

KONKURRENS kommissionen



VERKSAMHETSBERÄTTELSE 2005-2006

Året i korthet

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp initierad av Den Nya Välfärden. Sedan starten 1994 har expertgruppen avgjort knappt 500 ärenden rörande snedvridning av konkurrensen med offentliga medel.

Under verksamhetsåret 2005-2006 har 51 fall anmälts till kommissionen och 12 utredningar har initierats på eget initiativ. Expertgruppen har avgjort 42 ärenden under året, som finns utlagda på internet: www.dnv.se

Av de under året avgjorda ärendena har 16 föranlett process i förvaltningsdomstol.

Kommissionen har under verksamhetsåret haft fem sammanträden.

Konkurrenskommissionen har ingett ett remissvar till regeringskansliet.

Handläggningen av Konkurrenskommissionens tidigare anmälan till EU-kommissionen angående domstolstrots fortgår.

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

De granskningar som kommissionen genomfört sedan starten understryker kraven på att förändringar kommer till stånd.

OM KONKURRENSKOMMISSIONEN

I januari 1994 sammankallades på initiativ av Den Nya Valfärden, en oberoende kommission av experter för att bevaka och uppmärksamma frågor om konkurrensnedvridningar med stöd av allmänna medel. Konkurrenskommissionens ändamål är att aktivt motverka sådan konkurrensbegränsning som ligger i bristande likhet i villkoren för skattefinansierade och privata entreprenörer på marknaden och som därmed skadar medborgarna i deras egenskap av skattebetalare och konsumenter. Kommissionen skall uppmärksamma och motverka fall där offentliga, skattefinansierade organ genom överträdelse av lag eller förordning, genom skattesubventioner eller genom att sammanblanda myndighetsutövning med affärsverksamhet snedvrider konkurrensen.

Konkurrenskommissionens uppgifter är:

- att undersöka anmälda eller på annat sätt uppmärksammade fall, låta berörda parter yttra sig och därefter bedöma huruvida fallen strider mot lag eller annan författning eller i övrigt riskerar att snedvrider konkurrensen,
- att informera media om dessa fall,
- att ge publicitet åt bedömda fall samt att överlämna fallen till Konkurrensverket, Nämnden för offentlig upphandling (NOU) och i förekommande fall även annan myndighet för kännedom eller åtgärd, samt
- att ge råd åt medborgare och företag som anser sig utsatta för skattefinansierad kränkning av konkurrensneutraliteten.

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

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

Innan ett ärende tas upp av Konkurrenskommissionen underkastas det en preliminär bedömning huruvida saken är en angelägenhet för kommissionen att granska. Om ärendet bedöms vara principiellt intressant och de bakomliggande sakförhållandena på ett rimligt sätt går att klargöra, utreds saken av kommissionens kansli. Resultatet av utredningen sammanfattas i en preliminär promemoria (PM 1) som för kännedom och eventuellt yttrande tillställs det offentliga organ som beslutat i ärendet eller på annat sätt berörs av utredningen. En slutlig promemoria (PM 2) med en sammanfattning av inkomna yttranden upprättas därefter och överlämnas till expertgruppen Konkurrenskommissionen för bedömning.

En anmälan till Konkurrenskommissionen är alltid kostnadsfri och anmälaren får vara anonym. Uppgifter om vem eller vilka som anmält ärenden för granskning eller på annat sätt lämnat information omfattas av sekretess hos kommissionen.

Allt som anmäls eller på annat sätt kommer till Konkurrenskommissionens kännedom underkastas en självständig och förutsättningslös granskning av kommissionen, varje bedömning inriktas på att utreda huruvida konkurrensen riskerar att snedvridas genom överträdelser av lag eller annan författning, exempelvis konkurrenslagen, kommunallagen eller lagen om offentlig upphandling jämte bakomliggande EU-direktiv. I de ärenden som upptas för utredning och slutlig bedömning uttalar sig kommissionen på grundval av föreliggande sakförhållanden. Kommissionen gör däremot inte någon sådan bevisvärdering som det ytterst ankommer på domstolarna att göra. Kommissionen svarar ensam för resultatet av sin granskning och sina slutsatser.

Resultatet av Konkurrenskommissionens granskningar överlämnas regelmässigt till berörda offentliga organ samt för kännedom till Konkurrensverket och i förekommande fall till Nämnden för offentlig upphandling (NOU). Bedömningarna tillställs



även massmedia. Sedan starten år 1994 har Konkurrenskommissionen mottagit 923 diariet förda anmälningar från enskilda och företag som ansett att konkurrensneutraliteten kränkts. Därutöver har kommissionen på eget initiativ tagit upp 116 fall för granskning. Av de i kommissionen hittills anhängiggjorda ärendena har 484 lett till slutlig bedömning. Återstående ärenden har avskrivits eller är under pågående utredning.

VERKSAMHETSÅRET 2005/2006

Konkurrenskommissionens tolfte verksamhetsår har omfattat perioden den 1 juli 2005 till och med den 30 juni 2006.

Under verksamhetsåret har Konkurrenskommissionen mottagit 51 (40) diariet förda anmälningar från enskilda och företag som ansett att konkurrensneutraliteten kränkts med allmänna medel. Därutöver har kommissionen på eget initiativ tagit upp 12 (12) fall för granskning. Av de i kommissionen anhängiggjorda ärendena har 42 (35) 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 konkurrensnedvridning genom åsidosättanden av reglerna för offentlig upphandling, II) ärenden rörande konkurrensnedvridning genom överträdelser av den egna kompetensen, samt III) ärenden rörande konkurrensnedvridning på annat sätt. Kommissionen har under verksamhetsåret noterat ett flertal fall där offentliga aktörer, vilka riskerat att utsättas för kommissionens kritik, frivilligt vidtagit rättelse efter det att felaktigheter har uppmärksamats genom kommissionens preliminära utredning (PM 1). Kommissionen har i dessa fall utan ytterligare påpekanden lagt ärendena till handlingarna.

I) I gruppen av ärenden rörande konkurrensnedvridning genom åsidosättanden av reglerna för offentlig upphandling har Konkurrenskommissionen avgjort 36 (26) ärenden. Samtliga utom ett av dessa ärenden har resulterat i kritik från kommissionen.

II) I gruppen av ärenden rörande konkurrensnedvridning genom överträdelser av den egna kompetensen har Konkurrenskommissionen avgjort 4 (9) ärenden. Samtliga av dessa ärenden har resulterat i kritik från kommissionen

III) I gruppen ärenden rörande konkurrensnedvridning på annat sätt har Konkurrenskommissionen avgjort 2 (0) ärenden i gemensam bedömning, vilken resulterade i kritik från kommissionen

Samtliga under året bedömda ärenden finns i fulltext på: www.dnv.se/kko/vb12b

Ärenden som även handlagts i domstol

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

Av kommissionens 42 under året avgjorda ärenden har hittills 16 föranlett process i



Expertgruppen har under året uppmärksammat olagliga sopaffärer

förvaltningsdomstol om s.k. överprövning eller laglighetsbesvär. Av kommissionens under året avgjorda ärenden som hittills nått någon form av slutligt avgörande har domstolarna i något fall kommit till annan slutsats än Konkurrenskommissionen avseende lagligheten av de påtalade förfarandena.

Extra uppmärksamhet har riktats mot kommunernas upphandling av renhållningstjänster, där lagtrots och även domstolstrots synes vara särskilt förekommande.

På Konkurrenskommissionens hemsida återfinns i fulltext samtliga ärenden som avgjorts under verksamhetsåret. Vissa av dessa ärenden har även varit föremål för handläggning i domstol. Av de bedömningar som därvid skett kan särskilt uppmärksammas följande.

1. Godtycklig inbjudan av anbudssökande, tillämpning av urvalskriterier m.m. vid selektiv upphandling eller urvalsupphandling enligt LOU, vidare gränsdragning mellan A-tjänster och entreprenadarbeten (C-arbeten) vid löpande fastighetsunderhåll

Statens Fastighetsverk hade inom ramarna för en s.k. urvalsupphandling enligt 6 kap. LOU inhämtat skriftliga anbudsansökningar avseende ramavtal för löpande avrop av fastighetsunderhåll inom ett antal områden – däribland klottersanering – där anbud kunde lämnas på hela upphandlingen eller på delar av upphandlingen. Fastighetsverket gjorde gällande att upphandlingen avsåg byggentreprenadarbeten enligt bilaga C till LOU. De nationella bestämmelserna enligt 6 kap. LOU skulle därför tillämpas, eftersom tröskelvärdet för sådana arbeten (5 miljoner euro eller 45,670 miljoner kronor) inte hade överskridits i upphandlingen.

Av annonsen med inbjudan till anbudsansökan redovisades inte några kvalifikationskrav, eller andra grunder enligt vilka urvalet mellan anbudssökande skulle komma att ske. Inte heller framgick någon begränsning till att enbart ett visst antal anbudssökande skulle bjudas in att lämna anbud.

Ett urval skedde emellertid och som förklaring till en anbudssökande som inte bjöds in att lämna anbud angav Fastighetsverket bland annat följande:

”Då antalet kvalificerade anbudssökande är större än det antal som ska inbjudas till anbudsräkning, så föreskriver Lagen om offentlig upphandling LOU att man ska göra ett urval så att man får en lämplig mix och konkurrensituation. Urvalet görs inte utifrån några speciella kriterier, som vid anbudsutvärdering. Att man inte kommit i fråga för anbudsräkning behöver inte betyda att man inte skulle kunna vara kvalificerad, utan helt enkelt att det finns för många som vill vara med och lämna anbud. Ni är välkomna att delta i våra kommande upphandlingar”.

Upphandling av entreprenadarbeten eller tjänster för löpande fastighetsunderhåll skall, beroende på arbetenas karaktär samt upphandlingens värde, handläggas antingen enligt de direktivstyrda bestämmelserna i 1 kap. samt 3 kap. eller 5 kap, LOU, eller enligt de nationella bestämmelserna i 6 kap, LOU.

I båda fallen medger lagen ett tvåstegsförfarande där den upphandlande enheten först inhämtar anbudsansökningar för att senare bjuda in enbart sådana anbudsgivare som bedömts uppfylla ställda krav och i praktiken föreligger det inte någon större skillnad mellan de aktuella upphandlingsformerna: selektiv upphandling enligt 1 kap. 7 a § LOU och urvalsupphandling enligt 6 kap. 2c § LOU.

