

VERKSAMHETSBERÄTTELSE

elfte verksamhetsåret (2004/2005)

I januari 1994 sammankallades på initiativ av *Stiftelsen Den Nya Välfärden*, en oberoende kommission av experter för att bevaka och uppmärksamma frågor om konkurrensnedvridningar 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-Linderoth*, professorn i handelsrätt *Erik Nerep*, samt juristen och experten på konkurrensfrågor *Lennart Palm*.

Till Konkurrenskommissionen har under verksamhetsåret varit knutet ett kansli med handläggande jurister 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 864 diarieförda anmälningar från enskilda och företag som ansett att konkurrensneutraliteten kränkts. Därutöver har kommissionen på eget initiativ tagit upp 107 fall för granskning. Av de i kommissionen hittills anhängiggjorda ärendena har 424 lett till slutlig bedömning. Återstående ärenden har avskrivits eller är under pågående utredning.

VERKSAMHETSÅRET 2004/2005

Konkurrenskommissionens elfte verksamhetsår har omfattat perioden den 1 juli 2004 till och med den 30 juni 2005.

Under verksamhetsåret har Konkurrenskommissionen mottagit 40 (59) diarieförda anmälningar från enskilda och företag som ansett att konkurrensneutraliteten kränkts med allmänna medel. Därutöver har kommissionen på eget initiativ tagit upp 12 (22) fall för granskning. Av de i kommissionen anhängiggjorda ärendena har 35 (31) 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 påpekan- den lagt ärendena till handlingarna.

I) I gruppen av ärenden rörande konkurrenssnedvridning genom åsidosättanden av reglerna för offentlig upphandling har Konkurrenskommissionen avgjort 26 (18) ärenden. Samtliga utom ett av dessa ärenden har resulterat i kritik från kommissionen.

II) I gruppen av ärenden rörande konkurrenssnedvridning genom överträdelser av den egna kompetensen har Konkurrenskommissionen avgjort 9 (13) ärenden. Samtliga av dessa ärenden har resulterat i kritik från kommissionen

III) I gruppen ärenden rörande konkurrenssnedvridning 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 med sådan kvalitet att de även skall kunna utgöra grund för vidare processer i domstol. Under verksamhetsåret har ett större antal ärenden som avgjorts av kommissionen även förts vidare av anmälaren eller annan berörd sakägare för prövning i domstol.

Av kommissionens 35 under året avgjorda ärenden har hittills 14 föranlett process i förvaltningsdomstol om s.k. överprövning eller laglighetsbesvär. Ett ärende har tagits upp för granskning av Riksdagens ombudsmän (JO). Av kommissionens under året avgjorda ärenden som hittills nått någon form av slutligt avgörande har domstolarna i samtliga fall utom tre kommit till samma slutsats som Konkurrenskommissionen avseende lagligheten av de påtalade förfarandena. I två fall, vilka avsåg kommunalt laglighetsbesvär mot generella upphandlingsinstruktioner, har domstolarna valt att inte fullt ut pröva instruktionernas överensstämmelse med upphandlingslagen utan istället hänvisa denna fråga till att överprövas som upphandlingsmål. I det tredje fallet, som avser laglighetsbesvär mot en landstingskommunal affärsverksamhet utanför landstingets område, har en ansökan inhibition avslagits. Målet har dock inte ännu avgjorts i sak.

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. Gränsdragning mellan upphandling av byggtreprenad och av tjänster

Det av Gävle kommun helägda bostadsbolaget AB Gavlegårdarna hade genom annons vid ett tillfälle i två lokaltidningar infordrat anbud avseende mätsystem för elenergi i lägenheter för fördelning av elenergikostnad. Upphandlingen, som bestod av sex delentreprenader, avsåg i huvudsak inkoppling och leverans av elmätare, inklusive funktionsansvar, konfigurering, verifiering, dokumentation och driftsättning av den upphandlade mätningstrustningen. Det samlade kontraktsvärdet av upphandlingen kunde uppskattas till c:a 8 miljoner kronor.

Lagen(1992:1528) om offentlig upphandling – LOU - föreskriver ett system där så gott som samtliga offentliga upphandlingskontrakt skall annonseras. Beroende på vilken upphandlingsform som tillämpas skall upphandlingarna annonseras, antingen i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT), vilket även innefattar publicering i databasen Tenders Electronic Daily (TED), eller i någon allmänt tillgänglig nationell elektronisk databas eller på annat sätt som leder till en effektiv konkurrens.

Frågan om offentliggörande av offentliga upphandlingskontrakt har grundläggande betydelse för principen om varors och tjänsters fria rörlighet inom den Europeiska unionen, vilken bl.a. kommer till uttryck genom art. 23 och art. 49 i EU-fördraget samt genom de gemenskapsrättsliga direktiv för offentlig upphandling som har antagits av Europeiska unionens råd (EU-rådet).

Som huvudregel skall medlemsstaternas upphandlande enheter offentliggöra sina upphandlingar genom ett och samma tillvägagångssätt. Härigenom nedbringas kostnaderna för intresserade leverantörer att hämta information om pågående upphandlingar, vilket medför större effektivitet genom ökad konkurrens.

Möjligheten att genomföra offentlig upphandling utan föregående annonsering är därför ytterst begränsad och av aktuella lagförarbeten framgår att det exempelvis inte skall anses tillräckligt att en upphandlande enhet annonserar på sin egen hemsida och inte heller att en kommun annonserar i en lokal tidning eller på den egna anslagstavlan.

Avser en upphandling bygg- och anläggningsarbeten måste förfarandet annonseras i EGT om upphandlingens kontraktsvärde beräknas överstiga 5 miljoner euro eller c:a 46 miljoner kronor. Understiger kontraktsvärdet detta tröskelvärde räcker det emellertid att den upphandlande enheten begär in anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som leder till en effektiv konkurrens (se 6 kap. 2 a § LOU).

Definitionen av vad som i lagens mening skall utgöra bygg- och anläggningsarbeten utgår i allt väsentligt från arten och omfattningen av aktuella arbeten. Utgångspunkt utgör därvid en förteckning i bilagan C till lagen om offentlig upphandling. Även rena tjänster kan anses utgöra bygg- och anläggningsarbeten om de förekommer i samband med dylika arbeten och har ett naturligt samband med dessa. Som exempel nämns i litteraturen installationsarbeten och sådana tjänster som ofta ingår i slutfasen av en byggnation, såsom fasadbeläggning, målning, golvbeläggning m.m. Denna typ av arbeten kan också ingå i reparations- och underhållsarbeten. Var gränsen skall dras mellan vanliga tjänster och byggtreprenad måste således bedömas från fall till fall. Stora, systematiska och genomgripande reparations- och underhållsarbeten kan i vissa fall räknas som entreprenader, medan sådant löpande underhåll som ingår i fastighetsförvaltningen räknas som tjänster.

Skall en upphandling inte klassificeras som en byggtreprenad utan som ett tjänsteuppdrag, alternativt i kombination med varuleveranser, gäller emellertid helt andra regler än för byggtreprenad-arbeten. Innefattar förfarandet varuupphandling eller köp av tjänster enligt bilaga A till lagen måste denna annonseras i EGT redan vid det betydligt lägre tröskelvärdet 200.000 euro eller c:a 1,8 miljoner kronor. Understiger det beräknade kontraktsvärdet detta tröskelvärde eller avser upphandlingen tjänster enligt en bilaga B till lagen räcker det liksom vid byggtreprenad-arbeten att anbud inhämtas genom annons i en allmänt tillgänglig elektronisk databas eller i annan form som leder till en effektiv konkurrens.

Av bilaga A till lagen om offentlig upphandling framgår vilka tjänster som skall upphandlas enligt lagens direktivstyrda bestämmelser. Bilagan bygger i allt väsentligt på en klassificering av tjänster som numera finns sammanställd i den av EU-rådet och parlamentet antagna s.k. CPV-nomenklaturen (*Common Procurement Vocabulary*). Enligt detta system för klassificering av tjänster skall exempelvis ”*installation av mätutrustning*”, (CPV 50921000), ”*Konsulttjänster för leveranskontroll av maskinvara*” (CPV 72140000) samt ”*Systemtjänster och tekniska konsulttjänster*” (CPV 72220000) anses utgöra sådana s.k. A-tjänster, (kategori 1 och 7) som skall upphandlas enligt direktivstyrda bestämmelser.

Vid s.k. blandade kontrakt, där både varor och tjänster förekommer i samma upphandling, tillämpas den s.k. *övertviktsprincipen*. Enligt denna princip, som kommer till uttryck genom 5 kap. 3 § LOU, skall bestämmelserna om tjänsteupphandling tillämpas om värdet av tjänsterna i upphandlingen överstiger värdet av varorna och vice versa.

Någon motsvarande gränsdragningsmetod vid blandade upphandlingar av tjänster och byggtreprenader eller av varor och byggtreprenader finns inte införd i lagen om offentlig upphandling. Ett avgörande från EG-domstolen i det s.k. Gestion Hotellera-målet (C-331/92) talar emellertid för att övertviktsprincipen skall gälla även i dessa fall.

Enligt en inom EG-rätten allmänt tillämpad *försiktighetsprincip* skall bestämmelser som innefattar avvikelser från vad som får uppfattas som gemenskapsrättens huvudregel om den fria rörligheten av varor och tjänster tolkas restriktivt. De upphandlande enheter som vill göra gällande undantag från exempelvis huvudregeln om annonsering har bevisbördan för att i förekommande fall visa sakliga skäl för sådant undantag.

Vid sin bedömning konstaterade Konkurrenskommissionen att den aktuella upphandlingen inte kunde anses innefatta såpass stora, systematiska och genomgripande reparations- och underhållsarbeten att lagens bestämmelser för bygg- och anläggningsarbeten kunde göras tillämpliga.

Upphandlingen borde istället ha genomförts i enlighet med gällande bestämmelser om varuupphandling över tröskelvärdet i 2 kap. LOU, vilket bland annat innefattar krav på publicering i EGT och i databasen TED.

Även om aktuella arbeten skulle vara att anse som bygg- och anläggningsarbeten bedömde Konkurrenskommissionen att fel hade begåtts genom att det under sådant förhållande i vart fall hade förelegat en skyldighet för AB Gavlegårdarna att inhämta anbud på sätt som tillfredsställande tillgodosåg behovet av en effektiv konkurrens. Detta behov kunde knappast anses uppfyllt genom annonsering vid ett tillfälle i de lokala tidningarna Gefle Dagblad och Arbetarbladet.

