

KONKURRENS

kommissionen



VERKSAMHETSBERÄTTELSE 2006-2007

Året i korthet

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp vid Den Nya Valfärden. Sedan starten 1994 har expertgruppen avgjort mer än 500 ärenden rörande snedvridning av konkurrensen med offentliga medel.

Under verksamhetsåret 2006-2007 har 58 fall anmälts till kommissionen av enskilda och företag som ansett att konkurrensen snedvridits med allmänna medel. Kommissionen har på eget initiativ tagit upp nio fall för granskning och avgjort 38 ärenden under året.

Till EG-kommissionen har löpande rapporterats ytterligare fall av domstolstrots vid offentlig upphandling som har iakttagits under året. Liksom tidigare år har Konkurrenskommissionen uppmärksammat kommunernas upphandling av renhållningstjänster, där inte bara lagtrots utan även domstolstrots förefaller vara särskilt förekommande.

Konkurrenskommissionen föreslår flera ändringar lagstiftningen, bland annat bör kommunalt domstolstrots motverkas genom sanktioner i särskild lagstiftning och kommunala bolags beslut bör gå att överklagas av kommuninnevånare.

Konkurrenskommissionens utredningar och pressreleaser återfinns på Den Nya Valfärdens hemsida: www.dnv.se



OM KONKURRENSKOMMISSIONEN

I januari 1994 sammankallades på initiativ av Den Nya Vålfärden, 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 konkurrensnedvridning 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.

Konkurrenskommissionen skall:



- 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,

- informera media om dessa fall,



- ge publicitet åt bedömda fall samt överlämna fallen till Konkurrensverket, (tidigare Nämnden för offentlig upphandling - NOU) och i förekommande fall även till annan gransknings- eller tillsynsmyndighet för kännedom eller åtgärd, samt



- lämna 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, ordförande Den Nya Valfärden, f.d. stadsjuristen i Stockholm Inger Ridderstrand-Linderöth, professorn i handelsrätt Erik Nerep, samt juristen och experten på konkurrensfrågor vid Näringslivets regelnämnd (NNR) 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 klarlägga, 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.

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 Konkurrenskommissionen.

Allt som anmäls eller på annat sätt kommer till Konkurrenskommissionens kännedom underkastas en självständig och förutsättningslös granskning där 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 EG-direktiv.

I de ärenden som tas upp för utredning och slutlig bedömning uttalar sig kommissionen på grundval av föreliggande sakförhållanden. Kommissionen genomför däremot inte någon sådan bevisvärdering som ytterst ankommer på domstolarna att göra. Kommissionen svarar ensam för sina slutsatser.

Resultatet av Konkurrenskommissionens granskningar överlämnas regelmässigt till berörda offentliga organ samt för kännedom till Konkurrensverket (tidigare även till Nämnden för offentlig upphandling - NOU). Bedömningarna tillställs även massmedia.

Sedan starten år 1994 har Konkurrenskommissionen mottagit 978 diarieförda anmälningar från enskilda och företag som ansett att konkurrensneutraliteten kränkts. Därutöver har kommissionen på eget initiativ tagit upp 125 fall för granskning.

Av i kommissionen hittills anhängiggjorda ärenden har 515 lett till utredning och slutlig bedömning i kommissionen. Återstående ärenden har avskrivits eller är under pågående utredning.

VERKSAMHETSÅRET 2006/2007

Konkurrenskommissionens trettonde verksamhetsår har omfattat perioden den 1 juli 2006 till och med den 30 juni 2007.

Under verksamhetsåret har Konkurrenskommissionen mottagit 58 (51) diarietörda anmälningar från enskilda och företag som ansett att konkurrensneutraliteten kränkts med allmänna medel. Därutöver har kommissionen på eget initiativ tagit upp 9 (12) fall för granskning. Av de i kommissionen anhängiggjorda ärendena har 38 (42) lett till slutlig bedömning. Övriga ärenden har antingen avskrivits eller är under pågående utredning. Kommissionen har avhållit fem 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 uppmärksammats genom kommissionens preliminära utredning (PM 1). Kommissionen har i dessa fall utan ytterligare påpekanden lagt ärendena till handlingarna.

I) Inom gruppen av ärenden rörande konkurrenssnedvridning genom åsidosättanden av reglerna för offentlig upphandling har Konkurrenskommissionen avgjort 33 (36) ärenden. Samtliga av dessa ärenden har resulterat i kritik eller kritiska synpunkter från kommissionen.

II) Inom gruppen av ärenden rörande konkurrenssnedvridning genom överträdelser av den egna kompetensen har Konkurrenskommissionen avgjort 4 (4) ärenden. Samtliga av dessa ärenden har resulterat i kritik eller kritiska synpunkter från kommissionen.

III) Inom gruppen ärenden rörande konkurrenssnedvridning på annat sätt har Konkurrenskommissionen avgjort 1 (2) ärende. Detta ärende resulterade i kritik från kommissionen.

Konkurrenskommissionens samtliga bedömda ärenden finns tillgängliga i fulltext på internet: www.dnv.se

Kommissionsärenden som även har bedömts av domstol eller tillsynsorgan

En avsikt med kommissionens arbete är att bedömningarna skall vara utformade med sådan kvalitet att de även skall kunna utgöra grund för vidare prövning av domstol eller tillsynsorgan. Under verksamhetsåret har flera ärenden som bedömts av kommissionen även förts vidare av anmälaren eller av annan berörd sakägare för prövning i domstol.

Av Konkurrenskommissionens under året avgjorda ärenden har såvitt känt hittills 13 ärenden föranlett process i förvaltningsdomstol om s.k. överprövning enligt LOU eller laglighetsbesvär enligt kommunallagens reglering. I de ärenden som hittills har nått någon form av slutligt avgörande har domstolarna inte i något känt fall kommit till annan slutsats än Konkurrenskommissionen avseende olagligheten av de påtalade förfarandena. I flertalet mål eller tillsynsärenden pågår handläggningen fortfarande.

Liksom tidigare år har Konkurrenskommissionen uppmärksammat kommunernas upphandling av renhållningstjänster, där inte bara lagtrots utan även domstolstrots synes vara särskilt förekommande. Den kommunala renhållningen är ett för Konkurrenskommissionens granskningsverksamhet rätt typiskt område, där tvingande förvaltningsreglering möter ren civilrätt, samt betydande belopp omsätts årligen. På Konkurrenskommissionens hemsida www.dnv.se återfinns i fulltext samtliga ärenden som har avgjorts under verksamhetsåret.

Icke sällan förekommer det att kritiserade myndigheter och offentliga företag försvarar sig med att Konkurrenskommissionens kritik är obefogad och felaktig eller att det föreligger oklarheter, s.k. gråzoner, på de aktuella rättsområdena som gör att myndigheterna eller berörda offentliga företag kan tillåta sig att agera på sätt som de har gjort. Även Konkurrenskommissionens status och rätt att rikta kritik mot uppmärksammade förfaranden sätts icke sällan ifråga.

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU – är konstruerad som en heläckande förfarandelag och lämnar mycket litet utrymme för de upphandlande enheterna att avvika från lagens regelverk. De myndigheter och företag (s.k. upphandlande enheter) som omfattas av regleringen saknar som regel möjlighet att själva välja om de vill följa bestämmelserna eller ej.

Regelverket i LOU omfattar som huvudregel samtliga fall av köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggentreprenader eller tjänster. Också rena byten av prestationer, genom s.k. barteravtal, och i samband med sponsring och liknande, utgör upphandlingar i lagens mening. Lagen innehåller dock ett antal undantagsbestämmelser som dispenserar från vidare tillämpning. Särskilda i lagen uppräknade avtalstyper, exempelvis: anställningsavtal och hyresavtal samt vissa arkeologiska tjänster omfattas inte av upphandlingsskyldighet enligt LOU. Vidare undantas köp av tjänster direkt från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning som är förenlig med EG-fördraget har ensamrätt att utföra tjänsten. För upphandlingar som rör rikets säkerhet m.m. gäller dessutom särskild reglering där regeringen, eller den upphandlande enhet som regeringen förordnar, kan föreskriva eller i enskilda fall besluta om undantag från LOU.

För att undantag i något avseende skall kunna komma ifråga krävs dock att enheten kan åberopa en klar och tydlig undantagsbestämmelse i själva lagtexten eller anslutande lag med giltighet i det aktuella fallet.

Enligt gemenskapsrättslig praxis gäller dessutom en allmän försiktighetsprincip enligt vilken förekommande undantag i det upphandlingsrättsliga regelverket skall tolkas restriktivt ("strikt"). Vidare har den upphandlande enhet som åberopar en undantagsbestämmelse bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana särskilda omständigheter som kan motivera att undantag görs (se EG-domstolens dom den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen, p. 63; se även domstolens dom den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau, p. 46, samt dom den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, Kommissionen mot Tyskland, p. 58).

Påståenden från upphandlande enheter om att de av något skäl inte är skyldiga att följa LOU eller bakomliggande upphandlingsdirektiv är således som regel felaktiga. För att nå full klarhet i de enskilda fallen samt för att tydliggöra allvaret i den framförda kritiken förekommer det att Stiftelsen Den Nya Välfärden tillhandahåller juridisk expertis för att biträda förfördelade leverantörer eller andra med intresse i sådana ärenden som är eller har varit föremål för kommissionens bedömning.

1. "Upphandlingslagen gäller inte för oss" (ärende KKO 06-015)

Kommunalförbundet Avfallshantering Östra Skaraborgs (ÖAS) avropade tjänster för avfallsförbränning direkt från Skövde Värmeverk AB, utan ett offentligt upphandlingsförfarande. Skövde Värmeverk AB ägs av ett av kommunalförbundets medlemskommuner (Skövde) men AÖS äger inga andelar i bolaget. Efter det att Konkurrenskommissionen inlett sin granskning uttalade Kommunalförbundets styrelseordförande bl.a. att "Upphandlingslagen gäller inte för oss – Konkurrenskommissionen har fel. Lagen om offentlig upphandling gäller inte för Avfallshantering Östra Skaraborg eftersom det är ett kommunalförbund" (Skövde Nyheter den 26 maj 2006).