För båda förfarandena gäller allmänt att urvalet skall ske med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och i övrigt genomföras på ett affärsmässigt sätt. Anbudssökande skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Lagens bestämmelser bygger på de gemenskapsrättsliga grundsatsen, bl.a. principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn (transparens) som bär upp den centrala EG-rätten och som ytterst följer av EG-fördraget.

Av annonsen med inbjudan till ansökan om att få lämna anbud skall det bland annat framgå på vilket sätt som ansökan skall lämnas samt vilken dag som denna senast skall ha kommit in till den upphandlande enheten. Enheten får vidare ange kriterier för att bjudas in för anbudsgivning samt begränsa inbjudan till ett visst antal leverantörer som den maximalt avser att bjuda in till anbudsgivning. Antalet skall bestämmas med hänsyn till arten av det som skall upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens skall uppnås.

I doktrinen (se Hentze och Sylvé, lagbokscommentaren, Norstedts, upplaga 1:2, sid. 15 f) framhålls bl.a. följande avseende kravet på transparens och öppenhet.

”Med transparens förstås främst skyldigheten för den upphandlande enheten att lämna information om upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa samt rättigheter för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vilka rättigheter och skyldigheter som föreligger. Vilka åtgärder en upphandlande enhet kommer att vidta under upphandlingsprocessen, skall således vara förutsebara för leverantörerna”.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i sitt informationsmaterial vidare angivit bland annat följande:

”Den upphandlande enheten får i ansökningsinbjudan ange det antal leverantörer som den avser att bjuda in att lämna anbud. Antalet inbjudna skall bestämmas utifrån det som skall upphandlas och vara tillräckligt stort för att en effektiv konkurrens skall uppnås. Anges inte ett antal eller ett intervall måste den upphandlande enheten skicka förfrågningsunderlaget till alla kvalificerade leverantörer och möjligheten att göra ett urval går förlorad”.

Det är vid urvalsupphandling eller selektiv upphandling således inte möjligt att välja ut vilka leverantörer som skall bjudas in på godtyckliga eller icke i förväg redovisade grunder. Det är heller inte möjligt att först i efterhand begränsa antalet anbudsgivare som skall bjudas in.

Länsrätten i Vänersborg angav avseende en urvalsupphandling enligt 6 kap. LOU bland annat följande (dom den 24 maj 2005 i mål 999-05):

”Begreppet affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU får ses som ett utflöde av de inom EG-rätten gällande principerna om likabehandling, ickediskriminering, öppenhet (transparens), förutsägbarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Principen om likabehandling utgör grunden för direktiven om offentlig upphandling och innebär en skyldighet att lämna insyn så att det kan kontrolleras att principen iakttas i syfte att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarkanden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera att upphandlingsförfarandena är opartiska. Härav framgår att då kontrakt skall tilldelas vid offentlig upphandling måste principen om likabehandling av möjliga anbudsgivare och principen om likabehandling iakttas i alla stadier, och bland annat då anbudssökande väljs ut i ett selektivt förfarande, så att alla ges samma möjligheter när de utformar sina ansökningar. Det fordras därför att både kriterierna för valet av anbudssökande och kriterierna för tilldelning av kontrakt offentliggörs (jfr EG-domstolens dom i mål C-479/99).”

Kammarrätten i Göteborg, som visserligen till följd av ändrade förhållanden under målets löpande handläggning ändrade länsrättens domslut, synes ha delat länsrättens bedömning och angav bl.a. följande domskäl (dom den 21 juni 2006 i mål 1793-06):

”Huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § [LOU] får, som länsrätten nämner, ses som ett utflöde av de inom EG-rätten gällande principerna om bl.a. öppenhet och förutsägbarhet. Eftersom bestämmelsen återfinns i LOU:s allmänna del är den tillämplig på all upphandling, alltså även upphandling under tröskelvärdena enligt 6 kap. LOU. Det ter sig även naturligt att bestämmelsen ges samma innebörd, oavsett på vilken form av upphandling den tillämpas. De nämnda principerna om öppenhet och förutsägbarhet skall därför beaktas även under tröskelvärdena [. . .] Det skall härefter påpekas att det urval av leverantörer som görs i en urvalsupphandling är något annat än den kvalificering av leverantörer som görs i alla upphandlingar. Kriterierna för urval av de leverantörer som skall ges möjlighet att lämna anbud måste alltså skiljas från kvalificeringsfasen. [. . .] Vid urvalsupphandling skall kvalificeringskraven anges innan leverantörerna skall ge in anbudsansökningar. De kriterier för utvärdering av leverantörernas anbud som den upphandlande enheten avser att tillämpa skall anges i förfrågningsunderlag och således före det att anbudet skall ges in. [. . .] Urvalet av de leverantörer som skall ges möjlighet att lämna anbud är en del i upphandlingsförfarandet som är lika viktig för att tillgodose en fungerande konkurrens som kvalificeringen av leverantörer och utvärderingen av deras anbud. Det krav på öppenhet och förutsägbarhet som gäller för kvalificeringskraven och utvärderingskriterierna bör därför gälla även för kriterierna för urvalet av leverantörer som skall ges möjlighet att lämna anbud. De urvalskriterier som den upphandlande enheten avser att tillämpa måste således anges innan leverantörerna skall ge in anbudshandlingarna”.

Har några urvalskriterier inte angivits eller någon begränsning till att enbart visst antal kvalificerade anbudssökande skall komma ifråga är den upphandlande enheten således hänvisad till att bjuda in samtliga anbudssökande eller samtliga anbudssökande som uppfyllt urvalskriterierna.

Ett praktiskt problem som kan uppkomma är emellertid hur den upphandlande enheten skall genomföra urvalet om det visar sig att ett större antal anbudssökande uppfyller ställda urvalskriterier än det maximala antal som enheten i ansökningsinbjudan angivit att den skall komma att bjudas in.

Även i denna situation föreligger en skyldighet för den upphandlande enheten att genomföra sitt urval utifrån objektiva och affärsmässiga grunder och enheten får inte kringgå de förutsättningar som angivits i ansökningsinbjudan. Det är därför angeläget att den upphandlande enheten, på sätt som EG-kommissionen rekommenderar, kvantifierar urvalskriterierna i en angelägenhetsgrad så att det framgår vilka anbudssökande, även bland dem som uppfyller samtliga ställda krav, som skall komma att bjudas in i första hand. Enheten kan ange begränsningen av antalet anbudssökande i ett intervall, med ett minsta antal och ett högsta antal anbudssökande som skall bjudas in, för att på detta sätt få en bättre flexibilitet. Enheten kan med hänsyn till kravet på transparens och likabehandling däremot inte välja att bjuda in enbart vissa av de anbudssökande som kvalificerat sig för anbudsgivningen, om det inte redan av ansökningsinbjudan särskilt framgår att sådant särskilt urval skall komma att ske samt grunderna för detta urvalet har särskilt redovisats.

I några fall har lottdragning används vid urvalsmetod mellan de sinsemellan kvalificerade anbudssökande leverantörerna. Någon entydig rättspraxis som godkänner ett sådant förfarande finns emellertid inte utan metoden har både förkastats (Länsrätten i Skåne län, dom i mål 1373-98) och, under vissa förutsättningar, godkänts (Länsrätten i Stockholms län, dom i mål 23378-02). I det senare fallet framgick emellertid redan av anbudsinbjudan att lottdragning skulle komma att ske. Förfarandet kunde således i vart fall inte strida mot transparensprincipen.

I det för Konkurrenskommissionens bedömning nu aktuella ärendet, konstaterade Länsrätten i Stockholms län bland annat följande:

”Bland de arbeten som finns listade i bilaga C till LOU finns t.ex. installationsarbeten och sådana arbeten som ofta ingår i slutfasen av en byggnation såsom fasadbeläggning, målning, golvläggning m.m. Den typen av arbeten kan också ingå i reparations- och underhållsarbeten. Var gränsen skall dras mellan A-tjänst och byggtreprenad enligt bilaga C får bedömas från fall till fall. Stora systematiska och genomgripande reparations- och underhållsarbeten torde räknas som byggtreprenader, medan löpande underhåll som ingår i fastighetsförvaltning bör räknas som A-tjänst. Den typ av arbeten som är i fråga för den aktuella upphandlingen bör enligt länsrättens mening kategoriseras som löpande underhållsarbeten. Därmed skall de anses tillhöra bilaga A till LOU”.

Länsrätten fann vidare att det samlade kontraktsvärdet överskred tröskelvärdet för tjänsteupphandlingar inom den statliga sektorn (130.000 särskilda dragningsrätter eller 1,253 miljoner kronor) men inte tröskelvärdet för byggtreprenadarbeten (5 miljoner euro eller 45,670 miljoner kronor). Upphandlingen skulle således rätteligen handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU.

Vad avser upphandlingens handläggning och bristen på urvalskriterier m.m. uttalade länsrätten vidare följande:

”Det förfarande som ligger närmast [den urvalsupphandling] som den upphandlande enheten valt är selektiv upphandling enligt 5 kap. LOU. Dessa regler är dock direktivstyrda och underkastade de gemenskapsrättsliga principer som ligger bakom direktivet, däribland principerna om likabehandling och transparens. I förevarande fall har det inte någonstans i inbjudan eller i övriga handlingar från den upphandlande enheten framgått vilka kriterier man skulle bedöma intresserade leverantörer utifrån eller vilket antal leverantörer som skulle bjudas in till anbudsgivning. Det har inte gått att för en utomstående på objektiva grunder se hur urvalet har skett. Detta måste anses strida mot principen om affärsmässighet och transparens, varför Statens Fastighetsverk har brutit mot LOU”.

Länsrätten förordade därför genom dom den 31 maj 2006 att den del av upphandlingen som avser klottersanering skulle göras om (mål 9315-06). Domen har vunnit laga kraft.

Vad som möjligen kan tilläggas avseende länsrättens dom är att utgången av målet rimligen måste ha blivit densamma även om upphandlingen kunde ha handlagts som en urvalsupphandling enligt 6 kap. LOU. De gemenskapsrättsliga grundsatser som länsrätten hänvisar till, principerna om likabehandling och transparens, är ett utflöde av EG-fördraget och omfattar således samtliga upphandlingar, även sådana som skall handläggas enligt nationella bestämmelser, se EG-domstolens dom den 3 december 2001 i målet *Vestergaard* (C-59/00). Såsom Kammarrätten i Göteborg konstaterade i det ovan refererade avgörande, finns nämnda principer införda i den svenska lagen genom generalklausulen i 1 kap. 4 § LOU.