Andra leverantörer än lokala företag har härigenom kommit att missgynnas på ett konkurrensnedvridande sätt menade kommissionen.

Länsrätten i Gävleborgs län har genom lagakraftvunnet avgörande förordnat att upphandlingen i alla delar skall göras om. I domskälen anförde rätten bl.a. att *"de installations och ledningsdragningsarbeten som upphandlas inte [kan] anses så stora, genomgripande och systematiska att de kan räknas som byggtreprenader i upphandlingslagens mening utan skall istället anses som tjänster av det slag som anges i avdelning A i bilagan till LOU"*. Länsrätten konstaterade vidare att förekommande elmätarutrustning m.m. värdemässigt dominerade upphandlingen. Denna skulle således handläggas som en varuupphandling enligt 2 kap. LOU. (Länsrätten i Gävleborgs län, dom den 18 november 2004 i mål 2002-04).

2. Uppdrag avseende kommunal service som lämnas direkt till en ideell organisation

Upplands Väsby kommun hade genom bl.a. "hyresavtal" för en period av upp till fem år uppdragit driften av kommunens simhall till en lokal förening (nedan angiven som Simsällskapet). För utförda tjänster skulle utgå ersättning från kommunen till Simsällskapet i form av ett "driftsbidrag" på sammanlagt c:a 2,8 miljoner kronor per år.

Gällande bestämmelser enligt lagen om offentlig upphandling omfattar i princip alla överenskommelser mellan upphandlande enheter och från enheterna fristående personer, som innefattar utbyte av prestationer.

Något undantag för upphandlande enheters överenskommelser med ideella föreningar eller andra icke vinstdrivande rättssubjekt föreligger för närvarande inte. Den av regeringen sammankallade Upphandlingskommittén anförde i sitt slutbetänkande vissa principiella riktlinjer för när kommunal eller landstingskommunal bidragsgivning kan vara möjlig istället för upphandling: Bland annat får kommunen eller landstinget inte ha tagit initiativ till verksamheten utan denna skall bedrivas huvudsakligen i syfte att tillgodose anordnarens eget behov av den verksamhet som bedrivs. Anordnaren skall vidare inte vara primärt underordnad kommunens eller landstingets styrning och beslutsrätt, men kan stå under offentlighetsrättsligt reglerad tillsyn. Den privata anordnaren och kommunens eller landstingets inbördes relation skall inte vara reglerad genom ett avtal, utan skall i huvudsak styras genom en offentlighetsrättslig reglering. Den privata anordnaren skall vidare inte förutsättas genomföra sitt uppdrag mot ersättning för avtalad prestation, utan skall istället erhålla ett bidrag till sin "egenfinansiering", som möjligen kan vara förknippat med vissa villkor.

Frågan huruvida kommunala "hyresavtal" med ömsesidiga och blandade prestationer skall utgöra upphandling i laglig mening har i tidigare bedömts i ett flertal avgöranden i praxis. Domstolarna har därvid konstaterat att de "hyresavtal" varom fråga var i målen innefattade, förutom hyresförhållande, även köp av varor och tjänster. Härigenom utgjorde de aktuella affärsuppgörelserna inte renodlade hyresavtal, vilka annars är undantagna från lagens reglering, utan upphandlingar på vilken upphandlingslagens bestämmelser skall äga tillämpning. I sammanhanget förtjänar framhållas ett kammarrättsavgörande där fråga var just om upplåtelse lokal och drift av verksamhet:

Kulturnämnden i Uppsala kommun hade beslutat att till ett privat företag överföra den teaterverksamhet som vid den s.k. Skandiascenen tidigare hade bedrivits kommunal regi. Kulturnämndens beslut innefattade bl.a. direktiv till kulturkontoret att återkomma med förslag till slutlig överenskommelse med de berörda privatpersonerna med innebörd att kommunen upplät befintliga lokaler samt erlade ett årligt "kulturbidrag" till täckande av kostnaderna för driften av teaterverksamheten. Av det sedermera framtagna förslaget till avtal framgick att bidrag skulle utgå med ca 1,060 miljoner kronor samt att kommunen därjämte skulle ställa erforderliga lokaler kostnadsfritt till förfogande. Kommunen skulle vidare tillförsäkras visst inflytande över verksamheten, bland annat skulle denna vända sig till allmänheten, varvid barn och ungdom angavs som en särskilt prioriterad publik.

Länsrätten i Uppsala, vars avgörande sedermera fastställdes av Kammarrätten i Stockholm, förordnade att upphandlingen skulle göras om. Till stöd härför anfördes bl.a. följande: Av förslaget till avtal framgår att företaget Skandia Teater skall bedriva teaterverksamhet som tidigare bedrivits i kommunens egen regi. Kommunen skall ersätta företaget med vad som i avtalet benämns som bidrag. Ersättningens omfattning tillsammans med den reglering mellan avtalsparterna som i övrigt framkommer i avtalet utvisar emellertid att det rör sig om vad som måste betecknas som köp av tjänster. Avtalet innefattar därmed en upphandling av tjänster på vilken LOU är tillämplig. Rätten finner emellertid inte att omständigheterna i målet är sådana att direktupphandling får användas (Kammarrätten i Stockholm, dom i mål 862-04, meddelad den 3 maj 2004).

Upphandling av tjänster inom kultur, fritids- och idrottsverksamhet skall oavsett kontraktsvärdet handläggas enligt de nationellt betingade bestämmelserna i 6 kap. LOU och anbud skall bland annat inhämtas genom annons som leder till en effektiv konkurrens.

Undantag från skyldigheten att annonsera upphandlingen föreligger enbart om tjänsterna som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan tillhandahållas av endast en viss leverantör, om det på grund av synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till den upphandlande enheten är nödvändigt att genomföra upphandlingen utan onödigt dröjsmål eller om det som skall upphandlas är av så lågt värde att kostnaden för ett mer formbundet förfarande inte står i rimlig proportion till detta låga värde.

I sin bedömning av ärendet konstaterade Konkurrenskommissionen att den aktuella simhallsverksamheten utgör en kommunal angelägenhet som riktar sig till samtliga innevånare i Upplands Väsby och som kommunen ursprungligen tagit initiativ till och tidigare drivit i egen regi.

Som villkor för överföringen av uppdraget på Simsällskapet hade kommunen uppställt detaljerade riktlinjer om simhallens inriktning och tillgänglighet för allmänheten. Bland annat skulle Simsällskapets här aktuella verksamhet vara underordnad kommunens styrning och beslutsrätt på så sätt att förekommande taxor och avgifter skulle fastställas efter särskild överenskommelse med kommunen, som även skulle beredas rätt att granska Simsällskapets ekonomiska redovisning samt äga tillträde till anläggningen för bl.a. kontroll, uppföljning och utvärdering av verksamheten.

Nettobehållningen av parternas prestationer innebar vidare ett tillskott från kommunen till Simsällskapet i icke obetydlig omfattning och skulle utgå med ett i förväg fastställt belopp för avtalad prestation som Simsällskapet inte tilläts utnyttja för egenfinansiering av sin verksamhet i övrigt.

Det ”hyresavtal” som hade tecknats mellan kommunen och Simsällskapet avsåg därför i själva verket tillhandahållandet av tjänsten att driva den aktuella simhallsverksamheten och skulle således, menade Konkurrenskommissionen, rätteligen ha ingåtts efter ett korrekt förfarande för offentlig upphandling, som bland annat innefattade infordran av konkurrerande anbud.

Länsrätten i Stockholms län har genom lagakraftvunnet avgörande förordnat att kommunens upphandling skall göras om. I domskälen anförde rätten bl.a. följande: ”Kommunen skall ersätta [Simsällskapet] med vad som i avtalet benämns som driftsbidrag. Ersättningens omfattning tillsammans med annan reglering mellan avtalsparterna som i övrigt framkommer i avtalet utvisar emellertid att det rör sig om vad som måste betecknas som ett köp av tjänster. Avtalet innefattar därmed en upphandling av tjänster på vilken LOU är tillämplig. [...] Länsrätten finner inte att omständigheterna i målet är sådana att direktupphandling ... får användas. [...] Länsrätten finner att det inte är visat i målet att nu uppköpta tjänster är av sådan karaktär att de endast kan utföras av [Simsällskapet] ... Länsrätten bifaller ... ansökan och beslutar att Upplands Väsby kommuns upphandling av tjänster avseende drift av verksamheten vid [simhallen] med reception och sammanhängande administrationslokaler skall göras om” (Länsrätten i Stockholms län, dom den 25 februari 2005 i mål 3902-05).

3. Antagen faktisk ensamsituation inte skäl för direktupphandling

Vindelns kommun hade med ett privat företag tecknat avtal om bl.a. entreprenadarbeten avseende om- och tillbyggnad i etapp II av kommunala avloppsreningsverket. Avtalet hade inte föregåtts av någon konkurrensupphandling.

Kommunen motiverade förfarandet med att de experter som anlätades i det kontrakterade företaget nyligen hade gått över från det företag som tidigare hade utfört etapp I och var de enda som kunde komma ifråga för aktuella arbeten, s.k. *faktisk ensamsituation*. Upphandling behövde enligt kommunens mening därför inte ske.

En grundläggande princip för offentlig upphandling är den s.k. *likabehandlingsprincipen*, som bär upp den centrala gemenskapsrätten. Enligt denna princip, som är tillämplig på all upphandling såväl över som under tröskelvärdena, skall samtliga tänkbara leverantörer ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta med anbud vid offentlig upphandling. Vissa leverantörer eller grupper av leverantörer får inte ensidigt gynnas.

Upphandlingslagens bestämmelser är som regel tvingande för de upphandlande enheterna. Bestämmelserna behöver emellertid inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning som är förenlig med Romfördraget har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra dessa.

Den omständighet att en upphandlande enhet tror sig veta att enbart viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av vissa tjänster (s.k. faktiska ensamsituationer) medför däremot inte undantag från huvudregeln att upphandling i enlighet med lagens bestämmelser ändå måste genomföras.

