

KONKURRENSKOMMISSIONEN

VERKSAMHETSBERÄTTELSE

Åttonde verksamhetsåret (2001/02)

Den 1 januari 1994 sammankallades på initiativ av Stiftelsen Den Nya Välfärden, en privat kommission av experter för att bevaka och uppmärksamma frågor om konkurrenssnedvridningar med stöd av allmänna medel. Konkurrenskommissionens ändamål är att aktivt motverka sådan konkurrensbegränsning som ligger i bristande likhet i villkoren för skattefinansierade och privata entreprenörer på marknaden och som därmed skadar medborgarna i deras egenskap av skattebetalare och konsumenter. Kommissionen skall uppmärksamma och motverka fall där offentliga, skattefinansierade organ genom överträdelse av lag eller förordning, genom skattesubventioner eller genom att sammanblanda myndighetsutövning med affärsverksamhet snedvrider konkurrensen.

Konkurrenskommissionens uppgifter är:

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

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

Till Konkurrenskommissionen har under verksamhetsåret varit knuten 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 så bedöms vara fallet och de bakomliggande sakförhållandena på ett rimligt sätt går att klargöra, utreder kommissionens handläggare frågan. Utredningen sammanfattas i en preliminär promemoria (PM 1) som för kännedom och eventuellt yttrande tillställs det skattefinansierade organ som beslutat i ärendet eller på annat sätt berörs av utredningen. En slutlig promemoria (PM 2) med en sammanfattning av inkomna yttranden upprättas därefter och överlämnas till Konkurrenskommissionen för bedömning.

Anmälan till Konkurrenskommissionen sker kostnadsfritt och 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, som bedömer huruvida konkurrensen riskerar att snedvridas genom överträdelser av t.ex. konkurrenslagen, kommunallagen eller lagen om offentlig upphandling jämte bakomliggande EG-direktiv. I de ärenden som upptas för utredning och slutlig bedömning uttalar sig kommissionen på grundval av föreliggande sakförhållanden. Kommissionen gör emellertid inte någon sådan bevisvärdering som det ytterst ankommer på domstolarna att göra. Kommissionen svarar ensam för resultatet av sin granskning och sina slutsatser och agerar vid sin granskning inte som ombud för någon part.

Konkurrenskommissionens slutliga bedömningar överlämnas 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 699 diarieförda anmälningar från enskilda och företag som ansett att konkurrensneutraliteten kränkts med allmänna medel. Därutöver har kommissionen på eget initiativ tagit upp 72 fall för granskning. Av de i kommissionen hittills anhängiggjorda ärendena har 342 lett till slutlig bedömning. De återstående ärendena har i de flesta fall avskrivits eller är under utredning.

VERKSAMHETSÅRET 2001/2002

Konkurrenskommissionens åttonde verksamhetsår omfattar perioden den 1 juli 2001 till och med den 30 juni 2002.

Under verksamhetsåret har Konkurrenskommissionen mottagit 85 (99) diarieförda anmälningar från enskilda och företag som ansett att konkurrensneutraliteten kränkts med allmänna medel. Därutöver har kommissionen på eget initiativ tagit upp 12 (4) fall för granskning. Av de i kommissionen anhängiggjorda ärendena har 48 (48) lett till slutlig bedömning. Övriga ärenden har antingen avskrivits eller är under pågående utredning. Kommissionen har avhållit sex protokollförda sammanträden (siffrorna inom parantes avser jämförelse med föregående verksamhetsår).

BEDÖMDA ÄRENDEN

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

I) I gruppen av ärenden rörande konkurrenssnedvridning genom åsidosättanden av reglerna för offentlig upphandling har Konkurrenskommissionen avgjort 40 (23) ärenden. Samtliga utom ett av dessa ärenden har resulterat i kritik från kommissionen.

II) I gruppen av ärenden rörande konkurrenssnedvridning genom överträdelse av den egna kompetensen har Konkurrenskommissionen avgjort 7 (24) ärenden. Samtliga av dessa ärenden har resulterat i kritik från kommissionen

III) I gruppen ärenden rörande konkurrenssnedvridning på annat sätt har Konkurrenskommissionen under verksamhetsåret avgjort 1 (1) ärende, vilket resulterade i kritik från kommissionen

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

KOMMISSIONSÄRENDEN SOM ÄVEN HANDLAGTS I DOMSTOL

En avsikt med Konkurrenskommissionens arbete är att kommissionens bedömningar skall vara utformade på ett sådant sätt samt hålla en sådan kvalitet att de skall kunna bilda grundval för inlagor i domstol. Under verksamhetsåret har ett betydande antal ärenden som avgjorts av kommissionen även förts vidare av anmälaren eller annan berörd sakägare för prövning i domstol. Processer har förekommit i såväl allmän domstol (tingsrätt m.m.) som förvaltningsdomstol (länsrätt m.m.).

