

VERKSAMHETSBERÄTTELSE

Tionde verksamhetsåret (2003/2004)

I januari 1994 sammankallades på initiativ av *Stiftelsen Den Nya Välfärden*, en oberoende kommission av experter för att bevaka och uppmärksamma frågor om konkurrenssnedvridningar med stöd av allmänna medel. *Konkurrenskommissionens* ändamål är att aktivt motverka sådan konkurrensbegränsning som ligger i bristande likhet i villkoren för skattefinansierade och privata entreprenörer på marknaden och som därmed skadar medborgarna i deras egenskap av skattebetalare och konsumenter. Kommissionen skall uppmärksamma och motverka fall där offentliga, skattefinansierade organ genom överträdelse av lag eller förordning, genom skattesubventioner eller genom att sammanblanda myndighetsutövning med affärsverksamhet snedvrider 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 annan författning eller i övrigt riskerar att snedvrider konkurrensen,
- att informera media om dessa fall,
- att ge publicitet åt bedömda fall samt att överlämna fallen till Konkurrensverket, Nämnden för offentlig upphandling (NOU) och i förekommande fall även annan myndighet för kännedom eller åtgärd, samt
- att ge råd åt medborgare och företag som anser sig utsatta för skattefinansierad kränkning av konkurrensneutraliteten.

Ordförande i Konkurrenskommissionen har under verksamhetsåret varit f.d. generaldirektören och chefen för Riksrevisionsverket (RRV) *G. Rune Berggren*. Övriga experter i kommissionen har varit f.d. regeringsrådet *Sigvard Berglöf*, civilekonomen *Patrik Engellau*, f.d. stadsjuristen i Stockholm *Inger Ridderstrand-Linderöth*, professorn i handelsrätt *Erik Nerep*, samt juristen och experten på konkurrensfrågor *Lennart Palm*.

Till Konkurrenskommissionen har under verksamhetsåret varit knutet ett kansli med handläggande jurist samt en informationsansvarig.

Innan ett ärende tas upp av Konkurrenskommissionen underkastas det en preliminär bedömning huruvida saken är en angelägenhet för kommissionen att granska. Om ärendet bedöms vara principiellt intressant och de bakomliggande sakförhållandena på ett rimligt sätt går att klargöra, utreds saken av kommissionens kansli. Resultatet av 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 expertgruppen Konkurrenskommissionen för bedömning.

En anmälan till Konkurrenskommissionen är alltid kostnadsfri och anmälaren 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, varje bedömning inriktas på att utreda huruvida konkurrensen riskerar att snedvridas genom överträdelser av lag eller annan författning, exempelvis konkurrenslagen, kommunallagen eller lagen om offentlig upphandling jämte bakomliggande EU-direktiv. I de ärenden som upptas för utredning och slutlig bedömning uttalar sig kommissionen på grundval av föreliggande sakförhållanden. Kommissionen gör däremot inte någon sådan bevisvärdering som det ytterst ankommer på domstolarna att göra. Kommissionen svarar ensam för resultatet av sin granskning och sina slutsatser.

Resultatet av Konkurrenskommissionens granskningar överlämnas regelmässigt till berörda offentliga organ samt för kännedom till Konkurrensverket och i förekommande fall till Nämnden för offentlig upphandling (NOU). Bedömningarna tillställs även massmedia. Sedan starten år 1994 har Konkurrenskommissionen mottagit 820 diarieförda anmälningar från enskilda och företag som ansett att konkurrensneutraliteten kränkts. Därutöver har kommissionen på eget initiativ tagit upp 98 fall för granskning. Av de i kommissionen hittills anhängiggjorda ärendena har 398 lett till slutlig bedömning. Återstående ärenden har avskrivits eller är under pågående utredning.

VERKSAMHETSÅRET 2003/2004

Konkurrenskommissionens tionde verksamhetsår omfattade perioden den 1 juli 2003 till och med den 30 juni 2004.

Under verksamhetsåret har Konkurrenskommissionen mottagit 59 (75) diarieförda anmälningar från enskilda och företag som ansett att konkurrensneutraliteten kränkts med allmänna medel. Därutöver har kommissionen på eget initiativ tagit upp 22 (5) fall för granskning. Av de i kommissionen anhängiggjorda ärendena har 31 (35) lett till slutlig bedömning. Övriga ärenden har antingen avskrivits eller är under pågående utredning. Kommissionen har avhållit sex protokollförda sammanträden (*siffrorna inom parantes avser jämförelse med föregående verksamhetsår*).

BEDÖMDA ÄRENDEN

De ärenden Konkurrenskommissionen har utrett och bedömt under året kan 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 felaktigheter har uppmärksamats genom kommissionens preliminära utredning (PM 1). Kommissionen har i dessa fall utan ytterligare påpekanden lagt ärendena till handlingarna.

I) I gruppen av ärenden rörande konkurrensnedvridning genom åsidosättanden av reglerna för offentlig upphandling har Konkurrenskommissionen avgjort 18 (30) ärenden. Samtliga utom ett av dessa ärenden har resulterat i kritik från kommissionen.

II) I gruppen av ärenden rörande konkurrensnedvridning genom överträdelser av den egna kompetensen har Konkurrenskommissionen avgjort 13 (5) ärenden. Samtliga av dessa ärenden har resulterat i kritik från kommissionen

III) I gruppen ärenden rörande konkurrensnedvridning på annat sätt har Konkurrenskommissionen under verksamhetsåret inte avgjort något ärende.

Ett urval av de under året bedömda ärendena återfinns refererade i en bilaga till denna berättelse.

KOMMISSIONSÄRENDEN SOM ÄVEN HANDLAGTS I DOMSTOL

En avsikt med Konkurrenskommissionens arbete är att bedömningarna skall vara utformade på ett sådant sätt samt hålla en sådan kvalitet att de även skall kunna utgöra grund för vidare processer i domstol. Under verksamhetsåret har ett betydande antal ärenden som avgjorts av kommissionen även förts vidare av anmälaren eller annan berörd sakägare för prövning i domstol.

Av kommissionens 31 under året avgjorda ärenden har 20 ärenden hittills föranlett process i förvaltningsdomstol om s.k. överprövning. Av kommissionens under året avgjorda ärenden som hittills nått någon form av avgörande genom dom, mellandom eller beslut om inhibition i domstol har rätten i samtliga fall utom två kommit till samma slutsats som Konkurrenskommissionen avseende lagligheten av de överprövade upphandlingarna. I två fall har något avgörande ännu inte nåtts. I ett fall har målet avskrivits efter rättelse från kommunen samt i ett fall har förlikning om skadestånd uppnåtts.

I bilagan till verksamhetsberättelsen med ärendebeskrivningar återfinns referat av flera ärenden som sedermera även blivit föremål för handläggning i domstol. Av de bedömningar som därvid skett kan särskilt uppmärksammas följande:

1. Krav på redovisning av system för viktning av anbud

Luleå kommun hade vid en s.k. öppen upphandling av skoltransporttjänster, till ett sammanlagt värde av c:a 60 miljoner kronor, angivit att prövningen av inkomna anbud skulle komma att ske enligt principen ”det ekonomiskt mest fördelaktiga” med hänsyn till ett antal punktvis angivna utvärderingskriterier. Kriterierna uppgavs vara angivna i inbördes prioriteringsordning och viktade och skulle enligt upphandlingsunderlaget komma att poängsättas i en 10 gradig skala.

På vilket sätt kriterierna skulle komma att vägas mot varandra framgick emellertid inte av upphandlingsunderlaget. Kommunen vägrade även att lämna uppgifter under hand om hur den inbördes viktningen mellan de angivna kriterierna skulle gå till. Bland annat uppgav kommunen följande: *”Kommunen offentliggör inte i förväg i förfrågningsunderlaget eller på annat sätt hur den kommer att vikta kriterierna. Vid kontakt under hösten med kommunförbundets jurist [...] har denna uppgett att det inte finns något lagkrav på att ange viktningen i förfrågningsunderlaget och att det inte heller, såvitt hon känner till, finns några rättsfall med den innebörden”.*

Från gemenskapsrättslig praxis föreligger ett avgörande från EU-domstolen i det s.k. UniversaleBau-målet där skyldigheten att redovisa viktningen av värderingskriterier bl.a. berörts:

EU-domstolen noterade att det fick anses utrett att den upphandlande enheten redan från början fastställt vilken betydelse (viktning) som skulle tillmätas vart och ett av de urvalskriterier som enheten avsåg att tillämpa. Anbudsinfordran innehöll emellertid inte någon uppgift om detta utan enheten nöjde sig med att deponera handlingarna avseende viktning förfarandet hos en notarie. EU-domstolen uttalade i anledning av detta att "... då kontrakt skall tilldelas vid offentlig upphandling måste både principen om likabehandling av möjliga anbudsgivare och principen om insyn iaktas i alla stadier, och bland annat då anbudssökande väljs ut i ett selektivt förfarande, så att alla ges samma möjligheter när de utformar sina ansökningar om deltagande eller sina anbud ...". Domstolen konstaterade därvid att om den upphandlande enheten i ett selektivt förfarande i förväg har fastställt regler för den inbördes betydelsen (viktningen) av kriterierna för att välja vilka anbudssökanden som får lämna anbud, skall dessa regler anges i annonsen eller förfrågningsunderlaget (EU-domstolen, mål nr. C-470/99).

Även i svensk nationell rättspraxis förekommer ett antal avgöranden där domstolarna har bedömt vad de upphandlande enheterna har att iaktta i fråga om rangordning och viktning.

Kammarrätten i Jönköping hade att pröva Vägverkets upphandling avseende tillverkning och leverans av registrerings skyltar, där värderingskriterierna inte hade rangordnats och viktats på ett tydligt sätt i förfrågningsunderlaget. Kammarrätten, vilken förordnade att upphandlingen skulle göras om, angav i domskälen bl.a. följande motivering. "För att kunna lämna ett väl avvägt anbud måste således varje anbudsgivare redan i förfrågningsunderlaget kunna utläsa hur såväl skall-krav som bör-krav kommer att värderas av den upphandlande enheten. Det har inte framkommit att det varit omöjligt för Vägverket att rangordna och vikta de olika kraven. Vid avsaknad av rangordning och viktning finns utrymme för subjektiva värderingar, vilket inte får förekomma. Ett förfrågningsunderlag som inte är klart och tydligt åsidosätter principen om förutsebarhet och öppenhet (transparens) och principen om affärsmässighet och innebär ett brott mot 1 kap. 4 § LOU. Enligt kammarrättens mening har det i målet aktuella förfrågningsunderlaget inte uppfyllt kraven på transparens och affärsmässighet".

Beträffande frågan på vilket sätt skaderekvisitet kunde anses uppfyllt vid den ifrågavarande typen av överträdelse angav kammarrätten följande:

"Det förhållandet att utvärderingskriterierna i förfrågningsunderlaget inte rangordnats och viktats försvårar en rättvis jämförelse av anbudet. Den förutsebarhet och öppenhet som eftersträvas motverkas och kan komma att medföra skada för /leverantören/ vid prövning av det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet" (Kammarrätten i Jönköping, mål nr. 2976-2001).

Kammarrätten i Göteborg hade att pröva Mölndals kommuns upphandling avseende abonnentväxel och stödfunktioner, där värderingsomständigheterna hade rangordnats men enbart delvis viktats på ett tydligt sätt i förfrågningsunderlaget. Kammarrätten förordnade att upphandlingen skulle göras om.