EU-domstolen hade i ett avgörande att bland annat ta ställning till huruvida en upphandlande enhet kan lägga sin subjektiva uppfattning att inga andra leverantörer rent faktiskt kan komma ifråga till grund för att underlåta infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden. Förbundsrepubliken Tyskland, som svarade i målet, hade i domstolen medgivit att de i EU:s upphandlingsdirektiv stadgade villkoren för att underlåta anbudsinfordran från flera företag i det aktuella fallet hade överträtts, men åberopade till sitt försvar att den valda leverantören rent faktiskt var det enda företag som i praktiken kunde tilldelas kontraktet och att en ny upphandling inte skulle ändra detta förhållande.

EU-domstolen fann inte att detta kunde anses utgöra tillräckligt skäl för att underlåta upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden. Domstolen uttalade bland annat att ett förfarande som används på grund av att det föreligger skäl för undantag (i målet var det ett tekniskt skäl som åberopades) måste vara förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen och att *”risken för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte skall ske i konkurrens”* (se EU-domstolens dom den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, Kommissionen ./. Förbundsrepubliken Tyskland, särskilt punkterna 57, 62 och 63). Enbart den omständighet att den upphandlade enheten trodde sig veta att enbart viss leverantör skulle kunna komma i fråga för anbudsgivning medför enligt domstolen således inte som regel befrielse från anbudsinfordran i konkurrens på den allmänna marknaden.

Oberoende av kontraktsvärdet föreligger det således en obligatorisk skyldighet för upphandlande enheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons infordra konkurrerande anbud. Samtliga företag som tillhandahåller den aktuella typen av tjänster skall därvid lämnas möjlighet att delta i upphandlingen.

Direktupphandling kan emellertid enligt 6 kap. 2 § LOU tillämpas om det föreligger synnerliga skäl, såsom exempelvis lågt värde eller synnerlig brådska som inte kan hänföras till den upphandlande enheten.

Upphandling utan föregående annonsering kan enligt 3 kap. 15 § eller 6 kap. 2 § andra stycket samt 2 b § LOU även ske under följande förutsättningar:

- om arbetena av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan utföras av endast en viss leverantör,
- om det är absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till den upphandlande enheten, gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett annonserat förfarande,
- om upphandlingen gäller tilläggsarbeten av den ursprungliga leverantören som inte omfattas av det först avsedda projektet eller av en föregående upphandling, men som på grund av oförutsedda omständigheter blivit nödvändiga för arbetets utförande, under förutsättning att tilläggsarbetena inte utan tekniska eller ekonomiska olägenheter kan skiljas från det ursprungliga upphandlingskontraktet, eller att tilläggsarbetena är absolut nödvändiga för att byggtreprenaden skall kunna slutföras, eller
- om upphandlingen gäller nya arbeten som består enbart av en upprepning av arbeten ingående i ett projekt som tidigare varit föremål för öppen eller selektiv upphandling och arbetena tilldelas samma leverantör som tidigare fått upphandlingskontraktet, om dessa nya arbeten beställs inom tre år efter det att det ursprungliga kontraktet slöts och värdet av de nya arbetena ingått i tröskelvärdeberäkningen och annonserats i samband med det ursprungliga projektet.

Någon möjlighet att under andra förutsättningar upphandla entreprenadarbeten direkt från en viss leverantör föreligger inte.

I sin bedömning av ärendet konstaterade Konkurrenskommissionen att enligt vad som framkommit vid utredningen kunde det knappast anses föreligga skäl till undantag från att annonsera den aktuella upphandlingen. De aktuella entreprenadarbetena omfattas inte av någon lagstadgad ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) och upphandlingen avser inte lågt värde. Någon synnerlig tidsnöd som inte beror

på Vindelns kommun föreligger inte. Tidigare konkurrensupphandling av arbetena i Etapp II har inte genomförts och det är vare sig fråga om tilläggsbeställningar eller upprepningsarbeten eftersom det anlitate företaget inte är den ursprungliga leverantör som tidigare tilldelats kontrakt avseende liknande arbeten.

Inget av de i lagen om offentlig upphandling förekommande undantagen från kraven på upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden är således tillämpligt i det aktuella fallet, utan upphandling skulle enligt Konkurrenskommissionens bedömning genomförts i enlighet med lagens bestämmelser. Den omständighet att kommunen möjligen kan ha funnit det bekvämare att teckna avtal direkt med ett företag som för tillfället sysselsätter den personal som tidigare utfört liknande arbeten i Etapp I motiverade inte annan bedömning av kommissionen.

Länsrätten i Västerbottens län har genom lagakraftvunnet avgörande förordnat att upphandlingen skulle göras om. I domskälen anförde rätten bl.a. att *”för att direktupphandling skall få användas krävs enligt 6 kap. 2 § LOU att upphandlingens värde är lågt eller att det finns synnerliga skäl. Det bör noteras att det är den upphandlande enheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter som medger direktupphandling föreligger (se prop. 2001/02:142 s. 99) Länsrätten finner att vad som anförts av kommunen inte utgör synnerliga skäl som motiverar användning av direktupphandling. Inte heller kan upphandlingen värde vara lågt.... Länsrätten finner inte att kommunen kan anses ha visat att [anlitat företag] är den ende leverantören som kan utföra de aktuella arbetena. Förutsättning för att tillämpa 6 kap. 2 b punkten 3 LOU har därför inte förelegat”* (Länsrätten i Västerbottens län, dom den 3 juni 2005 i mål 861-05).

ANDRA SÄRSKILDA IAKTTAGELSER UNDER ÅRET

I de ärenden som Konkurrenskommissionen haft att granska under verksamhetsåret kunnat iakttas att många upphandlingar fortfarande – mer än tio år efter upphandlingslagens ikraftträdande – uppvisar stora brister.

1. Bindande avtal utgör inte hinder mot överprövning

En fråga som under längre tid har varit oklar i samband med den rättsliga prövning av offentliga upphandlingsavtal är huruvida den faktiska förekomsten av bindande civilrättsligt kontrakt skall utgöra hinder mot att överprövning skall kunna ske.

Enligt äldre bestämmelser krävdes det att parterna ännu inte hade hunnit teckna ett civilrättsligt kontrakt för att överprövning över huvud taget skulle kunna ske. Vid den tidpunkt då skriftligt kontrakt konstaterades föreligga upphörde nämligen domstolens behörighet att döma i målet, även om överprövningsprocessen hade inletts på föreskrivet sätt och i rätt tid.

Många upphandlande enheter utnyttjade detta förhållande för att hindra felaktiga upphandlingar från att prövas rättsligt. Enheterna passade antingen på att teckna bindande kontrakt samtidigt som tilldelningsbeslut fattades eller så skyndade de på kontraktstecknandet när det stod klart att någon beslutat klaga mot upphandlingen. I samtliga fall tvingades domstolarna enligt de äldre bestämmelserna att avvisa talan eller avskryva målet från fortsatt prövning, med åtföljande rättsförlust för de leverantörer som menade att fel hade begåtts.

Särskilt vid otillåtna direktupphandlingar, där upphandling i praktiken både påbörjades och avslutades genom kontraktstecknandet, var det enligt äldre bestämmelser omöjligt för konkurrerande leverantörer att få till stånd en rättslig prövning. Även möjligheten till skadestånd var i dessa fall ytterst begränsad (jfr. NJA 1998 sid. 873, Tvättsvamparna). Upphandlande enheter som

uppsåtligen satte åt sidan gällande bestämmelser gynnades därför på ett sätt som inte rimligen hade förutsatts vid lagens tillkomst.

I början av 1999 avgjorde emellertid EU-domstolen ett mål (C-81/98, Alcatel Austria AG ./ Österrike) på ett sätt som innebar att den beskrivna ordningen, vilken i praktiken gjorde det svårt eller till och med omöjligt för förfördelade leverantörer att få överprövning till stånd, stred mot gemenskapsrätten. EU-domstolen fastslog bland annat att gemenskapsrätten skall tolkas så, att medlemsstaterna är skyldiga att i samtliga fall tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klagande leverantörer kan utverka undanröjande av tilldelningsbeslut (överprövning), även om möjlighet till skadestånd även föreligger.

För svenska förhållanden medförde den s.k. Alcatel-domen att lagen om offentlig upphandling ändrades. Rättmedelsbestämmelserna i 7 kap. LOU kompletterades så att överprövning som regel alltid skall kunna ske fram till dess att ett upphandlingskontrakt föreligger och alltid inom minst tio dagar efter det att tilldelningsbesked lämnats.

Med ”upphandlingskontrakt” avses enligt lagen ”*skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt [LOU] och som undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur*”. En upphandling kan bara avslutas genom ett ”upphandlingskontrakt” samt att tilldelningen har vunnit laga kraft.

Eftersom kontrakt som har tillkommit efter otillåten direktupphandling inte utgör några ”upphandlingskontrakt” medför den aktuella lagändringen att dylika upphandlingar inte kan avslutas i enlighet med lagens systematik. Överprövning kan således ske utan begränsning i tiden. Den beslutade lagändringen medför därför ett effektivt sanktionsmedel för att komma tillrätta med upphandlande enheters lagtrots. Av propositionen 2001/02:142 framgår bl.a. att ”*Vid otillåten direktupphandling kan en leverantör således begära överprövning av upphandlingen även om avtal slutits med en annan leverantör så länge kraven på upphandlingskontrakt och tidsfrist i tredje stycket inte är uppfyllda*” (prop. s. 102).

Det upphandlingsrättsliga regelverket ingriper däremot inte i den rena avtalsrätten utan ingångna avtal kan således mycket väl vara civilrättsligt bindande för parterna, även om de inte utgör några ”upphandlingskontrakt” i upphandlingslagens mening. I propositionen anvisas de upphandlande enheterna istället till att skydda sig mot dubbel avtalsbundenhet genom att införa villkorsklausuler i sina kontrakt. Uppkommande tvister förutsätts lösas genom skadestånd. Regeringen anför bl.a. följande: ”*Om civilrättslig avtalsbundenhet uppstått innan upphandlingen avslutas riskerar en upphandlande enhet att bli skadeståndsskyldig gentemot den leverantör som först tilldelats upphandlingskontraktet. Om allmän förvaltningsdomstol beslutar att upphandlingen skall göras om kan enheten inte rimligtvis fullfölja det första avtalet. För att undvika en civilrättslig bundenhet i förhållande till en viss leverantör innan upphandlingen är avslutad bör en upphandlande enhet därför se till att i förfrågningsunderlaget ange att avtal sluts genom ett upphandlingskontrakt. För tiden fram till upphandlingens avslutande kan enheten vidare välja att ingå ett villkorat avtal (prop. s. 78)*”.