Konkurrenskommissionen konstaterade i sin utredning att AÖS är en kommunal myndighet och att det aktuella kontraktet om förbränning av avfall därför omfattas av en obligatorisk upphandlingsskyldighet enligt lagen om offentlig upphandling och gällande EG-direktiv. Konkurrenskommissionen kritiserade därför AÖS för bristande offentlig upphandling.

AÖS tillbakavisade kritiken i media och påstod att rättsläget på området fortfarande är oklart. Kommunalförbundet hänvisade till ett kommande utslag i Regeringsrätten i ett likande ärende samt till ett utredningsbetänkande om den kommunala kompetensen och kommunal samverkan som skall presenteras hösten 2007. En ledande företrädare för AÖS menade vidare att Konkurrenskommissionen gav uttryck för ett "orimligt synsätt" samt att "en kommun har rätt att organisera sin verksamhet på olika sätt". Han avfärdade Konkurrenskommissionens synpunkter som rent "opinionsbildande arbete" (Mariestadstidningen samt Skaraborgs Allehanda, den 25 oktober 2006).

Det väntade avgörande i Regeringsrätten som AÖS kan ha åsyftat är de s.k. SYSAV-målen (Regeringsrättens mål nr. 172—175-05 samt 176—179-05; se vidare Konkurrenskommissionens tidigare utredning KKO 04-048--052). Föremålet för Regeringsrättens bedömning är kommuners möjlighet att köpa tjänster direkt från delägda kommunala företag. AÖS äger emellertid inte några andelar i Skövde Värmeverk AB varför utgången i målet saknar betydelse för AÖS:s förhållanden. Den kommunala kompetensutredningen som AÖS också hänvisade till skall enligt kommittédirektiven (dir. 2006:47) utreda frågor kring kommunal samverkan. Utredningen berör

inte i något fall det upphandlingsrättsliga regelverket. Något ställningstagande med betydelse för AÖS eventuella upphandlingsskyldighet kan således inte väntas av utredningen.

Vad AÖS uppgivit till stöd för att inte upphandla aktuella tjänster saknar således relevans. Eftersom kommunalförbundet inte föreföll att vilja ta till sig av den kritik som framförts beslutade branschorganisationen Återvinningsindustrierna att väcka talan mot AÖS om överprövning enligt LOU. Kommunalförbundet, som tidigare förnekat upphandlingsskyldighet enligt LOU och tillbakavisat Konkurrenskommissionens utredning som orimlig, bestred aldrig ansökan om överprövning utan meddelade länsrätten kort och gott att förberedelser gällande anbudsinfordran enligt LOU hade inletts. Länsrätten i Mariestad biföll därför ansökan om överprövning (laga kraftvunnen dom den 20 mars 2007 i mål 2396-06 E). Av länsrättens domskäl framgår bl.a. följande:

Enligt länsrättens mening är det i målet ostridigt att Skövde Värmeverk AB tillhandahåller sådana tjänster avseende sophantering som skall upphandlas enligt avdelning A punkt 16 i bilagan till LOU. Det är heller inte ifrågasatt att AÖS såsom ett kommunalförbund utgör en upphandlande enhet i LOU:s mening. Avtalet mellan AÖS och Skövde Värmeverk AB innefattar ett ställningstagande från den upphandlande enhetens sida att vid sidan av ett offentligt upphandlingsförfarande anlita Skövde Värmeverk AB som leverantör.

Vid sådant förhållande utgör den omständighet att avtal redan föreligger inte hinder för överprövning enligt LOU (jfr prop. 2001/02:142 s. 78 och 102 samt RÅ 2005 ref. 10). Parterna i detta mål synes för övrigt vara ense om att upphandlingen skall göras om. Mot bakgrund av det anförda skall framställningen i målet bifallas.

Vad AÖS tidigare påstått i media om att kommunalförbundet inte är skyldigt att upphandla enligt LOU och att Konkurrenskommissionens kritik var grundlös och orimlig visade sig således inte hålla vid prövning i domstol. Ny upphandling har senare genomförts.

2. "I domen [...] står att [kommunen] måste göra om upphandlingen. Men det står inte när" (KKO 052 och 05-033)

Söderköpings kommun och Ydre kommun hade var för sig ingått separata avtal direkt med Tekniska Verken i Linköping AB (TVL) om köp av tjänster för avfallsförbränning. TVL helägs av Linköpings kommun. De aktuella avtalen, som hade ingåtts utan iakttagande av LOU, försvarades med att de båda kommunerna hade genomfört informella rundringningar bland tänkbara leverantörer och att enbart TVL kunde komma ifråga för aktuella leveranser.

Tjänster för avfallsförbränning omfattas av obligatorisk upphandlingsskyldighet enligt LOU. Den omständigheten att de berörda kommunerna av någon anledning trott sig veta att endast TVL kunde komma i fråga som leverantör (s.k. faktisk ensamsituation) medför inte något undantag från LOU (se EG-domstolens dom i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, Kommissionen mot Tyskland). Dessutom finns det en anläggning i Norrköping som har och vid den aktuella tidpunkten hade ledig kapacitet. Några onödigt långa avfallstransporter behövde således inte komma ifråga. Konkurrenskommissionens kritiserade därför de båda kommunerna för bristande offentlig upphandling (se KKO 05-032 och 05-033).



Expertgruppen har granskat sopförbränning

Kommunerna tillbakavisade kritiken med påståenden om att de inte gjort fel. Söderköpings kommun hänvisade bl.a. till kommunallagens krav på en god ekonomisk hushållning och menade att ”en sammanvägning av lagstiftningen inom olika områden” innebar att kommunen agerat rätt när den direkttilldelade det aktuella kontraktet till TVL (Kommunstyrelsen i Söderköping, KS § 146/05). Ydre kommun hänvisade till att de inte hade några andra alternativ än att teckna avtal med TVL ”att köra sopor till Stockholm bedömde vi inte som något realistiskt alternativ” (Vetlandaposten den 7 december 2005).

Eftersom de båda berörda kommunerna inte verkade vilja ta till sig av kritiken anhänggjorde ett antal privata branschföretag talan om överprövning enligt LOU. I domstolen upprepade kommunerna i allt väsentligt vad som tidigare invänts mot Konkurrenskommissionens bedömning, nämligen att det vid den aktuella tidpunkten inte förelegat några realistiska alternativ till att anlita TVL för förbränning av hushållsavfall och att saklig grund för s.k. förhandlad upphandling utan föregående annonsering enligt 5 kap. 17 § LOU därmed förelegat. Vidare anfördes att de aktuella avtalen utgjorde ”bra exempel på kommunal samverkan och en god ekonomisk hushållning”. Länsrätten i Östergötlands län förordnade emellertid att de båda upphandlingarna skulle göras om (lagakraftvunnen dom den 29 juni 2006 i de förenade målen 1225-06 -- 1227-06 samt 1145-06 och 1155-06 - 1156-06). Av länsrättens domskäl framgår bl.a. följande:

”Länsrätten konstaterar att en upphandlande enhet som huvudregel skall använda sig av öppen eller selektiv upphandling. Reglerna om förhandlad upphandling utan föregående annonsering är avsedda att utgöra undantagsfall och de skall därför tolkas restriktivt. Det åligger enligt rådande rättspraxis den upphandlande enheten att visa att en sådan undantagssituation föreligger. Med beaktande av vad som anförts i målet finner länsrätten att [kommunerna] inte kan anses ha visat att det inte funnits någon annan leverantör än TVL som kunnat ta om hand [kommunernas] brännbara hushållsavfall. Eventuellt ökade transportkostnader eller ökad miljöpåverkan vid anlitan av annan leverantör kan vidare mycket väl beaktas vid olika skeden i ett upphandlingsförfarande, men utgör inte ett sådant tekniskt skäl att förhandlad upphandling utan föregående annonsering enligt 5 kap. 17 § LOU kan tillämpas. Inte heller har det framkommit att det skulle föreligga någon ensamrätt för TVL i LOU:s mening att tillhandahålla den aktuella tjänsten. Mot bakgrund av ovanstående finner länsrätten att kommunen tilldelat kontraktet till TVL i strid med bestämmelserna i LOU”.

Trots lagakraftvunnet avgörande i domstol har ledande företrädare från de båda kommunerna gjort uttalanden med innebörden att de aktuella upphandlingarna ändå inte kommer att göras om. Tillfrågad i en lokaltidning om inte kommunen måste göra om upphandlingen så fort som möjligt har renhållningschefen i Söderköping svarat att ” - Det står det ingenting om i domen [...] bara att den ska göras om. Och det ska vi göra, allra senast 2009 då avtalet [...] går ut” (Norrköpings tidningar den 7 september 2006). Ydre kommun har för sin del meddelat att kommunen ”kommer att fullfölja kontrakten med Tekniska verken trots att länsrätten anser att kommunen brutit mot lagen när det gäller upphandlingen.[...] Ydre kommun tar lätt på länsrättens dom att man bryter mot lagen om offentlig upphandling när man utan upphandling lät Tekniska verken i Linköping ta hand om kommunens sopor [...] I domen från länsrätten i Östergötland står att Ydre måste göra om upphandlingen. Men det står inte när” (Sveriges Radio, Radio Östergötland, den 4 juli 2006, 16:52:00). Något nytt upphandlingsförfarande har hittills inte genomförts.

De båda kommunernas domstolstrots har medfört att EG-kommissionen inlett ett s.k. överträdelseförfarande genom att rikta en s.k. formell underrättelse mot Sverige där regeringen ges möjlighet att kommentera framförda misstankar om brott mot EG-fördraget (Klagomålsärende 2006/4900). Genom överträdelseförfarandet riskerar Sverige att få betala dryga böter samt att eventuellt dras inför EG-domstolen.

3. "Konkurrenskommissionen är bara en klubb för inbördes beundran" "... de har ingen legitimitet i juridiken till sådant här, utan de är en grupp tyckare" (KKO 05-029)

Norrbottnens läns landsting hade avbrutit en tidigare genomförd offentlig upphandling avseende tvätteritjänster och istället tilldelat kontraktet direkt till Bodens kommun, vilken agerade mellanhand för ett lokalt tvätteriföretag som tidigare hade förlorat i upphandlingen. Den ursprungligen tilldelade leverantören medgavs samtidigt ett skadestånd på 475.000 euro (c:a 4,3 miljoner kronor).