2. Anbudsgivare ansvarar inte för att underleverantör har fullgjort sina skyldigheter avseende avgifter och skatter

De kommunala bostadsföretagens inköpsorganisation, Husbyggnadsvaror H.B.V. förening u.p.a., hade inom ramarna för en öppen upphandling enligt de direktivstyrda bestämmelserna i 1 kap. och 2 kap. LOU, inhämtat anbud avseende ramavtal för successiva avrop av viss köksinredning inklusive montering.

Av förfrågningsunderlaget, framgick bland annat att ”En anbudsgivare kan enligt bestämmelserna i 1 kap. 17 § LOU uteslutas från deltagande i upphandlingen om han ... inte har fullgjort sina åligganden avseende svenska skatter eller socialavgifter”

samt att ”I denna upphandling samarbetar HBV med Skatteverket, som bidrar med att lämna uppgifter om anbudsgivarens skattesituation, såväl under upphandlingen som under avtalsstiden. För upphandlingen gäller att anbudsgivaren skall ha fullgjort sina skyldigheter avseende avgifter och skatter. Uppgifter om skattesituation kommer att inhämtas av HBV”.

I samband med tilldelningen förkastade HBV ett anbud med motiveringen att anbudsgivarens underleverantör, vid en kontroll under upphandlingens löpande handläggning, hade visat sig ha ett underskott på sitt skattekonto hos Skatteverket. Underleverantören hade därmed inte uppfyllt krav i LOU 1 kap 17 §, menade HBV.

Av utredning i målet framgick att underleverantören visserligen hade haft ett underskott på sitt skattekonto men att betalning i enlighet med Skatteverkets anvisningar hade skett inom föreskriven tid. Underleverantören kom således aldrig att restföras och vid tidpunkten för HBV:s tilldelningsbeslut var skattekontot balanserat och visade ett litet överskott.

Av 1 kap. 17 § första stycket femte punkten LOU framgår att leverantör kan uteslutas från deltagande i upphandling bl.a. om han inte fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt.

Med ”leverantör” avses enligt legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU ”den som tillhandahåller varor eller utför arbeten eller tillhandahåller tjänster även om han inte varit den som i det särskilda fallet tillhandahållit eller utfört det som upphandlats”.

Frågan om vad som i aktuellt avseende skall anses ingå i leverantörsbegreppet enligt LOU och om även underleverantörer, som själva inte ingivit några anbud, omfattas av begreppet har berörts i litteratur och praxis.

Den s.k. branschsaneringsutredningen angav i betänkandet Branschsanering - och andra metoder mot ekobrott (SOU 1997:111 s. 512) bland annat följande:

”Enligt 1 kap. 17 § (över tröskelvärdena) kan en leverantör uteslutas från deltagande i upphandling om han är i konkurs, dömd för brott avseende yrkesutövningen, inte betalat skatter och inte är registrerad i olika register. Om leverantören anlitar en underentreprenör som inte uppfyller de krav som får ställas på leverantören kan, enligt utredningens bedömning, den upphandlande enheten inte utestänga leverantören. Leverantören uppfyller ju kraven. LOU:s leverantörskontroll riktar sig mot leverantören och inte mot leverantörens bakomliggande affärskontakter i form av underentreprenörer, leverantörer av varor m.fl. ”

Utredningens bedömning bekräftas i rättspraxis, bl.a. genom ett avgörande av Kamrarrätten i Sundsvall (mål 2113-1997) där rätten avvisade en talan som hade framförts av en underleverantör i ett mål om överprövning enligt LOU.

Liknande synsätt kommer till uttryck även genom ett avgörande, publicerat i RH 1999:122, där Svea hovrätt med följande motivering ogillade en underleverantörs skadeståndstalan:

”... med leverantör i lagens mening avses anbudsgivare och anbudssökande samt även den som avsett att lämna anbud eller att ansöka om att få lämna anbud men till följd av felet i upphandlingen inte kunnat göra detta. Såsom tingsrätten har konstaterat följer en sådan bedömning av syftet med lagstiftningen om offentlig upphandling och av de uttalande som gjorts i EG:s upphandlingsdirektiv och i förarbetena till lagen om offentlig upphandling. Eftersom [Kärandebolaget] ostridigt inte tillhör någon av de nämnda kategorierna är [Kärandebolaget] inte att anse som leverantör i lagens mening.”

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har inom ramarna för sin tillsynsverksamhet intagit den ståndpunkten att upphandlande enheter i princip aldrig kan ställa krav på underleverantörer och får inte heller begära att sådana byts ut (se beslut vid nämndsammanträde den 27 augusti 1997, dnr. 70/97-26).

Frågan vad som skall avses med att ha fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt enligt 1 kap. 17 § LOU kan besvaras bland annat med hjälp av skattebetalningslagen (1997:483) SkBL.

Av 3 kap. 5 § SkBL följer att Skatteverket skall upprätta ett skattekonto för varje skattskyldig. På skattekontot skall, om inte annat anges i lag, Skatteverket registrera skatt som skall betalas in eller betalas tillbaka enligt ett beskattningsbeslut, avdragen A-skatt, gjorda inbetalningar och utbetalningar samt belopp som har lämnats för indrivning. Belopp som skall betalas in registreras på förfallodagen. Belopp som skall tillgodoräknas registreras så snart underlag finns. Skatteverket skall dels årligen, dels månatligen stämma av inbetalda och andra tillgodoförda belopp mot påförda belopp. Sedan den slutliga skatten har bestämts skall enligt 11 kap. 14 § SkBL Skatteverket göra en avstämning av skattekontot.

På skattekonto sammanställs skatteinbetalningar, preliminära skatter och slutliga skatter. För de flesta företag, som redovisar och betalar preliminärskatt, arbetsgivaravgifter, moms och eventuellt punktskatt förekommer att det under vissa dagar eller perioder föreligger ett överskott på skattekontot, medan det under andra dagar eller perioder föreligger underskott. Skattekontot är inrättat för att balansera den löpande skatteuppbörden mot de skattskyldigas betalningar. Skulle skattekontot efter avstämning visa ett underskott uppgående till visst belopp erhåller den skattskyldige från Skatteverket ett betalningskrav med anmaning om betalning senast viss dag. Visar skattekontot fortfarande underskott vid nästa avstämning efter i betalningskravet angiven sista dag för betalning överlämnas som regel ärendet till kronofogdemyndighet för indrivning. Ett sådant överlämnande till kronofogdemyndigheten innebär att den skattskyldige anses restförd och kan medföra bl.a. betalningsanmärkning i kreditupplysningsföretagens register.

Avseende möjligheten att utesluta viss leverantör från anbudsgivning till följd av underkott på skattekonto har Nämnden för offentlig upphandling i bland annat NOU-info december 1998, sid. 11-12, uttalat följande:

”... varje företag [har] numera ett skattekonto och inbetalaren kan inte själv styra vilka skatter eller avgifter kontots behållning skall bestrída. Skattelagstiftningen ändras relativt ofta och många företag har en eller flera pågående skattetvister. Det vore inte rimligt om en leverantör tvingats avstå från anbudsgivning så snart företaget blivit inbegripet i en skattetvist eller fått ett tillfälligt underskott på skattekontot.” ... ”En leverantör bör vid sådant förhållande inte heller bli automatiskt utesluten från deltagande i upphandlingen.”

I anslutning till stadgandet i 1 kap. 17 § LOU framhålls i doktrinen (Hentze och Sylvén, Lagbokscommentaren till LOU, andra upplagan, 1998, sid. 128) att ”Även en utländsk leverantör kan uteslutas från deltagande i upphandlingen p.g.a. restförda skatter och avgifter i den stat han har sin hemvist”. Detta tyder på att ett underskott måste antas vara ”restfört”, och således överfört till kronofogdemyndigheten, för att en upphandlande enhet skall kunna utesluta anbudsgivare från deltagande i upphandlingen.

Länsrätten i Stockholms län förordnade genom dom den 29 mars 2006 att den aktuella upphandlingen fick avslutas först sedan rättelse gjorts, bestående i att HBV genomför en ny utvärdering av anbudet, varvid även det förkastade anbudet skall beaktas. Av domskälen framgår bland annat följande:

”HBV har förkastat [det förkastade anbudet] med motiveringen att bolagets underleverantör hade skatteskulder. HBV:s synsätt innebär att begreppet underleverantör skall jämföras med begreppen anbudsgivare och leverantör vid tillämpningen av LOU. Vid genomgång av rättsläget finner länsrätten inte stöd för denna uppfattning. Eftersom det inte någonstans i förfrågningsunderlaget nämns att en under-

leverantörs underskott på skattekontot innebär att anbudsgivaren kan komma att uteslutas från att delta i utvärderingen har inte HBV ägt rätt att förkasta bolagets anbud”.

Domen har vunnit laga kraft.

Länsrättens motivering kan emellertid sättas ifråga mot bakgrund dels av lagtextens utformning samt dels den tidigare praxis som redovisats, enligt vilken det rimligen inte hade varit möjligt att ens genom inskrift i förfrågningsunderlaget uppställa aktuella kvalifikationskrav på underleverantörer eftersom dessa inte utgör ”leverantörer” i lagens mening (jfr 1 kap. 17 § LOU, ”En leverantör kan uteslutas från deltagande i upphandling om han ... inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt...” (Konkurrenskommissionens kursivering)).

3. Kommunalt stöd till en lokal Friskis&Svettis-förening strider mot kommunallagen

Kommunfullmäktige i Haninge hade beslutat att under vissa villkor bevilja Friskis&Svettis lokalförening i Haninge kommunal borgen för ett lån på högst 18,5 miljoner kronor för uppförande av egna lokaler i Handen.

Friskis&Svettis är en rikstäckande organisation av lokala föreningar som bedriver verksamhet genom försäljning till allmänheten av tjänster för träning och friskvård. Verksamheten bedrivs i konkurrens med andra företag som erbjuder liknande tjänster. Den aktuella lokalföreningen i Haninge hade enligt egen uppgift mer än 1.400 medlemmar och c:a 70 arvoderade träningsledare.

Av Haninge kommuns borgenspolicy (senast reviderad i november 1994), framgår under rubriken ”Borgen till föreningsliv” att fråga om kommunal borgen kan prövas efter ansökan i varje enskilt fall samt att kommunen i vissa fall kan bevilja borgen för anskaffande av anläggningar i föreningsregi där ekonomisk bärighet kan förväntas. Som motiv anges i policybeslutet att förenings- och samlingslokaler samt idrottsanläggningar som kan anses främja kommunens invånare utgör en kommunal angelägenhet.

Enligt kommunstyrelseförvaltningen i Haninge uppfyller Friskis&Svettis villkoren för en prövning enligt kommunens borgenspolicy genom att det är en ideell förening verksam i kommunen och att anläggningen, för vilken kommunal borgen önskas, är en idrottsanläggning som kommer alla kommuninvånare till del.