Av underlaget för upphandlingen framgick endast att vissa huvudkriterier skulle komma att viktas mot varandra medan det vid utvärderingen visade sig att poängsättning och viktning skedde även av ett antal underkriterier. Av kravspecifikationen gick det inte heller att utläsa att vissa av de punkter som angavs i kravspecifikationen vid utvärderingen även skall komma att bilda underkriterier och poängsättas inbördes. Kammarrätten angav att det måste förutsättas att leverantörernas möjlighet att utforma sina anbud skulle ha varit andra än vad som nu varit fallet om vetskaper förelegat om hur utvärderingen skulle gå till varvid den klagande leverantören kunde anses ha lidit skada eller riskerat skada (Kammarrätten i Göteborg mål nr. 2409-03 E).

Länsrätten i Stockholms län hade att pröva Stockholms läns landstings (genom Locum AB) upphandling av renhållningstjänster, där värderingsomständigheterna hade rangordnats men inte viktats på ett tydligt sätt i förfrågningsunderlaget. Länsrätten förordnade att upphandlingen skulle göras om och mot länsrättens dom lämnades inte prövningstillstånd.

Av förfrågningsunderlaget framgick att bedömning skulle komma ske utifrån tre kriterier som i förfrågningsunderlaget hade rangordnats i inbördes angelägenhetsgrad (A-C). Av underlaget framgick däremot inte någon poängsättning eller viktningkoefficient för de olika individuella utvärderingskriterierna eller att viktning skulle komma att ske. Länsrätten konstaterade att förfrågningsunderlaget därmed inte varit så preciserat att det stått klart för anbudsgivarna vad som krävs för att anbud skall komma att antas. Kravet på affärsmässighet vid upphandlingen har härigenom åsidosatt, varvid de klagande leverantörerna kunde anses ha lidit skada eller riskerat skada.

Länsrätten i Södermanlands län hade att pröva ett kommunalt bostadsbolags upphandling där bolaget hade förbehållit sig "rätten att först vid urvalet av anbud bestämma prioriteringsordningen" av kriterierna. Länsrätten förordnade att upphandlingen skulle göras om. Domen har vunnit laga kraft.

Av förfrågningsunderlaget framgick att bedömning skulle komma ske utifrån ett antal icke rangordnade kriterier enligt vilka bolaget hade förbehållit sig "rätten att först vid urvalet av anbud bestämma prioriteringsordningen". Länsrätten konstaterade att "Detta är en allvarlig brist i underlaget. Den av [bolaget] först i efterhand gjorda viktningen av värderingskriterierna är också sådan att den starkt kan ifrågasättas. Detta får till följd att de omständigheter som enligt förfrågningsunderlaget skall tillmätas betydelse inte överensstämmer med dem som tillmätts betydelse vid utvärderingen av anbuden. De sålunda redovisade bristerna i förfrågningsunderlaget är i sig av sådan art att de är ägnade att försvåra en rättvis jämförelse av anbuden", varvid den klagande leverantören kunde anses ha lidit skada eller riskerat skada (Länsrätten i Södermanlands län, mål nr 2299-99).

Vad Luleå kommun, med uppgivet biträde från Svenska kommunförbundets jurister, påstått om att det inte finns några rättsfall med innebörden att förekommande system för viktning av anbud skall redovisas redan i annonsen eller underlaget för upphandlingen var således felaktigt. En tämligen omfattande och entydig rättspraxis stödjer att så skall ske. Länsrätten i Norrbottens län förordnade därför genom dom den 16 februari 2004 att upphandlingen skulle göras om och kommunen därvid skulle iaktta följande: "Vid den nya upphandlingen skall utvärderingskriterierna preciseras till sin innebörd och vidare skall den inbördes viktningen mellan de olika utvärderingskriterierna klart framgår av förfrågningsunderlaget" (Länsrätten i Norrbottens län, mål nr. 223-04).

2. Förbud mot en klausuler enligt vilka produkter av ett visst märke skall användas

Kungsbacka kommun hade i en upphandling avseende "IT stöd för verksamheterna; Individ o Familjeomsorg, Handikappomsorg och Äldreomsorg till ett värde av i vart fall c:a två miljoner kronor, föreskrivit som ett obligatoriskt krav att anbud endast kunde komma i fråga om dessa avsåg fabrikaten "Oracle" samt "Microsoft Windows 2000 eller senare". Eftersom det till de avgivna produktvarumärkena finns på marknaden likvärdiga konkurrerande produkter som antingen är eller genom komplettering kan göras tekniskt kompatibla med de angivna fabrikaten frågade en leverantör kommunen om det var möjligt att i upphandlingen offerera likvärdiga produkter.

Av kommunens svar framgick att detta inte skulle komma att accepteras. Kommunen angav därvid bl.a. följande: "Kravet är inte till för att diskriminera anbudsgivare utan kommunen har tagit ett strategiskt beslut om att Oracle skall gälla för samtliga applikationer som införs i kommunen. (Förberedelse för 24h myndigheten). [nytt stycke] Vad gäller plattformskravet Windows 2000 så är detta en av marknadens vanligen förekommande plattformar, kravet är satt utifrån kommunens behov av standardisering och inte för att skapa utrymme för en viss leverantör. [nytt stycke] Kommunen har inte möjlighet att lämna denna typen av tekniska krav öppna då vi har skyldighet att kvalitetssäkra vår IT miljö icke minst vad gäller brandväggar, säkerhet, speglingar mm – det är orimligt att kommunen skall kunna hantera alla på marknaden förekommande databaser och plattformar. [nytt stycke] Skall-kraven är således fasta..".

Vad kommunen tydligen bortsåg från när den svarade leverantören var att förbudet mot inskränkningar till vissa produktvarumärken utgör en av grunderna för gemenskaprättens allra viktigaste fundament, principen om fri rörlighet för varor och tjänster.

Detta har bl.a. klarlagts av EU-domstolen i ett mål om upphandling av byggtrepprenad där krav hade rests att enbart vissa (lokalt tillverkade) fönster kunde komma ifråga. Trots att upphandlingen inte överskred gällande tröskelvärde och således inte skulle vara att bedöma enligt de av EU-direktiv styrda bestämmelser där förbudet mot krav på leveranser av enbart vissa fabrikat finns infört, menade EU-domstolen att detta förbud var så centralt inom gemenskapsrätten och utgjorde ett utflöde av EU-fördragets grundläggande principer att det självklart skulle iaktas ändå. Domstolen uttalande därvid att "Det strider mot artikel 30 i EU-fördraget (nu artikel 28 EG i ändrad lydelse) att en upphandlande myndighet i kontraktshandlingarna till ett offentligt bygg- och anläggningskontrakt som inte överskrider det tröskelvärde som föreskrivs i [gällande direktiv om offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten] för in en klausul enligt vilken produkter av ett visst märke skall användas vid fullgörandet av

kontraktet, såvida inte detta krav åtföljs av tillägget eller likvärdigt". (EU-domstolen, dom i mål nr. C-59/00 – Vestergaard .I. Spøttrup Boligselskab).

I samband med ett senare ingripande mot Luleå kommun, avseende upphandling av datorer, har EU-kommissionen uttalat att hänvisningar till vissa produktvarumärken överhuvudtaget inte bör komma ifråga annat än synnerligen återhållsamt, detta även om det klart framgår att likvärdiga produkter kan komma ifråga. Istället, menade kommissionen, måste de upphandlande enheterna anstränga sig att på ett tekniskt objektivet sätt försöka beskriva de kärnegenskaper hos de upphandlade produkterna som uppfattas som särskilt betydelsefulla. Istället för att ange att efterfrågade datorer skall innehålla en processor av fabrikatet "Intel Pentium IV eller likvärdig" bör den upphandlande enheten således redovisa vilka tekniska egenskaper i den angivna processorn, som uppfattas som särskilt betydelsefulla samt i underlaget för upphandlingen beskriva dessa på ett tekniskt objektivet sätt. På sådant sätt motverkas att förekommande leverantörer, vilka oftast är underleverantörer till de faktiska tillverkarna, av bekvämlighetsskäl inskränker sina anbud till att omfatta enbart namngivna produktvaror (se vidare NOU-info mars 2004 sid. 10 f).

Till skillnad från vad Kungsbacka kommun verkar ha uppfattat skall således hänvisningar till vissa produktvarumärken som regel inte komma ifråga, och i vart fall alltid åtföljas av texten "eller likvärdig" så att det på detta sätt klart framgår att även andra produkter kan komma ifråga. Att, som kommunen, framhärda i att enbart produkter från Oracle eller Microsoft kan komma ifråga vid offentlig upphandling är således inte affärsmässigt acceptabelt eller förenligt med gällande rätt. Till följd härav förordnade Länsrätten i Hallands län att Kungsbacka kommuns upphandling av datortjänster m.m. skulle göras om (Länsrätten i Hallands län, dom i mål nummer 768-04E, meddelad den 27 april 2004).

ANDRA SÄRSKILDA IAKTTAGELSER UNDER ÅRET

I de ärenden som Konkurrenskommissionen haft att granska under verksamhetsåret har kommissionen observerat att många upphandlingar fortfarande – över tio år efter upphandlingslagens ikraftträdande – uppvisar betydande brister, bland annat avseende omständigheter som skall avgöra vilken eller vilka anbudsgivare som slutligen kommer att tilldelas kontrakt i upphandlingen.

1. Referenstagningar

Konkurrenskommission har under året behandlat ärenden där frågor om de upphandlande enheternas värdering av "referenser" har varit föremål för bedömning. Bland annat hade Tomelilla kommun till grund för värderingen av en viss leverantör på eget initiativ beaktat negativa omdömen som avgivits från en konkurrent i upphandlingen. Samtidigt hade kommunen helt bortsett från att inhämta sådana referenser som leverantören själv anvisat i sitt anbud.

I många upphandlingar anges att "referenser" i något avseende skall komma att tillmätas betydelse vid värderingen av inkomna anbud. Vad som skall avses med "referenser" samt i vilket avseende de kan tillmätas betydelse vid anbudsvärdering är emellertid föremål för skiftande tillämpning av de upphandlande enheterna.

En första fråga som uppkommer är vilka omdömen som överhuvudtaget skall anses utgöra "referenser" och om t.ex. egna erfarenheter kan rymmas inom detta begrepp? Skall vidare omdömen som på eget initiativ inhämtats av den upphandlande enheten, kunna tillmätas någon betydelse?

Begreppet "referens" härleds från verbet "referera" och definieras i ordböckerna som en "hänvisning till person eller institution som kan lämna upplysning om en person [...] ofta

övergående i betydelsen person eller institution som åberopas på detta sätt” (Svenska akademiens ordbok) eller en *”person som man hänvisar till för upplysning av en viss persons kvaliteter”* (Nationalencyklopedins ordbok).

Det kan mot denna bakgrund ifrågasättas om ett omdöme som en leverantör själv inte har åberopat kan anses utgöra någon ”referens” för denne. Om den upphandlande enheten skulle vilja inhämta och bedöma även andra omdömen än sådana som anbudsgivaren själv anvisat, bör detta i vart fall klarläggas i förfrågningsunderlaget jämte principerna för hur sådant informationsinhämtning skall komma att genomföras. I några fall kan det för en anbudsgivare utgöra en affärshemlighet att han har lagt anbud i en viss upphandling, varför han bör ha möjlighet att kunna styra informationsflödet eller, i vart fall, avstå från att lämna anbud. Den inom upphandlingsrätten föreskrivna s.k. transparensprincipen torde således medföra att för det fall en upphandlande enhet avser att beakta även andra omdömen än sådana som anbudsgivaren själv har förmedlat, detta bör framgå i förväg av förutsättningarna för upphandlingen. Likartat förhållande gäller för den upphandlande enhetens ”egna omdömen”, vilka utan åberopande från anbudsgivaren knappast heller kan anses utgöra ”referenser” i egentlig mening.