Kommissionen kritiserade förfarandet och anförde att Norrbottens läns landsting på ett anmärkningsvärt sätt hade åsidosatt kravet på affärsmässighet enligt lagen om offentlig upphandling jämte EG-fördragets bestämmelse om likabehandling av företag.

Kritiken avfärdades av landstinget med att "Konkurrenskommissionen är bara en klubb för inbördes beundran" (NSD den 20 oktober 2005) samt att "De kallar sig Konkurrenskommissionen, men de har ingen legitimitet i juridiken till sådant här, utan de är en grupp tyckare" (Norrbottnenskuriren den 21 oktober 2005). Eftersom landstinget uppenbarligen inte verkade ta till sig av kritiken som framförts beslutade Konkurrenskommissionen att anmäla förfarandet till Europeiska unionen. I ett motiverat yttrande till Sverige (Klagomålsärende 2006/4443) har EG-kommissionen givit uttryck för att förfarandet kan anses innefatta fördragsbrott. Regeringen har i skrivelse till riksdagen (skr. 2006/07:85) redovisat bl.a. följande.

"[EG-] Kommissionen har anfört att Norrbottens landsting enligt uppgift ska ha tilldelat ett lokalt företag ett kontrakt för tvättjänster utan föregående offentliggörande. Kommissionen anser därmed att Norrbottens landsting agerat i strid med artikel 49 EG och artikel 3.2 i direktiv 92/50/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster. Visserligen är tvättjänster undantagna från direktivets tillämpningsföreskrifter i och med att de finns förtecknade i direktivets bilaga 1B, men av EG-domstolens rättspraxis framgår att grundläggande regler i fördraget, som t.ex. principen om likabehandling och icke-diskriminering, gäller även den typ av kontrakt som förtecknats i bilaga 1B liksom för kontrakt som hamnar under tröskeln för direktiven om offentlig upphandling. Det innebär att det av icke-diskrimineringsprincipen följer att myndigheter ska agera i enlighet med krav på öppenhet och insyn."

Efter EG-kommissionens kritik, och inför risken att Sverige skall tvingas betala dryga böter eller hamna i EG-domstolen, har Norrbottens läns landsting i förtid brutit det olagligen ingångna tvätterikontraktet med Bodens kommun för att istället upphandla sitt behov av tjänster i enlighet med LOU:s bestämmelser. EG-kommissionen beslutade därför att i juni 2007 avskryva ärendet från vidare handläggning.

4. Kommunal översättningsverksamhet åt staten (KKO 06-001)

På området för kompetensöverskridande verksamhet kan vidare noteras ett avgörande där Göteborgs stad genom Västra Frölunda stadsdelsnämnd hade lämnat anbud och vunnit två upphandlingar som avsåg översättningstjänster åt staten genom Rikspolis-



Pär Cronhult, chefsjurist vid Konkurrenskommissionen

styrelsen och åt Försäkringskassan. Avtalen var rikstäckande och omfattande en stor mängd (c:a 550) statliga myndigheter och försäkringskassasektorer – från Kriminalvården i Ystad till Tingsrätten i Haparanda.

Konkurrenskommissionen kritiserade i sin utredning förfarandet på den grunden att det överhuvudtaget inte är någon kommunal angelägenhet för Göteborgs stad att gå ut med sina interna tjänster och produkter på den allmänna marknaden och där konkurrera med enskilda näringsidkare. Eftersom avtalen med staten skulle riskera medföra en väsentlig utvidgning av den berörda förvaltningens verksamhet måste dessa anses medföra en beaktansvärd affärsrisk samt innebära att staden riktar sig utanför det egna området och till andra än de egna kommunmedlemmarna.

Konkurrenskommissionen pekade i sin utredning även på att skillnader i prissättningen, externt gentemot staten och internt gentemot de kommunala förvaltningarna, gav anledning att anta att kommunens anbudsgivning hade skett till underpris eller på annat sätt hade gjorts beroende av korssubventionering från kommunens övriga verksamheter. För exempelvis översättningar till och från engelska hade Göteborgs stad tidigare interndebiterat en uppgiven självkostnad på 2,50 kr per ord. Motsvarande debitering enligt avtalet med staten skulle uppgå till 1,43 kr per ord (under 2.000 ord) samt 1,30 kr per ord (över 2.000 ord). Således en avvikelse nedåt på mellan c:a 43 och 48 procent i förhållande till vad kommunen internt redovisat som rena självkostnadspriser.

Kommunen tillbakavisade Konkurrenskommissionens kritik med att varken lokaliseringsprincipen eller någon annan kommunal princip hade trätts för när. Ett antal privata översättare och tolkar beslutade därför att överklaga förfarandet genom laglighetsbesvär. Länsrätten i Göteborg har i lagakraftvunnen dom den 26 februari 2007 (mål nr. 1695-06) konstaterat att det i och för sig kunde anses kompetensligt för kommuner att bedriva verksamhet med tolk- och översättningstjänster men att de beslutade avtalen var oförenliga med lokaliseringsprincipen och kommunallagens näringsförbud. Länsrätten upphävde därför Göteborgs stads överklagade beslut att ingå avtal med Rikspolisstyrelsen och Försäkringskassan. Av domskälen framgår bl.a. följande.

”Det brukar [...] accepteras att kommunen, inom ramen för en tillåten verksamhet, också engagerar sig i verksamhet som normalt anses falla utanför kommunens kompetens. Det förutsätts då att verksamheten bedrivs i liten skala och har ett samband med den befintliga och accepterade verksamheten (se bl.a. RÅ 1992 ref 61 och RÅ 1993 ref 12). Tidigare har länsrätten funnit att den tolk- och översättningservice som Tolkcentralen lämnar är en sådan verksamhet som kommunen får ta befattning med. Klaganden menar att avtalen innebär en utökning av den befintliga kapaciteten på översättningsverksamhet Enligt nämnden är det riktigt att vissa tolk- och översättningstjänster kan komma att utföras utanför Göteborgsområdet. Dessa uppdrag är dock av mycket begränsad omfattning och kommer att uppgå endast till några procent av verksamhetens totala omsättning. Enligt länsrättens mening skiljer sig tolktjänster och översättningstjänster åt i den bemärkelsen att tolktjänster ofta utförs lokalt medan översättningstjänster på ett helt annat sätt kan utföras utanför den egna kommunen. Som tidigare har sagts är avtalen slutna med rikstäckande myndigheter. Några begränsningar framgår inte av avtalet, vare sig när det gäller omfattningen av de översättningstjänster som kan avropas hos Tolkcentralen eller när det gäller vilka regionala organ inom de rikstäckande myndigheterna som kan göra sådana avrop hos Tolkcentralen. Såsom avtalen är utformade menar länsrätten att de är oförenliga med de principer som har slagits fast i kommunallagen såsom lokaliseringsprincipen och förbudet för kommuner att på en allmän marknad av, såsom i detta fall, översättningstjänster konkurrera med det privata näringslivet. Det överklagade beslutet skall upphävas på nu angivna grunder”.

Efter länsrättens dom har enligt uppgift de aktuella avtalen sagts upp och den kommunala översättningsverksamhet som riktas till staten och Försäkringskassan skall upphöra.

Andra särskilda iakttagelser under året

Utifrån de ärenden som Konkurrenskommissionen haft att granska under verksamhetsåret kan iakttas att många upphandlingar fortfarande – snart fjorton år efter upphandlingslagens ikraftträdande – uppvisar stora brister.

Det tidigare uppmärksammade problemet med domstolstrots kvarstår, där upphandlande enheter trots lagakraftvunnet avgörande om att viss upphandling skall rättas eller göras om underlåter att följa domstolens förordnande. Frågan har tidigare utförligt behandlats i Konkurrenskommissionens verksamhetsberättelse för tolfte verksamhetsåret (2005/2006). Några åtgärder från lagstiftaren sida för att komma till rätta med problemet med domstolstrots har emellertid ännu inte vidtagits. Riksdagens ombudsmän (JO) har upprepade gånger, nu senast genom ett utslag i juni 2007 (ärende nr. 3006-2005 – Upplands Väsby kommun), slagit fast att upphandling inte är att betrakta som myndighetsutövning. Tjänstefel enligt stadgandet i 20 kap. 1 § brottsbalken kan därmed inte komma ifråga. Några andra sanktioner mot domstolstrots vid offentlig upphandling finns inte enligt svensk rätt.

En annan fråga av betydelse för rättstillämpningen är hur s.k. tjänstekoncessioner skall behandlas från upphandlingsrättsliga utgångspunkter. Tjänstekoncession i här aktuell mening är ett för svensk nationell rätt tidigare okänt begrepp som har kommit med EG-rätten. För närvarande saknas det på området en svensk nationell reglering men även gemenskapsrättslig reglering av någon omfattning lyser med sin frånvaro. I det nya s.k. klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) har införts en definition av tjänstekoncession, vilken får anses vara en kodifiering av EG-domstolens praxis. Ett gemenskapsrättsligt direktiv om tjänstekoncessioner förbereds vidare och kommer enligt uppgift att kunna presenteras under 2008. Anslutande svensk nationell lagstiftning kan därefter väntas.

Tjänstekoncessioner och offentlig upphandling (KKO 07-008)

Konkurrenskommissionen har under det gångna verksamhetsåret haft anledning att uppmärksamma den rättsliga gränsdragningen mellan offentligt upphandling och tilldelning av tjänstekoncessioner i anledning av ett avtal som ingåtts mellan Stockholms stad och det av staden helägda Stockholms Stads Parkerings AB (nedan Parkeringsbolaget). Bolaget driver ett större antal parkeringsplatser på huvudsakligen kommunal mark och tillgodogör sig inkomster genom parkeringsavgifter m.m. från tredje man. Markhyra erläggs till staden.