I projektet, som kostnadsberäknades till 18,5 mkr, uppskattades räntekostnaderna till fyra procent, eller ca 700 tkr, vilket förvaltningen bedömde som en realistiskt för föreningen, under förutsättning att kommunal borgen beviljades. Kommunstyrelseförvaltningen bedömde således att Friskis&Svettis-föreningen har mycket goda förutsättningar att ekonomiskt klara av att finansiera det aktuella åtagandet samt förordade att borgen beviljades. Tvingas kommunen emellertid infria sitt borgensåtagande skulle kommunen samtidigt få tillgång till en idrottshall med lokaler som efterfrågas av kommunmedborgare och övriga idrottsföreningar påpekade kommunstyrelseförvaltningen.

På den lokala marknaden i Haninge finns ett antal privata företag som på samma sätt som Friskis&Svettis-föreningen tillhandahåller allmänheten med tränings- och friskvårdstjänster, bl.a. gym och spinning. Dessa äger emellertid inte tillgång till motsvarande kommunala subventioner eftersom de inte drivs i föreningsform.

Inom Europeiska unionen (EU) anses att konkurrensen kan snedvridas om vissa företag gynnas genom statsstöd i olika former, t.ex. genom direkta bidrag eller skattefördelar. Enligt EG-fördragets artikel 87 (f.d. artikel 92) gäller ett allmänt förbud mot sådant statsstöd som inte i förväg har godkänts av Europeiska kommissionen. Som statsstöd räknas enligt EG-fördraget även kommunala stödformer m.m. I de fall sådan snedvridning kan konstateras, ingriper EG-kommissionen mot landets regering

och inte mot det företag som fått stöd. Däremot kan företaget åläggas att återbetala sådant stöd. Vissa statsstöd kan dock vara tillåtna, dock fordras som regel förhandsanmälan till Europeiska kommissionen. Enligt dess förordning 2001/69/EEG anses offentligt stöd på högst 100 000 euro per företag under en treårsperiod kunna tillåtas utan särskild förhandsanmälan eller godkännande.

Enligt kommunallagen (1991:900) –KL– får kommunalt stöd till enskild eller till enskild näringsidkare inte komma ifråga utan särskilt stöd av lag. Socialtjänstlagens (2001:453) bestämmelser om bistånd m.m. till enskilda utgör exempel på kompetensutvidgande undantag från det annars gällande förbudet mot stöd till enskild. Kommunernas möjlighet att lämna stöd till enskilda eller enskilda näringsidkare är sålunda starkt begränsade.

Enligt 2 kap. 8 § KL får kommunen genomföra åtgärder för att allmänt främja näringslivet i kommunen. Individuellt inriktat stöd till näringsidkare får däremot lämnas enbart vid synnerliga skäl. Kommunallagen ger därmed uttryck för en princip om likabehandling av näringsidkare och kommunalt stöd får komma ifråga enbart i form av åtgärder som allmänt främjar näringslivet i kommunen eller som generellt vänder sig till viss bransch, grupp av näringsidkare eller motsvarande.

Dylikt stöd kan bestå av exempelvis infrastrukturella investeringar och markberedande åtgärder för industriell verksamhet eller genom att tillhandahålla ändamålsenliga lokaler för småindustri och hantverk. Individuellt stöd får dock inte förekomma så att en enskild näringsidkare får förmåner som inte under motsvarande förhållanden kommer andra näringsidkare till del.

Inte heller sådan s.k. kompetensligt verksamhet som kommuner i allmänhet får engagera sig i, och som således hade kunna tillhandahållas i egen regi, får kommunen stödja, om aktuella stödåtgärder riktar sig till ett visst, enskilt företag samt avser verksamhet som bedrivs i konkurrens med andra enskilda företag vilka inte får del av motsvarande förmåner och det heller inte visas att förekommande behov av den aktuella verksamheten som stödet avser inte kan tillgodoses på något annat sätt (se RÅ 1993 ref 93).

Från huvudregeln om förbud mot understöd till enskild näringsidkare får undantag göras vid vad som kan bedömas utgöra ”synnerliga skäl”. Således tillåts i rena undantagsfall sådana stödåtgärder som annars skulle vara otillåtna. Som synnerliga skäl för stöd till enskild näringsidkare har i praxis bl.a. förekommit stöd till transportföretag och lanthandel i glesbygd. Vidare har t.ex. stöd till hotellrörelse tillåtits på orter där hotell annars har saknats.

Vad som enligt bestämmelsen i kommunallagen skall anses med ”näringsidkare” är inte närmare klarlagt. Själva näringsidkarbegreppet växlar i olika författningar. Enligt bokföringslagen (1999:1078) utgör varje form av verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur ”näringsverksamhet”. Det spelar således ingen roll om verksamheten är inriktad på att ge vinst eller inte. Det spelar inte heller någon roll i vilken juridisk form som verksamheten bedrivs. Ideella föreningar som bedriver ekonomisk verksamhet i icke helt obetydlig omfattning omfattas således av bokföringslagens näringsidkarbegrepp.

Med ett liknande synsätt innefattar i termen ”företag” i konkurrenslagens (1993:20) mening samtliga sådana verksamheter, av ekonomisk eller kommersiell natur som bedrivs på den allmänna marknaden. Det spelar härvid inte någon roll om verksamheten är inriktad på att ge vinst eller i vilken juridisk form som verksamheten bedrivs. Också ideella föreningar som bedriver ekonomisk verksamhet av någon omfattning omfattas av konkurrenslagens näringsidkarbegrepp.

Även konsumenträtten utgår från samma utgångspunkt, där i här aktuellt avseende verksamhetens art och omfattning styr bedömningen huruvida näringsverksamhet förekommer eller ej. Allmänna reklamationsnämnden, vilken enligt sina instruktioner enbart får pröva tvister mellan konsumenter och näringsidkare har i minst två avgöranden bedömt ärenden som rör Friskis&Svettis lokalförening i Stockholm.

Nämnden har därvid utgått från att den aktuella lokalföreningen utgör ”näringsidkare” i för den aktuella prövningen relevant avseende.

Inte heller vad som skall anses utgöra en ”ideell förening” är entydigt reglerat i svensk rätt. Något registreringsförfarande, liknande de som gäller för andra associationsformer, föreligger inte för ideella föreningar. För närvarande pågår en utredning inom regeringskansliet med uppdrag att se över detta förhållande. Grundläggande krav är att föreningen skall ha en stadga och en styrelse. Föreningen skall vidare bedriva ideell verksamhet som visserligen kan vara av ekonomisk natur, men som skall syfta till annat än att gynna medlemmarnas egna ekonomiska intressen. Föreningar som bedriver, exempelvis kooperativ, verksamhet för att gynna de egna medlemmarnas ekonomiska intressen, såsom inköpscentraler (Konsum) eller för att tillhandahålla bostäder (bostadsföreningar och bostadsrättsföreningar) eller båtuppläggningsplatser (båtklubbar) utgör däremot som regel ekonomiska föreningar, vilka regleras i särskild ordning med krav på bland annat offentlig registrering.

För gränsdragningen mellan vad som skall utgöra ideell förening och vad som skall utgöra ekonomisk förening har som regel föreningens eller medlemmarnas egen uppfattning inte någon större betydelse. Bedriver föreningen huvudsakligen verksamhet som är ägnad att gynna de egna medlemmarnas ekonomiska intressen torde föreningen vara att anse som en ekonomisk förening, oavsett vad föreningen själv valt att kalla sig. Detsamma gäller för föreningar som från början bedrivit ideell verksamhet, men som med tiden har kommit att få en mer kooperativ prägel inriktad på medlemmarnas egna behov av varor eller tjänster. Även sådana föreningar skall alltså anses utgöra ekonomiska föreningar i rättslig mening.

Uppgivet ideella föreningar vilka rätteligen skall bedömas som ekonomiska föreningar – s.k. OREF, eller ”oregistrerade ekonomiska föreningar” – finns risk att särskilda rättsverkningar inträder i form av personligt betalningsansvar för föreningens skulder vilket kan omfatta såväl föreningens styrelse och funktionärer som dess enskilda medlemmar.

I det aktuella fallet kan det vara svårt att se vilket ideellt ändamål som Friskis&Svettisföreningen i Haninge har att tillgodose. I likhet med andra på marknaden verkssamma aktörer bedriver föreningen verksamhet genom att på kommersiella villkor tillhandahålla sina medlemmar gemensamma träningslokaler med instruktörer. Med medlemskap i föreningen följer tillsammans med köp av föreningens tjänster att allmänheten kan välja mellan allt från begränsade korttidskort till årskort. Det är svårt att se på vilket sätt föreningen i här angivet avseende skiljer sig från exempelvis en båtklubb eller en bostadsrättsförening. Verksamheten skiljer sig inte heller från sådan annan kommersiellt inriktad tränings- och friskvårdsverksamhet som bedrivs av andra företag som inte får del av motsvarande kommunalt stöd.

Kammarrätten i Stockholm beslutade därför i april 2006 (mål 6516-05) att upphäva kommunfullmäktiges beslut om kommunal borgen till Friskis&Svettis. Av domskälen framgår bland annat följande.

”Vad som åsyftas med näringsidkare framgår inte av [kommunallagen]. Inte heller ger lagens förarbeten någon närmare ledning. Mot bakgrund av det närmast totala förbudet för kommuner att lämna individuellt inriktat stöd måste, enligt kammarrättens mening, begreppet näringsidkare i detta sammanhanget ges en vid tolkning. [...] Kammarrätten finner vid en samlad bedömning av vad som framkommit om Friskis&Svettis IF i Haninges verksamhet – särskilt att föreningen tillhandahåller tjänster av sådant slag som även tillhandahålls av andra näringsidkare – att föreningen är att betrakta som näringsidkare enligt 2 kap. 8 § [kommunallagen]. Det ifrågakvarande borgensåtagandet skall således lämnas till en viss enskild näringsidkare, vilken skall bedriva verksamhet i konkurrens med andra näringsidkare, som inte får del av motsvarande förmån. I målet har inte visats att förekommande behov av sådan verksamhet som Friskis&Svettis IF i Haninge bedriver inte kan

tillgodoses på annat sätt. Inte heller har det i övrigt framkommit några synnerliga skäl för undantag från förbudet mot understöd till enskilda näringsidkare. Det överklagade beslutet skall därför upphävas”.