Av kommissionens 48 under året avgjorda ärenden har 5 ärenden hittills föranlett process i förvaltningsdomstol om materiell ändring av upphandlingsförutsättningarna, medan 8 ärenden föranlett rättegång eller preprocessuella förhandlingar om skadestånd i allmän domstol. Av de mål som hittills kommit till någon form av avgörande genom dom, mellandom eller beslut om inhibition har domsol i samtliga fall kommit till samma slutsats som Konkurrenskommissionen avseende lagligheten av de klandrade besluten. I ett fall har talan ogillats på grund av preklusion (se vidare nedan). I tre fall har förlikning om skadestånd träffats. I övriga fall har något rättsligt avgörande i domstol ännu inte kommit till stånd. Inte i något kommissionsfall som även varit föremål för behandling i domstol har förekommit att domstolen gjort någon annan bedömning i laglighetsfrågan än Konkurrenskommissionen.

I bilagan med ärendebeskrivningar återfinns refererade flera ärenden som senare även blivit föremål för handläggning i domstol. Härutöver har vid den processuella handläggningen i domstol kunnat iakttas följande:

Talerättspreklusion

Länsarbetsnämnden i Stockholm hade genom annons i Europeiska gemenskapernas officiella tidning utlyst en upphandling avseende städtjänster som skulle genomföras enligt undantagsförfarandet för förhandlad upphandling med föregående annonsering enligt lagen om offentlig upphandling.

Frågan huruvida skäl för undantag förelåg utreddes och bedömdes av Konkurrenskommissionen som riktade kritik mot valet av förfarande (se KKO 01-051). En leverantör förde talan om överprövning vid Länsrätten i Stockholms län och yrkade att upphandlingen skulle göras om. Som grund anförde leverantören bland annat att upphandlingen utlysts enligt felaktigt förfarande. Därjämte anfördes att

upphandlingsunderlaget uppvisade ett flertal brister i förhållande till gemenskapsrättsliga principer om bl.a. transparens och likabehandling. Den klagande leverantören hade inte avgivit någon intresseanmälan att få delta i upphandlingen (anbudsansökan) utan menade att upphandlingen inte borde genomföras enligt ett förhandlat förfarande utan enligt ett selektivt eller öppet upphandlingsförfarande.

Länsrätten beslutade genom dom den 21 augusti 2001 att avslå talan om överprövning. Till stöd för domen anfördes att den klagande leverantören varken hade lämnat intresseanmälan eller anbud i upphandlingen, och till följd därav inte förmått göra sannolikt att bolaget lidit eller riskerat komma lida skada på grund av de påstådda felaktigheterna (mål. nr. 12699-01E).

Vid den efterföljande handläggningen vid Kammarrätten i Stockholm yrkade den klagande leverantören - som i målet bl.a. åberopat gemenskapsrätten (däribland EG-domstolens avgöranden i de s.k. Unix- och Alcatel-målen) - att kammarrätten måtte inhämta sakkunnigt yttrande från Nämnden för offentligupphandling (NOU). Yrkandet avslogs genom beslut den 4 oktober 2001.

Genom dom den 15 oktober 2001 beslutade kammarrätten att liksom länsrätten avslå leverantörens klagan. I domskäl anförde kammarrätten att den klagande leverantören genom att inte skicka in en intresseanmälan (anbudsansökan) i upphandlingen själv hade försatt sig i den situationen att det kan ifrågasättas om bolaget verkligen varit intresserat av att lämna anbud i upphandlingen. (mål nr. 5148-2001). Regeringsrätten har beslutat att inte meddela prövningstillstånd i målet (mål nr. 6291-2001). Kammarrättens dom har därmed vunnit laga kraft. Fram till Regeringsrättens beslut hade något kontrakt i upphandlingen inte tecknats.

Den rättspraxis som därmed kommit att fastställas innebär att leverantörer för att få även uppenbara upphandlingsfel överprövade i svensk domstol måste inge antingen intresseanmälan (anbudsansökan) eller anbud. Väljer en leverantör som uppmärksammat att ett upphandlingsunderlag kan vara olagligt, att inte avge något anbud prekluderas således hans möjlighet att få talan prövad och felaktigheterna undanröjda.

Härigenom förskjuts möjligheten att erhålla rättelse vid upphandlingsfel, från att omfatta "leverantörer" (d.v.s. den vida kretsen av alla hypotetiska anbudsgivare) till en betydligt snävare krets av "anbudssökande" eller "anbudsgivare" (d.v.s. enbart leverantörer som i den aktuella upphandlingen ingivit intresseanmälningar att delta med anbud eller som ingivit anbud).

I anledning av det påtalade avgörandet har Nämnden för offentlig upphandling (NOU) anförde följande: "Domen är en i raden av sådana som lägger bevisbördan för skadan på den klagande leverantören. Om det förhåller sig så att åberops- och bevisbördan för överträdelse mot LOU placeras på den som söker överprövning, bör den sökande vara medveten om han av beviskäl skall lämna in en ansökan eller ett anbud och att han i tid skall anlita sakkunnig juridisk hjälp. Allt detta för att han skall kunna styrka sin skada och anföra rätt grunder för överprövningen [...] NOU anser inte att en upphandlande enhet utan vidare kan avvisa invändningar mot t.ex. innehållet i förfrågningsunderlaget som görs av en leverantör som ännu inte lämnat in en ansökan eller ett anbud bara med hänvisning till att denne inte kan anses lida skada" (NOU-info, dec. 2001, sid. 18).