Parkeringsbolaget skall enligt avtalet anlägga, driva och underhålla nya parkeringsplatser, genomföra upprustning av befintliga infartsparkeringar samt ansvara för förbättrad belysning och skyltning och utökad bevakning vid nya och befintliga parkeringsplatser i Stockholm. Vidare skall Parkeringsbolaget installera maskinell utrustning (s.k. läsare) för automatisk avläsning av periodkort utfärdade av Stockholms läns landstings lokaltrafikbolag. SL, samt tillåta att innehavare av vissa i avtalet angivna periodkortstyper parkerar utan ytterligare avgift. För detta skall staden enligt avtalet utge ersättning till Parkeringsbolaget med minst 32,4 miljoner kronor. Någon annonserad infordran av konkurrerande anbud föregick aldrig avtalet mellan staden och Parkeringsbolaget. Fråga för Konkurrenskommissionens bedömning var bland annat huruvida det aktuella avtalet mellan Stockholms stad och Parkeringsbolaget skulle bedömas enligt det upphandlingsrättsliga regelverket, och alltså utgöra ett offentligt tjänstekontrakt, eller om det utgjorde en tjänstekoncession.

Kommissionen konstaterar att problemen med domstolstrots kvarstår.

Gemenskapsrätten skiljer nämligen mellan tilldelning av offentliga tjänstekontrakt på vilka det upphandlingsrättsliga regelverket är tillämpligt, och tilldelning av tjänstekoncessioner, vilka ligger utanför själva upphandlingsrätten men omfattas av EG-fördragets allmänna reglering.

Med offentligt tjänstekontrakt avses enligt legaldefinitionen i artikel 1.2 a i det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) ett skrivet avtal innefattande ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet. Motsvarande gäller enligt artikel 2 d i det s.k. försörjningssektorsupphandlingsdirektivet (2004/17/EG) för upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Begreppet offentliga kontrakt skall enligt EG-kommissionen tolkas vidsträckt och omfattar såväl alla former av ersättning som kan kvantifieras i pengar och som en upphandlande enhet åtar sig att betala till en leverantör, som alla olika sätt på vilka en leverantör, i utbyte mot ersättning, kan åta sig att ställa varor till den upphandlande enhetens förfogande samt utföra tjänster eller utföra bygg- och anläggningsarbeten för den upphandlande enhetens räkning. Karakteristiskt för ett offentligt tjänstekontrakt är således att leverantören mot ersättning skall åta sig att utföra tjänster för den upphandlande myndighetens eller enhetens räkning - se Nämnden för offentlig upphandling (NOU), skrivelse den 16 juni 2005 till Länsrätten i Stockholms län (dnr. 2005/0121-29) – se även EG domstolens dom den 12 juli 2001 i mål C-399/98, la Scala, pp. 6 och 51).

Med tjänstekoncession avses enligt artikel 1.4, klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) samt artikel 1.3 b, försörjningssektorsupphandlingsdirektivet (2004/17/EG) ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt, men med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels viss betalning.

Två förutsättningar skall samtidigt vara uppfyllda för att en koncession skall anses föreligga. För det första (1) skall koncessionshavaren erhålla rätten att utnyttja de för koncession upplåtna tjänsterna ekonomiskt. För det andra (2) skall den ekonomiska risken i samband med tjänsternas utövande övergå på koncessionshavaren ensam.

Gemensamma bestämmelser för den rättsliga regleringen avseende såväl offentlig upphandling som tjänstekoncessioner är EG-fördragets grundläggande bestämmelser om fri rörlighet som kommer till uttryck i artiklarna 43 EG och 49 EG, liksom de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn. Principerna om likabehandling och icke-diskriminering innefattar enligt EG-domstolarnas fasta praxis krav på att såväl faktiska som potentiella anbudsgivare inte får diskrimineras utan skall erbjudas lika förutsättningar att komma ifråga för koncessioner eller offentlig upphandling. Medlemsstaternas myndigheter får inte diskriminera på grund av nationalitet genom att exempelvis vända sig direkt till viss nationell utförare. Förekommande krav och kriterier får inte heller utformas med utgångspunkt i att endast en viss utförare skall kunna komma ifråga.

Principen om insyn innebär att det skall råda transparens och öppenhet avseende samtliga förutsättningarna för sådana förfoganden där medlemsstaternas myndigheter tilldelar kontrakt i samband med koncession eller offentlig upphandling, bland annat skall som huvudregel anbud infordras i ett offentligt förfarande – se EG-domstolens dom den 11 juli 1991 i mål C-243/89, Kommissionen mot Danmark, samt den 25 april 1996 i mål C-87/94, Kommissionen mot Belgien . Se även Förstainstansrättens avgörande den 8 maj 1996 i mål T-19/95, Adia Interim, samt den 17 december 1998 i mål T-203/96, Embassy Limousines & Services.

Det saknas rättslig reglering angående tilldelning av tjänstekoncession. Däremot har EG-kommissionen lämnat ett tolkningsmeddelande den 29 april 2000 om koncessioner enligt EG-rätten (EGT C 121), varefter rättspraxis har utbildats. I tolkningsmeddelandet anför EG-kommissionen bl.a. följande.

”Nyttjanderättskriteriet är avgörande när det gäller att fastställa om ett avtal är en tjänstekoncession eller inte. Enligt detta kriterium rör det sig om en koncession, om tjänsteleverantören tar riskerna i samband med den tillhandahållna tjänsten (etablering och nyttjande) och tar ut ersättning av användaren, t.ex. via avgifter i vilken form det än vara må. Sättet på vilket tjänsteleverantören får ersättning är, liksom för byggkoncessioner, en faktor som gör det möjligt att fastställa vem som tar på sig risken i samband med nyttjandet. Tjänstekoncessioner kännetecknas, liksom byggkoncessioner, av att ansvaret för nyttjandet överförs på koncessionshavaren. [...] Om den upphandlande enheten har garanterat full återbetalning av investeringen och därmed undanröjt alla risker i samband med driften av anläggningen skulle riskmomentet vara borta och avtalet betecknas som ett offentligt upphandlingskontrakt [...] och inte ett koncessionsavtal” (tolkningsmeddelandet s. 10).

Förutsättningarna för att en upphandlande myndighet eller enhet skall kunna tilldela en koncession är således att koncessionshavaren ges rätten att kommersiellt utnyttja anläggningen/tjänsten och att den upphandlande myndigheten eller enheten därigenom överlåter en betydande ekonomisk risk på denne. Vidare är koncessionshavarens ansvar inte begränsat till enbart den ekonomiska risken under uppbyggnadsfasen utan omfattar även de finansiella och ekonomiska risker som är förenade med drift och nyttjandegrad av anläggningen (tolkningsmeddeladet s. 7). Uppdragsavtal där entreprenören ges garantier om full kostnadstäckning för det fall att han utför arbetet på ett (enligt avtalet) tillfredsställande sätt kan exempelvis inte anses utgöra någon tjänstekoncession i här angiven mening.

Den beskrivna riskexponering som måste uppstå är karaktäristisk för just koncessioner. Den ekonomiska risken hänger i hög grad samman med de externa intäkter som koncessionshavaren kan få genom nyttjandet av anläggningen. Risköverföringen som sker från den upphandlande myndigheten eller enheten utgör därmed den avgörande skillnaden mellan koncessioner och offentliga tjänstekontrakt, där leverantören normalt bär risk endast för att hans investerings- och driftkostnader skulle visa sig överstiga den avtalade ersättningen för kontraktets fullgörande, men inte risken för att hans inkomster kopplade till rätten att utnyttja anläggningen inte förslår - se vidare Nämnden för offentlig upphandling (NOU), skrivelse den 21 mars 2001 till regeringen (dnr. 2000/0339-22) samt yttrande den 8 juni 2006 till Kammarrätten i Stockholm (dnr. 2006/0068-29).

Vid fall där koncessionshavaren erhåller viss ersättning i efterskott från den upphandlande enheten, så kallade skuggtullar, kan det ändå anses ha uppkommit ett för tjänstekoncession tillräckligt ekonomiskt risktagande om aktuella ersättningar har gjorts beroende av antalet användare och det är koncessionshavaren som bär risken för genomförda investeringar vid bristande användning - se Nämnden för offentlig upphandling (NOU), skrivelse den 25 augusti 2003 till AB Storstockholms lokaltrafik (dnr. 2003/0276-26).

Eventuellt uppkommande rättsliga risker, t.ex. under avtalstiden genomförda lagstiftningsförändringar samt förekommande tekniska risker t.ex. att tekniken som legat till grund för anbudet riskerar att bli föråldrad, kan däremot inte anses utgöra sådana ekonomiska risker som medför att avtalsförhållandet utgör en koncession.

Från gemenskapsrättslig praxis kan nämnas EG-domstolens avgörande den 7 december 2000 i mål C 324/98, *Telaustria et Telefonadress*, där domstolen bl.a. fastställde att ett kontrakt mellan en myndighet och ett privat företag avseende tryckning och utgivning av telefonkataloger skulle vara att anse som en tjänstekoncession eftersom inget annat vederlag utgick än att det katalogutgivande företaget gavs rätten att utnyttja utgivningen kommersiellt. EG-domstolen påpekade emellertid, trots att det aktuella kontraktet inte omfattades av tillämpningsområdet för gemenskapens upphandlingsrättsliga regelverk, att de upphandlande myndigheter som tilldelar tjänstekoncessioner ändå är skyldiga att beakta EG-fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet. Vidare måste enligt domstolen, den koncessionsgivande myndigheten garantera sig insyn i koncessionshavarens upphandlingsverksamhet så att myndigheten kan försäkra sig om att koncessionshavarens upphandlingar kringgärdas av en sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens samt att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska (jfr ovan).

I ett annat avgörande, den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, *Parking Brixen*, slog EG-domstolen fast att ett offentligt kontrakt mellan en kommun och ett av kommunen helägt parkeringsaktiebolag avseende driften av avgiftsbelagda offentliga parkeringsplatser skall anses utgöra en tjänstekoncession, eftersom parkeringsbolaget som motprestation skulle erhålla ersättning från tredjeman och inte från den uppdragsgivande kommunen. EG-domstolen angav i domskälen bl.a. att ett offentligt tjänsteavtal på vilket gemenskapens upphandlingsrättsliga regelverk är tillämpligt innefattar krav på något slags motprestation som den upphandlande myndigheten betalar direkt till tjänsteleverantören. I det aktuella fallet härrörde ersättningen däremot inte från den ifrågasvarande kommunen utan från de avgifter som tredjeman skulle betala för användningen av parkeringsplatsen. Detta betalningssätt innebär enligt domstolen att tjänsteleverantören tar verksamhetsrisken för de ifrågasvarande tjänsterna, vilket just kännetecknar en tjänstekoncession. I en sådan situation är det enligt domskälen (pp. 39 och 40) således inte fråga om ett offentligt tjänsteavtal utan om en koncession avseende allmännyttiga tjänster. I avgörandet fastslogs vidare, med hänvisning till bl.a. *Telaustria*-målet (ovan), att artiklarna 43 och 49 EG liksom principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn skall tolkas så, att de utgör hinder för en offentlig myndighet att under aktuella förutsättningar, utan offentlig anbudsinfördran (innefattande bl.a. annonsering) tilldela ett kommunalt aktiebolag en koncession avseende allmännyttiga tjänster (domslutet p. 2). Däremot blir övriga upphandlingsregler inte tillämpliga vid tilldelning av tjänstekoncession.