Den beskrivna ordningen medför givetvis problem för de upphandlande enheter som istället för att följa upphandlingslagens bestämmelser väljer att ingå avtal genom otillbörlig direktupphandling eller på något annat sätt som är oförenligt med lagen om offentlig upphandling. Dessa enheter riskerar nämligen att hamna i situationer där de, trots civilrättslig avtalsbundenhet, tvingas upphandla på nytt och kanske måste skriva avtal med någon annan leverantör.

Det kan för sådana enheter vara lockande att åberopa civilrättslig avtalsbindning till grund för att inte behöva genomgå någon överprövning i domstol, eller för att i vart fall slippa att följa domstolens förordnanden.

Detta var fallet för bland annat Nyköpings kommun som utan infordran av konkurrerande anbud hade tecknat kontrakt med det privata flygbolaget Ryanair, om att bolaget skulle tillhandahålla kommunen tjänster för reklam (marknadsföring) på bolagets hemsida, i dess flygplan och på dess destinationsorter. Avtalet mellan kommunen och Ryanair sträckte sig tio år fram i tiden och förskottsbetalades av kommunen med 55 miljoner kronor, varav 15 miljoner kronor utbetalades i strid mot gällande domstolsförbud (inhibition).

Konkurrenskommissionen, som var först med att utreda saken, fann att förfarandet stred mot lagen om offentlig upphandling och kritiserade kommunen för detta (KKO 03-010/011). Kommissionens slutsatser bekräftades senare av länsrätt, kammarrätt och slutligen Regeringsrätten, vilken genom dom den 21 mars 2005 slog fast att upphandlingen skall göras om.

I skriftväxlingen i målet underströk Nyköpings kommun att eftersom ett avtal om upphandling redan föreligger torde någon överprövning inte kunna ske. Kommunen anförde i Regeringsrätten bl.a. följande:

”Av LOU 7 kap. 2 § st 2 framgår att vid *direktupphandling* får inte överprövning ske efter det att ett *avtal om upphandlingen* slutits. I samma paragraf st 3 talas om att vid *andra upphandlingar* får överprövning ej ske sedan ett upphandlingskontrakt föreligger och det förflutit 10 dagar efter det att tilldelningsbeslut utsänts. Här har lagstiftaren uppenbarligen gjort en distinktion mellan ’upphandlingskontrakt’ och ett ’avtal om upphandling’.

Vid direktupphandling blir det av naturliga skäl ej fråga om tilldelningsbeslut eftersom endast en leverantör är aktuell i sammanhanget och det inte finns någon annan att meddela. Detta får till följd att när ’avtal om upphandling’ tecknats med den ende anbudsgivaren/leverantören upphör också överprövningsmöjligheten” (aktbilaga 18 s. 2-3)

I enlighet med kommunens resonemang skulle tydligen enbart den omständigheten att avtal har ingåtts *direkt* med viss leverantör – oaktat lagligheten av detta förfarande – medföra att upphandlingen skall anses som en direktupphandling. Detta förhållande, tillsammans med att skriftligt kontrakt föreligger, skulle i sin tur omöjliggöra överprövning. Regeringsrätten delade emellertid inte kommunens analys utan angav följande:

”En avslutande fråga är om det av 7 kap. 1 § LOU skall anses följa att det förhållandet att avtal redan ingåtts utgör hinder för överprövning enligt LOU.

EG-domstolen har i en dom den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle m.fl. (ännu inte publicerad i rättsfallssamlingen), uttalat bl.a. att medlemsstaternas skyldighet att säkerställa möjligheter till en effektiv och skyndsamt rättslig prövning av en upphandlande myndighets beslut även omfattar beslut som fattats utanför ett formellt upphandlingsförfarande och före en formell anbudsinfördan, särskilt ett beslut som syftar till att klargöra huruvida ett visst kontrakt skall hänföras till det materiella tillämpningsområdet för rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 eller till den personkrets som direktivet är tillämpligt på. Denna möjlighet att ansöka om överprövning tillkommer var och en som har eller har haft intresse av att tilldelas ett visst offentligt kontrakt och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse, från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan (punkt 41).

Avtalet mellan Nyköpings kommun och Ryanair innefattar ett ställningstagande från kommunens sida att vid sidan av ett offentligt upphandlingsförfarande anlita Ryanair som leverantör. Vid sådant förhållande utgör den omständigheten att avtal redan föreligger inte hinder för överprövning enligt LOU”.

En slutsats som kan dras av Regeringsrättens dom är således att avtal som ingåtts direkt med viss leverantör – även om avtalet har formen av ett skriftligt kontrakt – alltid kan göras till föremål för överprövning så länge föreskriven form för offentlig upphandling inte har iakttagits. Otillåten

upphandling direkt från viss leverantör kan således inte anses utgöra ”direktupphandling” i lagens mening.

Trots prövningar i tre rättsinstanser, med slutligt avgörande i Regeringsrätten, har Nyköpings kommun i ett pressmeddelande den 28 juni 2005 meddelat att kommunen inte avser att göra om upphandlingen. Till grund för denna inställning åberopar kommunen bland annat följande.

”Enligt [en utredning som utförts av en advokatbyrå] kan konstateras att kommunen rimligen inte behöver häva det ingångna avtalet med Ryanair. Detta eftersom full betalning redan gjorts och ett hävande endast skulle få till följd att kommunen sannolikt inte återfår erlagda medel. Samtidigt som man då inte får någon leverans av tjänster från Ryanair. Enligt [advokatbyrå] är det inte rimligt att kommunen tvingas till detta.

- Kommunen behöver inte heller företa en ny upphandling även om avtalet skulle hävas, konstaterar hon vidare i utredningen. Om en upphandling skall genomföras eller ej bestämmer således kommunen själv över.

Utifrån resultatet av [advokatbyråns] utredning anser därför Nyköpings kommun att man rimligen ej kan anses tvingad att vidta några ytterligare åtgärder på grund av Regeringsrättens dom.

Kommunen konstaterar, med anledning av Regeringsrättens dom, att en upphandling av marknadsförings-tjänsterna borde ha genomförts enligt reglerna i lagen om offentlig upphandling. Men att i den uppkomna situationen någon ny upphandling inte kan genomföras och att det civilrättsligt gällande avtalet med Ryanair rimligen ej heller kan hävas”.

Av advokatbyråns utredning framgår bl.a. följande:

”Det konstateras [...] i propositionen att om civilrättslig avtalsbundenhet uppstått innan upphandlingen avslutats kan en upphandlande enhet riskera att bli skadeståndsskyldig gentemot den leverantör som först tilldelades upphandlingskontraktet samt att ’om allmän förvaltningsdomstol beslutar att upphandlingen skall göras om kan [den upphandlande] enheten inte rimligtvis fullfölja det första avtalet’ (sid 78)

Lagstiftarens utgångspunkt synes således vara att en upphandlande enhet, som har agerat i strid mot reglerna vid offentlig upphandling förväntas avbryta redan slutet civilrättsligt bindande avtal och vidta ny upphandling, trots risken för skadeståndsskyldighet gentemot den som först tilldelades kontraktet. Genom att använda formuleringen ’inte rimligtvis fullfölja’ förefaller emellertid ett utrymme ha lämnats av den svenske lagstiftaren, för den upphandlande enheten att under speciella omständigheter handla annorlunda. Det torde vara möjligt att argumentera för att sådana speciella omständigheter är för handen i förevarande fall. Avtalet har fullföljts från kommunens sida genom erläggandet av full betalning, vilken inte kan förväntas återfås. Ny upphandling kommer inte kunna genomföras, p.g.a. ekonomiska skäl, även om kommunen skulle häva avtalet. Effekten av en hävning av Avtalet synes bara kunna bli att Nyköpings kommun inte kan utnyttja den tjänst man redan betalat. Är omständigheterna så speciella behöver ett sådant resonemang inte nödvändigtvis strida mot principen som fastslogs genom Alcatel-domen”. (skrift den 27 juni 2005 från Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB till Nyköpings kommun, dnr. 03/KK155)

Kommunens agerande aktualiserar återigen frågan om upphandlande enheters domstolstrots, som Konkurrenskommissionen har berört i tidigare verksamhetsberättelser och även uppmärksammat genom anmälan till EU-kommissionen.

2. Domstolstrots

Konkurrenskommissionen har, förutom det ovan redovisade fallet i Nyköping, under verksamhetsåret kunnat konstatera domstolstrots även från Upplands Väsby kommun.

Kommunen hade genom ett antal beslut under 2004 träffat överenskommelser med innebörden att en lokal förening (Simsällskapet) mot viss ersättning skall tillhandahålla driften av kommunens simhall (för ytterligare redovisning, se avsnittet Kommissionsärenden som även handlagts i domstol).

Mot dessa förfoganden anhänggjorde en med Simsällskapet konkurrerande leverantör talan om överprövning enligt lagen om (1992:1528) offentlig upphandling.

Länsrätten i Stockholms län förordnade genom dom den 25 februari 2005 att Kommunens upphandling av tjänster avseende drift av verksamheten vid simhallen med reception och sammanhängande administrationslokaler skall göras om. Kommunen överklagade inte länsrättens dom, varför denna per den 18 mars 2005 vann laga kraft.

Vid sammanträde den 11 april 2005, d.v.s. en knapp månad efter det att länsrättens avgörande vunnit laga kraft, beslutade kommunstyrelsen i Upplands Väsby att ”inte upphandla driften av simhallen”.

Av ett motiverat yttrande av kommunstyrelsens ordförande framgår följande förklaring till kommunstyrelsens beslut:

”Mitt enkla och tydliga svar är att vi avser inte att föreslå att driften av simhallen vare sig ska upphandlas eller ändras. Vår avsikt har aldrig varit att upphandla driften. Vår avsikt var att inleda ett samarbete mellan kommun och Väsby SS om driften av simhallen. Något som inte i första hand styrdes av ekonomiska överväganden. Vi anser att samarbete genom t.ex. föreningsdrift är värdefullt för båda parter. Kommunstyrelsen och kultur- och fritidsnämnden har i enighet slutit avtal med simklubben. Dessa båda beslut har vunnit laga kraft och har inte överklagats under besvärstiden.