Konkurrenskommissionen menar att den rättspraxis som redovisats ovan medför hinder för sådana leverantörer, som har eller har haft ett intresse att få kontrakt om offentlig upphandling och som har lidit skada eller riskerat lida skada av en påstådd överträdelse, att få sin sak prövad i domstol i enlighet med gällande gemenskapsrättsliga upphandlingsdirektiv.

ANDRA SÄRSKILDA IAKTTAGELSER UNDER ÅRET

I de ärenden som Konkurrenskommissionen haft att granska under verksamhetsåret har kommissionen observerat att många upphandlingar fortfarande - mer än åtta år efter upphandlingslagens ikraftträdande - uppvisar betydande brister, bland annat avseende de värderingskrav som skall avgöra vilken anbudsgivare som slutligen kommer att tilldelas kontraktet i upphandlingen. Kommissionen har också iakttagit tendenser till medvetet lagtrots i form av uttalanden där offentliga företrädare uttalar att det inte finns någon anledning att följa gällande lagstiftning, samt domstolstrots där myndigheter självsvalt sätter åt sidan domstolens förordnanden genom dom eller beslut.

Lagtrots

I tidigare verksamhetsberättelser och remissyttranden har Konkurrenskommissionen uppmärksammat s.k. otillåtna direktupphandlingar, d.v.s. upphandlingar där de upphandlande enheterna vänder sig till endast en leverantör och köper varor, tjänster eller entreprenadarbeten direkt från denne, trots att affärsrättsliga skäl för att underlåta infordran av anbud i konkurrens från flera leverantörer saknas.

Den 1 juli 2001 infördes i lagen om offentlig upphandling en bestämmelse som innebär att samtliga upphandlingar, förutom undantagsförfarandena direktupphandling samt förhandlad upphandling utan föregående annonsering, måste annonseras offentligt. En grov jämförelse mellan antalet annonserade upphandlingar i förhållande till de upphandlingsvolymerna som uppskattats av bl.a. den statliga upphandlingskommittén visar att inköp till sammanlagt betydande värden genomförs utan iakttagande av lagens huvudregel om offentlighet och konkurrens. Otillåtna direktupphandlingar torde således förekomma i icke ringa utsträckning.

Förutom genom Konkurrenskommissionens tidigare påpekanden har problemet med otillåtna direktupphandlingar uppmärksammats av Riksdagens revisorer. I en granskningsrapport om offentlig upphandling (1997/98:3) konstaterar riksdagsrevisorerna att otillåtna direktupphandlingar utgör ett problem inom den offentliga förvaltningen (sid. 95) samt föreslår att regeringen måste överväga lämpliga sanktioner mot dylika överträdelser. I förslaget till riksdagen (1997/98:RR10) anför riksdagsrevisorerna bland annat följande: "Revisorerna har uppmärksammats på att det finns påtagliga brister hos offentliga upphandlare vad gäller kunskaperna om reglerna för direktupphandling. Sammantaget uppgår värdet av dessa upphandlingar inom den offentliga sektorn till mycket stora belopp. Regeringen bör därför överväga vilka åtgärder som behöver vidtas för att direktupphandling skall fungera på avsett sätt".

Frågan har även behandlats av den statliga Upphandlingskommittén. I delbetänkandet SOU 1999:139 (sid. 153 f.) gör kommittén följande bedömning: "Kommittén har vid hearingar och sammanträden erfarit att såväl leverantörer som företrädare för upphandlande enheter anser att det är stötande att de enheter som helt åsidosätter regelsystemet för offentlig upphandling går fria från påföljd. [...] Mot bakgrund av de rapporter, kartläggningsresultat, undersökningar m.m. som redovisats [...] anser kommittén att det krävs kraftfulla åtgärder för att förhindra och sanktionera otillåten direktupphandling". I slutbetänkandet SOU 2001:31 (sid. 340 f.) aktualiseras frågan på nytt genom en hänvisning till det som framförts i delbetänkandet. För att komma till rätta med detta problem har kommittén föreslagit att såväl den ansvariga tillsynsmyndigheten (f.n. Nämnden för offentlig upphandling- NOU), som berörda branschorganisationer och enskilda leverantörer skall ges rätt att föra talan i domstol om påföljd i form av en marknadsskadeavgift vid bl.a. otillåtna direktupphandlingar.