Om det i annonsen eller underlaget för upphandlingen förekommer krav på ”referenser” i något avseende uppkommer samtidigt en fråga om det därmed även följer en skyldighet för den upphandlande enheten att kontrollera och beakta samtliga referenser som åberopas? Enligt den inom upphandlingsrätten gällande s.k. likställighetsprincipen bör den upphandlande enheten kontakta samtliga referenter som anvisas i anbudet och beakta förekommande referenser (se NOU-info mars 1998 sid. 16 f). Enheten kan därför i underlaget för upphandlingen eller på annat sätt begränsa antalet referenser per anbudsgivare och/eller föreskriva att referenserna skall bifogas anbudet i skriftlig form, som s.k. attester. När det gäller kvalifikationsomdömen vid direktivstyrda upphandlingar inom den s.k. klassiska sektorn föreligger det till och med en obligatorisk skyldighet att inhämta skriftliga referenser. Enbart sådana får beaktas vid kvalifikationsbedömningen. En andra, och möjligen något mer komplicerad fråga är, när och var i upphandlingsförfarandet förekommande referenser skall beaktas. Frågan sammanhänger med att förfarandet är uppdelat i två värderingsförfaranden. Dessa kan visserligen utföras i ett sammanhang, men värderingen skall ske enligt en särskilt föreskriven uppdelning och i viss ordning.

Av 1 kap. 20 a § LOU följer att den upphandlande enheten innan den börjar pröva anbudet skall pröva om anbudsgivarna eller anbudssökandena uppfyller de krav som ställts upp på leverantören. Lagen skiljer således mellan s.k. kvalifikationskrav, d.v.s. omständigheter som är att hänföra till anbudsgivarens person och organisation och s.k. värderingskrav, d.v.s. omständigheter som är att hänföra till föremålet för upphandlingen.

Den s.k. kvalifikationsprövningen av anbudsgivarnas lämplighet och den materiella anbudsprövningen där anbudens kvalitet vägs mot priset är således två olika moment som styrs av skilda regler. Vid ett ”förhandlat” eller ”selektivt” upphandlingsförfarande eller vid urvalsupphandling sker prövning vid helt separata tillfällen medan vid ett ”öppet” eller ”förenklat” förfarande kan prövningarna ske i ett sammanhang, vid samma tillfälle. Kvalifikationsprövningen skall dock alltid ske före anbudsprövningen (se EU-domstolens avgörande i mål nr. C-31/87, det s.k. Beentjes-målet).

Uppdelningen i kvalifikationsomständigheter och värderingsomständigheter är av grundläggande betydelse för att en rättvis anbudsvärdering skall komma till stånd. I delbetänkandet ”Effektivare offentlig upphandling” SOU 1999:139, sid. 171, konstaterade den av regeringen tillsatta Upphandlingskommittén att *”Frågan om hur upphandlande enheter tillämpar sina på förhand angivna utvärderingskriterier är nära kopplat till de upphandlande enheternas förmåga att utforma förfrågningsunderlag. Utvärderingskriterierna är ofta oklart formulerade och blandas ihop med kvalifika-*

tionskraven [...] Kommittén anser det vara belagt att alltför många upphandlande enheter tillåter sig att väga in andra omständigheter vid anbudsprövningen än de som angivits i förfrågningsunderlaget eller i annonsen. Ett sådant förfarande strider mot likabehandlings- och transparensprincipen”.

Referenser kan å den ena sidan hänföra sig till sådana ”krav som ställts upp på leverantören”. Dessa kan bestå i att leverantören skall besitta vissa tekniska eller personella resurser eller att företaget skall ha viss tidigare erfarenhet, antingen av branschen i allmänhet eller mer specifikt.

Å den andra sidan kan kravet hänföra sig till föremålet för upphandlingen, d.v.s. den faktiska vara eller tjänst som skall levereras. Referenser kan i sådant fall bestå av sådana omdömen avseende själva föremålet för upphandlingen som kommer att tillmätas betydelse när enheten senare skall ”pröva anbudet” (jfr uppdelningen i 1 kap. 20 a § LOU).

I det första fallet utgör referenserna således *bevis* om att anbudsgivaren uppfyller de (kvalifikations-) omständigheter som uppställts i upphandlingen medan referenserna i det senare fallet utgör en (värderings-) omständigheter i sig, nämligen hur anbudsgivaren i aktuella avseenden kommer att kunna tillhandahålla den vara eller utföra den tjänst som omfattas av upphandlingen.

I det första fallet omfattas referenserna av bestämmelserna om bevis enligt 1 kap. 18 § LOU samt förordningen (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling (den s.k. bevisförordningen); I det senare fallet omfattas referenserna av 1 kap. 22 § LOU, varför det måste framgå av förfrågningsunderlaget att referenser kommer att tillmätas avseende vid anbudsvärderingen.

Som exempel kan tas en öppen upphandling av juridiska tjänster, där den upphandlande enheten har föreskrivit att anbudsgivarna skall besitta tillräckliga *resurser* för att ta sig an stora volymer av mål och ärenden samt ha *tidigare erfarenhet* av t.ex. mål om offentlig upphandling. Under sådant förhållande skall enheten enligt 1 kap. 18 § andra stycket LOU i förväg ange vilka bevis den vill ha om leverantörernas kapacitet. Om det är en direktivstyrd upphandling inom den s.k. klassiska sektorn kan referenser därvid utgöras enbart av attester från tidigare klienter om att anbudsgivaren har biträtt dem i stora volymer av mål samt att flera av dessa har avsett mål om offentlig upphandling.

Om den upphandlande enheten även vill veta hur och till vilken grad av belåtenhet de juridiska tjänsterna har utförts följer av 1 kap. 22 § LOU att det även skall framgå av förfrågningsunderlaget eller annonsen om upphandlingen att referensomdömen även kommer att utgöra en omständighet som skall tillmätas materiell betydelse vid anbudsvärderingen. Av transparensprincipen följer i sådant fall att enheten måste redovisa i vilka avseenden och på vilket sätt omdömena kommer att värderas.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har för dessa fall rekommenderat att den upphandlande enheten i förväg bör redovisa vilka frågor som kommer att ställas till referenterna och således avses att läggas till grund för värderingen av anbudet: ”*Ett bra sätt att minska risken för subjektiva bedömningar, är att redan i förfrågningsunderlaget uppge vilka frågor som kommer att ställas till de lämnade referenserna och hur dessa kommer att poängsättas och värderas. Frågorna bör även skickas ut skriftligen och svar begäras skriftligen. På så sätt har den upphandlande enheten även ett bra dokumenterat underlag vid eventuella tvister.*” (NOU-info juni 2003 sid. 6). Nämndens rekommendation illustrerar tydligt vikten av att anbudsgivarna i förväg lämna information om förutsättningarna för referenstagningen

I sammanhanget förtjänar påpekas att det är vid enbart den senare, materiella anbudsvärderingen som anbudens pris får beaktas. Referensomdömen som avser rena kvalifikationsomständigheter som anbudsgivarens kapacitet och tidigare erfarenhet kan således aldrig jämföras mot anbudens pris.

2. Domstolstrots

Konkurrenskommissionen har under verksamhetsåret uppmärksammat flera fall där upphandlande enheter ignorerat domstols bud och trotsat förordnanden om inhibition eller att upphandling skulle göras om.

Ett belysande exempel utgör Nyköpings kommuns avtal med ett privat flygbolag om köp av marknadsföringstjänster för 55 miljoner kronor som ingicks utan föregående upphandling.

Mot beslutet väcktes talan i domstol. Länsrätten i Södermanlands län konstaterade i dom att förfarandet var olagligt samt förordnade att upphandlingen skulle göras om (mål nr. 1537-03). Länsrätten och sedermera Kammarrätten i Stockholm (mål nr. 5973-03) förordnade vidare om interimistiskt verkställighetsförbud (inhibition) mot kommunstyrelsens beslut.

Trots dom och löpande verkställighetsförbud verkställde kommunstyrelsen upphandlingen genom att slutbetala avtalat vederlag till det privata flygbolaget. En företrädare för kommunen uttalade i media att det *”är i praktiken uteslutet”* att kommunen skulle rätta sig efter länsrättens dom och angav att *”De hade lika gärna kunnat döma kommunalrådet till att simma över Atlanten, det hade heller inte gått”* (Katrineholmskuriren den 16 september 2003).

Ett annat exempel kan hämtas från Mora kommun som inom ramarna för ett s.k. öppet upphandlingsförfarande, beslutade att på ett sätt som stred mot förutsättningarna för upphandlingen godkänna ett avtal med ett privat flygbolag om köp av löpande flygtransporttjänster för c:a 6,2 miljoner kronor.

Mot beslutet väckte ett konkurrerande flygbolag talan i domstol. Länsrätten i Dalarnas län konstaterade i dom att förfarandet var olagligt samt förordnade att upphandlingen skulle göras om (mål nr. 965-03 E).

I samband med att domen överklagades till kammarrätt förklarade en företrädare för Mora kommun att kommunen oavsett vad domstolen kom fram till, avsåg att inte vidta någon rättelse i upphandlingen. Istället hänvisades den förfördelade leverantören till att eventuellt söka kompensation genom skadestånd: *”- Vi har försäkrat oss mot skadeståndskrav på grund av felaktigheter i upphandlingar. Självriskan är på 100 000 kronor. Även om vi förlorar gör vi en utmärkt affär på att låta [Vinnande bolaget] fortsätta flyga avtalstiden ut”* angav ställföreträdaren bland annat i en intervju i media (Mora tidning den 27 augusti 2003).

De angivna exemplen visar på hur upphandlande enheter, huvudsakligen kommuner och landsting och deras bolag, medvetet underlåter att följa domstols order.

Eftersom svensk rätt inte känner några effektiva sanktionsmedel mot dylikt domstolstrots undergrävs respekten för domstolarnas och myndigheternas verksamhet på ett sätt som i aktuellt avseende riskerar att skada förtroendet för rättssystemet.

I riksdagen har det ansvariga statsrådet förklarat att regeringen för närvarande inte planerar att genomföra några åtgärder för att komma till rätta med de påtalade bristerna (se statsrådet Ringholm, yttrande i interpellationsdebatt den 2 juni 2003 interpellation 2002/03:363).

Eftersom Sverige till följd av sina åtaganden gentemot Europeiska unionen är skyldigt att se till att implementera bestämmelser som garanterar att granskningsorganens (domstolarnas) beslut verkligen åtföljs (se art. 2 punkt 7, 89/665/EEG samt art. 2 punkt 8, 92/13/EEG) har Konkurrenskommissionen, till följd av bl.a. ansvarige statsrådets yttrande i riksdagen, uppmärksammat EU-kommissionen på de angivna bristerna i Sveriges implementering av gällande gemenskapsrätt. Anmälan handläggs för närvarande inom EU-kommissionen (Complaint 2004/4053 concerning the Swedish remedies system).

3. Otillåten direktupphandling

Konkurrenskommissionen har under verksamhetsåret liksom tidigare verksamhetsår uppmärksammat fall av kommunala köp som har skett direkt från hel- eller delägda kommunala företag.