Vi har alltså inte för avsikt att bryta ett ingånget civilrättsligt bindande avtal. Något som dessutom med säkerhet skulle medföra båda skadeståndsanspråk och badwill. Om vi på något sätt hanterat frågan felaktigt när det gäller att åstadkomma föreningsdrift tänker vi pröva andra former för att lösa det. Vi har också skrivit till förbundet för kommuner och landsting för att få råd i detta ärende. Rättsläget är minst sagt oklart.

Jag vill också framföra att frågan om partnerskap mellan det offentliga och det privata och då även ideella föreningar s.k. OPP är högst aktuell. Om det ska bli verklighet måste t.ex. frågan om hur kommun och föreningar eller kommun och företag tillsammans ska kunna driva olika projekt få en lösning. Det får märkliga konsekvenser om lagen om offentlig upphandling skulle vara överordnad annan lagstiftning t.ex. kommunallagen och avtalslagen och även samarbetstanken” (Kommunstyrelsen Upplands Väsby, beslut den 11 april 2005, KS §§ 70 - 71/05).

Företrädare för kommunen har även i media uppgivit att ”*Domen var ett slag i luften, vi låter det vara som det är*” samt att ”*Tanken var aldrig att upphandla driften så någon upphandling är inte aktuell. Vi fortsätter som vanligt* (Lokaltidningen Mitt i Upplands Väsby, den 5 april 2005, sid. 6)

Grunderna för det svenska statskicket framgår av regeringsformen (RF). Av 1 kap. 1 § RF framgår att den offentliga makten förverkligas genom bland annat kommunal självstyrelse, men att den skall utövas under lagarna. Med bestämmelsen avses att folkstyrelsen är underkastad lagens band. Kravet på att all maktutövning skall vara lagbunden gäller alla statsorgans verksamhet, såväl kommunala församlingar som riksdagens. Dessa är således vid utövande av sin beslutanderätt skyldiga att iakttaga i första hand grundlagarnas föreskrifter men även övriga lagbud så länge dessa är gällande.

Även av 8 kap. 5 § andra punkten RF följer att det i lag meddelas föreskrifter om kommunernas befogenheter och om deras åligganden. I doktrinen framhålls särskilt, att bestämmelsen i 1 kap. 9 § RF att den offentliga förvaltningen skall iakttaga saklighet och opartiskhet gäller också för kommunerna samt att kommunerna dessutom alltid skall iaktta regeln i 1 kap. 1 § RF om att den offentliga makten utövas under lagarna.

Tillsynen av att lagarna efterlevs tillkommer enligt 11 kap. regeringsformen i första hand domstolarna, vars självständighet gentemot myndigheterna särskilt garanteras (11 kap. 2 § RF). Viss tillsynsmakt tillkommer även Riksdagens ombudsmän (JO), vilka kan fatta beslut om åtal, exempelvis för tjänstefel (12 kap. 6 § RF).

Svenska kommuner är således rättsligt underordnade, dels den lagstiftning är en följd av riksdagens beslut (eller andra författningar som grundas i lag eller som följer regeringens s.k. restkompetens (se 68 kap. 13 § RF) dels de domstolsavgöranden som avser tillämpningen av sådan lag eller annan författning.

Som svensk rätt gäller även fördraget den 25 mars 1957 om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen (det s.k. EU-fördraget) samt de särskilda rättsakter, avtal och andra beslut som löpande antas av Europeiska unionen – EU.

Enligt EU-fördraget gäller en allmän princip om likabehandling av näringsidkare, den s.k. likställighets- eller likabehandlingsprincipen. Denna får förstås så att en medlemsstats myndigheter inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa (t.ex. inhemska) leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen att "*Den i Romfördraget centrala likabehandlingsprincipen återfinns bl.a. i artikel 6 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Andra uttryckliga likabehandlingsprinciper återfinns i artikel 40 tredje stycket i Romfördraget angående likabehandling mellan producenter och konsumenter inom den gemensamma jordbrukspolitikerna samt i artikel 119 i Romfördraget när det gäller lika lön för kvinnor och män. EG-domstolen har dock slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen*".

Inom området för offentlig upphandling kommer EU-fördragets allmänna likabehandlingsprincip till uttryck genom bland annat de upphandlingsdirektiv som beslutats av Europeiska rådet, däribland rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (det s.k. tjänsteupphandlingsdirektivet) samt rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (det s.k. första rättsmedelsdirektivet) vilket (art. 41) även reglerar upphandling av tjänster.

Enligt gemenskapsrättslig praxis (EG-domstolens dom mål nr. C-59/00, Vestergaard) skall de grundläggande principer, vilka ytterst härrör från EU-fördraget och som inom upphandlingsrättsens område kommer till uttryck genom gällande gemenskapsrättsliga upphandlingsdirektiv, äga tillämpning på samtliga upphandlingar, således även sådana som formellt ligger utanför regleringen enligt gällande direktiv.

Enligt art 1 punkterna 1 – 3 i första rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG) skall medlemsstaterna vidta nödvändiga åtgärder för att garantera, att en upphandlande enhets beslut prövas effektivt. Medlemsstaterna skall förhindra diskriminering mellan företag, vilka vid upphandling gör gällande skada samt se till att införa ett prövningsförfarande med detaljerade regler enligt medlemsstaternas bestämmande som kan åberopas av var och en som har eller har haft ett intresse att få avtal om viss offentlig upphandling och som har skadats eller riskerat skadas av en påstådd överträdelse.

Medlemsstaterna skall enligt direktivet vidare hålla tillgängligt institutioner vid vilka förfördelade leverantörer skall kunna få effektivt prövat påstådda överträdelser av gällande upphandlingsbestämmelser. I Sverige utgörs nationellt prövningsorgan av domstolarna, med länsrätt som första instans för materiell s.k. överprövning av upphandlingsbeslut, samt tingsrätt som första instans för prövning av skadestånd vid offentlig upphandling.

Enligt art. 2 punkten 7 i första rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG) skall medlemsstaterna se till att prövningsorganens beslut verkligen åtföljs. Bestämmelsen ger uttryck för den s.k. *lojalitetsprincipen*, som även framgår av art. 10 i EU-fördraget. Enligt denna princip skall varje medlemstat och dess myndigheter lojalt främja gemenskapens intresse och handla så att syftet med EU-avtalet kan uppfyllas.

Lojalitetsprincipen omfattar medlemsstaternas samtliga statsorgan, till vilka räknas centrala såväl som lokala (kommunala) myndigheter samt staternas domstolsväsenden. I gemenskapsrättslig praxis har principen uttolkats som en skyldighet för bl.a. medlemsstaternas myndigheter att lojalt

effektuera gemenskapsrätten och vid sina avgöranden säkerställa dess fulla verkan genom att garantera ett effektivt skydd av enskildas rättigheter

Konkurrenskommissionen beslutade i anledning av Upplands Väsby kommuns domstolstrots att inom ramarna för den redan pågående prövningen av Sveriges implementering av gällade rättsmedelsbestämmelser anmäla förfarandet till EU-kommissionen. Förfarandet har även anmälts för granskning av Riksdagens ombudsmän (JO).

PUBLICERING AV ÄRENDEN

En viktig uppgift för Konkurrenskommissionen har varit att den skall 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 hundrafemtio 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 ett betänkandet SOU 2005:22, Nya upphandlingsregler, presenterade Upphandlingsutredningen ett förslag på en ny lagstiftning om offentlig upphandling.

I förslaget, som innefattade en implementering av det nya EU-direktivet (2004/18/EEG) om offentlig upphandling av bygg- entreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet), föreslogs bland annat att *kravet på affärsmässighet* i 1 kap. 4 § nuvarande lagtext, skulle tas bort och ersättas med de gemenskapsrättsligt grundade principerna om *likabehandling och ickediskriminering*, samt *öppenhet och förutsägbarhet*. De ävenledes gemenskapsrättsligt grundade principerna om *ömsesidigt erkännande* och *proportionalitet* föreslogs emellertid inte skrivas in i den föreslagna lagtexten. Detta motiverades med att det är enbart de förra principerna som har lyfts fram i direktivtexten.

Konkurrenskommissionen tillstyrkte i sitt remissyttrande (dnr. KKO-R-05-01) förslaget i stort. Kommissionen avstyrkte emellertid att *kravet på affärsmässighet* skulle mönstras ut ur lagstiftningen samt förordade att samtliga de principer som bär upp den gemenskapsrättsliga upphandlingsrätten, således även principerna om *ömsesidigt erkännande* och *proportionalitet*, tydligt skrivs in i den nya lagtexten.

Konkurrenskommissionen pekade i sitt yttrande bland annat på att det centrala målet för lagstiftningen om offentlig upphandling är att företagen skall konkurrera på lika villkor varigenom den offentliga anskaffningen kan komma att gynnas genom en effektiv konkurrens. Ett annat mål är att genom tydliga bestämmelser försvåra korrup­tion inom offentlig förvaltning.

Konkurrenskommissionen finner det därför betydelsefullt att principerna för tilldelning av kontrakt utformas i lagtexten på ett tydligare och mer klarläggande sätt än som framgår av utredningens förslag.

Detta framstår som särskilt angeläget mot bakgrund av att svensk rättspraxis utan någon närmare precisering i huvudsak kommit att hänvisa till de ”de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten” (se RÅ 2002 ref. 50).

Enligt nu gällande lag om offentlig upphandling gäller ett *krav på affärsmässighet*, d.v.s. att all upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Lagen, liksom det nya upphandlingsdirektivet, utgår från att upphandlingar skall ske på marknadens villkor och att det är marknaden som genom konkurrens kan ge de bästa och billigaste villkoren.

Som framgår av bl.a. äldre förarbetsuttalanden härleds kravet på affärsmässighet till tidigare svenska bestämmelser och praxis kring offentlig upphandling och har, enligt tidigare utredning (SOU 2001:31 s. 86), inte ansetts strida mot de principer om likabehandling, ickediskriminering, öppenhet, förutsägbarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet som bär upp på området gällande gemenskapsrätt.

Den utvidgning av principerna för tilldelning av kontrakt som kommit att införas genom det nya direktivet måste i angivet avseende anses medföra även en utvidgning av affärsmässighetsrekvisitet och utgör enligt Konkurrenskommissionens mening inte tillräckligt skäl för att mönstra ut affärsmässighetskravet ur lagtexten. Kravet bör istället kvarstå även i de nya lagarna, särskilt för att markera kontinuitet i lagstiftningen samt för att motverka uppkomst av den felaktiga uppfattningen att det inte längre föreligger något krav på effektiv hushållning i den offentliga anskaffningen.