Även Riksrevisionsverket har vid sin tillsynsverksamhet uppmärksammat de upphandlande enheternas brister i tillämpningen av upphandlingslagen. I sin årliga rapport till regeringen för 2002 konstaterar verket att de kontrollerade myndigheternas ledning har en bristande intern styrning och kontroll av upphandlingsverksamheten. Detta beror enligt verket till stor del på saknade eller ofullständiga riktlinjer för upphandling. Verket har sedan upphandlingslagen infördes 1994 påpekat behovet av att förtydligande och sanktioner införs i lagen.

Trots dessa upprepade påpekanden samt att två propositioner om offentlig upphandling de senaste åren har lämnats till riksdagen (prop. 1999/2000:128 samt prop. 2001/02:142), är otillåtna direktupphandlingar fortfarande osanktionerade i lag.

Domstolstrots

Ett annat problem som Konkurrenskommissionen har iakttagit är fall där myndigheter medvetet ignorerar domstols förordnanden, antingen i form av lagakraftvunnen dom eller genom beslut om interimistiskt verkställighetsförbud (inhibition).

Enligt de gemenskapsrättsliga s.k. rättsmedelsdirektiv för offentlig upphandling, som Sverige åtagit sig att följa skall finnas infört i den nationella lagstiftningen bestämmelser som garanterar att granskningsorganens (domstolarnas) beslut i mål om offentlig upphandling verkligen åtföljs (se Europeiska Rådets direktiv 89/665/EEG, art. 2 punkt 7, samt direktiv 92/13/EEG, art. 2 punkt 8).

I lagen om offentlig upphandling finns inte infört någon bestämmelse som garanterar att domstols förordnande vid s.k. överprövning åttlyds. Frågan huruvida en sådan effekt får anses följa av annan lagstiftning belyses bl.a. av följande avgörande, där fråga var om ansvar för tjänstefel vid kommunalt domstolstrots vid offentlig upphandling.

Enligt 20 kap. 1 § brottsbalken skall den som uppsåtligt eller av oaktsamhet vid myndighetsutövning genom handling eller underlåtenhet åsidosätter vad som gäller för uppgiften dömas för tjänstefel.

Kommunfullmäktige i Torsby kommun beslutade den 29 april 1999 (KF § 54/99) att godkänna vissa överenskommelser avseende byggtreprenad som innefattade offentlig upphandling.

Kammarrätten i Göteborg förordnade genom beslut den 17 juni om tillfälligt

verkställighetsförbud (inhibition) samt genom laga kraftvunnen dom den 8 oktober 1999 att upphandlingen skulle göras om (mål nr. 3859-1999). Vid tidpunkten för kammarrättens dom hade kommunfullmäktiges beslut ännu inte vunnit laga kraft och det förelåg inte något för kommunen rättsligt bindande kontrakt i upphandlingen.

Trots kammarrättens förordnanden har Torsby kommun verkställt upphandlingen i enlighet med kommunfullmäktiges ursprungliga beslut. I en tidningsartikel motiverar en företrädare för kommunen förfarandet med att "...jag tycker faktiskt att juristerna har en väl formalistisk syn." (Dagens Nyheter den 5 oktober 2000). Saken anmäldes till Riksdagens ombudsmän (JO), som beslutade att uppta ärendet till granskning.

I ett yttrande till JO har Torsby kommun ytterligare förklarat att kommunen erfarit "...stora problem som finns när det gäller att efterleva kammarrättens dom". Kommunstyrelsen uppger till JO att den av dessa skäl valt att "bortse" från domstolens förordnanden.

Av Justitieombudsmannens utslag i ärendet framgår följande sammanfattande bedömning: "Sammanfattningsvis kan jag sålunda konstatera att kommunstyrelsen har agerat felaktigt i flera avseenden. Att myndigheter på det sätt som påvisats i detta ärende inte respekterar domstolsavgöranden är allvarligt och strider mot grundläggande krav på offentliga organs uppträdande. [Nytt stycke] 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 härtill. [Nytt stycke] 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. [Nytt stycke] Mot bakgrund av det sagda stannar jag vid den mycket allvarliga kritik som ligger i det ovan anförda".

Med stöd av det anförda kan konstateras att svensk rätt varken innefattar någon upphandlingsrättslig bestämmelse eller någon straffrättslig sanktion som garanterar att granskningsorganens (domstolarnas) beslut i samband med s.k. överprövning vid offentlig upphandling verkligen åtföljs. Gällande gemenskapsrättsliga upphandlingsdirektiv synes därmed inte ha implementerats korrekt i Sverige.

PUBLICERING AV ÄRENDEN

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

Genom mediabevakningen känner allt fler 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 cirka hundra nedslag noterats i media.

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

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 samt vid ett seminarium om offentlig upphandling som arrangerades av STAREV som är en samarbetsorganisation för kommun- och landstingsrevisionen i Sverige.

Därutöver har särskilda informationsinsatser även inriktats på upphandlare i kommun och landsting samt företrädare för det lokala näringslivet. Stiftelsen Den Nya Välfärden och Svenskt näringsliv har i samarbete med intresserade kommuner och landsting arrangerat gemensamma seminarieövningar kring upphandlingslagen och dess problematik.