EG-domstolen har i ett avgörande den 18 juli 2007 i mål C-382/05, *Kommissionen mot Italien*, funnit att en serie kontrakt avseende förbränning av icke komposterbart hushållsavfall (för bl.a. vidare utvinning av elektricitet) inte kan anses utgöra någon tjänstekoncession, trots att den aktuella avtalstypen enligt nationell (italiensk) rätt undantagits från offentlig upphandling. Enligt de omtvistade avtalen skulle den kontrakterade tjänsteleverantören ersättas huvudsakligen genom en fast avgift per ton överlämnat avfall och till en viss garanterad minimikvantitet. Avgiften skulle kunna justeras om den årliga kvantiteten avfall som faktiskt överlämnades för förbränning inom vissa ramar visade sig avvika (uppåt eller nedåt) i förhållande till den garanterade minimikvantiteten, detta i syfte att understödja leverantörens finansiella och ekonomiska stabilitet. Dessutom skulle en årlig uppräknings av avgiften kunna genomföras beroende på utvecklingen av tjänsteleverantörens kostnader för personal m.m., jämte omförhandling kunna ske om leverantören på grund av inträffade författningsändringar skulle tvingas genomföra investeringar över en viss nivå. Domstolen konstaterade att ”det sätt att ersätta tjänsteleverantören som föreskrivs i de omtvistade avtalen varken innebär en rätt för denne att utnyttja sina egna tjänster eller att denne tar på

sig risken i samband med utnyttjandet” . De omtvistade kontrakten ansågs därmed utgöra upphandlingsskyldiga offentliga tjänstekontrakt och inte tjänstekoncessioner (domskälen pp. 35-37). Den omständigheten att tjänsteleverantören kunde tillgodogöra sig ytterligare intäkter från försäljningen av utvunnen elektricitet kunde enligt domstolen inte medföra annan bedömning eftersom denna intäkt typiskt sett inte utgjorde någon del av leverantörens ersättning. Domstolen menade att det istället framstår som uppenbart att den motprestation som leverantören skall erhålla för att tillhandahålla aktuella tjänster, d.v.s. för sin hantering av överlämnat avfall, i huvudsak bestod av den överenskomna avgiften (pp. 39 och 40). Men även om intäkterna från försäljningen av elektricitet skulle bedömas utgöra en motprestation, kan enligt domstolen inte enbart denna möjlighet till intäkter från tredje man medföra att de omtvistade avtalen inte skall kvalificeras som offentliga kontrakt (p. 41).

Domstolen fastslog även att prövningen av frågan huruvida de omtvistade avtalen skall kvalificeras som tjänstekoncessioner eller inte uteslutande skulle ske enligt gemenskapsrätten. Den rättsliga kvalificeringen av de omtvistade avtalen enligt nationell (italiensk) rätt saknar enligt domstolen därmed relevans för att avgöra huruvida dessa avtal omfattas av tillämpningsområdet för gällande tjänsteupphandlingsdirektiv (pp. 30 och 31) - för liknande resonemang, se även EG-domstolens dom den 20 oktober 2005 i mål C 264/03, Kommissionen mot Frankrike, p. 36, samt den 18 januari 2007 i mål C 220/05, Auroux, p. 40.

EG-kommissionen har förutom i det ovan refererade tolkningsmeddelandet av den 29 april 2000 (EGT C 121) även berört frågan om tilldelning av tjänstekoncessioner i grönboken om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner (KOM(2004) 327 slutlig), av den 30 april 2004. EG-kommissionen anser att det system som följer av EG-fördragets bestämmelser kan anses innefatta bland annat följande skyldigheter för de upphandlande myndigheterna:

- att fastställa bestämmelser för val av privat partner,
- att offentliggöra koncessionen och reglerna för urval,
- att upprätthålla konkurrens mellan potentiella motparter,
- att iakttäta principen om likabehandling samt
- att genomföra koncessionsgivningen på grundval av objektiva och icke diskriminerande kriterier.

EG-kommissionen överväger enligt uppgift att föreslå ett nytt regelverk för samordning av tilldelningen av tjänstekoncessioner. En sådan ny gemenskapsrättslig lagstiftning kommer i sådant fall att ansluta till befintliga regler om offentlig upphandling och innehålla detaljerade bestämmelser. Ett förslag till tjänstekoncessionsdirektiv kan eventuellt väntas presenteras under 2008.

Någon reglering om tilldelning av tjänstekoncessioner finns för närvarande inte i svensk nationell rätt. Regeringen har i propositionen 2006/07:128 med förslag till ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster uttryckligt undantagit tjänstekoncessioner från de föreslagna upphandlingslagarnas tillämpningsområde. Regeringen nöjer sig med att med hänvisning till EG-domstolens tidigare redovisade praxis (främst målet C-458/03, Parking Brixen) uppmärksamma de upphandlande myndigheterna och enheterna på att alla de grundläggande principer för offentlig upphandling som framgår av såväl EG-fördraget som de föreslagna lagarna är tillämpliga även vid upphandling av kontrakt avseende tjänstekoncessioner (prop. 180 f.). En legaldefinition av själva begreppet tjänstekoncession, motsvarande definitionen i bakomliggande upphandlingsdirektiv (artikel 1.4 i direktivet 2004/18/EG samt artikel 1.3 b i direktivet 2004/17/EG) föreslås dock införas i de båda lagarna.

Något prejudicerande avgörande från Högsta domstolen eller Regeringsrätten föreligger för närvarande inte på området för tjänstekoncessioner. Regeringsrätten har dock meddelat prövningstillstånd i ett mål om sotningstjänster (mål nr. 7364-07 och 7366-07. Kammarrätten i Stockholm har i ett avgörande (beslut den 4 juli 2005 i mål 4374-05) funnit att ett kontrakt avseende parkeringsövervakning, där leverantörens ersättning består endast av rätten att tillgodogöra sig inflytande parkerings- och kontrollavgifter, skall anses utgöra en tjänstekoncession och omfattas inte av bestämmelserna i LOU. Samma kammarrätt har i ett annat avgörande funnit att ett avtal avseende bl.a. driften av ett gym i en kommunal simhall ("Idrottshuset") inte ansågs utgöra någon tjänstekoncession. I målen hade inhämtats yttranden från Nämnden för offentlig upphandling (NOU). I det senare målet, avseende driften av ett gym i en kommunal simhall, uttalande Kammarrätten bl.a. följande:

"Kammarrätten instämmer i NOU:s uppfattning att avtalens huvudsakliga syfte och innebörd är att [leverantören] skall tillgodose kommunens behov av gymtrustning i Idrottshuset och att [leverantören] skall leverera sådana varor i ett förhållande som liknar leasing. Enligt 2 kap. LOU skall leasing av varor upphandlas. De intäkter som verksamheten genererar sedan hyran (och personalkostnaderna) räknats av måste – såsom avtalen är konstruerade och med hänsyn till hur verksamheten faktiskt bedrivs – ses som den ersättning kommunen erlägger till [leverantören] för leasing av gymtrustningen, även om ersättningens storlek kan variera beroende på hur många personer som utnyttjar anläggningen. Ersättningsbeloppet – sett över avtalstiden tjugo år – överstiger det tröskelvärde som anges i 2 kap. 1 § LOU. Genom sitt förfarande att inte upphandla tillhandahållandet av gymtrustningen har kommunen, enligt kammarrättens mening, brutit mot LOU" (Kammarrätten i Stockholm, dom den 14 februari 2007 i mål 797-06).

Oaktat om ett kontrakt skall betraktas som ett offentligt tjänstekontrakt eller som en tjänstekoncession skall, som tidigare redovisats, den upphandlande myndigheten iakttäta EG-fördragets grundläggande regler, bland annat principen om förbud mot diskriminering. Detta innebär att kontraktet skall föregås av ett annonserat förfarande och att förekommande anbudsgivare skall behandlas likvärdigt och utan ovidkommande hänsyn.

Konkurrenskommissionen konstaterade i det aktuella ärendet med Stockholms stads parkeringsbolag att den avtalade ersättningen från staden till parkeringsbolaget var sådan att den kunde anses utgöra vederlag för utförda tjänster. Avtalet utgjorde därmed ett offentligt tjänstekontrakt (bilverkstjänster, CPV 93511000, eller parkeringsförvaltning, CPV 93510000) vilket rätteligen skulle ha upphandlats enligt LOU, och inte utgjorde någon tjänstekoncession. Konkurrenskommissionen noterade dock att även om det aktuella avtalet hade ansetts utgöra en tjänstekoncession skulle kritiken ha blivit i stort sett densamma, eftersom det inte heller i fråga om tjänstekoncessioner är möjligt att underlåta offentlig anbudsinfördan.

Rättsmedel i samband med tjänstekoncessioner

Några särskilda rättsmedel i samband med tjänstekoncessioner har inte införts i svensk nationell rätt. Regeringen hänvisar i propositionen 2006/07:128 med förslag på nya lagar om offentlig upphandling till att tjänstekoncessioner faller utanför direktivens tillämpningsområde och att bestämmelserna om överprövning i de nya lagar som föreslås inte skall vara tillämpliga på dylika kontrakt. När det sedan gäller domstolarnas handläggning, och om en ansökan om överprövning av tjänstekoncession skall avvisas eller prövas i sak, påpekar regeringen att det inte föreligger något prejudicerande avgörande i domstol. Kammarrätten i Stockholm har som tidigare



Stockholms stads parkering AB har varit föremål för utredning av expertgruppen. Foto: Thomas Henrikson

redovisats dock avvisat talan om överprövning i ett mål om parkeringsövervakning på den grunden att det aktuella kontraktet ansågs utgöra en tjänstekoncession och inte något offentligt tjänstekontrakt på vilket LOU är tillämplig.