Pedagogiska skäl talar vidare för att samtliga gemenskapsrättsliga principer om likabehandling, ickediskriminering, öppenhet, förutsägbarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet skrivs in i portalbestämmelsen.

Den omständigheten att principerna om *likabehandling och ickediskriminering* samt *öppenhet och förutsägbarhet* särskilt har lyfts fram i det nya direktivet medför enligt Konkurrenskommissionens mening inte att de kvarvarande och alltjämt gällande principerna om *ömsesidigt erkännande* samt *proportionalitet* bör undantas i lagtexten på sätt som föreslagits av utredningen.

Konkurrenskommissionen har vidare avgivit yttrande till EU-kommissionen i anledning av pågående – och av Konkurrenskommissionen initierad – granskning av Sveriges implementering av gällande rättsmedelsbestämmelser vid offentlig upphandling (Klagomålsärende 2004/4053).

I yttrandet uppmärksammades att någon rättelse inte har genomförts i något av de fem fall av domstolstrots som Konkurrenskommissionen tidigare påtalat. Därutöver anmäldes ytterligare ett fall av domstolstrots (Upplands Väsby kommun – se ovan). Konkurrenskommissionen underströk vidare att syftet med klagomålet inte har varit att i första hand diskutera ett antal fall av domstolstrots av kommuner och landsting i Sverige utan att göra klart, att det i svensk rätt saknas sådana garantier att prövningsorganens beslut verkligen åtlyds som förutsätts enligt gällande rättsmedelsdirektiv.

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.

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 elva verksamhetsåren är att de konkurrens-snedvridande 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) Överträdelser av förbud i lag att bedriva viss verksamhet.** *Denna grupp utgör en knapp fjärdedel 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 dåvarande Upphandlingskommittén, Riksdagens revisorer, Riksrevisionsverket samt från Nämnden för offentlig upphandling (NOU), ännu inte har införts.

Vissa organ, främst kommunala och statliga företag, synes i strid mot tillsynsmyndighetens (NOU) 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.

Det s.k. skaderekvisitets betydelse vid överprövning av offentlig upphandling bör klarläggas tydligare. På området finns en skiftande rättspraxis, där vissa domstolar avslår talan om överprövning på den grunden att den klagande leverantören inte ansetts riskera lida någon skada eftersom han inte deltagit med något anbud eller intresseanmälan i upphandlingen. I andra fall har talan avslagits med motiveringen att det är fel anbudsgivare som klagat på upphandlingen. Även i de fall där uppenbara upphandlingsfel har konstateras av domstolarna är det enligt detta senare synsätt enbart den anbudsgivare som rätteligen skulle ha vunnit upphandlingen (och således kan visa skada) som kan erhålla bifall i överprövning. Angiven svensk rättspraxis riskerar enligt Konkurrenskommissionens mening att strida mot gemenskapsrättens krav på en effektiv överprövning.

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 även vid otillåten direktupphandling, ha funnit sin lösning. Vissa väsentliga frågor är emellertid fortfarande oreglerade, däribland vad som avses med ”upplysning” enligt 1 kap. 28 § LOU och vilken omfattning nämnda upplysningsskyldighet skall ha.

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

En sådan presumtion för interimistiskt verkställighetsförbud i upphandlingsmål som Konkurrenskommissionen tidigare har krävt synes däremot numera ha fastställts genom rättspraxis (RÅ 2005 ref. 17). Även det av kommissionen tidigare framförda kravet att det inte skall kunna vara möjligt för en upphandlande enhet att i strid mot meddelad dom slutföra en överprövad upphandling, synes ha uppfyllts genom nämnda avgörande.

Upphandlingsvite mot domstolstrots

Som tidigare redovisats har Konkurrenskommissionen flera fall av upphandlande enheters (som regel kommuners) trotsande av domstols förordnanden i mål om överprövning vid offentlig upphandling.

Kommissionen förordar därför att det i lag införs effektiva sanktioner mot domstolstrots. Ett sätt att komma till rätta med upphandlande enheters domstolstrots kan vara att förena förekommande domstolsbeslut med vite. Härigenom skapas ett ekonomiskt tryck på de upphandlande enheterna att lojalt iaktta rättens beslut.

Sedan tidigare finns det i 7 kap. 2 § LOU en bestämmelse om att allmän förvaltningsdomstol vid vite får förbjuda en upphandlande enhet att fortsätta viss upphandling. Bestämmelsen begränsas till upphandlingar inom de s.k. försörjningssektorerna och avser enbart rättelse (avhjälpande av brister). Vitesbestämmelsen bör utvidgas till att omfatta samtliga beslut och samtliga upphandlingar som regleras i lagen samt bestämmelsen förtydligas avseende vem som kan föra talan om vite och vites utdömande samt vid vilka tidpunkter vite kan påföras.

Har en upphandlande enhet tidigare trotsat domstolsbeslut i mål om offentlig upphandling eller gjort uttalanden som tyder på att enheten inte avser att rätta sig efter vad rätten förordnar föreligger det tillräckliga skäl för att redan i samband med upphandlingsmålet avgörande förena beslut om åtgärd enligt LOU med vite.

Många gånger kan det emellertid vara svårt att i förhand bedöma huruvida en upphandlande enhet avser att rätta sig efter ett visst beslut eller ej. Full klarhet föreligger kanske först sedan rätten har skiljt sig från målet eller lagakraftvunnet beslut föreligger. För att även dessa fall skall omfattas av sanktionssystemet fordras att vite kan påföras även genom beslut i efterhand. En leverantör som har fått till stånd ett beslut om åtgärd enligt 7 kap. 2 § LOU föreslås således kunna i efterhand ansöka hos länsrätt om att beslutet skall förenas med vite. Vite skall som regel föreläggas om en upphandlande enhet dröjer med att rätta sig efter domstols beslut utöver vad som kan anses skäligt.

Syftet med den förordade vitesbestämmelse är att denna skall få en avhållande effekt på de upphandlande enheterna, så att dessa avstår från att trotsa rättens beslut. Vitet måste således beloppsmässigt anpassas så att önskad effekt säkerställs. I äldre förarbeten anges vitesbelopp motsvarande minst en (1) procent av upphandlingens värde. Den angivna minimivån får tolkas mot bakgrund av att vite enligt andra rättsmedelsdirektivets bestämmelse (92/13/EEG) är tänkt att i första hand komma klagande leverantör till del. Vite enligt lagen om offentlig upphandling kommer emellertid statskassan till del. Vid svenska förhållanden saknas därför samma anledning till återhållsamhet som framgår av rättsmedelsdirektivets förarbeten ("explanatory memorandum"). Vitesbelopp motsvarande minst tio procent av upphandlingens värde bör således komma ifråga. Även löpande vite bör tillämpas, utan maximigräns. Syftet med vitet skall vara att sätta trotsande upphandlande enheter under sådan ekonomisk press att det framstår som klart ofördelaktigt för enheterna att fortsätta trotsa rättens beslut.

Såväl talan om påförande som om utdömande av vite skall kunna föras vid länsrätt av leverantör som utgör eller utgjort part i mål om åtgärd enligt 7 kap. 2 § LOU. Forumbestämmelsen i 7 kap. 4 § LOU föreslås justerad så att det klart framgår att det skall vara samma domstol som dömer i vitesdelen som i målet i övrigt.

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 objektivet 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 objektivet 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

Med implementeringstid avses tiden mellan det att en tilldelning vid offentlig upphandling har beslutats till dess att leverans skall ha skett eller vara påbörjad. 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 dagar. Länsrätt avslog 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 implementeringstider regleras i lagen. För kort tilltagna frister gynnar tidigare leverantör och motverkar konkurrensen. Det är inte acceptabelt att en upphandlande enhet i realiteten kan bestämma sig för att fortsätta med tidigare entreprenör genom att använda sig av knepet att ha kort tid mellan avtalstecknande och leverans av vara eller tjänst.

Interna bud i konkurrens med externa anbud

Konkurrenskommissionen har tidigare uppmärksammat problem som uppstår när upphandlande enheter låter den egna regin delta med interna bud i konkurrens med externa anbud vid offentlig upphandling. I några fall synes upphandlingarna ha varit utlysta enbart för att testa den egna regins 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 var 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 i rättspraxis (RÅ 2004 ref.24). Som bl.a. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har påpekat i ett yttrande till Regeringsrätten i detta mål 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 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. Genom det nya upphandlingsdirektivet för den klassiska sektorn (2004/18/EEG) har emellertid kommit att införas en reglering med tydliga bestämmelser som bland annat försvårar missbruk. Det aktuella regelverket har ännu inte implementerats i svensk lag.

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 enligt lag gäller för deras verksamhet. 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 elfte 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. Dylika 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 kritiseras när det gäller liknande etableringsstöd utomlands.

Ett stort problem vid kommunernas överträdelse 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 överträdelse (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.

- Bestämmelsen om vite enligt 7 kap. 2 § LOU i mål inom de s.k. försörjningssektorerna bör utvidgas till att omfatta all upphandling.

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 beslutande befattningshavare vid illojalt upphandlingsbeteende bör införas.

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.

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 kompetenslig. 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 medger samma möjlighet till insyn och kontroll som om verksamhet hade bedrivits i kommunal förvaltningsform. Bestämmelser bör omgående införas som innebär att de kommunala företagens beslut anslås på kommunens anslagstavla samt att besluten, på samma sätt som gäller för kommunala beslut i övrigt, kan underkastas kommunal laglighetsprövning samt upphävas av domstol.