Kammarrättens dom, vilken ännu inte har vunnit laga kraft, har om den slutligen fastställs, betydelse även för annan kommunal stödverksamhet som riktar sig till Friskis&Svettis-föreningar runt om i landet.

Andra särskilda iakttagelser under året

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

Det tidigare uppmärksammade problemet med domstolstrots kvarstår, där upphandlande enheter trots lagkraftvunnet avgörande om att viss upphandling skall rättas eller göras om underlåter att följa domstolens förordnande. Några åtgärder från lagstiftaren sida för att komma till rätta med detta problem har ännu inte vidtagits.

1. Ansvar för tjänstefel vid offentlig upphandling

En fråga som Konkurrenskommissionen har haft anledning att fundera över är huruvida straffrättslig sanktion kan riktas mot dem som trotsar domstols förordnade i mål om offentlig upphandling. Frågan har bland annat aktualiserats i ett av Konkurrenskommissionen tidigare avgjort ärende mot Upplands Väsby kommun, där kommunens agerande numera även utreds av Riksdagens ombudsmän (JO).

En möjlig väg att komma till rätta med domstolstrots vid offentlig upphandling skulle kunna vara att påtala ansvar för tjänstefel enligt 20 kap. 1 § brottbalken (BrB). Enligt det aktuella straffstadgandet skall den som uppsåtligen eller av oaktsamhet, i annat än ringa fall, vid myndighetsutövning genom handling eller underlåtenhet åsidosätter vad som gäller för uppgiften dömas för tjänstefel. En förutsättning för straffbarhet utgör alltså att i förfarandet ingår myndighetsutövning.

Enligt aktuella lagförarbeten, i prop. 1975:78 s. 141 ff, skall med myndighetsutövning avses sådana beslut eller faktiska åtgärder som ytterst grundas på samhällets maktbefogenheter och som i kraft av offentligrättsliga regler får rättsverkningar för eller emot den enskilde. Av förarbetena kan vidare utläsas att det inte är fråga om myndighetsutövning, när det allmänna uppträder som enskild part i avtalsförhållanden.

Till grund för brottbalkens tjänstefelsstadgande, i dess nuvarande form, ligger en utredning av den s.k. Ämbetsansvarskommittén. I kommitténs slutbetänkande (SOU 1972:1 s. 131) berörs frågan om myndighetsutövning vid offentlig upphandling:

”Det kan iakttagas att även om tillämpning av avtal inte är att anse som myndighetsutövning, själva rätten för det allmänna att träffa avtal dock kan vara på sådant sätt reglerad i författning att missbruk av denna rätt kan vara att bedöma som oriktig myndighetsutövning (jfr exempelvis gällande inskränkningar i rätten för kommun att avhända sig fast egendom och de författningsbestämmelser som finns rörande statlig upphandling). Fråga måste emellertid vara om sådana författningsregler som enbart rör det allmännas rätt att träda i avtalsförhållande, framför allt genom att begränsa eller eljest ange förutsättningar för möjligheten att förfoga över det allmännas tillgångar.”

Kommitténs allmänna utgångspunkt synes således vara att de delar av ett upphandlingsförfarande där det allmännas författningsreglerade befogenhet att träda i avtalsförhållande med viss motpart och således förfoga över det allmännas tillgångar (själva

tilldelningsbeslutet) får anses utgöra myndighetsutövning även om tillämpningen av avtalet i sig inte skall anses som myndighetsutövning.

I förarbetena till förvaltningslagen (1986:223), prop. 1971:30 s. 331, definierar föredragande departementschefen begreppet myndighetsutövning mot enskild som utövning av befogenhet att för enskild bestämma om förmån, rättighet, skyldighet, disciplinär bestraffning eller annat jämförbart förhållande. Vidare anför departementschefen att gemensamt för all myndighetsutövning är att det rör sig om beslut eller andra åtgärder som ytterst är uttryck för samhällets maktbefogenheter i förhållande till medborgarna.

I förarbetena till skadeståndslagen (1972:207), prop. 1972:5 s. 312, anger departementschefen som ett utmärkande drag för utövande av offentlig myndighet att det rör sig om beslut eller åtgärd som ytterst är uttryck för samhällets maktbefogenheter eller den statliga överhögheten över medborgarna i deras egenskap av samhällsmedlemmar. Karakteristiskt för myndighetsutövning anges vidare vara att den kommer till stånd och får rättsverkningar för eller emot den enskilde i kraft av offentligrättsliga regler, inte på grund av avtal eller i övrigt regler av privaträttslig natur.

I sammanhanget brukar framhållas NJA 1988 s. 26. I detta avgörande, som avser straffrättsligt ansvar för myndighetsmissbruk, alternativt vårdslös myndighetsutövning, hade en kommunstyrelse beslutat att bl.a. i strid mot ett beslut om verkställighetsförbud av kammarrätt, lämna ekonomiskt stöd åt ett enskilt företag genom köp av en av bolagets maskiner. Förfarandet ansågs inte utgöra myndighetsutövning enligt 20 kap 1 § BrB.

Till grund för HD:s beslut synes emellertid ha legat uppfattningen att det i målet inte var fråga om något köp, utan om kommunalt stöd i form av ett lån (se sid. 35, inledningen av domskälen). HD anför längre ned på samma sida att ”I målet uppkommer i första hand till bedömande frågan huruvida kommuns förfarande att besluta rörande ekonomiskt stöd åt en enskild näringsidkare kan anses utgöra myndighetsutövning i bestämmelsens mening”. HD anger vidare följande definition av begreppet myndighetsutövning:

”Vad som kännetecknar myndighetsutövning i nu angiven mening är i första hand att den grundas på samhällets maktbefogenheter gentemot enskilda. Det behöver dock inte vara fråga om åläggande av förpliktelser, utan myndighetsutövning kan föreligga även vid meddelande av gynnande beslut, t.ex. beviljande av sociala förmåner. Situationen vid myndighetsutövning präglas emellertid även i sådant fall av att den enskilde befinner sig i ett visst beroendeförhållande till det organ som har att besluta. Typiskt för behörig myndighetsutövning är också att beslut eller åtgärder grundas på offentligrättsliga regler och att rättsverkningar av beslut har sin grund i dessa”.

Domstolen fann mot denna bakgrund att ett beslut att bevilja ett privat bolag ekonomiskt stöd, oaktat fråga var om förfogande över kommunala medel, inte anses utgöra myndighetsutövning i den mening som avses i 20 kap 1 § BrB.

Frågan huruvida även kommunal upphandling skall anses utgöra myndighetsutövning i den mening som avses i 20 kap 1 § BrB kom därmed aldrig att bedömas i målet.

Från nyare rättspraxis förtjänar nämnas ett vägledande hovrättsavgörande (RH 1999:122) avseende upphandling enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. En underleverantör till en anbudsgivare hade begärt skadestånd från en upphandlande kommun efter att genom vissa villkor för tilldelningsbeslutet ha uteslutits från att komma ifråga för underleveranser till kommunen. Som alternativ grund i målet åberopades i målet skadestånd till följd av fel eller försummelse vid myndighetsutövning enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen (1972:207). Hovrätten, som ogillade talan om skadestånd, angav bl.a. följande domskäl:

”Då [Underentreprenören], som tingsrätten anført, inte lämnat eller haft för avsikt att lämna anbud har [Underentreprenören] inte intagit en sådan ställning vid den myndighetsutövning som förekommit i upphandlingsärendet att bolaget har någon rätt till ersättning av [Kommunen] enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen”.

Hovrätten, vars avgörande vunnit laga kraft, synes enligt domskälen således ha utgått från att tilldelningsbeslut vid offentlig upphandling får anses innefatta myndighetsutövning i sig, men att denna myndighetsutövning inte kan anses riktad mot annan än den som själv deltagit med anbud eller anbudsansökan i upphandlingen.

I lagbokskommentaren, (Hentze, Sylvén) anger författarna att det är deras uppfattning att upphandling som görs enligt LOU inte kan anses vara myndighetsutövning. Upphandlingskontrakt som ingås av upphandlande enheter (varav många också är privata företag som arbetar med särskilt tillstånd, se 4 kap. 1 §) är privaträttsliga kontrakt. Vidare är reglerna så utformade att de upphandlande enheterna inte har någon fri prövningsrätt, låt vara att enheterna fastställer vilka kvalifikationskrav och anbudsutvärderingskrav och kriterier som skall gälla för den enskilda upphandlingen. Men detta skall göras mot bakgrund av kravet på konkurrens, affärsmässighet, objektivitet, reglerna i övrigt och mot de gemenskapsrättsliga reglerna och principerna. Någon möjlighet att ta lokala, samhällsekonomiska och andra ovidkommande hänsyn finns således inte, se kommentarer till 1 kap. 4 §. Leverantörerna skall således frivilligt konkurrera om kontrakten, precis som vid affärer som görs mellan två privata företag. Jämför Hellners m.fl. Nya förvaltningslagen, 3:e uppl. s. 154 f.:

”Av prop. 1971:30 framgår också att begreppet myndighetsutövning inte omfattar andra ärenden än sådana där saken avgörs ensidigt genom beslut av myndigheten. Utanför begreppet faller därför ärenden som avgörs genom att myndigheten träffar avtal eller överenskommelse om saken med någon enskild. Här skyddas nämligen den enskildes rätt genom det civilrättsliga regelsystemet och möjligheten att vid tvist med myndigheten väcka talan vid allmän domstol. Ärenden som angår statens upphandling, affärsverksamhet, egendomsförvaltning och privaträttsligt reglerade mellanhavanden i övrigt berörs därför inte av de regler i lagen som bara gäller myndighetsutövning. Med affärsverksamhet åsyftas även verksamhet där nyttigheter tillhandahålls till självkostnadspris.”

Emellertid, framhåller författarna, har det i andra sammanhang ansetts att upphandling är att anse som myndighetsutövning. I prop. 1972:5, s. 501 anges:

”Förevarande bestämmelse kan bli tillämplig vid felaktigt förfarande från det allmännas sida i samband med ingående av avtal, t.ex. vid offentlig upphandling e.d. Här är det ofta fråga om en tillämpning av sådana offentlighetsrättsliga regler som har avseende på medborgarens rättsskydd vid samhällsorganens myndighetsutövning. Motsvarande gäller när det allmänna genom missbruk av offentlighetsrättsliga befogenheter tvingar eller förmår någon att ingå ett oförmånligt avtal.”

Jämför också Bengtsson, Skadestånd vid myndighetsutövning I, s. 99, Uppsala tingsrätt (T 889/96, överklagad mellandom) samt JK 1984 s. 339 (myndighetsutövning skulle kunna anses föreligga och 3 kap. 2 § skadeståndslagen skulle kunna tillämpas om offentliga regler som har avseende på anbudsgivares rättsskydd åsidosätts).

