 1996.