Kommissionen har även på frågor från enskilda företagare, politiker och tjänstemän i offentlig förvaltning redovisat avgjorda fall, samt i viss mån gett vägledning i enskilda

frågor. Därjämte har under årets löpande arbete upplysningar om och synpunkter i anledning av kommissionens erfarenheter och iakttagelser lämnats till myndigheter och enskilda.

SLUTSATSER

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

- I) Åsidosättanden av bestämmelserna om offentlig upphandling. Denna grupp utgör den största delen av de av kommissionen granskade fallen.
- II) Överträdelse av förbud i lag att bedriva viss verksamhet. Denna grupp utgör knappt 1/4 av den totala ärendevolymen. Andelen ärenden rörande kompetensfrågor varierar dock kraftigt mellan åren.
- III) Övriga ärenden där olika former av subventioner eller sammanblandning mellan myndighetsutövning och affärsverksamhet snedvrider förutsättningarna för en väl fungerande konkurrens på den allmänna marknaden.

I. Åsidosättanden av bestämmelserna om offentlig upphandling

Den offentliga upphandlingen omfattar betydande volymer. Som Konkurrenskommissionen tidigare påpekat är det ett centralt mål för bestämmelserna om offentlig upphandling att företagen kan konkurrera på lika villkor. Ett annat mål 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 lagöverträdelse,
- effektiva och konsekventa processbestämmelser vilka medför att överträdelse på ett enkelt sätt kan påtalas och rättelse ske.

Den statliga Upphandlingskommittén lämnade i slutbetänkandet (SOU 2001:31) flera förslag som enligt Konkurrenskommissionens mening snarare var ägnade att motverka effektiviteten vid den offentliga upphandlingen. I sitt remissyttrande över slutbetänkandet ifrågasatte kommissionen huruvida kommitténs förslag om bland annat kommunala direktansskaffningar från avknopningsföretag samt från helägda aktieföretag samt om diskriminering av vinstdrivande företag vid upphandlingar inom vård- och omsorgssektorn stod i överensstämmelse med gällande gemenskapsrätt.

Kommissionen finner det därför tillfredsställande att regeringen i sitt förslag till riksdagen synes dela denna uppfattning. I propositionen 2001/02:142 med förslag till ändringar i lagen om offentlig upphandling förekommer inte några av de åtgärder som Upphandlingskommittén föreslagit och som kommissionen menar kunde strida mot gällande gemenskapsrätt.

Även de resonemang som Upphandlingskommittén framfört om antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt samt om miljöanpassad upphandling har i enlighet med vad Konkurrenskommissionen påpekade i sitt remissyttrande anpassats till gällande lag och EG/gemenskapsrättsliga direktiv. Den av Konkurrenskommissionen uppmärksammade risken för att lagsanktionerat godtycke skulle föras in i upphandlingsprocessen synes därmed ha undvikits eller i alla fall minskat.

Som kommissionen påpekat 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 gällande bestämmelser. Trots att upphandlingslagen har varit i kraft i snart åtta år och till sin principiella innebörd väsentligen inte skiljer sig från äldre bestämmelser i upphandlingsförordningen (1986:612) och de kommunala upphandlingsreglementena, motiverar upphandlingsansvariga tjänstemän och förtroendevalda politiker fortfarande i förvånande hög grad bristande lagefterlevnad med okunnighet om lagens bestämmelser.

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. Företrädare för parts- eller sårntressen bör inte delta i tillsynsmyndighetens handläggning, prövning eller beslut.

Genom en lagändring från och med den 1 juli 2002 synes det av Konkurrenskommissionen tidigare uppmärksammade problemet för anbudsgivare att hinna anhängiggöra talan om överprövning innan målet måste avskrivas på grund av att kontrakt tecknats, ha funnit sin lösning. Vissa fortfarande oreglerade frågor, tex. definitionerna av vad som avses innefattas med "upplysningar" enligt 5 kap. 13 § LOU samt vad som skall förstås med "lämna" enligt 7 kap. 1 § tredje stycket LOU, och därmed sammanhängande bevisbördeproblematik, synes emellertid ha överlämnats till rättspraxis att lösa.

Effektiva sanktioner mot upphandlande enheters domstolstrots vid överprövning enligt lagen om offentlig upphandling saknas fortfarande. Varken upphandlingslagen eller någon annan svensk författning medför påföljd eller verkställighetsföreskrift gentemot upphandlande enheter som väljer att negligera domstols beslut, trots att sådant rättsmedel måste finnas enligt gällande EG-direktiv.

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

Rättstillämpning

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

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

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

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

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. Dylka prutningsförhandlingar synes i några fall ha genomförts för att ytterligare sänka priserna, i andra fall för att möjliggöra för vissa leverantörer att erhålla förmånligare positioner vid de slutliga

anbudsjämförelserna.