Enligt EG-fördragets s.k. lojalitetsprincip som finns införd i artikel 10 EG (tidigare artikel 5) har medlemsstaterna en "...skyldighet att vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av fördraget eller av åtgärder som vidtagits av gemenskapens institutioner. Medlemsstaterna skall underlätta att gemenskapens uppgifter fullgörs. De skall avstå från varje åtgärd som kan äventyra att fördragets mål uppnås". Av EG-domstolens dom den 20 februari 1979 i mål C-120/78, Cassis de Dijon, p. 5, framgår att "Enligt den [lojalitetsprincip] som föreskrivs i artikel 5 (numera artikel 10) i fördraget är det således de nationella domstolarnas uppgift att säkerställa det rättsskydd som skapas för de enskilda genom den direkta effekten av bestämmelserna i gemenskapsrätten".

Av EG-domstolens avgöranden, dels den 9 mars 1978 i mål C-106/77, Simmenthal, samt den 19 juni 1990 i mål C-213/89 Factortame, följer vidare att nationella domstolar är skyldiga att ge ett effektivt skydd för individers rättigheter enligt EG-rätten. I dom den 4 februari 1999 mål C-14/83, von Colson och Kamann, påpekade EG-domstolen att de nationella domstolarna är skyldiga att tolka nationell lagstiftning i ljuset av EG-rätten och i dom den 19 november 1991 i de förenade målen C-6/90 och C-9/90, Francovich, införde domstolen ett nationellt skadeståndsansvar med den innebörden att medlemsstaterna ansvarar gentemot enskilda för den skada som de har vållat genom överträdelse eller bristande implementering av tvingande gemenskapsrätt. Enskilda har således möjlighet att väcka skadeståndstalan mot en stat som har överträtt en gemenskapsrättslig tvingande reglering.

Enligt artikel 10 EG måste medlemsstaterna således säkerställa att de skyldigheter som följer av fördraget fullgörs. EG-domstolens fasta praxis, i belysning av bl.a. EG-kommissionens ovan redovisade grönbok, visar på klara, entydiga och ovillkorliga rättigheter för enskilda leverantörer samt på motsvarande skyldigheter för de upphandlande enheterna vid tilldelning av tjänstekoncessioner. Eftersom aktuella rättigheter och skyldigheter har sitt ursprung i EG-fördraget föreligger det en skyldighet för svensk nationell domstol att tillgodose att dessa effektivt säkerställs. Förekommande nationella bestämmelser skall också tolkas så att de överensstämmer med EG-rätten.

Mot denna bakgrund kan riktas kritik mot såväl den passiva inställningen till behovet av effektiva rättsmedel som kommer till uttryck i regeringens refererade proposition som Kammarrättens i Stockholms beslut att avvisa talan i det ovan refererade målet om parkeringsövervakning. Svensk nationell domstol skall normalt inte avvisa dylika mål utan måste med hänvisning till bl.a. lojalitetsplikten i artikel 10 EG och Cassis de Dijon-domen se till att målet prövas i sak. Enligt vilket rättsmedel prövningen skall genomföras är däremot en öppen fråga. Något gemenskapsrättsligt krav på att prövningen måste ske i enlighet med bestämmelserna om överprövning i LOU föreligger inte. Enligt 22 a § förvaltningslagen (1986:223) skall beslut i förvaltningsärenden alltid kunna överklagas vid allmän förvaltningsdomstol, med länsrätt som första instans. Allmän förvaltningsdomstol utgör således laga domstol (forum generale) i förvaltningsmål. Domstolarna får inom ramarna för det krav på materiell processledning som följer av förvaltningsprocesslagen (1971:291) närmare bedöma hur mål om tjänstekoncessioner skall handläggas.

Klart framstår dock att, mot bakgrund av EG-rätten, talan inte kan avvisas med hänvisning till brist på adekvata rättsmedel.

Kommunala renhållningsavtal – upphandling eller koncessioner?

En uppkommande fråga är huruvida kommunala entreprenadavtal avseende omhändertagande av hushållsavfall m.m. utgör offentliga tjänstekontrakt som skall upphandlas enligt LOU eller tjänstekoncessioner, utanför den upphandlingsrättsliga regleringen.

Kommunerna har ett obligatoriskt och icke överlåtbart ansvar att tillse att hushållsavfall och därmed jämförligt avfall samlas in och tas om hand. Renhållningsansvaret regleras genom miljöbalken – MB, avfallsförordningen (2001:1063) samt genom kommunala renhållningsordningar och avfallsplaner.

Varje (primär-) kommun skall enligt 15 kap. 8 § MB svara för att allt hushållsavfall och därmed jämförligt avfall inom kommunen, utom sådant avfall som omfattas av producentansvar enligt förordnande jml. 6 § samma kapitel, transporteras till en behandlingsanläggning och återvinns eller bortskaffas. Enligt 15 kap. 21 § MB får ingen annan än kommunen eller ”den kommunen anlitar för ändamålet” ta befattning med själva insamlingen och transporten av avfall. Insamlingsverksamheten omfattas således av kommunalt monopol. Något motsvarande monopol även för själva omhändertagandet genom återvinning eller behandling föreligger däremot inte. Emellertid har kommunen naturligtvis en skyldighet att bestämma hur man skall bli av med det insamlade avfallet.

En kommun kan välja antingen att handha den obligatoriska renhållningen i egen regi eller att uppdra åt någon annan, extern utförare – exempelvis ett privat- eller offentligägt företag eller ett kommunalförbund – att för kommunens räkning utföra insamling och transport eller omhändertagandet av avfall.

Kommunerna finansierar som huvudregel all sin verksamhet genom obligatoriskt uttaxerade skatter och avgifter. Detta gäller även för sådan insamling, transport, återvinning och bortskaffande av avfall som enligt miljöbalkens reglering utförs genom deras försorg. Det föreligger visserligen inte något generellt förbud för kommuner att helt eller delvis finansiera renhållningsverksamheten över skattsedeln. Dock får kommunerna enligt 27 kap. 4 till 6 §§ MB uttaxera en särskild renhållningsavgift och denna finansieringsform torde vara vanligast förekommande. Avgiften skall som huvudregel vara årlig eller på annat sätt periodisk och får bestämmas till högst den s.k. självkostnad som behövs för att täcka kommunens nödvändiga planerings-, kapital- och driftskostnader för verksamheten. Avgiften får dock tas ut på ett sådant sätt att återanvändning, återvinning eller annan miljöanpassad avfallshantering främjas. Avtalar kommunen med en extern utförare att utföra renhållningen, får avtal med denne läggas till grund för beräkning av avgiften, om kostnaden därigenom inte blir väsentligt högre än om kommunen själv utför renhållningen.

För det fall att en kommun beslutar att låta någon annan (en extern utförare/entreprenör) utföra den obligatoriska renhållningen uppstår ett civilrättsligt avtalsförhållande mellan kommunen och utföraren/entreprenören. Något motsvarande avtalsförhållande mellan de enskilda konsumenterna eller fastighetsägarna (renhållningskollektivet) och renhållningsentreprenören uppkommer däremot aldrig. I fall av exempelvis tvist om entreprenadens utförande (såsom undermålig eller utebliven sophämtning) kan den enskilde konsumenten eller fastighetsägaren aldrig rikta anspråk direkt mot entreprenören i domstol, eftersom något civilrättsligt partsförhållande inte föreligger. Istället är denne i första hand hänvisad till att gå genom kommunen, som är entreprenörens rätte uppdragsgivare.

Renhållningsavgift skall enligt 27 kap. 6 § MB betalas enligt den taxa som kommunfullmäktige antar. I taxan skall anges vem som är avgiftsskyldig (som regel enskilda fastighetsägare i kommunen) och till vem avgiften skall betalas.

Avgift enligt fastställd taxa får enligt kommunens bestämmande betalas antingen till kommunen eller direkt till den som utför renhållningen (27 kap. 4 § MB). Förfarandet motiveras av en ambition att undvika onödiga betalningsströmmar och skall inte förväxlas med att det uppstår ett civilrättsligt avtal direkt mellan entreprenören och konsumenterna. Renhållningsentreprenören agerar i dessa fall endast s.k. mellanman (inkasserare) för kommunen, varefter inkasserade betalningar avräknas mot den entreprenadersättning som kommunen enligt avtal skall utge till entreprenören. Skulle det uppstå underskott i förhållande till avtalad entreprenadersättning (exempelvis genom felräknade eller uteblivna taxebetalningar) är kommunen dock ytterst betalningsansvarig gentemot entreprenören och vice versa. Något ekonomiskt risktagande för vikande underlag uppkommer således aldrig för entreprenören, som har rätt enligt entreprenadavtalet till ersättning från kommunen.

Miljöbalkens redovisade reglering innebär sammanfattningsvis att några civilrättsliga avtalsförhållanden aldrig uppkommer mellan entreprenören och tredje man. Entreprenörens avtalsmotpart är istället kommunen, vilken enligt lag är obligatorisk renhållningshuvudman. Regleringen medför vidare att någon sådan risköverföring som utgör en grundläggande förutsättning för tjänstekoncessioner aldrig uppstår. Kommunerna bär i sin egenskap av lagstadgad huvudman hela den ekonomiska risken för renhållningsverksamheten.