Författarna uppger sig ha svårt att se upphandling som ett ensidigt beslut av myndigheten och menar att ett sådant tänkande inte svarar mot kraven i LOU och gemenskapsrätten. Tidigare regelverk (UF och UR) kunde måhända ha myndighetsutövande inslag genom myndigheternas något friare prövningsrätt (alla kommuner hade t.ex. inte antagit UR) i förening med förbudet mot överklagande av ett upphandlingsbeslut (16 § UF).



Pär Cronhult, chefsjurist
(Foto: Ateljé Ugglå)

En fråga som härvid aktualiseras är om myndighetsutövning kan ha olika innebörd vid tolkning av förvaltningslagen och tolkning av skadeståndslagen.

Skall upphandling enligt LOU kunna anses som myndighetsutövning föreligger möjligheten till ersättningskyldighet för vissa upphandlande enheter enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen (1972:207): ”Stat eller kommun skall ersätta personskada, sakskada eller ren förmögenhetsskada, som vållas genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning i verksamhet för vars fullgörande staten eller kommunen svarar.” (Hentze och Sylvén, Lagbokskommentaren till LOU, Norstedts, andra upplagan, 1998, s. 364 f).

Tryggve Hellners och Bo Malmqvist behandlar i ”Nya förvaltningslagen” (5 uppl., s. 135) även frågan om upphandling som myndighetsövning, tydligen med resultatet att enligt deras mening upphandling inte skall vara att anse som myndighetsutövning.

I propositionen 2001/02:142 med förslag till vissa förändringar i LOU behandlas även frågan om myndighetsutövning, dock utan att den föredragande departementschefen verkar närmare ha reflekterat över frågans komplexitet. I propositionen anføres bl.a. att ”Flera remissinstanser har invänt mot kommitténs förslag att tilldelningsbeslutet skall innehålla en upplysning om tillgängliga rättsmedel. Regeringen delar remissinstansernas inställning. Det finns inte någon anledning att lämna en rättsmedelhänvisning i ett tilldelningsbeslut eftersom offentlig upphandling inte utgör myndighetsutövning (jfr Hellners m. fl., Nya förvaltningslagen, 5 uppl., s. 135). Med hänsyn till att tidsfristen mellan tilldelningsbeslut och avtalsslut skall vara bestämd i lag, se vidare avsnitt 5.13, finns det inte heller någon anledning, att som kommittén föreslagit, i informationen om tilldelningsbeslutet upplysa om när avtal tidigast kan ingås” (prop. s. 61). Vidare anføres strax innan att ”Det huvudsakliga skälet som anförs mot att sådana upplysningar skall lämnas [besvärshänvisning] är att upphandling inte är att betrakta som myndighetsutövning utan en del av myndighetens affärsverksamhet” (prop. s. 58). Regeringen anger även att ”En upphandling enligt LOU är ett ärende i förvaltningslagens (1986:223) mening. Det förhållandet att upphandling inte utgör myndighetsutövning saknar därför betydelse för bestämmelsens tillämplighet i ett överprövningsmål eller skadeståndsmål” (prop. s. 65).

Även justitieombudsmannen (Nils-Olof Berggren) har i ett avgörande avseende kommunalt domstolstrots mot 1992 års lag - till synes utan någon närmare analys - uttalat att offentlig upphandling enligt hans mening inte utgör myndighetsutövning. I sin bedömning konstaterade JO bland annat att

”Även om det med anledning av det inträffade hade varit påkallat att vidta åtgärder mot de ledamöter av kommunstyrelsen som medverkat till kommunens oriktiga handlande finns det inga möjligheter därtill. Det är sålunda inte möjligt att ingripa med åtal för tjänstefel eftersom beslutsfattandet i de aktuella frågorna inte är att anse som myndighetsutövning i brottsbalkens mening. De förtroendevalda omfattas inte heller av något lagreglerat eller kollektivavtalsreglerat disciplinansvar” (JO-beslut den 17 december 2001; dnr: 3497-2000).

Vidare värt att notera är den gemenskapsrättsliga regleringen för offentlig upphandling där det bland annat föreskrivs att för den s.k. klassiska sektorn (varor, tjänster och byggtreprenader) medlemsstaterna skall införa ”bestämmelser som garanterar att granskningsorganens beslut verkligen åtföljs” (art. 2 punkt 7, 89/665/EEG). En liknande föreskrift för den s.k. försörjningssektorn finns införd i art. 2 punkt 8, 92/13/EEG).

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i en skrivelse till regeringen (Dnr. 2005-0359-21) påtalat Sveriges bristande implementering i här aktuellt avseende. Nämnden anför bl.a. följande:

”Sverige skall enligt art. 2 i Rådets direktiv 89/665/EEG om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling se till att införda bestämmelser om prövning bl.a. innefattar behörighet att så tidigt som möjligt vidta interimistiska åtgärder för att rätta påstådda överträdelser eller förhindra ytterligare skada för berörda intressen, liksom att förhindra verkställighet av den upphandlande myndighetens beslut samt antingen åsidosätta eller garantera åsidosättande av olagliga beslut. NOU anser att det är tveksamt om Sverige i praktiken uppfyller direktivens krav. Många överprövningar i upphandlingsmål tas inte upp till prövning. Vissa länsrätter har dröjt med handläggningen av mål och inte heller meddelat interimistiska beslut vid ansökan om överprövning varvid de upphandlande enheterna kunnat sluta kontrakt innan målet hunnit tas upp till prövning. Målet har därmed avskrivits. Någon fast rättspraxis har inte utvecklats och överprövning i länsrätterna betecknas av många advokater, leverantörer och upphandlande enheter som lite av lotteri. Därtill kommer att Sverige enligt artikel 2.7 i samma direktiv skall införa bestämmelser som garanterar att granskningsorganens beslut verkliga åtlyds. Sverige, som förutsatt att de upphandlande enheterna rättar sig efter domstolarnas domar, har hittills inte infört några sådana regler. Det är viktigt att i synnerhet myndigheter, landsting, kommuner och företag med offentligt ägande åtlyder beslut och domar, eftersom dessa kan förväntas föregå med gott exempel. På senare tid har dock i NOU:s verksamhet och i massmedia uppmärksamats att flera myndigheter eller bolag av olika skäl valt att inte rätta sig efter domstolarnas domar och beslut”.

För närvarande handläggs ett ärende vid Europeiska kommissionen (Offentlig upphandling – Åtlydande av granskningsorganens beslut gällande offentlig upphandling – Klagomål nr 2004/4053) där Sveriges implementering av rättsmedelsdirektiven närmare granskas.

Mycket talar, enligt Konkurrenskommissionens mening för att i vart fall beslut om tilldelning vid offentlig upphandling skall anses utgöra myndighetsutövning i sådan mening att tjänstefel enligt 20 kap. 1 § BrB kan komma ifråga. Ett rättslutlåtande med denna innebörd har även upprättats av professor Wiweka Warnling Nerep och ingivits till JO inom ramen för pågående utredning om Upplands Väsby kommun.

2. Beslut att avbryta upphandlingar kan överprövas av allmän förvaltningsdomstol

Förutom hanteringen av löpande ärenden förekommer det att Konkurrenskommissionens föredragande jurist, vid sidan om sitt uppdrag som föredragande för kommissionen, även biträder enskilda i mål av principiell betydelse för rättsutvecklingen inom området för offentlig upphandling eller kommunala kompetensfrågor.

Ett sådant mål gällde ett beslut att avbryta en trafikupphandling som Malungs kommun hade genomfört år 2003. Länsrätten i Dalarnas län (mål 1349-03E) hade avvisat en överprövningstalan som framförts av ett lokalt taxiföretag, på den grunden att beslutet inte går att överpröva enligt LOU. Länsrätten anförde genom beslut den 17 juni 2003 bland annat följande:

”Regeringsrätten har i en dom den 6 februari 2001 (RÅ 2001 ref. 18) funnit att LOU inte kan anses tillämplig på beslut om att avbryta en upphandling. – [Klagandebolaget] har grundat sitt förstahandsyrkande på att kommunen genom att avbryta upphandlingen har brutit mot LOU. - Mot bakgrund av Regeringsrättens dom och då länsrätten inte heller på annan grund kan anses behörig att pröva bolagets talan med tillämpning av LOU skall bolagets yrkande om överprövning enligt LOU avvisas.”

Möjligheten att överpröva affärsmässigheten av beslut att avbryta redan utlysta upphandlingar har väsentlig betydelse för att leverantörer skall kunna hävda sin rätt och motverka godtycke vid offentlig upphandling. EG-domstolen har även i ett avgörande den 18 juni 2002 i målet *HI* (C-92/00) – således ett år före länsrättens avgörande – uttalat att en upphandlande myndighets beslut att återkalla anbudsinfordran avseende offentlig upphandling av tjänster skall kunna vara föremål för ett prövningsförfarande och, i förekommande fall, ogiltigförklaras av den anledningen att beslutet innebär åsidosättande av gemenskapsrätten på området för offentlig upphandling. Men hänsyn till principen om EG-rättens företräde framför nationell rätt måste därför Regeringsrättens återopade avgörande från februari 2001 numera betraktas som obsolet.

EG-domstolen har i ett flertal avgöranden konsekvent understrukt kraven att nationella domstolar lojalt skall effektuera EG-rätten – se särskilt *Factortame* (C-213/89), samt *Francovich* (C-6/90 och C-9/90). Skyldighet till lojalitet gentemot EG-rätten omfattar samtliga bestämmelser som har s.k. direkt effekt, och gäller således oberoende av om bestämmelsen har införlivats med den nationella lagstiftningen eller ej.

Klagandebolaget överklagade länsrättens beslut och återopade de grundsatser som framgår av EG-domstolens avgörande i HI-målet samt den lojalitetsprincip som följer av EG-fördraget art. 10 (tidigare art. 5) samt av EG-domstolens praxis.

Kammarrätten i Sundsvall (mål 1349-03) fastställde emellertid länsrättens beslut och återopade att EG-domstolen visserligen fastställt att avbrytande av upphandling skall kunna överprövas, men att en dylik framställning inte skall föras i allmän förvaltningsdomstol.

Klagandebolaget överklagade och erhöll prövningstillstånd i Regeringsrätten.

Malungs kommun bestred bifall och anförde som ny grund i Regeringsrätten att om avbrytande av en upphandling skall kunna prövas i allmän förvaltningsdomstol måste den upphandlande enheten veta inom vilken tid den, utan att riskera överprövning, kan påbörja ny upphandling. Det ligger enligt kommunen därför närmast till hands att tillämpa tiodagarsfristen i 7 kap. 1 § LOU.