På sätt som mer ingående har redovisats i föregående års verksamhetsberättelse (nionde verksamhetsåret, 2002/03) har rättspraxis kring otillåtna direktupphandlingar kommit att utvecklas så att domstolarna primärt prövar huruvida det har träffats något avtal mellan en upphandlande enhet och en från enheten fristående (juridisk) person. Om sådant avtal bedömts föreligga som innefattar köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggentreprenad från den upphandlande enheten sida, har domstolarna konstaterat att det varit fråga om en upphandling varpå lagen om offentlig upphandling skall äga tillämpning. Kan inte något av de undantag som utgör förutsättning för direktupphandling eller förhandlad upphandling utan föregående annonsering göras gällande har domstolarna förordnat att upphandlingen skall göras om.

Domstolarna har därvid bortsett från de invändningar som framförts om att aktuella avtal har ingåtts mellan upphandlande enheter och av enheterna hel eller delägda bolag. Alla avtal som ingåtts mellan upphandlande enheter och en från enheterna fristående personer skall således upphandlas i enlighet med gällande bestämmelser om offentlig upphandling. Några undantag för t.ex. kommunala köp från hel eller delägda bolag föreligger därmed inte.

En typ av direktupphandling som kommissionen tidigare granskat handlade om huruvida det kan anses affärsmässigt att under jämförelsevis lång tid vidmakthålla avtal som utan uppsägning förlängs automatiskt (tyst förlängning).

Västernorrlands läns landsting hade sedan flera år ett avtal med ett tvätteribolag om successiva leveranser av tvätteritjänster. När avtalet ursprungligen kom till (1990) var tvätteribolaget i landstingets ägo men aktierna har sedermera övergått i privata händer. I samband med privatiseringen (1997) omförhandlades avtalet delvis och en ny prisklausul infördes. Avtalet innehåller en tillsvidarebestämmelse som innebär att avtalsförhållandet förlängs automatiskt vid utebliven uppsägning. Tvätteribolaget har inte sagt upp avtalet som tydligen är lönsamt och landstinget har hittills vägrat att å sin sida säga upp avtalet. Avtalet har således flera gånger kommit att förlängas "tyst" genom landstingets passivitet. Någon upphandling i konkurrens kommer därmed inte till stånd.

Talan om överprövning mot förfarandet fördes vid allmän förvaltningsdomstol av en förfördelad leverantör. Både länsrätt och kammarrätt konstaterade att det stred mot upphandlingslagens krav på affärsmässighet att utan mellankommande konkurrensupphandling vidmakthålla ett långvarigt avtalsförhållande genom s.k. tysta förlängningar. Överprövningstalan bifölls därför och domstolarna förordnade att landstingets avtal om köp av tvätteritjänster inte fick förlängas i ytterligare en period utan föregående upphandling i konkurrens. Regeringsrätten beviljade prövningstillstånd och inhämtade yttrande från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) som angav att det inte kunde anses affärsmässigt att löpande underlåta upphandling genom tysta avtalsförlängningar. Nämnden angav bl.a. följande *"Medlemsstaterna inom EU har enligt rättsmedelsdirektivet en skyldighet att vidta nödvändiga åtgärder för att garantera, att en upphandlande enhets beslut, vad beträffar upphandling, prövas effektivt. Direktivet föreskriver inte någon skyldighet för medlemsstaterna att i de nationella bestämmelserna införa möjligheter att upphäva eller åsidosätta beslut. Inte heller föreligger någon sådan skyldighet enligt svensk lagstiftning. En upphandlande enhet kan således inte enligt svensk rätt åläggas att genast frånträda avtalet och därigenom göra sig skyldig till avtalsbrott. Vid varje förlängningstillfälle får det dock enligt NOU:s uppfattning anses föreligga en skyldighet för upphandlande enheter att bedöma om ett upphandlingskontrakt fortfarande får och bör förlängas. Landstinget har i aktuellt fall en möjlighet, som det bör utnyttja, att frånträda avtalet enligt överenskomna villkor och teckna ett nytt kontrakt efter en regelrätt upphandling."*

Regeringsrätten bedömde emellertid att det yrkande som klagandebolaget hade framställt i själva verket innebar att landstinget skulle åläggas att säga upp 1997 års tilläggsavtal före utgången av år 2002. Varken en uppsägning eller en utebliven uppsägning av detta avtal utgör enligt rätten emellertid en del av något upphandlingsförfarande som skulle kunna göras om eller rättas genom ett domstolsbeslut. Rättsmedelsbestämmelserna i lagen om offentlig upphandling lämnar enligt rättens mening inte något

utrymme för en domstol att inom överprövningens ram fatta ett sådant beslut som avses med ansökningen. Klagandebolagets talan avslogs därför. (Regeringsrätten, mål nr. 998-03)

Regeringsrättens avgörande kan inte tolkas så att domstolen ansett det affärsmässigt av landstinget att genom underlåten uppsägning gång på gång förlänga det aktuella avtalet. Regeringsrätten har enbart konstaterat att domstolen enligt gällande lagstiftning inte kan fatta ett beslut att förbjuda att kontraktet förlängs. Avgörandet belyser emellertid frågan om effektiviteten av de rättsmedel som finns införda i den svenska lagen om offentlig upphandling.

4. Andra fall av bristande implementering av gällande gemenskapsrätt

Utöver det ovan påtalade problemet att Sverige, i strid mot gällande gemenskapsrätt, saknar effektiva sanktioner mot upphandlande enheters domstolstrots, ger vissa avgöranden under senare tid anledning att även ifrågasätta om gemenskapsrätten fullt ut har implementerats i svensk rätt.

Tekniken för nationalstaternas införlivande av folkrättsliga åtaganden varierar. I Sverige tillämpas av hävd den s.k. dualistiska principen, vilken förenklat innebär att folkrättsliga åtaganden inte tillämpas direkt av svenska rättsliga myndigheter om de inte är införlivade (implementerade) i svensk rätt.

Vid diskrepans mellan svensk rätt och en av Sverige tillträdd traktat har den svenska regeln ansetts äga företräde. Av allmänna principer följer dock att svensk lag skall tolkas i belysning av våra folkrättsliga åtaganden. Har införlivning skett skall presumeras att den svenska lagstiftningen står i överensstämmelse med det internationella åtagandet. Om det finns ett tolkningsutrymme skall således utgångspunkten vara att den svenska regeln står i överensstämmelse med innebörden av det internationella åtagandet. (jfr bl.a. Högsta domstolen, beslut i mål 4158-02, Capri Marine Limited, meddelat den 11 maj 2004)

Härtill kommer att gällande gemenskapsrättsliga direktiv och andra rättsakter med s.k. direkt effekt har införlivats (implementerats) i svensk rätt genom lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen – den s.k. anslutningslagen.

De gemenskapsrättsliga direktiv som gäller på upphandlingsrättens område har för medlemsstaterna s.k. direkt effekt och ingår således i svensk rätt, dels direkt, såsom rättsakter implementerade genom den s.k. anslutningslagen, dels indirekt genom den lag (1992:1528) om offentlig upphandling som något förenklat innefattar en anpassning av direktiven till svenska förhållanden.

EU-direktiven skall enligt EU-domstolens praxis ges företräde framför däremot stridande nationella regler i det fall en avvikelse innebär att en direktivbestämmelse ger en enskild en rättighet och denna rättighet beskärs genom en nationell lagstiftning (jfr. även EU-domstolens avgöranden i målen C-26/62, Van Gend en Loos och C-106/77 Simmenthal,). Denna princip har kommit att knäslättas i svensk praxis genom Regeringsrättens avgörande i det s.k. Uppsalabuss-målet (RÅ ref. 1996:50).

När svenska domstolar har att pröva mål om offentlig upphandling skall prövningen således inte enbart ske enligt lagen om offentlig upphandling utan (i förekommande fall) även med tillämpning av gällande upphandlingsdirektiv och EU-domstolens praxis i anslutning till dessa. Även de allmänna principer som följer av EU-fördraget utgör en rättskälla som skall beaktas av domstolarna.

Hösten 1996 antog EU-kommissionen en s.k. grönbok som underlag för en diskussion om medlemsstaternas implementering av gällande upphandlingsbestämmelser samt den framtida utformningen av dessa. I sitt yttrande över grönboken framhöll den svenska regeringen bl.a. vikten av att medlemsländerna konsekvent genomför upphandlingsdirektiven fullt ut i sina nationella rättssystem (se Europeiska kommissionen, grönbok med titeln: "Offentlig upphandling i Europeiska unionen: möjliga vägar att gå i framtiden" antagen och publicerad den 27 november 1996 samt

regeringens yttrande i Regeringsbeslut 7, 1997-03-20, Fi97/646).

Konkurrenskommissionen har i samband med ett flertal svenska domstolsavgöranden kunnat konstatera att förvånande lite hänsyn tas till gällande gemenskapsrätt. I några fall kan det till och med ifrågasättas om rättstillämpande myndigheter verkligen insett vilka skyldigheter gemenskaprätten föreskriver.

Länsrätten i Skåne län hade i ett överprövningsmål om offentlig upphandling att bedöma ett beslut av ett landsting att avbryta en upphandling av ambulanstjänster. En anbudsgivare hade i domstolen klagat på beslutet och bl.a. åberopat ett avgörande från EG-domstolen som sa att upphandlande enheters beslut att avbryta tjänsteupphandlingar skall kunna prövas och, i förekommande fall, ogiltigförklaras av den anledningen att beslutet innebär åsidosättande av gemenskapsrätten på området för offentlig upphandling eller av de nationella regler som innebär införlivande av denna rätt (mål nr. C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaus-Planungs- Gesellschaft mbH ./ Stadt Wien).

Länsrätten motiverade sitt beslut att avvisa talan på följande sätt: ”Frågan om prövning av att en upphandlande enhet avbryter upphandling är inte reglerad i LOU. Någon överprövning av att upphandlingen avbrutits kan således inte göras enligt LOU. Ansökan om överprövning skall därmed avvisas”. Av länsrättens redovisade skäl framgår inte att några överväganden avseende det i målet åberopade avgörandet från EG-domstolen över huvud taget gjorts. Länsrätten avslag även ett yrkande att i det aktuella målet inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen.

Såvitt framgår av det refererade avgörandet synes länsrätten fullständigt ha bortsett från att gemenskapsrätten skulle ha givits företräde framför LOU, eftersom EU-domstolen föreskrivit en rättighet för klagande anbudsgivare som tydligen kommit att beskäras genom LOU. Länsrättens beslut att avvisa talan upphävdes senare av Kammarrätten i Göteborg, vilken återförvisade målet för prövning i sak (Kammarrätten i Göteborg, beslut i mål nr. 2027-04).

Länsrätten i Skåne län hade i ett annat mål att bedöma lagligheten av ett beslut om renhållningstaxa som fattats av kommunfullmäktige i Landskrona. Beslutet innebar att kommunen tillmötesgick ett av kommunen delägt renhållningsbolag ifråga om mer betalning för löpande tjänster, trots att kommunen genom lagkraftvunnen dom redan hade förbjudits att utan mellankommande upphandling köpa tjänster från renhållningsbolaget. Kommunfullmäktiges beslut innebar således rent domstolstrots.