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

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har angivit följande: "Om enheten har motiv för att upphandlingen skall genomföras med förhandlingar kan enheten förhandla om i stort sett allt som rör upphandlingen, även priset. Men, det är viktigt att enheten genom förhandlingarna inte väsentligt ändrar på förutsättningarna för upphandlingen. Det skall således i grunden vara samma vara eller tjänst som upphandlas i förhållande till vad som angavs i förfrågningsunderlaget inklusive kravspecifikationen". Uttalandet antyder att nämnden har ansett att det skall föreligga ett 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 affärsmässiga 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, dels av att anbudsgivarna varken vet hur många eller vilka deras konkurrenter är eller vilka anbud de avger, dels av insikten att avgivna bud är definitiva och således inte kan ändras i efterhand. En reglering i lag, på samma sätt som för upphandlingar över tröskelvärdena (och enligt äldre bestämmelser), är med hänsyn bl.a. till senare tids rättstillämpning nödvändig för att skapa klarhet i frågan.

För korta implementeringstider

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

För korta tilltagna implementeringstider gynnar tidigare leverantör och motverkar konkurrensen. Implementeringsfrister bör därför införas i upphandlingslagen.

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).

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

Kommissionen förordar därför att det i lagen om offentlig upphandling införas en bestämmelse om att affärsmässighetskravet enligt 1 kap. 4 § LOU även skall omfatta beslut att avbryta pågående upphandlingar.

Parallella ramavtal

I ett antal tidigare avgöranden har Konkurrenskommissionen bedömt fall där upphandlande enheter istället för att utse en vinnande anbudsgivare valt att teckna parallella ramavtal med flera anbudsgivare på sinsemellan varierande villkor. De upphandlande enheterna har därefter ansett sig oförhindrade att utan någon ytterligare prövning eller jämförelse mellan anbudens priser och villkor avropa varor eller tjänster från valfri anbudsgivare. Således kan den dyraste anbudsgivaren bli den som uteslutande kommer att leverera till enheten.

Lösningar med parallella avtal kan i vissa fall motiveras av affärsmässiga skäl. Förfarandet riskerar emellertid att utnyttjas för att kringgå lagen om offentlig upphandling. En upphandlande enhet kan välja att utan affärsmässiga 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 några specifika objekt. En lista med vinnare har upprättats där upp till 35 städföretag med sinsemellan högst varierande priser (upp till 25 procent) eller utan några prisangivelser alls, upptagits som godkända leverantörer. Avsikten har varit att förvaltningar inom kommunerna skulle "avropa" städtjänster från valfri leverantör.

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

För närvarande utreds ramavtal inom Europeiska unionen. Ett beslut om klarläggande direktiv kan väntas inom kort. Det är betydelsefullt att dess bestämmelser omgående införlivas med svensk rätt på ett sådant sätt att missbruk av parallella ramavtal med sinsemellan varierande villkor motverkas.

Upphandling vid kundvalssystem

I fråga om kundvalssystem eller dylika system där valet av leverantör görs av de enskilda medborgarna som berörs anser Konkurrenskommissionen sedan tidigare 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 separat och utanför lagen om offentlig upphandling. Konkurrenskommissionen finner det tillfredsställande att denna analys numera även synes omfattas av den statliga Upphandlingskommittén, som bl.a. föreslagit att frågan skall utredas i särskild ordning.

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

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

Konkurrenskommissionen har även under det åttonde verksamhetsåret uppmärksammat fall där myndighetens egna kompetens har överträtts.

Tidigare år har kommissionen uppmärksammat fall där kommuner, inom ramarna för befintlig simhallsverksamhet, etablerar sig på nya marknader för gym, solarier och massage, och där konkurrerar ut det privata näringslivet. Dylika etableringar strider enligt Konkurrenskommissionens mening mot kommunallagens kompetensbestämmelser samt medför förödande effekter för de privata företagen som drabbas och snedvrider konkurrensen. Under året har något nytt sådant fall inte anmälts till kommissionen till granskning. Rättelse i de fall som kommissionen kritiserat tidigare har såvitt kommissionen har erfarit emellertid inte skett.

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

Ett stort problem vid kommunernas överträdelser av den egna kompetensen är att effektiva sanktioner saknas. För det första är regelverket vid laglighetsprövning i domstol så restriktivt och komplicerat att det i praktiken är mycket svårt för kommunmedlemmar att i tid uppmärksamma och påtala kommunala överträdelser (beträffande kommunala bolag, se nedan). Dessutom lämnar regelverket inga eller

små effektiva möjligheter att garantera efterlevnaden av domstolarnas beslut. Domstolarnas praxis att normalt kommunicera anförda yrkanden om förbud mot verkställighet (inhibition) innan beslut i ärendet fattas medför enligt vad kommissionen erfarit en önskad 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 medger koncernbildning att kommunala medel genom koncernbidrag förs mellan olika verksamhetsområden utan politiska beslut.

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

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

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

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

Det påtalade förhållandet är snedvidande 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.

KONSEKVENSER

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

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 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 åtta års verksamhet och över 340 avgjorda fall har vidare på olika sätt förmedlats till dem som haft att utforma framtida lagstiftning på det aktuella områdena för kommissionens verksamhet.