Såsom målet hade kommit att utvecklas bestod föremålet för Regeringsrättens prövning således av tre rättsfrågor:

1. skall, till skillnad från vad Regeringsrätten tidigare angivit i RÅ 2001 ref 18, upphandlande enheters beslut att avbryta redan utlysta upphandlingar kunna överprövas med stöd av LOU?
2. skall, i sådant fall, överprövningen ske av allmän förvaltningsdomstol eller av någon annan myndighet i Sverige? samt
3. skall överprövningen göras beroende av om talan har väckts inom tio dagar från beslutet att avbryta upphandlingen?

Under tiden för målets handläggning i Regeringsrätten meddelade EG-domstolen ytterligare dom av betydelse i rättsfrågan avseende avbrutna upphandlingar – dom 2 juni 2005 i målet *Koppensteiner* (C-15/04). Av detta avgörande framgår tydligt de nationella domstolarnas ovillkorliga skyldighet att underlåta att tillämpa nationella bestämmelser som utgör hinder mot att iaktta den skyldighet som följer av gällande gemenskapsrätt att på området för avbrutna upphandlingar tillhandahålla ett förfarande där beslut som innebär åsidosättande av gemenskapsrätten kan prövas och, i förekommande fall, ogiltigförklaras.

Av förvaltningslagens (1986:223) forumbestämmelse för prövning av förvaltningsbeslut (1 och 22 a §§) framgår att beslut vid förvaltningsmyndigheternas handläggning av ärenden som regel alltid skall prövas av allmän förvaltningsdomstol, om inte annat särskilt framgår av lag. Det framstår därför som rimligt att myndigheternas beslut att avbryta redan påbörjade upphandlingar prövas i första hand

av sådan domstol.

När det gäller den av kommunen åberopade tiodagarsregeln (7 kap. 1 § LOU) utgör denna enbart en minimireglering och överprövning kan härutöver komma ifråga ända fram till dess att ett ”upphandlingskontrakt” föreligger. Med ”upphandlingskontrakt” avses enligt legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt LOU och som undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur. Något sådant avtal förelåg inte i det aktuella fallet, eftersom upphandlingen hade avbrutits. Preskription eller preklusion av Klagandebolagets rätt att föra talan mot det aktuella beslutet av avbryta upphandlingen kan rimligen således inte föreligga. Under alla förhållanden skulle det vid behov av en tidsfrist ligga närmast till hands att tillämpa den treveckorsfrist för överklagande av förvaltningsbeslut som följer av 23 § förvaltningslagen och som allmänt tillämpas på myndigheternas beslut i olika frågor.

Regeringsrätten, som meddelade dom i målet den 23 december 2005 (mål 5270-04, även publicerat i RÅ 2005 ref. 62) förordnade att, med ändring av kammarrättens och länsrättens beslut, bifalla överklagandet samt visa målet åter till länsrätten för ny handläggning. Regeringsrätten anförde bland annat följande:

”Av 7 kap. 1 och 2 §§ LOU följer att länsrätten på ansökan av en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada kan besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Ett sådant beslut förutsätter att den upphandlande enheten brutit mot bestämmelsen i 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Beslutet skall fattas innan upphandlingskontrakt föreligger eller senare men inom en på visst sätt bestämd tiodagarsfrist. En upphandlande enhet som inte följt bestämmelserna i LOU skall enligt 7 kap. 6 § ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör. Talan om skadestånd skall enligt 7 kap. 8 § väckas vid allmän domstol.

Regeringsrätten konstaterade i rättsfallet RÅ 2001 ref. 18 att LOU inte var tillämplig på beslut om avbrytande av upphandling. Därefter har EG-domstolen meddelat dom i målet HI och, den 2 juni 2005, i mål C-15/04, Koppensteiner. Enligt domen i målet HI kräver artikel 1.1 i rådets direktiv 89/665/EEG om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, i ändrad lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, att ett beslut av en upphandlande myndighet att återkalla en anbudsinfordran avseende en offentlig upphandling av tjänster skall kunna prövas och, i förekommande fall, ogiltigförklaras.

Mot bakgrund av EG-domstolens domar i målen HI och Koppensteiner står det klart att kommunens beslut att avbryta upphandlingen är ett beslut som kan överprövas. Det framstår också som klart att en sakprövning av bolagets begäran om överprövning inte kan vägras med hänvisning till tiodagarsfristen eftersom denna inte tar sikte på en upphandling som avbryts. Frågan i målet är därför enbart om överprövningen skall handhas av allmän förvaltningsdomstol eller, som kammarrätten funnit, av allmän domstol.

I sin dom i mål C-26/03, Stadt Halle m.fl., REG 2005 s. I-1, fann EG-domstolen stöd i avgörandet i målet HI när den konstaterade att en upphandlande myndighets beslut att inte inleda ett offentligt upphandlingsförfarande kan bli föremål för överprövning (punkterna 32 och 33 i domen). Ett sådant beslut överprövas av allmän förvaltningsdomstol (RÅ 2005 ref. 10). Grund saknas att göra en annan bedömning beträffande ett beslut att avbryta en upphandling”.

De för Regeringsrättens bedömning relevanta rättsfrågorna kom således att besvaras på följande sätt:

1. upphandlande enheters beslut att avbryta redan utlysta upphandlingar kan överprövas med stöd av LOU. Regeringsrätten har därmed ändrat sin tidigare praxis (RÅ 2001 ref. 18)
2. överprövningen skall ske av allmän förvaltningsdomstol, samt
3. överprövning kan i förevarande fall ske oberoende av om talan har väckts inom tio dagar från beslutet att avbryta upphandlingen eller – såvitt framgår av Regeringsrättens domskäl – av någon annan begränsning i tiden.

Det kommer säkert finnas anledning att återkomma till avbrutna upphandlingar. I hittills ett fall, som har uppmärksammats av Konkurrenskommissionen, har den upphandlande enheten trotsat domstols beslut om ogiltigförklaring av beslut om avbrytande och vägrat att slutföra den avbrutna upphandlingen.

Landstinget Region Skåne genomförde kring årskiftet 2003/2004 en upphandling avseende tjänster för ambulanstransporter avseende perioden den 1 januari 2005 till och med den 31 december 2009.

Upphandlingen var uppdelad i geografiskt avdelade delupphandlingar, bland annat distrikt 1, som bestod av Malmö kommun med kranskommuner. Avseende detta distrikt registrerades vid anbudstidens utgång den 7 januari 2004 ett flertal anbud från privata företag, samt ett anbud från Malmö kommun.

Kommunen hade strax därefter, genom en dom av Regeringsrätten, förbjudits att lägga anbud till landstinget avseende ambulanstjänster. Vid sammanträde den 5 februari 2004 beslutade landstingsstyrelsen att återkalla anbudsinfordran innefattande att upphandlingen avbröts. Som främst vägande skäl för detta anfördes att anbudet från Malmö kommun inte fick tas med i upphandlingen.

En leverantör klagade mot beslutet att avbryta upphandlingen och åberopade bl.a. EG-domstolens dom den 18 juni i målet *HI* (C-92/00) samt senare i målet även domstolens dom den 2 juni 2005 i målet *Koppensteiner* (C-15/04).

Länsrätten i Skåne län förordnade genom dom den 17 juni 2004 (mål 3902-04) att landstingets beslut den 5 februari 2004 att avbryta upphandlingen skall ogiltigförklaras. Länsrättens dom fastställdes senare av Kammarrätten i Göteborg, genom dom den 16 juli 2004 (mål 3832-04), samt slutgiltigt av Regeringsrätten genom beslut den 23 december 2005 (mål 4843-04) att inte meddela landstinget prövningstillstånd.

Trots tidigare domstolsutslag samt numera lagakraftvunnen dom att ogiltigförklara landstingets beslut att avbryta upphandlingen kommer denna inte att slutföras. Inom distrikt 1 har driften av ambulanssjukvården överförs i egen regi. Avseende övriga för upphandlingen aktuella distrikt har ny upphandling genomförts. Regeringsrättens beslut har av landstinget kommenterats med att ”I och med att regeringsrätten inte tar upp frågan gäller kammarrättens dom, men det får inga praktiska konsekvenser för Region Skåne, enligt regionjurist Johan Eriksson” (Kristianstadsbladet den 29 december 2005). Den avbrutna upphandlingen planeras inte att slutföras. Någon annan grund än den av domstolarna underkända har heller inte framförts till stöd för att avbryta upphandlingen.

Publicering av ärenden

En viktig uppgift för Konkurrenskommissionen har varit att den skall sprida kännedom om sina avgöranden och på detta sätt påverka offentliga aktörer, direkt eller genom den allmänna opinionens tryck, att iaktta lagenliga och konkurrensneutrala

upphandlingar. Den viktigaste vägen att nå detta syfte har varit pressreleaser beträffande kommissionens verksamhet och avgöranden. Massmedias behandling har varit övervägande positiv, framför allt i lokala och regionala press- och etermedia. Flera fall har uppmärksammats även i rikstäckande media.

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

Konkurrenskommissionens pressreleaser och avgjorda fall återfinns på Stiftelsen Den Nya Välfärdens hemsida: www.dnv.se

Yttranden

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

Naturvårdsverket hade i en rapport till regeringen – Underlag till handlingsplan för miljökrav vid offentlig upphandling, rapport 5520, december 2005 – lämnat förslag på en nationell handlingsplan för en mer miljöanpassad offentlig upphandling (Dnr. M2005/6241/H).

Konkurrenskommissionen som i sitt remissyttrande inte hade något att erinra i sig mot att en dylik handlingsplan upprättades, påpekade att grundläggande upphandlingsrättsliga principer om transparens, proportionalitet, likabehandling samt ömsesidigt erkännande emellertid måste iakttas.

- Upphandlande enheter måste därvid formulera konkreta krav som är realistiska och möjliga att mäta och följa upp i efterhand.
- Kraven skall tydligt framgå av förfrågningsunderlaget och måste vara relevanta i förhållande till de behov som skall täckas genom upphandlingen,
- Förekommande miljökrav får inte utformas på ett sätt som är ägnat att gynna eller missgynna viss leverantör eller grupp av leverantörer.
- Föreligger det på området för den aktuella upphandlingen allmänna krav eller tekniska specifikationer och innebär uppställda miljökrav en avvikelse från dessa bör den upphandlande enheten kunna påvisa vilka särskilda miljövinster som förväntas uppnås till följd av de avvikande miljökraven.
- Förekommande miljökrav måste även motiveras i ekonomiska termer och konsekvenserna i ett konkurrensperspektiv bör analyseras.
- Förutsättningarna för små och medelstora företag bör särskilt beaktas.