Mot detta beslut anfördes talan om laglighetsbesvär av ett stockholmsbaserat privat företag som mot kommunen vunnit ett tidigare mål om offentlig upphandling av de aktuella renhållningstjänsterna. Företaget åberopade sin på gällande upphandlingsdirektiv grundade rätt att domstolens laga kraftvunna förordnande om mellankommande upphandling skulle iaktas. Bland annat anförde det privata företaget att gemenskapsrätten innebär rätt för enskilda att föra talan även i fall som inte förutsetts i de inhemska bestämmelserna om talerätt, om detta krävs för att tillvarata deras gemenskapsrättsligt skyddade rättigheter och dessa inte kan hävdas på annat sätt. Nationella processbestämmelser skall således inte kunna begränsa gemenskapsrättens effektiva genomslag, eller som domstolen själv uttryckte det ”...any provision of any legislative, administrative or judicial practice which might impair the effectiveness of Community law by withholding from the national court having jurisdiction to apply such law the power to do everything necessary at the moment of its application to set aside national legislative provisions which might prevent Community rules from having full force and effect are incompatible with those requirements which are the very essence of Community law.”. (EU-domstolen, mål nr. C-106/77, Simmenthal, se även domstolens avgöranden i mål nr. C-213/89 Factortame, samt målen C-6/90 och C-9/90, Francovich se även vad som angivits av Fitger i kommentaren till rättegångsbalken, supplement 32, augusti 2000, 13:10g).

Länsrätten beslutade emellertid att avvisa det privata företags talan på den grunden att företaget, som inte var kommunmedlem i Landskrona, saknade talerätt mot kommunens beslut. Länsrättens beslut att avvisa talan har numera vunnit laga kraft genom att Kammarrätten i Göteborg och Regeringsrätten beslutat att inte bevilja företaget prövningstillstånd (Länsrätten i Skåne län, beslut i mål nr. 13824-03, Kammarrätten i Göteborg, beslut i mål nr. 285-04).

Även detta avgörande belyser frågan huruvida Sverige fullt ut kan anses ha implementerat gällande gemenskapsrätt, eftersom en leverantör på grund av en inhemsk begränsning av talerätten vägrats tillgång till effektiva rättmedel för att hävda sin gemenskapsrättsligt grundade rätt och någon alternativ rättslig möjlighet inte stått honom till buds.

PUBLICERING AV ÄRENDEN

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

Genom mediabevakningen känner allt flera kommunala aktörer och allmänheten till kommissionens verksamhet. Under verksamhetsåret har Konkurrenskommissionens verksamhet resulterat i ett mycket stort antal medianedslag: tidningsartiklar samt inslag i radio och TV. Totalt under verksamhetsåret har betydligt över hundra nedslag noterats i media.

Konkurrenskommissionens pressreleaser och avgjorda fall återfinns på Stiftelsen Den Nya Välfärdens hemsida på internet: <http://www.dnv.se>.

YTTRANDEN

Ett annat sätt för Konkurrenskommissionen att förmedla information och erfarenheter från sin drygt tioåriga granskningsverksamhet är genom remissyttranden i olika angelägenheter med anknytning till kommissionens expertområde.

I en promemoria om Kommunal medverkan i landstingets sjuktransporter (Ds 2004:18) föreslås att Hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) skall ändras så att kommuner och landsting genom civilrättsliga avtal tillåts samverka ifråga om ambulanstransporter.

Konkurrenskommissionen avstyrker i sitt yttrande att förslaget i promemorian genomförs. Bland annat framhåller kommissionen att samtliga utredningar och lagstiftningsreformer på kommunalrättens område tidigare har utgått från en princip om att samverkan som huvudregel skall ske i förvaltningsrättsligt reglerad form och inte genom civilrättsliga avtal. Sådana rena entreprenadlösningar som förespråkas i promemorian har exempelvis tillåtits enbart avseende rena undantagsfall och tillfälliga lösningar där någon permanent administrativ organisation rimligen inte låter sig tillskapas, exempelvis inom vissa sektorer inom socialtjänsten.

För att möta kommunernas och landstingets behov av samverkan inom hälso- och sjukvårdsområdet har lagstiftaren istället infört, jämfört med äldre förhållanden, väsentligt bättre och utökade möjligheter att samverka i s.k. gemensamma nämnder eller i kommunalförbund. Så sent som vid halvårsskiftet 2003 infördes lagen (2003:192) om gemensam nämnd inom vård- och omsorgsområdet, med innebörden att ett landsting och en eller flera kommuner som ingår i landstinget gavs utökad möjlighet att genom samverkan i gemensamma nämnder fullgöra landstingets uppgifter enligt bl.a. hälso- och sjukvårdslagen. Det är enligt denna lag således möjligt för berörda kommuner och landsting att överföra befintlig ambulanssjukvård och därmed angränsande primärkommunal verksamhet till gemensamma nämnder varför någon ändring som möjliggör även entreprenadlösningar inte fordras.

Att interkommunal samverkan är att föredra i förvaltningsrättsligt reglerade former framför civilrättsliga avtal motiveras främst av de med civilrätten sammanhörande problem såsom otydlig ansvarsfördelning m.m. som annars riskerar uppkomma. För att undvika konkurrensnedvridande effekter i förhållande till det privata näringslivet bör vidare, på sätt som den statliga Samverkansutredningen har berört i betänkandet Samverkan – Om gemensamma nämnder på vård- och omsorgsområdet, m.m. (SOU 2000:114) - förutsättningarna för kommunernas entreprenadverksamhet göras likvärdig med motsvarande privat bedriven ambulansverksamhet. Således måste det garanteras att den kommunala ambulansverksamheten kan drivas på likartat affärsmässiga grunder och att verksamheten inte korssubventioneras genom t.ex. den kommunala räddningstjänsten i övrigt. Införandet av ett sådant system kräver omfattande och för den kommunala ekonomin genomgripande överväganden som över huvud taget inte närmare berörs i det nu aktuella förslaget till lagändring, påpekar kommissionen i sitt yttrande.

ÖVRIGT

Utöver handläggning och publicering av bedömda ärenden har Konkurrenskommissionen verkat för att frågor kring konkurrensneutralitet i offentlig verksamhet har belysts och diskuterats på andra sätt.

Kommissionens föredragande jurist har under året medverkat vid seminarier, paneldiskussioner och i andra fora där konkurrens och offentlig upphandling har diskuterats med företagare, politiker och tjänstemän inom offentlig sektor och/eller representanter för massmedia, bland annat vid föreläsningsserier som har anordnats av olika branschförbund.

Synpunkter som efter särskild inbjudan framfördes av kommissionens ordförande vid ett möte med en delegation från OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) har resulterat i att vissa kritiska synpunkter på konkurrens klimatet i Sverige har kommit att framföras i OECD:s rapport för 2003.

Därutöver har särskilda informationsinsatser även inriktats på upphandlare i kommun och landsting samt företrädare för det lokala näringslivet som Stiftelsen Den Nya Valfärden och Svenskt Näringsliv har samarbetat kring.

Kommissionen har även på frågor från enskilda företagare, politiker och tjänstemän i offentlig förvaltning redovisat avgjorda fall, samt i viss mån gett vägledning i enskilda frågor. Därjämte har under årets löpande arbete upplysningar om och synpunkter i anledning av kommissionens erfarenheter och iakttagelser lämnats till myndigheter och enskilda.

SLUTSATSER

Konkurrenskommissionens erfarenheter av de första tio verksamhetsåren är att de konkurrensnedvridande beteenden som förekommer inom den offentliga sektorn i korthet kan sammanfattas i tre huvudgrupper:

- **I)** Åsidosättanden av bestämmelserna om offentlig upphandling. *Denna grupp utgör den största delen av de av kommissionen granskade fallen.*
- **II)** Överträdelse av förbud i lag att bedriva viss verksamhet. *Denna grupp utgör knappt 1/4 av den totala ärendevolymen. Andelen ärenden rörande kompetensfrågor varierar dock kraftigt mellan åren.*

- **III)** Övriga ärenden där olika former av subventioner eller sammanblandning mellan myndighetsutövning och affärsverksamhet snedvrider förutsättningarna för en väl fungerande konkurrens på den allmänna marknaden.

I. Åsidosättanden av bestämmelserna om offentlig upphandling

Den offentliga upphandlingen omfattar betydande volymer. Konkurrenskommissionen har tidigare påpekat att det centrala målet för bestämmelserna om offentlig upphandling måste vara att företagen kan konkurrera på lika villkor. Ett annat syfte är att försvåra korruption och annat *illojalt upphandlingsbeteende* i den offentliga förvaltningen genom tydliga bestämmelser om offentlig upphandling. Med illojalt upphandlingsbeteende avses bland annat upphandlingsbeslut som präglas av andra hänsyn än omsorgen om en god och affärsmässigt betingad effektivitet vid offentlig upphandling.

För uppfyllandet av dessa mål föreligger tre nödvändiga förutsättningar:

- otvetydiga bestämmelser som motverkar möjlighet till illojalitet, godtycke eller mannamån vid offentliga upphandlingar,
- kännbara sanktioner som avhåller de upphandlande enheterna från att begå lagöverträdelser,
- effektiva och konsekventa processbestämmelser vilka medför att överträdelser på ett enkelt sätt kan påtalas och rättelse ske.

Som kommissionen uppmärksammat i tidigare års verksamhetsberättelser varierar orsakerna till att bestämmelserna för offentlig upphandling åsidosätts från fall till fall. Icke sällan är förklaringen okunnighet hos de upphandlande enheterna om innebörden av gällande bestämmelser. Trots att upphandlingslagen har varit i kraft i nu över tio år och till sin principiella innebörd väsentligen inte skiljer sig från äldre bestämmelser i upphandlingsförordningen (1986:612) och de kommunala upphandlingsreglementena, motiverar upphandlingsansvariga tjänstemän och förtroendevalda politiker fortfarande i förvånande hög grad sin bristande lagefterlevnad med okunnighet om lagens bestämmelser eller med att de saknar tillräckliga resurser för att följa lagen.

Kontroll och tillsyn

För att tillfredsställande kvalitet vid offentlig upphandling skall upprätthållas finner Konkurrenskommissionen det angeläget, att de kontroll- och informationsfunktioner som i dag ligger hos tillsynsmyndigheten (f.n. Nämnden för offentlig upphandling – NOU) förstärks. Kontrollfunktionen bör dessutom kompletteras med en möjlighet att på ett kraftfullt sätt ingripa mot de upphandlande enheter som bryter mot lagen – exempelvis genom en straffavgift. Företrädare för parts- eller sår-intressen bör inte delta i tillsynsmyndighetens handläggning, prövning eller beslut.

Nämnden för offentlig upphandling bör ges resurser som fullt ut svarar mot de upphandlande enheternas och allmänhetens intresse av råd- och vägledning inom nämndens ansvarsområde..

Effektiva sanktioner mot upphandlande enheters domstolstrots vid överprövning enligt lagen om offentlig upphandling saknas fortfarande. Varken upphandlingslagen eller någon annan svensk författning reglerar påföljder för upphandlande enheter som väljer att negligera domstols beslut, trots att sådant rättsmedel förutsätts finnas enligt gällande EU-direktiv.

För att komma tillrätta med upphandlande enheters överträdelser av lag fordras att verkställighetsföreskrifter samt klara och effektiva sanktioner införs, i form av kännbara böter, viten eller straffavgifter, vid såväl upphandlande enheters lagtrots som domstolstrots. Även personligt straff- och skadeståndsansvar för de beslutsfattare som handlägger offentlig upphandling bör enligt kommissionens mening kunna komma ifråga.