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

Stockholm den 19 oktober 2005

G Rune Berggren

Sigvard Berglöf

Patrik Engellau

Inger Ridderstrand Linderöth

Erik Nerep

Lennart Palm

Bilaga till Konkurrenskommissionens verksamhetsberättelse, elfte verksamhetsåret (2004/2005)

I) I gruppen av ärenden rörande konkurrensnedvridning genom åsidosättanden av reglerna för offentlig upphandling har Konkurrenskommissionen avgjort 26 ärenden. Samtliga av dessa har lett till kritik från kommissionen. Bland de således avgjorda ärendena märks följande:

KKO 03-059, otillbörligt gynnande av leverantör. Polismyndigheten i Skåne hade direkt från landstinget Region Skåne och utan något offentligt upphandlingsförfarande köpt tjänster för utfärdande av rättsintyg och blodprovstagning med anledning av brottsutredning (såsom t.ex. DNA-test och drogtest). Konkurrenskommissionen påpekade att beslut om kroppsbesiktning och utövande av eventuellt tvång vid genomförande av besiktningen utgör myndighetsutövning, medan själva utförandet av besiktningen, exempelvis provtagning, inte innefattar myndighetsutövning. Av på området gällande förordning följer att landstinget sjukvårdspersonal är skyldig att på begäran av rättsvårdande myndigheter kostnadsfritt utföra undersökningar och att avge utlåtanden över dessa. Någon upphandlingssituation uppkommer inte i dessa fall utan polismyndigheten skulle vara oförhindrad utnyttja landstingets kostnadsfria tjänster. Eftersom landstinget tar betalt är det däremot fråga om ett köp för vilket upphandling skall ske. Någon laglig möjlighet för Polismyndigheten att direktupphandla det aktuella avropsavtalet förelåg inte. Offentlig upphandling skulle istället ha genomförts, där även andra än landstinget lämnades möjlighet att inkomma med anbud menade Konkurrenskommissionen samt konstaterade att konkurrensen därmed kommit att snedvridas.

KKO 04-005, otillbörligt gynnande av leverantör. Upplands Väsby kommun hade beslutat teckna avtal med en lokal förening om köp av tjänster för driften av kommunens simhall, utan att någon föregående infordran av konkurrerande anbud hade genomförts. Avtalat vederlag skulle utgå i form av ett driftsbidrag. Konkurrenskommissionen påpekade att det normalt inte är tillåtet för kommuner att köpa tjänster utan upphandling i konkurrens, inte ens om köpet sker från en ideell förening och vederlaget utgår i bidragsform. Kommissionen bedömde att den aktuella upphandlingen inte hade handlagts i enlighet med gällande upphandlingsbestämmelser och att konkurrensen därmed snedvridits. Förfarandet förklarades senare olagligt av domstol (länsrätt), vilken förordnade att upphandlingen skulle göras om.

KKO 04-038, bristande affärsmässighet. Länsarbetsnämnden i Västmanlands län hade vid upphandling av tjänster för "Personalmassage" antagit ett anbud som inte uppfyllde för upphandlingen ställda obligatoriska s.k. skall-krav. Som grund för att anta anbudet hade vidare angivits omständigheter (referenser) som inte ingick i värderingskriterierna enligt förfrågningsunderlaget och där det åberopade utfallet inte heller stöddes av någon dokumenterad utredning. Konkurrenskommissionen påpekade att det inte är möjligt att vid offentlig upphandling anta anbud som inte uppfyller ställda krav. Vinnande anbud borde därför rätteligen ha förkastats ur upphandlingen. Det får heller inte förekomma att omständigheter som inte framgår av förfrågningsunderlaget beaktas vid den slutliga anbudsvärderingen. Samtliga omständigheter som lagts till grund för tilldelningsbeslut måste vidare dokumenteras på ett tillförlitligt sätt. Kommissionen fann därför länsarbetsnämnden hade åsidosatt gällande bestämmelser om offentlig upphandling på ett sätt som medfört att konkurrensen på marknaden för massagetjänster har snedvridits

KKO 04-039 - - 04-043, otillbörligt gynnande av leverantör. Botkyrka, Haninge, Huddinge, Nynäshamns och Salems kommuner hade var för sig genom olika avtal och utan att inhämta några konkurrerande anbud, tecknat löpande avtal om köp av tjänster för renhållning (insamling och behandling) direkt från det gemensamt ägda bolaget SRV Återvinning AB. Konkurrenskommissionen påpekade att det normalt inte är tillåtet för kommuner att köpa

tjänster utan upphandling i konkurrens, inte ens om köpet har skett från ett hel- eller delägt kommunalt företag. Angiven begränsning gäller oavsett om aktuell upphandling har genomfört enligt den nu gällande lagen om offentlig upphandling eller om den har genomförts enligt äldre bestämmelser. Även det tidigare gällande reglementet för kommunal upphandling (UR) föreskrev nämligen att anbudsinfordran skulle ske även vid köp från helägda bolag, under förutsättning att bolaget – liksom SRV - i sin tur producerar den tjänst som upphandlingen avser. Kommissionen bedömde mot denna bakgrund att ingen av de bedömda upphandlingarna hade handlagts i enlighet med vid varje tidpunkt gällande bestämmelser för kommunal upphandling och att konkurrensen därmed hade kommit att snedvridas.

KKO 04-049 - - 04-052, otillbörligt gynnande av leverantör. Simrishamns, Sjöbo, Skurups, Tomelilla och Ystads kommuner hade var för sig, utan skriftligt avtal och utan att inhämta några konkurrerande anbud, lämnat uppdrag direkt till det tillsammans med andra sydsvenska kommuner gemensamt ägda bolaget Sydskanes Avfallsaktiebolag (SYSAB), att tillhandahålla dem tjänster för renhållning (avfallsbehandling). Konkurrenskommissionen påpekade att det normalt inte är tillåtet för kommuner att köpa tjänster utan upphandling i konkurrens, inte ens om köpet har skett från ett hel- eller delägt kommunalt företag. Kommissionen bedömde mot denna bakgrund att de bedömda upphandlingarna hade handlagts i strid mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling och att konkurrensen därmed hade kommit att snedvridas. Förfarandet har för två av de bedömda kommunerna, Simrishamn och Tomelilla, senare förklarats olagligt av länsrätt, vilken förordnade att upphandlingarna skulle göras om. För närvarande pågår prövning i Kammarrätt.

KKO 04-035, bristande affärsmässighet. Gävle kommuns bostadsbolag, AB Gavlegårdarna, hade infordrat anbud avseende varor och tjänster för installation av elmätare m.m. enbart genom annons i lokala tidningar vid ett tillfälle. Konkurrenskommissionen påpekade att den aktuella upphandlingen rätteligen skulle handläggas enligt de av EU-direktiv styrda förfarandet för upphandling av varor eller s.k. A-tjänster över tröskelvärdena. Upphandlingen skulle därför ha annonserats i EU:s tidning och i dess databas. Även om upphandlingen – vilket AB Gavlegårdarna felaktigt trodde – fick handläggas enligt de nationellt betingade bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling skulle förfarandet ha annonserats i en allmänt tillgänglig elektronisk databas eller i annan form som leder till effektiv konkurrens. Detta krav kan knappast anses uppfyllt genom annonsering enbart i lokala medier. Andra leverantörer än lokala företag har härigenom kommit att missgynnas menade Konkurrenskommissionen som bedömde att konkurrensen på marknaden för elektrisk mätapparatur och installation av sådan utrustning därvid kommit att snedvridas på ett otillbörligt sätt. Förfarandet förklarades senare olagligt av domstol (länsrätt), vilken förordnade att upphandlingen skulle göras om.

KKO 04-055 - - 04-057, otillbörligt gynnande av leverantör. Köpings, Arboga och Kungsörs kommuner (de s.k. KAK-kommunerna) hade var för sig och utan att inhämta några konkurrerande anbud, lämnat uppdrag direkt till det gemensamt ägda bolaget Vafab Miljö AB, att tillhandahålla dem tjänster för renhållning (insamling och avfallsbehandling). Konkurrenskommissionen påpekade att det normalt inte är tillåtet för kommuner att köpa tjänster utan upphandling i konkurrens, inte ens om köpet har skett från ett hel- eller delägt kommunalt företag. Kommissionen bedömde mot denna bakgrund att de bedömda upphandlingarna hade handlagts i strid mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling och att konkurrensen därmed hade kommit att snedvridas.

KKO 05-003, otillbörligt gynnande av leverantör. Norrbottens läns landsting hade utan föregående konkurrensupphandling tecknat avtal med ett privat företag om avrop av presentartiklar. Landstinget tillfrågade i augusti 2004 två företag om leverans av presentartiklar som

landstinget kommande julen samma år skulle ge bort som julklappar. Förfrågan skedde form- löst utan föregående annonsering eller upprättande av något skriftligt förfrågningsunderlag. Avtal tecknades med ett av de tillfrågade företagen. Landstinget motiverade förfarandet med att synnerlig brådska gjorde att förfarandet för direktupphandling tillämpades. Konkurrens- kommissionen fann vid sin bedömning att upphandlingen knappast avsett något akut eller oförutsett behov utan att den påstådda brådskan i stället varit att hänföra till en otillräcklig tidplanering från landstingets sida, vilket inte utgör något synnerligt skäl för direktupphand- ling enligt gällande bestämmelser. Kommissionen konstaterade mot denna bakgrund att upphandlingen hade handlagts i strid mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling och att konkurrensen därmed hade kommit att snedvridas. Förfarandet har senare kritiserats av både länsrätt och sedermera kammarrätt såsom olagligt. Kammarrätten avvisade emellertid en ansökan om att upphandlingen skulle göras om med hänvisning till att kontrakt redan hunnit tecknats. För närvarande ligger målet i Regeringsrätten för bedömning om prövningstillstånd.

KKO 05-006, otillbörligt gynnande av leverantörer. Norrbottens läns landsting hade vid upphandling av presentartiklar uppställt krav på specifika produkter, med angivande av bl.a. namn på tillverkare, men utan tillägg av att även likvärdiga produkter kan komma ifråga. Konkurrenskommissionen påpekade att oavsett vilket förfarande som väljs vid offentlig upphandling är det förbjudet att i förutsättningarna hänvisa till att enbart produkter av vissa fabrikat kan komma ifråga. Referensangivelser får över huvud taget förekomma endast om det som skall upphandlas inte kan beskrivas på ett mer neutralt sätt och måste i sådant fall alltid följas av orden ”*eller likvärdig*”. Det kan emellertid synas rimligt att landstinget vid upphandling av presentartiklar som bl.a. skall användas vid representation kan ha ett önskemål om att förekommande produkter skall ha regional anknytning. Ett sådant önskemål torde – om det framförs i allmänna termer –knappast heller strida mot de inom upphandlingsrätten gällande likabehandlings- och proportionalitetsprinciperna, eftersom det i det aktuella fallet kan motiveras utifrån strikt sakliga skäl. Landstinget hade enligt Konkurrenskommissionen således kunna uppställt ett allmänt krav på regional anknytning men borde ha inskränkt sig till att beskriva förmålen för upphandlingen i allmänna termer. Närmare detaljutformning och produkternas fabrikat m.m. borde landstinget däremot ha överlåtit på intresserade leverantörer att offerera i sina anbud. Som upphandlingen nu har kommit att handläggas, menade Konkurrenskommissionen, är den inte förenlig med kravet på affärsmässighet och objektivitet enligt lagen om offentlig upphandling eller de grundläggande principer enligt bl.a. Romfördraget som legat till grund för lagens reglering.