Konkurrenskommissionen anförde inga särskilda synpunkter på vilka områden eller produktgrupper som bör prioriteras vid utformningen av nationella riktlinjer för miljöanpassad offentlig upphandling.

Kommissionen fann det vidare angeläget att det skapas enhetliga riktlinjer för hur den centrala inköpsamordningen skall genomföras men framhöll att föreslagna åtgärder bör avvakta de reformer på det aktuella området som för närvarande planeras.

Konkurrenskommissionen tillstyrkte rapportens förslag att politiker och ledare i kommun och landsting skall engageras i frågor om offentligupphandling men menar att det är väsentligt att informationen ger en allsidig kunskap samt inte begränsas till att avse enbart miljöfrågor. Förekommande informationsinsatser bör däremot samordnas centralt genom Nämnden för offentlig upphandling, där expertmyndigheter som Naturvårdsverket kan lämna biträde inom sina respektive ansvarsområden.



Rapportens förslag om ”kickoff”- konferenser och andra jippobetonade arrangemang avstyrkte kommissionen.

Konkurrenskommissionen såg i sitt remissyttrande heller inga principiella hinder mot användningen av det s.k. EKV-verktyget eller av liknande internetbaserade modeller eller system så länge dessa medger en anpassning till de aktuella förhållandena för varje individuell upphandling och inte riskerar att strida mot de grundläggande principer som bär upp den centrala upphandlingsrätten.

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

I yttrandet anmäldes ytterligare fall av domstolstrots vid offentlig upphandling samt underströks behovet av att effektiva sanktioner iförs för att garantera gemenskapsrättens effektiva genomförande på området för offentlig upphandling.

Övrigt

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

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

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

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

Slutsatser

Konkurrenskommissionens erfarenheter 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) Överträdelser av förbud i lag att bedriva viss verksamhet. Denna grupp utgör en knapp fjärdedel av den totala ärendevolymen. Andelen ärenden rörande kompetensfrågor varierar dock kraftigt mellan åren.

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

I. Åsidosättanden av bestämmelserna om offentlig upphandling

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

För uppfyllandet av dessa mål föreligger tre nödvändiga förutsättningar:

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

Som kommissionen uppmärksammat i tidigare års verksamhetsberättelser varierar orsakerna till att bestämmelserna för offentlig upphandling åsidosätts från fall till fall. Icke sällan är förklaringen okunnighet hos de upphandlande enheterna om innebörden av gällande bestämmelser. Tyvärr förefaller det emellertid som om vissa upphandlande enheter har satt i system att obstruera 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 förvärande 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.

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

Effektiva sanktioner mot upphandlande enheters domstolstrots vid överprövning enligt lagen om offentlig upphandling saknas fortfarande.

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 enligt tjänstefelstadgandet i 20 kap. 1 § brottsbalken 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 möjlighet till missuppfattningar och lagtolkningar i strid mot lagens anda motverkas. De gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande som ytterst följer av EU-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 förhandsbesked 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 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 något anbud eller någon 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 upplysningskyldighet 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 (avhjälpande av brister). Vitesbestämmelsen bör utvidgas till att omfatta samtliga beslut och samtliga upphandlingar som regleras i lagen samt bestämmelsen förtydligas avseende vem som kan föra talan om vite och vites utdömande samt vid vilka tidpunkter vite kan påföras.

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

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

Syftet med den förordade vitesbestämmelsen är att denna skall få en avhållande effekt på de upphandlande enheterna, så att dessa avstår från att trotsa rättens beslut. Vitet måste således beloppsmässigt anpassas så att önskad effekt säkerställs. I äldre förarbeten anges vitesbelopp motsvarande minst en (1) procent av upphandlingens värde. Den angivna 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 rättens beslut.

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

Ett annat eller kompletterande sätt att stävja domstolstrots, inte bara i fråga om upphandlingar utan också beträffande överträdelse 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. 33).

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. Någon rättspraxis föreligger ännu inte. I en ännu inte lagkraftvunnen dom har emellertid hovrätt funnit förhandlingar som ändrat rangordningen mellan leverantörerna förenliga med upphandlingslagens bestämmelser.

Förhandlingar vid förenklad upphandling bör enligt Konkurrenskommissionens mening genomföras på ett 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 återopats 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 författarens eget.

Möjligen skulle det kunna föreligga skäl för att avbryta ett påbörjat upphandlingsförfarande om de ekonomiska förutsättningarna för anbudsgivningen har angivits i förväg, och inget av de inkomna anbudet håller sig inom ramarna. Inkomna anbud torde i sådant fall vara att betrakta som orena bud, och skall av dessa skäl förkastas. Ett förfarande där den upphandlande enhetens i efterhand påkomna uppfattning av att prisläget upplevs som för ”dyrt” kan med ledning av den s.k. transparensprincipens krav på förutsebarhet i upphandlingsprocessen knappast utgöra skäl för att övergå till förhandlad upphandling. Förfarandet skulle även komma i konflikt med den av EG-domstolen allmänt fastslagna 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. Närmast torde detta kunna ske enbart genom begäran om förhandsbesked från EG-domstolen.

Korta implementeringstider

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

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

De anförda exemplen visar behovet av att implementeringstider regleras i lagen. För kort tilltagna frister gynnar tidigare leverantör och motverkar konkurrensen. Det är inte acceptabelt att en upphandlande enhet i realiteten kan bestämma sig för att fortsätta med tidigare entreprenör genom att använda sig av knepet att ha kort tid mellan avtalstecknande och leverans av vara eller tjänst.

Interna bud i konkurrens med externa anbud

Konkurrenskommissionen har tidigare uppmärksammat problem som uppstår när

upphandlande enheter låter den egna regin delta med interna bud i konkurrens med externa anbud vid offentlig upphandling. I några fall synes upphandlingarna ha varit utlysta enbart för att testa den egna regins konkurrenskraft utan någon seriös avsikt att upphandla. I andra fall har egenregibudet till följd av olikheter vid jämförelsen med externa anbud erhållit fördelar. Högsta domstolen har numera funnit att upphandlingslagens bestämmelser och principer om affärsmässighet och objektivitet inte skall äga tillämpning på avbrutna upphandlingar (se NJA 2001 s. 3). Denna inställning kan möjligen komma att behöva justeras med hänvisning till ett senare avgörande från EG-domstolen målet *HI* (C-92/00).

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 egenregibud, 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 tjugooriga 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 tjäns-

ter 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. Konkurrenskommissionen har bland annat uppmärksammat ett par fall där kommuner har tecknat ramavtal (framework arrangements) vid upphandling av städtjänster. I förfrågningsunderlagen har några referenser till konkreta objekt inte lämnats och anbud har heller inte inhämtats avseende specifika objekt. En lista med vinnare har upprättats där upp till 35 städföretag med sinsemellan högst varierande listpriser (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).

Upphandling vid kundvalssystem

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

II. Överträdelse av förbud att engagera sig i viss verksamhet

Ett viktigt område för Konkurrenskommissionens granskningsverksamhet har liksom tidigare år varit konkurrensnedvridning genom att myndigheter överträtt de begränsningar som enligt lag gäller för deras 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 tolfte 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. Dylika etableringar strider enligt Konkurrenskommissionens mening mot kommunallagens kompetensbestämmelser och snedvrider konkurrensen samt medför förödande effekter för de privata företag som drabbas. Under året har kommissionen granskat fall där en kommunal förvaltning, i konkurrens med privata företag, tillhandahåller staten rikstäckande service avseende översättningstjänster.

Kommissionen har även granskat fall där allmänna medel använts till att gynna vissa

näringsidkare, och därigenom snedvridit förutsättningarna för konkurrensen med det övriga näringslivet. Under året har kommissionen, som angivits tidigare, bland annat uppmärksammat ett fall där kommunalt stöd lämnats till en lokalförening av Friskis&Svettis som konkurrerar med gym- och friskvårdstjänster på den allmänna marknaden.

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

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

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

Konkurrenskommissionen förordar därför att det i särskild lag införs bestämmelser som motverkar domstolstrots i de kommunal myndigheternas verksamhet och i de kommunala bolagen. Regleringen – som därvid skall komma att utgöra ett komplement till brottsbalkens tjänstefelstadgandet – 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 intäktfinansierad verksamhet bedrivs i konkurrens med privata företag på de allmänna marknaderna, ökar risken för konkurrensnedvridande sammanblandning mellan ren myndighetsutövning och myndigheternas affärsverksamhet.

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

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

Effekter av kommissionens verksamhet

De effekter som Konkurrenskommissionen kunnat iaktta av sin verksamhet är i första hand, att av kommissionen påtalade felaktigheter och övertramp har fått uppmärksamhet framför allt i lokala och regionala 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 tolv års verksamhet och snart 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. Bestämmelserna om överprövning bör i enlighet med gällande EG-direktiv klarläggas så att samtliga leverantörer som kunnat lämna anbud får sin talan prövad, oavsett huruvida de valt att avge något anbud eller ej.

Lagen om offentlig upphandling bör kompletteras med en bestämmelse om att domstol skall kunna ålägga en upphandlande enhet att säga upp sådana avtal som utan mellankommande upphandling genom passivitet från den upphandlande enhetens sida har kommit att förlängas i flera omgångar.

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 kompetensrelaterad. Pågående försöksverksamheter med utvidgning av den kommunala kompetensen där kommunerna skall tillåtas bedriva verksamhet på den allmänna marknaden bör avbrytas.

I kommunallagen, aktiebolagslagen, handelsbolagslagen, lagen om ekonomiska föreningar samt stiftelselagen bör vidare föras in särskilda bestämmelser för kommunala företag, som medger samma möjlighet till insyn och kontroll som om verksamhet hade bedrivits i kommunal förvaltningsform. Bestämmelser bör omgående införas som innebär att de kommunala företagens beslut anslås på kommunens anslagstavla samt att besluten, på samma sätt som gäller för kommunala beslut i övrigt, kan underkastas kommunal laglighetsprövning samt upphävas av domstol.

De granskningar som kommissionen genomfört – hittills 484 avgjorda ärenden – understryker kraven på att förändringar på dessa punkter kommer till stånd.

Stockholm den 4 oktober, 2006

G Rune Berggren (ordf)

Sigvard Berglöf

Patrik Engellau

Inger Ridderstrand-Linderoth

Erik Nerep

Lennart Palm

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