Förändringsbehov

På grund av erfarenheterna hittills av kommissionens verksamhet har kommissionen i

tidigare års verksamhetsberättelser framfört krav på förändringar framför allt på följande punkter:

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

- Rätten att föra talan vid domstol om överträdelse mot lagen om offentlig upphandling bör vidgas efter mönster från bl.a. marknadsföringslagen till att omfatta bland annat den myndighet som skall utöva tillsyn över lagen samt organisationer av näringsidkare. Bestämmelserna om överprövning bör i enlighet med gällande EG-direktiv klarläggas så att samtliga leverantörer som kunnat lämna anbud kan få sin talan prövad, oavsett huruvida de valt att avge något anbud eller ej.

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

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

b) Upphandlingslagen bör förtydligas på nedanstående punkter:

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

- Det skall av lagen klart framgå att det inte är tillåtet att vid annat än s.k. förhandlat förfarande föra förhandlingar med anbudsgivare så att anbud kan prutas efter anbudstidens utgång och således annat anbud än det ursprungligen mest förmånliga kan komma att antas.

- Det skall inte vara tillåtet att utan objektiva och affärsmässiga skäl teckna parallella s.k. "ramavtal" med olika leverantörer med sinsemellan varierande villkor. Tecknas sådana ramavtal skall avrop alltid ske enligt den rangordning i vilken anbudsgivarna har fördelat sig vid anbudsvärderingen.

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

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

3. Kommunallagen bör ändras så att klara gränser och sanktioner ges för kommunernas och landstingens handlingsmöjligheter. Särskilt gäller det kommunernas möjligheter att bedriva verksamhet i konkurrens med det privata näringslivet. Gällande förbud mot spekulativ verksamhet överträds i stor omfattning och måste därför få en klarare och effektivare utformning. Möjligheter måste skapas att stoppa kommunal verksamhet som inte är 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 ger medborgarna samma möjligheter till insyn och kontroll som om den verksamhet som bedrivs i kommunal företagsform istället hade bedrivits i förvaltningsform. Bestämmelser som innebär att de kommunala företagens beslut anslås på kommunens anslagstavla samt att kommuninnevånare ges möjlighet att överklaga beslut som fattats i kommunala företagsstyrelser på samma sätt som kommunala nämndbeslut bör omgående införas.

De granskningar som kommissionen genomfört - hittills snart 350 avgjorda fall - understryker kraven på att förändringar på dessa punkter kommer till stånd.

Stockholm den 11 september 2002

G Rune Berggren
Sigvard Berglöf

Patrik Engellau
Inger Ridderstrand Linderöth
Erik Nerep Lennart Palm

Bilaga till Konkurrenskommissionens verksamhetsberättelse, åttonde verksamhetsåret (2001/2002)

I) I gruppen av ärenden rörande konkurrensnedvridning genom åsidosättanden av reglerna för offentlig upphandling har Konkurrenskommissionen avgjort 23 ärenden. Samtliga av dessa utom ett har lett till kritik från kommissionen. Bland de således avgjorda ärendena märks följande:

KKO 00-070, otillbörligt gynnande av leverantör. Det av Stenungsunds kommun helägda fastighetsbolaget Stenungs Torg Fastighets AB hade köpt tjänster för uppdatering av skyltning m.m., utan att upprätta något förfrågningsunderlag eller i övrigt iaktta upphandlingslagens formbundna bestämmelser. Ett anbud som var drygt 50 procent dyrare än lägsta bud antogs. Något motiv till varför det dyrare anbudet antogs redovisades aldrig och den tjänsteman som beslutade i upphandlingen övergick kort därefter till anställning hos den vinnande anbudsgivaren. Konkurrenskommissionen bedömde att den aktuella upphandlingen inte hade handlagts i enlighet med lagen om offentlig upphandling och att konkurrensen därmed kommit att snedvridas.

KKO 01-028, bristande affärsmässighet. Fortifikationsverket hade i en upphandling av städtjänster begränsat förutsättningarna så att endast ett litet fåtal leverantörer kunde komma ifråga för att lämna anbud. Trots att upphandlingen omfattade över 800 tusen kvadratmeter lokalvårdsyta spritt på preliminärt 36 platser i Sverige fick anbud på enskilda städoobjekt eller delar av entreprenaden inte förekomma. Endast mycket stora företag med rikstäckande verksamhet kunde således komma i fråga för att lämna anbud, medan mindre, lokala företag utestängdes helt. Konkurrenskommissionen bedömde att den aktuella upphandlingen inte hade handlagts i enlighet med lagen om offentlig upphandling och att konkurrensen därmed kommit att snedvridas. Upphandlingen utsattes senare även för intern kritik inom försvarsmakten och fick göras om.