Rättstillämpning

Från de rättstillämpande myndigheternas sida (främst länsrätterna) har Konkurrenskommissionen erfarit viss tveksamhet när det gäller att utan stöd av detaljbestämmelser i upphandlingslagen eller dess förarbeten tolka generalklausulen om affärsmässighet. Lagen bör därför utformas så tydligt att möjlighet till missuppfattningar och lagtolkningar i strid mot lagens anda motverkas.

Domstolarna bör även ges möjlighet till fördjupad information och vägledning avseende de nya och jämfört med tidigare förhållanden delvis avvikande bestämmelser som Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen kommit att medföra. Särskilt bör fördjupade informationsinsatser avse sådana på gemenskapsrätten grundade principer om effektivitet och talerätt m.m. som utgör en förutsättning för att Sverige skall anses ha implementerat gällande gemenskapsrätt.

Som tidigare har uppmärksammats i denna verksamhetsberättelse utgör det ett problem att upphandlande enheter ibland väljer att mot gällande bestämmelser upphandla direkt från vissa leverantörer utan att inhämta konkurrerande anbud. Även om senare rättspraxis har medfört lättnad för leverantörer att söka kompensation vid uppenbara överträdelser och tillkortakommanden bör effektiva sanktioner i annan form än skadestånd införas för att stävja missbruk och säkerställa att lagens bestämmelser efterlevs av upphandlande enheter. Det är förvånande att sådana sanktioner, trots påpekanden under flera år från Upphandlingskommittén, Riksdagens revisorer, Riksrevisionsverket samt Nämnden för offentlig upphandling (NOU), ännu inte har införts.

Vissa organ, främst kommunala och statliga företag, synes i strid mot tillsynsmyndighetens (NOU:s) upprepade konstateranden framhärda i uppfattningen att de inte omfattas av lagens bestämmelser. För dessa fall bör ett särskilt förfarande inrättas att - i domstol eller på annat sätt - pröva huruvida dessa organisationer skall betraktas som upphandlande enheter. Förfarandet bör även förenas med kännbara sanktioner vid fortsatta åsidosättanden av upphandlingslagen.

Frågan huruvida överprövning kan ske på talan av leverantör som valt att inte delta med något anbud i upphandlingen bör klarläggas. På området finns en skiftande rättspraxis, där vissa domstolar synes ha valt att ogilla sådan talan om överprövning på den grunden att klagande leverantörer inte riskerat lida någon skada eftersom de inte deltagit med något anbud eller intresseanmälan i upphandlingen. Angiven svensk rättspraxis riskerar enligt Konkurrenskommissionens mening att vid sidan om gemenskapsrättsliga bestämmelser innebära en talerättspreklusion, d.v.s. att det svenska överprövningsförfarandet vid offentlig upphandling inte kan åberopas av var och en som har eller har haft ett intresse att få kontrakt om offentlig upphandling och som har lidit skada eller riskerat lida skada av en påstådd överträdelse (jfr. art. 1 punkt 3, 89/665/EEG samt 92/13/EEG).

Genom införandet av den s.k. Alcatel-lagändringen från och med den 1 juli 2002 synes det av Konkurrenskommissionen tidigare uppmärksammat problemet för anbudsgivare att få till stånd en materiell överprövning innan målet måste avskrivas på grund av att kontrakt tecknats, ha funnit viss lösning. Vissa väsentliga frågor är emellertid fortfarande oreglerade, däribland vad som avses med ”upplysning” enligt 1 kap. 28 § LOU.

Vidare synes vissa processrättsligt relaterade frågor om förutsättningar för verkställighetsförbudets giltighet i tiden samt verkan av dom i mål om offentlig upphandling var oreglerade.

En presumtion för tillfälligt verkställighetsförbud bör därför införas i lagen om offentlig upphandling i avsikt att rättstillämpningen bättre skall leva upp till EU-direktivens krav på effektivt prövningsförfarande samt för att undvika rättsförluster för enskilda leverantörer. Vidare fordras det tydligen att det i lag införs en bestämmelse som klarlägger att dom alltid träder i verkställighetsförbuds ställe och att det således inte kan vara möjligt för en upphandlande enhet att

i strid mot meddelad dom slutföra en överprövad upphandling, även om domen inte vunnit laga kraft.

Förhandlingar och prutningar

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

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

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har angivit följande: *"Om enheten har motiv för att upphandlingen skall genomföras med förhandlingar kan enheten förhandla om i stort sett allt som rör upphandlingen, även priset. Men, det är viktigt att enheten genom förhandlingarna inte väsentligt ändrar på förutsättningarna för upphandlingen. Det skall således i grunden vara samma vara eller tjänst som upphandlas i förhållande till vad som angavs i förfrågningsunderlaget inklusive kravspecifikationen"*. Uttalandet antyder att nämnden har ansett att det skall föreligga ett objektivt motiv för att förhandlingar skall kunna förekomma. Någon rättspraxis föreligger ännu inte. I en ännu inte lagakraftvunnen dom har emellertid hovrätt funnit förhandlingar som ändrat rangordningen mellan leverantörerna förenliga med upphandlingslagens bestämmelser.

Förhandlingar vid förenklad upphandling bör enligt Konkurrenskommissionens mening genomföras på ett objektivt och affärsmässigt sätt, det vill säga i första hand för att klarlägga styrkan i anbud och således inte i syfte att pressa anbudspriserna. Rena prutningar bör därför inte kunna förekomma. Prispressen i en upphandling skall istället ligga i det osäkerhetsmoment som följer av att anbudsgivarna varken vet hur många eller vilka deras konkurrenter är eller vilka anbud de avger, särskilt mot bakgrund av insikten att avgivna bud är definitiva och således inte kan ändras i efterhand. En reglering i lag, på samma sätt som för upphandlingar över tröskelvärdena (och enligt äldre bestämmelser), är med hänsyn bl.a. till senare tids rättstillämpning nödvändig för att skapa klarhet i frågan.

Korta implementeringstider

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

I ett annat avgörande har en implementeringstid på sex dagar för att anskaffa ett antal på marknaden svårtillgängliga maskiner inte ansetts strida mot lagen. På grund av den tidsbrist som uppstod mellan kontraktstilldelningen och entreprenadens påbörjande tilldelades kontraktet i upphandlingen slutligen den tidigare leverantören, trots att ett konkurrerande anbud förklarats vara ekonomiskt mer fördelaktigt. Upphandlingstiden i övrigt avsåg flera månader. Enbart tiden för antagande av anbud var angiven till strax under två månader (Kammarrätten i Stockholm, mål nr. 5306-03).

De anförda exemplen visar behovet av att frågan om implementeringstid regleras i lagen. För kort tilltagna implementeringstider gynnar tidigare leverantör och motverkar konkurrensen.

Interna bud i konkurrens med externa anbud

Konkurrenskommissionen har tidigare uppmärksammat problem som uppstår när upphandlande enheter låter den egna regionen delta med interna bud i konkurrens med externa anbud vid offentlig upphandling. I några fall synes upphandlingarna ha varit utlysta enbart för att testa den egna regionens konkurrenskraft utan någon seriös avsikt att upphandla. I andra fall har egenregibudet till följd av olikheter vid jämförelsen med externa anbud erhållit fördelar. Högsta domstolen har numera funnit att upphandlingslagens bestämmelser och principer om affärsmässighet och objektivitet inte skall äga tillämpning på avbrutna upphandlingar (se NJA 2001 s. 3). Denna inställning kan möjligen komma att behöva justeras med hänvisning till ett senare avgörande från EU-domstolen mål nr. C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaus-Planungs- Gesellschaft mbH ./ Stadt Wien).

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

Tysta förlängningsavtal

Konkurrenskommissionen har, som påpekats i det föregående, även iakttagit fall där upphandlande enheter genom tyst förlängning vidmakthåller avtalsförhållanden som kan vara mycket långa och sträcka sig över femtio år tillbaka i tiden. De aktuella avtalsförhållandena kännetecknas av att kontrakten innehåller klausuler om automatisk förlängning vid utebliven uppsägning. Något beslut om förlängning av avtalen behöver således inte fattas av de upphandlande enheterna, utan detta sker automatiskt om uppsägning inte sker inom föreskriven tid.

Att dylika s.k. tysta förlängningar inte kan överprövas av domstol har nyligen konstaterats av Regeringsrätten i ett mål som gällde tvätteritjänster i Västernorrland. Som bl.a. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har påpekat i ett yttrande till Regeringsrätten har medlemsstaterna inom EU en skyldighet enligt gällande rättsmedelsdirektiv att vidta nödvändiga åtgärder för att garantera, att de upphandlande enheternas beslut om upphandling prövas effektivt. Det gemenskapsrättsliga kravet på effektivitet måste rimligen anses innefatta att de upphandlande enheterna, utan att för den skull tvingas bryta mot redan ingångna avtal, måste kunna åläggas att bringa avtal som regelmässigt förlängts i flera omgångar till att slutligen upphöra. Det kan inte vara affärsmässigt motiverat att vidmakthålla tio- eller tjugåriga avtal utan mellankommande upphandling. Dessutom riskerar konkurrensen att allvarligt snedvridas vid sådana förhållanden.

Eftersom rättspraxis tydligen inte medger att tysta förlängningar prövas rättsligt måste lagen ändras på denna punkt. Rättsmedelsbestämmelserna i lagen om offentlig upphandling bör därför kompletteras med en bestämmelse om att domstol skall kunna ålägga en upphandlande enhet att säga upp avtal som genom passivitet från den upphandlande enhetens sida, utan mellankommande upphandling, har kommit att förlängas i flera omgångar.

Parallella ramavtal

I ett antal tidigare avgöranden har Konkurrenskommissionen 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 oförhindrade att utan någon ytterligare prövning eller jämförelse mellan anbudens priser och villkor avropa varor eller tjänster från valfri anbudsgivare. Således kan den dyraste anbudsgivaren bli den som uteslutande kommer att leverera till enheten.

Lösningar med parallella avtal kan i några fall motiveras av affärsmässiga skäl. Förfarandet riskerar emellertid att utnyttjas för att kringgå lagen om offentlig upphandling. En upphandlande enhet kan t.ex. välja att utan affärsmässig hänsyn avropa från valfri leverantör. Betydande risk för godtycke och mannamån uppstår därmed. Konkurrenskommissionen har bland annat uppmärksammat ett par fall där kommuner har tecknat ramavtal (framework arrangements) vid upphandling av städtjänster. I förfrågningsunderlagen har några referenser till konkreta objekt inte lämnats och anbud har heller inte inhämtats avseende specifika objekt. En lista med vinnare har upprättats där upp till 35 städföretag med sinsemellan högst varierande list-priser (upp till 25 procent) eller utan några prisangivelser alls, upptagits som godkända leverantörer. Avsikten har varit att förvaltningar inom kommunerna senare skulle "avropa" städtjänster från valfri listad leverantör.

Det påtalade missbruket är enligt Konkurrenskommissionens mening oroande och riskerar att på sikt leda till att lagen om offentlig upphandling sätts ur spel.

Upphandling vid kundvalssystem

I fråga om kundvalssystem eller dylika system där valet av leverantör görs av de enskilda medborgarna som berörs anser Konkurrenskommissionen att sådana system inte innefattar några moment av offentlig upphandling och således inte skall regleras genom lagen om offentlig upphandling. Om anskaffningar som sker genom kundvalssystem och dylikt över huvud taget behöver regleras i lag bör det ske genom separat lagstiftning och utanför lagen om offentlig upphandling. Konkurrenskommissionen finner det tillfredsställande att denna analys numera även synes omfattas av såväl den statliga Upphandlingskommittén (se SOU 2001:31, sid. 240 ff) som regeringen (se prop. 2001/02:142 sid. 86, överst).