Kommunala entreprenadavtal avseende omhändertagande av hushållsavfall m.m. utgör mot denna bakgrund och i beaktande av EG-domstolens ovan redovisade dom i mål C-382/05, Kommissionen mot Italien, tveklöst offentliga upphandlingskontrakt som skall upphandlas enligt LOU och inte tjänstekoncessioner, utanför lagens nuvarande tillämpning

Foto: Pawel Flato



Expertgruppen har ingivit remissvar på statliga utredningar om upphandling

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 iakttä 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 mediainslag: tidningsartiklar samt inslag i radio och TV. Totalt under verksamhetsåret har betydligt över etthundraåttio nedslag kunnat noteras i media. Konkurrenskommissionens pressreleaser och avgjorda fall återfinns på Stiftelsen Den Nya Välfärdens hemsida på internet: www.dnv.se

Yttranden

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

I slutbetänkandet SOU 2006:28, "Nya upphandlingsregler 2", presenterade Upphandlingsutredningen ett förslag till bl.a. nationell implementering av fakultativa bestämmelser i de nya EG-direktiven: 2004/18/EEG, om offentlig upphandling av bygg- entreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet) samt 2004/17/EEG, om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (det s.k. försörjningsupphandlingsdirektivet). Betänkandet behandlar i allt väsentligt sådan icke obligatorisk reglering som medlemsstaterna själva kan välja att införa, samt de nationella bestämmelser som idag regleras genom 6 kap. LOU.

På dessa områden föreslår utredningen flera reformer som enligt Konkurrenskommissionens yttrande var för sig riskerar att försämra företagarklimatet, främst förutsättningarna för små- och medelstora företag att hävda sig i konkurrensen inom offentlig handel. De försämringar som främst uppmärksammas är följande (här angivna i angelägenhetsordning):

- Utredningen föreslår att offentliga upphandlingar skall kunna centraliseras i inköpscentraler. Dessa riskerar närmast att komma att utformas till större kommungemensamma grossistföretag, vilket på sikt kan medföra kraftigt ökade inköpsvolymerna i de enskilda upphandlingarna och därmed slå ut mindre och medelstora företag från den offentliga handeln. Särskilt riskerar lokal handel i glesbygd att drabbas av förslaget, vilket är ägnat att gynna större, centralt placerade leverantörer.

- Ett förslag om att införa fasta riktvärden för direktupphandling på c:a 140.000 kronor respektive 281.000 kronor för statliga myndigheter samt 215.000 respektive 430.000 kronor för övriga upphandlande myndigheter (främst kommuner), riskerar med hänsyn till de höga beloppen att medföra att stora delar av den offentliga handeln undantas från det upphandlingsrättsliga regelverket. Förutsättningarna för godtycke och korruption i den offentliga handeln ökar väsentligt om förslaget realiserar.

- Ett förslag om undantag från dagens annonseringskrav enligt vilket det skall räcka med att de upphandlande enheterna, vid upphandling under tröskelvärdena samt av B-tjänster, publicerar en annons om pågående upphandling på sin egen hemsida riskerar, utan någon märkbar kostnadsbesparing för det offentliga, att väsentligt öka leverantörernas kostnader för att bevaka pågående upphandlingar och att kunna hävda sig genom anbudsgivning. Det finns i dag uppskattningsvis c:a 2.000 upphandlande enheter vilkas hemsidor en intresserad leverantör i sådant fall måste bevaka löpande. Främst är det de mindre och medelstora företagen, som riskerar att drabbas om förslaget genomförs, genom att de, till skillnad från sina större konkurrenter, inte kommer att besitta tillräckliga resurser att bevaka alla de hemsidor som kommer att komma ifråga. Förslaget medför även risk för ökat godtycke och korruption inom den offentliga handeln genom att det ligger när till hands att anta att vissa (särskilt utvalda) leverantörer kommer att kunna tipsas av de upphandlande enheterna om pågående upphandlingar, och vinner således otillbörlig fördel.

Upphandlingsutredningens slutbetänkande innefattar även andra förslag som mer eller mindre riskerar att försämra företagets möjlighet att hävda sig i konkurrensen inom den offentliga handeln. Konkurrenskommissionens remissyttrande (KKO R 06-029) finns i sin helhet tillgängligt på www.dnv.se/kko/remiss. Här nedan följer en sammanfattning av kommissionens synpunkter.

Konkurrenskommissionen avstyrkte användningen av konkurrenspräglad dialog på upphandlingar under tröskelvärdena och av B-tjänster men tillstyrkte användningen i övrigt. Kommissionen tillstyrkte vidare användningen av dynamiska inköpssystem över tröskelvärdena och, med viss tvekan, av B-tjänster men avstyrkte tillämpningen på upphandlingar under tröskelvärdena. Användningen av elektronisk auktion tillstyrktes, medan införandet av möjligheter till inköpscentraler avstyrktes av skäl som redovisas ovan. Konkurrenskommissionen avstyrkte också att en rekommendation om miljökrav och sociala krav införs på sätt som utredningen föreslagit.

Avseende upphandlingar under tröskelvärdena m.m. inom den klassiska sektorn avstyrkte, som tidigare redovisats, Konkurrenskommissionen förslaget att införa fasta värden för direktupphandling och förordade istället ett system med riktlinjer för hur de upphandlande myndigheterna skall fastställa egna riktvärden. Alternativt förordades att det överlämnas till regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer att utfärda riktvärden för olika slag av upphandlingar. Kommissionen förordade även att en skyldighet till särskild dokumentation av direktupphandlingar införs samt att det i lagen stadgas förbud mot att dela upp upphandlingar i syfte att underskrida direktupphandlingsgränserna. Kommissionen tillstyrkte att den nuvarande möjligheten att använda direktupphandling vid synnerliga skäl kvarstår oförändrad jämfört med nuvarande lagreglering men avstyrkte enligt vad som tidigare redovisats utredningsförslaget avseende lättnader vid annonsering. Även förslaget om förenklade regler för utvärdering av pris och andra kriterier ("viktning") avstyrktes.

I fråga om småföretagens ställning vid offentlig upphandling menade Konkurrenskommissionen att utredningen inte tillräckligt beaktat deras särskilda behov och intressen. Flera av de förslag som utredningen framlagt, särskilt förslagen avseende inköpscentraler och avseende annonsering, framstår närmast som ägnade att försvåra för mindre och medelstora företag att hävda sig vid konkurrensen inom den offentliga handeln. Kommissionen delar däremot utredningens bedömning att det inte finns någon möjlighet att underlåta att vid kommunal samverkan tillämpa bestämmelserna i lagarna om offentlig upphandling.

Konkurrenskommissionen anförde inga särskilda synpunkter avseende upphand-

lingar under tröskelvärdena m.m. inom försörjningssektorerna utöver de som i övrigt redovisats i remissyttrandet.

Konkurrenskommissionen instämde i utredningens bedömning att nackdelarna med en preklusionsfrist väger tyngre än fördelarna samt avstyrkte utredningens alternativa förslag att ändå införa en sådan frist i lagen. Kommissionen instämde däremot i utredningens bedömning att några ändringar av bestämmelserna om överprövning och interimistiskt beslut inte är nödvändiga, men avstyrkte förslaget att slopa möjligheten för annan leverantör att anhängiggöra egen talan inom tio dagar från det att ett tidigare meddelat interimistiskt beslut upphävs av domstol. Kommissionen instämde slutligen i utredningens bedömning avseende ILO konvention nr 94 och avstyrkte att konventionen ratificeras.

Konkurrenskommissionen har även avgivit yttranden till EG-kommissionen i anledning av EG-kommissionens pågående – och av Konkurrenskommissionen initierade – granskning av Sveriges implementering av gällande rättsmedelsbestämmelser vid offentlig upphandling (Klagomålsärende 2004/4053) samt i det numera avslutade granskningsärendet avseende Norrbottens läns landstings upphandling av tvätteritjänster (Klagomålsärende 2006/4443). Även i ett annat ärende, vilket avser kommunalt lagtrots och domstolstrots av bl.a. Söderköpings kommun och Ydre kommun, (Klagomålsärende 2006/4900) har bl.a. Konkurrenskommissionens arbete legat till grund för EG-kommissionens utredning. Ärendet har emellertid inte initierats av Konkurrenskommissionen, utan av en privatperson.

Till EG-kommissionen har också löpande rapporterats ytterligare fall av domstolstrots vid offentlig upphandling som har iakttagits under året samt understrukits behovet av att effektiva sanktioner införs i svensk nationell rätt för att garantera gemenskapsrättens effektiva genomförande på området för offentlig upphandling.

Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) har på den svenska regeringens begäran granskat det svenska regelreformeringsarbetet. Liknande granskningar har utförts av 22 av OECD:s 30 medlemsstater. Granskningen har omfattat kapitlen Regulatory Reform, Regulatory Governance, Competition Policy, Market Openness, Multilevel Regulatory Governance samt Environment. Varje kapitel avslutas med ett antal rekommendationer som medlemsstaterna kan säga ja eller nej till.

Konkurrenskommissionen har bl.a. tillsammans med Näringslivets Regelnämnd (NNR) träffat representanter för OECD:s sekretariat för att informera om problematiken med den bristande möjligheten att komma tillrätta med domstolstrots från upphandlande enheter. Kommissionen har också tillhandahållit skriftligt underlag.

Konkurrenskommissionens arbete har resulterat i att OECD i sin omfattande slutrapport, vilken framlades våren 2007, som en av fyra rekommendationer i kapitlet Market Openness föreslår den svenska regeringen att ”stärka öppenheten i statens upphandling genom ytterligare förbättrad notifikationsprocess inkluderande mer internationell annonsering och att införa sanktioner för myndigheter som befinns skyldiga till att ha brutit mot regler i upphandlingsprocessen”. Vidare anför organisationen att ”Bristen på sanktioner vid missbruk av offentlig upphandling - där lokala myndigheter har ignorerat domstolsutslag – hjälper inte till att säkerställa förtroendet för att det förekommer rättvisa och konkurrenskraftiga upphandlingar. Inte heller hjälper det till att stärka intresset från utländska potentiella anbudsgivare att närma sig den svenska marknaden” (KKO:s översättningar). Se vidare OECD:s rapport TD/TC/WP (2006)29.

Den svenska regeringen har accepterat OECD:s rekommendation.

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.

Konkurrenskommissionen 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 från de första tolv verksamhetsåren är att konkurrensnedvridande beteenden som förekommer inom den offentliga sektorn i korthet kan sammanfattas i tre huvudgrupper:

I) Åsidosättanden av bestämmelserna om offentlig upphandling. Denna grupp utgör den största delen av de av kommissionen granskade fallen.