KKO 05-007, otillbörligt gynnande av leverantör. Norrbottens läns landsting köpte utan giltigt avtal presentartiklar direkt från vissa företag, med vilka landstinget tidigare har haft ramavtal. Sammantaget uppgick köpen till icke obetydligt belopp. Landstinget hade tidigare genomfört en upphandling och tecknat kontrakt med sex leverantörer avseende successiva avrop av presentartiklar under en ursprunglig avtalstid fram till och med 2003 avtalen hade förlängt till och med februari 2004. Trots att angivna avtal, inklusive förlängningsåret, därefter hade löpt ut fortsatte landstinget att köpa tjänster direkt från de sex leverantörerna. Konkurrenskommissionen påpekade att landstingets löpande behov av presentartiklar rätteligen skulle ha underkastats ett nytt offentligt upphandlingsförfarande när de gamla kontrakten löpte ut. Förfarandet stred således mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling samt medförde att konkurrensen på marknaden för presentartiklar snedvridits konstaterade Konkurrenskommissionen i sin bedömning. Kommissionen, som i två tidigare avgöranden hade riktat kritik mot landstingets köp av presentartiklar (se KKO 05-003 och 05-006) tillade att det nu kritiserade förfarandet i belysning av tidigare uppmärksammade felaktigheter måste ge anledning för landstinget att se över sina rutiner för upphandling i allmänhet och av presentartiklar i synnerhet.

KKO 05-014, **otillbörligt gynnande av leverantör**. Vindelns kommun har utan föregående infordran av konkurrerande anbud på marknaden träffat avtal om byggentreprenadarbeten direkt från ett privat företag. Till stöd för förfarandet åberopades att fråga var om arbeten som kunde utföras endast av viss till företaget knuten expertis, vilken tidigare utfört liknande tjänster för kommuner, men då i ett annat företag. Konkurrenskommissionen påpekade att upphandling inte utan starka skäl får utformas så att endast visst företag kan komma ifråga samt bedömde att tillräckliga skäl för att direktupphandla eller upphandla utan föregående annonsering inte kunde anses föreligga. Förfarandet stred således mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling samt medförde att konkurrensen snedvridits. Förfarandet förklarades senare olagligt av domstol (länsrätt), vilken förordnade att upphandlingen skulle göras om.

II) I gruppen av ärenden rörande konkurrenssnedvridning genom överträdelser av den egna kompetensen har Konkurrenskommissionen avgjort 9 ärenden. Av dessa har samtliga lett till kritik från kommissionen. Bland de således avgjorda ärendena märks följande:

KKO 03-033, **kompetensöverskridande kommunal affärsverksamhet**. Botkyrka, Haninge, Huddinge, Nynäshamns och Salems kommuner bedriver genom det gemensamt helägda renhållningsbolaget SRV Återvinning AB (nedan SRV) kommersiell verksamhet utanför delägarkommunernas respektive område. SRV uppgav sig även vilja expandera verksamheten till ytterligare områden utanför delägarkommunerna. Konkurrenskommissionen påpekade att den del av SRV:s verksamhet som avser andra än delägarkommunernas kommunmedlemmar strider mot kommunallagens lokaliseringsprincip. Verksamheten riskerar även att snedvrیدا konkurrensen på de aktuella marknaderna.

Konkurrenskommissionen anmärkte också att de berörda delägarkommunerna varit skyldiga att fastställa det "kommunala ändamålet" för SRV. Därmed avses att kommunerna skall ha försäkrat sig om att SRV inte bedriver verksamhet som strider mot den kommunala kompetensen. Detta har inte skett. Hade en sådan begränsning funnits införd i SRV:s statuter skulle de påtalade överträdelserna med anbudsgivning i andra kommuner inte kunna ha skett. De berörda ägarkommunerna bör därför genom sin representation i bolagets styrelse eller på annat sätt se till att de påtalade verksamheterna utanför kommunernas områden upphör, samt genom ändring av bolagets statuter se till att det kommunala ändamålet för SRV preciseras på ett sätt som garanterar att kommunallagens principer inte överträds, uttalade Konkurrenskommissionen.

KKO 04-022, **kommunalt stöd till enskild näringsidkare**. Örebro kommun har beslutat ställa borgen för att finansiera ett kommunalt bolags (Örebromark AB) verksamhet med att tillhandahålla näringslivet med andra lokaler än sådana som avser det rena hantverkets och småindustriens behov. Konkurrenskommissionen påpekade att det enligt samstämmig rättspraxis överhuvudtaget inte är någon angelägenhet för kommuner att hålla det privata näringslivet med industrilokaler. Industristöd av sysselsättningshänsyn är en statlig angelägenhet och inte något som kommuner skall ägna sig åt. Kommissionen menade därför att det aktuella borgensbeslutet strider mot kommunallagens förbud mot stöd till enskild näringsidkare samt är ägnat att snedvrیدا konkurrensen. Förfarandet förklarades senare olagligt av domstol (länsrätt), vilken upphävde kommunens beslut.

KKO 04-044, **kompetensöverskridande kommunal affärsverksamhet**. Uppsala kommun hade genom det indirekt helägda bolaget AB Prebus, lämnat anbud till Landstinget Uppsala län avseende tjänster för drift av beställningscentral för samordning av sjukresor mm. Bolaget, som dessutom uppgav sig även bedriva verksamhet med att , utveckla och sälja datatjänster på den allmänna marknaden, saknade i sina statuter begränsning till den kommunala kompetensen. Konkurrenskommissionen påpekade att det inte är någon primärkommunal

angelägenhet att befatta sig med administration av sjukresor. Anbudsgivningen bedömdes redan av dessa skäl strida mot den kommunala kompetensen för Uppsala kommun. Kommissionen påpekade vidare att det av anbudsförutsättningarna framgår att sjukreseverksamheten skulle omfatta hela Uppsala län. Eftersom strax under hälften av länets innevånare är bosatta utanför Uppsala kommun strider anbudsgivningen således även mot den kommunala s.k. lokaliseringsprincipen. Slutligen anmärkte Konkurrenskommissionen att det av statuterna för AB Prebus inte framgick någon begränsning av bolagets verksamhet till den kommunala kompetensen. En dylik begränsning fanns emellertid inskriven i statuterna för koncernmoderbolaget, Uppsala Stadshus AB. Uppsala kommun borde därför se till att samtliga koncernbolag, däribland AB Prebus, iakttar den begränsning till den kommunala kompetensen som följer moderbolagets bolagsordning. Som Konkurrenskommissionens utredning har visat strider AB Prebus verksamhet på flera punkter mot den kommunala kompetensen för Uppsala kommun, och ligger således utanför de bolagsrättsliga förutsättningarna för den kommunala koncernen. Kommissionen påtalade att det därför åligger Uppsala kommun att genom sin representation i moderbolagets styrelse eller på annat sätt se till att all kompetensstridig verksamhet inom koncernen upphör samt, genom ändring av AB Prebus statuter garantera att kommunallagens bestämmelser inte överträds.

KKO 04-058, kompetensöverskridande kommunal affärsverksamhet. Landstinget Västra Götalandsregionen hade tecknat avtal med Landstinget i Värmland om successiva leveranser av tjänster för tvätt och textiltvättning. Konkurrenskommissionen påpekade att det normalt inte är någon angelägenhet enligt kommunallagen för ett landsting att befatta sig med att tillhandahålla tvätteritjänster på de allmänna marknaden och att det definitivt inte ingår i ett landstings åtaganden att bedriva verksamhet för ett annat landstings räkning. Av utredningen framgick att avtalet avser betydande tvättvolym till ett värde av c:a 20 miljoner kronor per år vilket motsvarande en ökning med c:a 15 procent av tvätteriets totala produktion. De särskilda förutsättningar, såsom tillfällig överkapacitet under ett avvecklingsskede som tidigare har åberopats i praxis till stöd för att tillåta liknande försäljningsverksamhet är således inte uppfyllda. Eftersom avtalet innebär en beaktansvärd affärsrisk och verksamheten riktar sig till ett annat landsting innebär förfarandet en överträdelse av de kommunala principer som landstinget haft att iakttä, däribland den s.k. näringsprincipens samt lokaliseringsprincipen. Även konkurrensen har snedvridits genom att en skattefinansierad aktör som landstinget Västra Götalandsregionen entreprenadvägen bedriver en kommersiellt betingad verksamhet på den allmänna marknaden, konstaterade Konkurrenskommissionen i sin bedömning.

KKO 05-011 – 05-012, kompetensöverskridande kommunal affärsverksamhet. Uddevalla och Trollhättans kommuner hade beslutat inrätta ett gemensamt indirekt ägt bolag för elentreprenadverksamhet, vilket bland annat förutsätts bli *"konkurrenskraftigt på den externa marknaden för entreprenadtjänster inom energisektorn genom att utnyttja kompletterande kompetenser och resurser"*. Konkurrenskommissionen påpekade att kommuner när de inrättar särskilda bolag skall ange det "kommunala ändamålet", d.v.s. den kommunala målsättningen eller avsikten med verksamheten som skall bedrivas i bolagsform. Kommunerna skall därför se till att bolaget överhuvudtaget inte kan komma att ägna sig åt verksamheter som ligger utanför den kommunala kompetensen, exempelvis den s.k. *lokaliseringsprincipen* enligt vilken kommuner inte får engagera sig i verksamheter som riktar sig till andra än de egna invånarna (kommunmedlemmarna) eller den s.k. *näringsprincipen* enligt vilken kommuner inte skall engagera sig i verksamheter som traditionellt hävdats av det privata näringslivet. Konkurrenskommissionen bedömde att Uddevalla och Trollhättans kommuner vid inrättandet av det nystatade bolaget inte hade definierat det kommunala ändamålet för verksamheten på ett sätt som begränsade bolagets verksamhet till den kommunala kompetensen. Konkurrensen riskerade härmed komma att snedvridas.