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

Ett viktigt område för Konkurrenskommissionens granskningsverksamhet har liksom tidigare år 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 även under det tionde verksamhetsåret uppmärksammat fall där myndighetens egna kompetens har överträtts. Tidigare år har kommissionen uppmärksammat fall där kommuner, inom ramarna för befintlig simhallsverksamhet, etablerar sig på nya marknader för

gym, solarier och massage, och där konkurrerar ut det privata näringslivet. Dyliga etableringar strider enligt Konkurrenskommissionens mening mot kommunallagens kompetensbestämmelser och medför förödande effekter för de privata företagen som drabbas samt snedvrider konkurrensen. Under året har något nytt sådant fall inte anmälts till kommissionen för granskning. Rättelse i de fall som kommissionen kritiserat tidigare har såvitt kommissionen har erfarit emellertid inte skett.

Kommissionen har även granskat fall där allmänna medel använts till att gynna vissa näringsidkare, och därigenom snedvridit förutsättningarna för konkurrensen med det övriga näringslivet. Under året har kommissionen särskilt uppmärksammat fall där kommunalt stöd lämnats till lokala industrier. I samtliga fall har gynningarna – som enligt Konkurrenskommissionens mening strider mot kommunallagens kompetensbestämmelser – medfört att konkurrensen snedvridits på samma sätt som från officiellt håll annars brukar kritiserats när det gäller liknande etableringsstöd utomlands.

Ett stort problem vid kommunernas överträdelser av den egna kompetensen är att effektiva sanktioner saknas. För det första är regelverket vid laglighetsprövning i domstol så restriktivt och komplicerat att det i praktiken är mycket svårt för kommunmedlemmar att i tid uppmärksamma och påtala kommunala överträdelser (beträffande kommunala bolag, se nedan). Dessutom lämnar regelverket inga eller små effektiva möjligheter att garantera efterlevnaden av domstolarnas beslut. Domstolarnas praxis att normalt kommunicera anförda yrkanden om förbud mot verkställighet (inhibition) innan beslut i ärendet fattas medför enligt vad kommissionen erfarit en oönskad möjlighet för berörda kommuner att genom påskyndad verkställighet upphäva de praktiska effekterna av den rättsliga prövningen. I andra fall har viss verksamhet som av domstol förklarats olaglig fortsatt som tidigare utan möjlighet till ytterligare sanktion.

En tydlig tendens, som kommissionen även påtalat tidigare är att allt mer kommunal verksamhet flyttas över från förvaltningsform till kommunala företag (oftast bolag). Under tidigare år har Konkurrenskommissionen uppmärksammat fall där kommunala bolag överträtt kommunallagens kompetensbestämmelser 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 bolagsordningar som saknar inskränkningar till de i kommunallagen angivna gränserna för den kommunala kompetensen. Dessutom följer i vissa fall av sådana koncernbildningar 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 bolagen bl.a. kunna bedriva kompetensstridig verksamhet på den allmänna marknaden.

III. Subventioner och sammanblandning mellan myndighetsutövning och affärsverksamhet som snedvrider konkurrensen.

Den tredje gruppen av ärenden som Konkurrenskommissionen granskat är övriga fall där subventioner eller sammanblandning mellan myndighetsutövning och affärsverksamhet har snedvridit konkurrensen.

I takt med att myndigheternas organisation decentraliseras och att viss intäktsfinansierad verksamhet bedrivs i konkurrens med privata företag på de allmänna marknaderna, ökar risken för konkurrensnedvridande sammanblandning mellan ren myndighetsutövning och myndigheternas affärsverksamhet.

Det påtalade förhållandet är snedvridande för konkurrensen. Förfarandet undergräver även medborgarnas förtroende för myndigheternas oberoende vid blandade uppdrag, där såväl myndighetsutövning som uppdragsverksamhet förekommer.

En förutsättning för att myndigheterna skall kunna bedriva uppdragsverksamhet vid sidan om den ordinarie myndighetsverksamheten bör vara att uppdragsverksamheten organisatoriskt helt särskiljs från myndighetsdelen och att något samarbete i kommersiella sammanhang inte förekommer.

EFFEKTER AV KOMMISSIONENS VERKSAMHET

De effekter som Konkurrenskommissionen kunnat iaktta av sin verksamhet är i första hand, att av kommissionen påtalade 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.

Andra viktiga effekter är att verksamheten har bidragit till att fästa enskildas och massmedias uppmärksamhet på gränserna för offentliga organs, särskilt de kommunala organens, handlingsmöjligheter och att det organ som har utsatts för Konkurrenskommissionens kritik förhoppningsvis rättar sig i enlighet med kommissionens påpekanden.

En ytterligare generell effekt är att kommissionens utredningar och avgöranden har kunnat utnyttjas som underlag för leverantörer eller andra parter vid talan inför domstol om skadestånd eller överprövning av upphandling eller vid laglighetsprövning mot kommunala kompetensöverskridande beslut. I flera fall har domstolar, på talan av enskilda eller företag efter kommissionens granskning, förklarat kommuners agerande olagligt.

Den erfarenhet som Konkurrenskommissionen har fått efter snart tio års verksamhet och över 340 avgjorda fall har vidare på olika sätt förmedlats till dem som haft att utforma framtida lagstiftning på det aktuella områdena för kommissionens verksamhet.

Förändringsbehov

På grundval av erfarenheterna av kommissionens granskande verksamhet förordas 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.

- Rätten att föra talan vid domstol om överträdelser mot lagen om offentlig upphandling bör vidgas till att omfatta bland annat myndigheten som skall utöva tillsyn över lagen samt organisationer av näringsidkare. Bestämmelserna om överprövning bör i enlighet med gällande EU-direktiv klarläggas så att samtliga leverantörer som kunnat lämna anbud får sin talan prövad, oavsett huruvida de valt att avge något anbud eller ej.

- Lagen om offentlig upphandling bör kompletteras med en bestämmelse om att domstol skall kunna ålägga en upphandlande enhet att säga upp sådana avtal som utan mellankommande

upphandling genom passivitet från den upphandlande enhetens sida har kommit att förlängas i flera omgångar.

- En bestämmelse om presumtion för verkställningsförbud i överprövningsmål bör införas i lagen.

Konkurrenskommissionen rekommenderar vidare att nödvändiga ändringar av lagen genomförs så att överträdelser genom s.k. otillåten direktupphandling (eller otillåten förhandlad upphandling utan förhandsannonsering) sanktioneras på ett effektivt sätt samt att även avbrutna upphandlingar införlivas i lagens regelsystem.

Tydliga verkställighetsbestämmelser och ett personligt ansvar för handläggande befattningshavare vid illojalt upphandlingsbeteende bör införas eller straffbestämmelserna vid myndighetsmissbruk förtydligas så att det klart framgår att dessa även omfattar beslut vid offentlig upphandling.

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 det inte är tillåtet att, vid annat än s.k. förhandlat förfarande, föra förhandlingar med anbudsgivare, om att pruta anbud efter anbudstidens utgång, så att annat anbud än det ursprungligen mest förmånliga kan komma att antas.
- Det skall inte vara tillåtet att utan objektiva och affärsmässiga skäl teckna parallella s.k. "ramavtal" med olika leverantörer med sinsemellan varierande villkor. Tecknas sådana ramavtal skall avrop alltid ske enligt den rangordning i vilken anbudsgivarna har fördelat sig vid anbudsvärderingen.
- Lydelse 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 ges vidgad 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 genom effektiva sanktioner stoppa kommunal verksamhet som inte är kompetensenlig. Pågående försöksverksamheter med utvidgning av den kommunala kompetensen där kommunerna skall tillåtas bedriva verksamhet på den allmänna marknaden bör avbrytas.

I kommunallagen, aktiebolagslagen, handelsbolagslagen, lagen om ekonomiska föreningar samt stiftelselagen bör vidare föras in särskilda bestämmelser för kommunala företag, som ger medborgarna samma möjligheter till insyn och kontroll som om den verksamhet som bedrivs i kommunal företagsform istället hade bedrivits i förvaltningsform. Bestämmelser bör omgående införas som innebär att de kommunala företagens beslut anslås på kommunens anslagstavla samt att kommuninnevånare ges möjlighet att på samma sätt som med kommunala nämndbeslut överklaga beslut som fattats i kommunala företagsstyrelser.

De granskningar som kommissionen genomfört – hittills c:a 400 avgjorda fall – understryker kraven på att förändringar på dessa punkter kommer till stånd.

Stockholm den 15 september 2004

G Rune Berggren

Sigvard Berglöf

Patrik Engellau

Inger Ridderstrand Linderöth

Erik Nerep

Lennart Palm

Bilaga till Konkurrenskommissionens verksamhetsberättelse, tionde verksamhetsåret (2003/2004)

I) I gruppen av ärenden rörande konkurrenssnedvridning genom åsidosättanden av reglerna för offentlig upphandling har Konkurrenskommissionen avgjort 18 ärenden. Samtliga av dessa har lett till kritik från kommissionen. Bland de således avgjorda ärendena märks följande:

KKO 03-004, bristande affärsmässighet. Stockholms läns landsting hade vid upphandling av renhållningstjänster beslutat att anta ett anbud som var nästan fyra gånger dyrare än det anbud som, helt i enlighet med ställda krav i upphandlingen, lämnat det lägsta budet. Landstingets förklaring var att omständigheten ”pris” tillmätts endast 10 procents vikt i förhållande till övriga värderingsomständigheter. Konkurrenskommissionen konstaterade att en sådan viktning varken framgått av förfrågningsunderlaget eller något annat underlag för upphandlingen. Att mot denna bakgrund åsätta priset så pass lågt värde kunde knappast anses affärsmässigt menade kommissionen. Förfarandet förklarades senare olagligt av domstol (länsrätt), vilken förordnade att upphandlingen skulle göras om.

KKO 03-028, bristande affärsmässighet. Tomelilla kommun tillämpade vid upphandling av tjänster för fastighetservice m.m. (skötsel av grönytor) ett förfarande där negativa omdömen från konkurrenter i upphandlingen tillmättes betydelse vid beslut om tilldelning. Samtidigt bortsåg kommunen från sådana referenser som anbudsgivaren själv ingivit till stöd för sitt anbud. Konkurrenskommissionen påpekade att med ”referenser” måste rimligen avses omdömen från sådana tidigare affärspartners eller andra som anbudsgivaren själv refererat till i sitt anbud. Om den upphandlande enheten har angivit att hänsyn skall tas till förekommande referenser är det naturligtvis sådana omdömen som i första hand skall bedömas. Värdeomdömen som enheten infordrat på eget initiativ kan knappast anses utgöra ”referenser” eller tillmätas något avseende vid anbudsvärderingen om detta inte klart framgått av förfrågningsunderlaget. Omdömen från konkurrenadsföretag bör över huvud taget inte förekomma som beslutsunderlag. Tomelilla kommuns förfarande i den aktuella upphandlingen kunde enligt kommissionens mening inte anses affärsmässigt samt snedvred förutsättningarna för konkurrensen.