II) Överträdelse av förbud i lag att bedriva viss verksamhet. Denna grupp utgör 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 lagöverträdelse,
- effektiva och konsekventa processbestämmelser vilka medför att överträdelse 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. Tyvärr förefaller det emellertid som om vissa upphandlande enheter har satt i system att obstruera mot bestämmelser som av enheten upplevs som krångliga eller obekväma. Som tidigare framgått drar sig vissa upphandlande enheter inte för rent domstolstrots eller lagtrots.

Trots att upphandlingslagen har varit i kraft i nu mer än tolv år och till sin principiella innebörd väsentligen inte skiljer sig från äldre bestämmelser i upphandlingsförordningen (1986:612) och i 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 upphandlingssanktionsavgift. Företrädare för parts- eller sårntressen bör inte – som nu är fallet - delta i tillsynsmyndighetens handläggning, prövning eller beslut.

Konkurrensverket 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.

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. I fall av domstolstrots vid offentlig upphandling bör enligt Konkurrenskommissionens mening straffansvar kunna komma i fråga.

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 möjligheten till missuppfattningar och lagtolkningar i strid mot lagens anda motverkas. De gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande som ytterst följer av EG-fördraget bör vidare skrivas in i lagen.

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. Domstolarna bör i ökad utsträckning även inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen.

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



Domstolarna bör inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen.

omfattas av lagens bestämmelser. Senast under 2006 har detta uppmärksammats i en rapport från Riksrevisionen (RiR 2006:15). För dessa fall bör ett särskilt förfarande inrättas av innebörd 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 att lida någon skada eftersom han inte deltagit med anbud eller intresseanmälan i upphandlingen. I andra fall har talan avslagits med motiveringen att det är fel anbudsgivare som klagat på upphandlingen. Även där uppenbara upphandlingsfel kan konstateras 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. . Denna 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 har numera fastställts i vägledande rättspraxis (RÅ 2005 ref. 17). Även det av kommissionen tidigare framförda kravet på 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 påvisat 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 (avhjälpan av brister). Vitesbestämmelsen bör utvidgas till att omfatta samtliga beslut och samtliga upphandlingar som regleras i lagen. Vidare bör 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 vitesbestämmelsen är att denna skall få en avhållande effekt på de upphandlande enheterna, så att dessa avstår från att trotsa rättsens 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 miniminivån 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 sådan 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 rättsens 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.

Vite som riktas mot den upphandlande enheten kommer, om det döms ut, att betalas med allmänna medel något som minskar effekten av vitet. Ett annat och med effektivt sätt att stävja domstolstrots, inte bara i fråga om upphandlingar utan också beträffande överträdelser av den upphandlande enhetens egen kompetens, är att införa straffansvar för den som ansvarar för åtgärd eller underlåtenhet i strid mot domstols avgörande (se vidare sid. 27).

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" (NOU-info juni 98, sid. 14). Uttalandet antyder att nämnden har ansett att det skall föreligga ett objektiva motiv för att förhandlingar skall kunna förekomma. Något prejudicerade avgörande föreligger ännu inte. I en hovrättsdom befanns emellertid förhandlingar som ändrat rangordningen mellan leverantörerna förenliga med upphandlingslagens bestämmelser.

Förhandlingar vid förenklad upphandling bör enligt Konkurrenskommissionens mening genomföras på ett objektiva och affärsmässigt sätt, det vill säga i första hand för att klarlägga styrkan i anbud och således inte i syfte att pressa anbudspriserna. Rena prutningar bör 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 i kommunalt upphandlingsreglemente och den statliga upphandlingsförordningen) är med hänsyn bl.a. till senare tids rättstillämpning nödvändig för att skapa klarhet i frågan.

Övergång till förhandlad upphandling utan föregående annonsering

I ett antal ärenden, huvudsakligen trafikupphandlingar, har Konkurrenskommissionen iakttagit hur de upphandlande enheterna har satt i system att övergå från öppen eller selektiv upphandling till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Som grund för övergången har åberopats att de inkomna anbudens priser har varit för höga.

I doktrinen (Hentze och Sylvén, Lagbokscommentaren till LOU, Norstedts, andra upplagan, 1998, sid. 288) har angivits att om anbudet överstiger för upphandlingen tillgängliga medel, kan detta utgöra skäl för övergång till förhandlad upphandling enligt 5 kap. 19 § LOU. Något stöd enligt vägledande svensk eller gemenskapsrättslig praxis eller av annan upphandlingsrättslig doktrin finns för närvarande inte, utan ställningstagande måste uppfattas som författarnas eget.

Möjligen kan skäl föreligga för att avbryta ett påbörjat upphandlingsförfarande om förutsättningarna för anbudsgivningen har angivits i förväg och inget av de inkomna anbudet håller sig inom dessa ramar. Inkomna anbud torde i sådant fall vara att betrakta som orena bud, som skall förkastas. Ett förfarande där den i efterhand påkomna uppfattningen att prisläget upplevs som för "dyrt" kan med ledning av den s.k. transparensprincipens krav på förutsebarhet emellertid knappast utgöra skäl för

att övergå till förhandlad upphandling. Förfarandet skulle även komma i konflikt med den av EG-domstolen knäsatta försiktighetsprincipen att avvikelser från ett öppet eller selektivt upphandlingsförfarande får komma ifråga endast undantagsvis och att det är den upphandlande enheten som har bevisbördan för att tillräckliga skäl föreligger - se EG-domstolens avgöranden i målen Kommissionen mot Italien (C-199/85), Kommissionen mot Spanien (C-328/92) samt Kommissionen mot Italien (C-57/94). Det framstår som betydelsefullt för framtida rättstillämpning att förutsättningarna för övergång till förhandlad upphandling klarläggs i praxis. Detta sker närmast genom förhandsavgörande från EG-domstolen.

För korta implementeringstider



För kort om tid.

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 leveransens påbörjande uppgick till sju ton 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 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 korta 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 EG-domstolen, HI (C-92/00) samt Regeringsrätten (RÅ 2005 ref. 62).

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 måste utgångspunkten vara att upphandlingarna skall genomföras affärsmässigt. Skall egenregi-bud delta bör detta anges i annonsen eller underlaget för upphandlingen. Nollställning mellan anbud och bud måste ske så att externa anbud kompenseras för de interna budens kostnadsfördelar. Enbart affärsmässigt objektiva skäl skall kunna anföras till stöd för att anta ett egenregi-bud, vilket i formell mening innebär att upphandlingen avbryts. Det affärsmässigt sakliga i att avbryta upphandlingen skall vidare kunna prövas i domstol (se RÅ 2005 ref. 62).

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. 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 slutligt upphöra. Det kan inte vara affärsmässigt motiverat att vidmakthålla tio- eller tjugoföråriga avtal utan mellankommande upphandling. Konkurrensen riskerar dessutom 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 utslutande 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. Kon-

kurrenskommissionen 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 sätta lagen om offentlig upphandling 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 emellertid ännu inte implementerats i svensk lag. För närvarande pågår vid Stockholms tingsrätt två mål om skadestånd till följd av att en upphandlande enhet avropat tjänster i en helt annan ordning än den som framgår av enhetens tilldelningsbeslut för respektive upphandling (mål T 20599-05 resp. T 20318-05).

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

Ett viktigt område för Konkurrenskommissionens granskningsverksamhet har likasom tidigare år varit konkurrensnedvridning genom att myndigheter överträtt de begränsningar som enligt lag gäller för deras verksamheter. 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 trettonde verksamhetsåret uppmärksammat fall där myndighetens egna kompetens har överträtt. 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. Dylåka etableringar strider enligt Konkurrenskommissionens mening mot kommunallagens kompetensbestämmelser och snedvrider konkurrensen samt medför förödande effekter för de privata företag som drabbas. Under verksamhetsåret har i domstol avgjorts ett (tidigare i berättelsen redovisat) fall där en kommunal förvaltning, i konkurrens med privata företag och i strid mot kommunallagen tillhandahåller staten rikstäckande service med översättningstjänster.

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

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

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

Konkurrenskommissionen förordar därför att det i särskild lag införs straffbestämmelser som motverkar domstolstrots i de kommunal myndigheternas verksamhet och i de kommunala bolagen. Regleringen – som därvid skall komma att utgöra ett komplement till brottsbalkens tjänstefelstadgande – måste vara straffsanktionerad och avse såväl uppsåtligt domstolstrots som sådan uraktlåtenhet att följa domstols förordnade som har sin grund i oaktsamhet.

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. I vissa fall kan beslut om stöd eller annan subventionering också angripas som otillåtet statsstöd.

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 ofta har fått uppmärksamhet framför allt i lokala och regionala media. 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 tretton års verksamhet och mer än 500 avgjorda ärenden har vidare på olika sätt förmedlats till dem som haft eller har 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:

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 överträdelse mot lagen om offentlig upphandling bör vidgas till att omfatta bland annat myndigheten som skall utöva tillsyn över lagen samt organisationer av näringsidkare.

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.

Möjligheten till vite enligt 7 kap. 2 § LOU bör utvidgas till att omfatta all offentlig upphandling.

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

1. Tydliga verkställighetsbestämmelser och ett personligt ansvar för beslutande befattningshavare vid illojalt upphandlingsbeteende bör införas. Kommunalt domstolstrots bör motverkas genom sanktioner i särskild lagstiftning.

2. Upphandlingslagen bör förtydligas så att det av lagen klart framgår 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. Regelverket för avrop vid parallella s.k. ”ramavtal” med olika leverantörer bör vidare förtydligas i syfte att avrop endast skall kunna ske i den ordning som tilldelningsbeslutet anger.

3. 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.

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

I kommunallagen, aktiebolagslagen, handelsbolagslagen, lagen om ekonomiska föreningar samt stiftelselagen bör vidare föras in särskilda bestämmelser för kommunala företag, som 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 och upphävas av domstol.

De granskningar som kommissionen genomfört – hittills 515 avgjorda ärenden – understryker kraven på att förändringar på dessa punkter kommer till stånd.

Stockholm den 10 oktober 2007

G Rune Berggren (ordf)

Sigvard Berglöf

Patrik Engellau

Inger Ridderstrand Linderöth

Erik Nerep

Lennart Palm

*Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp vid
Den Nya Velfärden. Sedan starten 1994 har expertgruppen
avgjort över 500 ärenden rörande snedvridning av
konkurrensen med offentliga medel.*

den
nya
velfärden

www.dnv.se | 08-545 038 10