KKO 03-037, bristande affärsmässighet. Avesta kommun hade i en upphandling av renhållningstjänster blandat samman s.k. utvärderingskriterier med s.k. kvalifikationskrav samt vägt in omständigheter som inte stöds av förfrågningsunderlaget. Handläggningen uppvisade brister även i övrigt och tilldelningen hade skett till en anbudsgivare som i formellt hänseende inte uppfyllde samtliga för upphandlingen ställda krav. Konkurrenskommissionen påpekade att kvalifikationsbedömning och anbudsvärdering är två skilda förfaranden som enligt gällande rätt skall genomföras var för sig. Det inte är vidare inte möjligt för en upphandlande enhet att i efterhand lägga till eller dra ifrån omständigheter vid värderingen av anbud. Vad Avesta kommun således lagt till grund för sitt beslut om tilldelning i den aktuella upphandlingen strider således på flera punkter mot de krav av både formell och materiell natur som kan ställas på en hur en offentlig upphandling skall handläggas menade Konkurrenskommissionen samt konstaterade att konkurrensen därmed kommit att snedvridas. För närvarande pågår en process i domstol (tingsrätt) om skadestånd för förfördelad leverantör.

KKO 03-038, bristande affärsmässighet. Arboga kommun hade, utan föregående infordran av konkurrerande anbud, tecknat avtal med ett privat företag om driften av ett gym i kommunens simhall. Avtalet hade utformats som ett lokalhyresavtal där kommunen formellt hyrde ut delar av simhallen till en privat entreprenör. Konkurrenskommissionen menade dock

att förfarandet närmast var att beteckna som en förtäckt upphandling, där kommunen från det privata företaget tecknat avtalat om att köpa erforderliga tjänster samt hyra vissa inventarier för driften av gymet. Avtalet borde därför ha upphandlats i konkurrens på den allmänna marknaden konstaterade kommissionen som också menade att konkurrensen därmed hade snedvridits. Förfarandet förklarades senare olagligt av domstol (länsrätt), vilken förordnade att upphandlingen skulle göras om.

KKO 03-039, **bristande affärsmässighet**. Hässleholms kommun hade vid en upphandling avseende vård- och omsorgstjänster bl.a. antagit anbudsgivare som inte uppfyllt för upphandlingen ställda kvalifikationskrav samt tillfört nya omständigheter för anbudsvärderingen. En anbudsgivare hade efter anbudstidens utgång även tillåtits att utvidga sitt anbud till att avse även en annan upphandlingsdel än som ursprungligen offererats. Konkurrenskommissionen påpekade att det enligt gällande rätt inte är tillåtet att anta anbudsgivare som inte uppfyller ställda krav. Det är heller inte tillåtet att tillföra nya krav eller dra ifrån omständigheter som angivits i förfrågningsunderlaget. Anbud får inte ändras efter anbudstidens utgång. Kommissionen menade därför att Hässleholms kommun på flera punkter hade åsidosatt gällande bestämmelser om offentlig upphandling samt att förutsättningarna för konkurrensen därmed hade snedvridits. Kommunen har senare, i anledning av den felaktiga handläggningen, genom förlikning i allmän domstol (tingsrätt) erlagt sammanlagt 2,8 miljoner kronor (1,8 + 1 mkr) i skadestånd till två förfördelade leverantörer.

KKO 03-040, **bristande affärsmässighet**. Bergs kommun hade från ett delägt kommunalt kraftbolag tecknat avtal avseende successiva leveranser av elektrisk kraft för c:a 10 miljoner kronor utan föregående infordran av konkurrerande anbud på marknaden. Konkurrenskommissionen påpekade att något undantag från upphandlingsskyldigheten vid köp från hel- eller delägda bolag inte föreligger enligt gällande lag och några synnerliga skäl inte kunde anföras för direktupphandling. Kommissionen menade därför att Bergs kommun hade åsidosatt gällande bestämmelser om offentlig upphandling på ett sätt som medfört att konkurrensen på marknaden för elektrisk kraft m.m. har snedvridits.

KKO 04-005, **bristande affärsmässighet**. Luleå kommun hade i samband med upphandling avseende skoltransporttjänster klargjort som princip att kommunen inte i förväg avser att redovisa hur den vid anbudsvärderingen kommer att vikta förekommande värderingskriterier. Konkurrenskommissionen påpekade att det av den s.k. transparensprincipen följer att förfrågningsunderlag måste utformas på så sätt att leverantörerna alltid skall kunna förutse hur deras anbud kommer att bedömas. Omfattande rättspraxis (både nationell och gemenskapsrättslig) har vidare slagit fast att om viktning skall komma ifråga, principerna för denna skall redovisas i förväg. Kommissionen menade att Luleå kommuns förfarande att hemlighålla grunderna för anbudsvärderingen därför stred mot gällande rätt samt riskerade att snedvrida konkurrensen. Förfarandet förklarades senare olagligt av domstol (länsrätt), vilken förordnade att upphandlingen skulle göras om.

KKO 04-009, **bristande affärsmässighet**. Jönköpings kommun hade utan föregående konkurrensupphandling beslutat att från ett helägt kommunalt bolag köpa tjänster avseende destruktion av avfall genom värmebehandling för uppskattningsvis mer än 12 miljoner kr. per år. Konkurrenskommissionen påpekade att det normalt inte är tillåtet för kommuner att köpa tjänster utan upphandling i konkurrens, inte ens om köpet sker från ett helägt kommunalt företag. Kommissionen bedömde att den aktuella upphandlingen inte hade handlagts i enlighet med gällande upphandlingsbestämmelser och att konkurrensen därmed snedvridits.

KKO 04-015, **bristande affärsmässighet**. Kungsbacka kommun hade vid upphandling av datoranknutna varor och tjänster uppställt krav på att enbart vissa produktvarumärken skulle komma ifråga, utan angivande av att även likvärdiga produkter kunde offereras. Tillfrågad under hand vidhöll kommunen att enbart angivna produktvarumärken fick komma ifråga. Konkurrenskommissionen påpekade att det som huvudregel vid offentlig upphandling inte får förekomma att vissa produktvarumärken anges, och om detta inte går att undvika, angivandet i sådant fall alltid skall ske med tillägg av orden ”eller likvärdig”. Det angivna förfarandet där kommunen framhärade i att enbart de utpekade varumärkena och inte likvärdiga kunde komma ifråga, stred således mot gällande bestämmelser samt snedvred konkurrensen. Förfarandet förklarades senare olagligt av domstol (länsrätt), vilken förordnade att upphandlingen skulle göras om.

KKO 04-020, **bristande affärsmässighet**. Ängelholms kommun hade i en upphandling av kontorsmateriel m.m. beslutat förkasta ett anbud på grunder som inte redovisats i förfrågningsunderlaget. Bland annat uppgavs anbudet inte innefatta tillräckligt sortiment, trots att krav på specifikt sortiment saknades i upphandlingsförutsättningarna. Konkurrenskommissionen påpekade att det inte är möjligt för en upphandlande enhet att i efterhand lägga till eller dra ifrån omständigheter vid värderingen av anbud. Vad Ängelholms kommun således lagt till grund för sitt beslut om tilldelning i den aktuella upphandlingen strider mot gällande upphandlingsbestämmelser menade Konkurrenskommissionen och konstaterade att konkurrensen därmed kommit att snedvridas. Förfarandet förklarades senare olagligt av domstol (länsrätt), vilken förordnade att upphandlingen skulle göras om.

II) I gruppen av ärenden rörande konkurrensnedvridning genom överträdelser av den egna kompetensen har Konkurrenskommissionen avgjort 13 ärenden. Av dessa har samtliga lett till kritik från kommissionen. Bland de således avgjorda ärendena märks följande:

KKO 03-033 **kompetensöverskridande kommunal affärsverksamhet**. Köpings kommun bedrev genom det indirekt helägda företaget Köpings Kabel TV AB försäljning av bl.a. datorer och datortillbehör samt anknypande tjänster direkt till allmänheten. Konkurrenskommissionen konstaterade att verksamheten bröt såväl mot bolagets egen bolagsordning som kommunallagens förbud mot kommunal affärsverksamhet. Verksamheten snedvrider vidare konkurrensförutsättningarna på den lokala marknaden för datorer och datatillbehör mm.

KKO 03-031 **kompetensöverskridande kommunal affärsverksamhet**. Krokoms kommun bedrev genom det kommunala bostadsbolaget Krokomsbostäder verksamhet med korttidsuthyrning av möblerade rum och lägenheter som konkurrerade med privata företag på den allmänna marknaden. Bostadsbolaget saknade även erforderliga tillstånd för den aktuella korttidsuthyrningen. Konkurrenskommissionen konstaterade att uthyrningsverksamheten bryter mot såväl straffsanktionerad lag om tillståndsplikt som mot kommunallagens förbud mot kommunal affärsverksamhet, samt riskerar att snedvrida konkurrensförutsättningarna på den lokala marknaden för korttidsuthyrningar. Verksamheten utreds för närvarande av åklagare.

KKO 03-043, **kommunalt stöd till enskild näringsidkare**. Bromölla kommun hade, under åberopande av sysselsättningskäl, genom sitt kommunala fastighetsbolag förvärvat en industrifastighet från ett privat företag för att omedelbart upplåta anläggningen till ett annat privat företag. Konkurrenskommissionen påpekade att det enligt samstämmig rättspraxis överhuvudtaget inte är någon angelägenhet för kommuner att hålla det privata näringslivet med den aktuella typen av industrilokaler. Industristöd av sysselsättningshänsyn är vidare en statlig angelägenhet och inte något som kommuner skall ägna sig åt. Kommissionen menade därför att det aktuella industrilokalsförvärvet med efterföljande upplåtelse strider mot

kommunallagens förbud mot stöd till enskild näringsidkare samt är ägnat att snedvrída konkurrensen.

KKO 03-045 kompetensöverskridande kommunal affärsverksamhet. Uddevalla kommun hade beslutat anslå allmänna medel till driften av ett dekorförråd som skall betjäna hela den västra skandinaviska regionen med service avseende teaterrekvisita m.m. Konkurrenskommissionen konstaterade att det över huvud taget inte är någon angelägenhet för Uddevalla kommun att engagera sig i driften av ett dekorförråd för filmindustrin, samt att verksamheten till övervägande del skulle komma att betjäna kunder utanför kommunens område. Kommissionen menade mot denna bakgrund att verksamheten strider mot kommunallagen samt riskerar att snedrida konkurrensen. Förfarandet förklarades senare olagligt av domstol (länsrätt), vilken upphävde kommunens beslut.

KKO 04-001, kompetensöverskridande kommunal affärsverksamhet. Östersunds kommun hade beslutat att inom sin egen förvaltningsorganisation inrätta ett upphandlingskontor som i konkurrens med privata företag skulle sälja sina tjänster till kringliggande kommuner. Konkurrenskommissionen konstaterade att det över huvud taget inte är någon angelägenhet för Östersunds kommun att engagera sig med att bedriva service för andra kommers räkning, samt att verksamheten därmed strider mot kommunallagen och riskerar att snedrida konkurrensen.

KKO 04-018, kompetensöverskridande kommunal affärsverksamhet. Sollentuna kommun bedrev genom helägda AB Sollentunahem verksamhet med förvaltning av privata bostadsrättsföreningar i konkurrens på den allmänna marknaden. Konkurrenskommissionen påpekade att det enligt gällande bestämmelser om den kommunala kompetensen inte är någon kommunal angelägenhet att tillhandahålla privata bostadsrättsföreningar med tjänster för förvaltning m.m. Kommissionen menade mot denna bakgrund att verksamheten strider mot kommunallagen samt riskerar att snedrida konkurrensen.