KKO 01-039, otillbörligt gynnande av leverantör. Uppvidinge kommun hade antagit ett anbud avseende isbanemaskiner som var drygt 17 procent dyrare än lägsta bud. Såvitt framgick av tillgänglig dokumentation hade kommunen inte gjort någon bedömning av vad som varit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utan istället tillämpat en i praktiken fri anbudsprövning. En noggrann genomgång av anbudshandlingarna visade vidare att det vinnande anbudet var skrivet samma dag som kommunen påstår att de postat förfrågningsunderlaget. Vinnande anbudsgivaren synes således även ha haft del av förfrågningsunderlaget tidigare än sina konkurrenter. Konkurrenskommissionen bedömde att den aktuella upphandlingen inte hade handlagts i enlighet med lagen om offentlig upphandling och att konkurrensen därmed kommit att snedvridas. För närvarande pågår en process om skadestånd i domstol för den förfördelade leverantören.

KKO 01-052, bristande affärsmässighet. Länsstrafiken i Norrbotten AB hade utlyst en offentlig upphandling av sjuktransporttjänster m.m. enligt undantagsbestämmelserna för den s.k. försörjningssektorn i 4 kap. lagen om offentlig upphandling. I förfrågningsunderlaget hade värderings- kriterierna delvis angivits punktvis och utan närmare rangordning eller specifikation av vad som egentligen avsågs med dessa och hur de skulle komma att värderas. Konkurrenskommissionen påpekade att bestämmelserna för att den s.k. försörjningssektorn i regel inte kan komma ifråga för upphandlingar av sjukresor och färdtjänst samt att det inte får förekomma sådan otydlighet avseende värderingskriterierna att anbudsgivarna tvingas gissa hur de skall komma att tolkas. Det sätt på vilken den aktuella upphandlingen utformats innebar i praktiken fri prövningsrätt med ett betydande mått av godtycke i värderingsprocessen. Konkurrenskommissionen bedömde att den aktuella upphandlingen inte hade handlagts i enlighet med lagen om offentlig upphandling och att konkurrensen därmed kommit att snedvridas. Upphandlingen förklarades senare även olaglig av domstol (kammarrätt), som förordnade att denna skulle göras om.

KKO 01-053, otillbörligt gynnande av leverantör. Länsstyrelsen i Uppsala län hade vid en upphandling av tjänster för skogsbrandsbevakning med flyg antagit ett anbud som inte uppfyllde alla krav som uppstälts i upphandlingsunderlaget (bl.a. saknades vinnande anbudsgivaren ett nödvändigt flygtillstånd). Den vinnande anbudsgivaren var heller inte registrerad för moms, trots att sådan skyldighet kunde föreligga, och någon kontroll av denna omständighet genomfördes aldrig av länsstyrelsen. Konkurrenskommissionen bedömde att den aktuella upphandlingen inte hade handlagts i enlighet med lagen om offentlig upphandling och att konkurrensen därmed kommit att

snedvridas. Efter Konkurrens- kommissionens bedömning har den förfördelade anbudsgivaren tillerkänts skadestånd av Justitiekanslern (JK) i anledning av upphandlingens handläggning.

KKO 01-065, bristande affärsmässighet och otillbörligt gynnande av leverantör. Nybro kommun hade vid vissa delupphandlingar avseende taxi- och budtransporttjänster (mattransporter till enskilda) antagit anbud som var dyrare än lägsta bud. Avtal i upphandlingen tecknades vidare med giltighet upp till sju år. Konkurrenskommissionen påpekade att upphandlingsuppdrag inte annat än undantagsvis får avse perioder som överstiger fyra år samt bedömde att upphandlingen i den del som avsåg mattransporter till enskilda inte hade handlagts på ett objektivt och affärsmässigt sätt enligt bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling. Kommunens agerande snedvred därmed konkurrensen. Efter Konkurrens- kommissionens bedömning har Nybro kommun förlikningsvis träffat överenskommelse med den förfördelade anbudsgivaren om skadestånd i anledning av upphandlingens handläggning.

KKO 01-079, otillbörligt gynnande av leverantör. Västerviks kommun hade vid upphandling av flygbränsle till den kommunala Mommenhåls flygplats antagit anbud som var dyrare än lägsta bud. Av förfrågningsunderlaget framgick som ett s.k. miljö-kriterium att förekomma "samordning av transporterna i syfte att minska bränslekostnaderna" skulle prioriteras vid anbudsvärderingen. Vid värderingen kom emellertid den omständighet att den billigaste anbudsgivaren samordnade sina transporter istället att åberopas mot honom, som en fördyrande och därmed diskriminerande omständighet. Konkurrenskommissionen uppmärksammande det motsägelsefulla i förfarandet och påpekade att en upphandlare aldrig får frångå de förutsättningar för en upphandling som angivits i förfrågningsunderlaget. Konkurrenskommissionen bedömde att den aktuella upphandlingen inte hade handlagts i enlighet med lagen om offentlig upphandling och att konkurrensen därmed kommit att snedvridas. Efter Konkurrenskommissionens bedömning har Västerviks kommun betalat den förfördelade anbudsgivaren fullt skadestånd i anledning av upphandlingens handläggning.

KKO 02-001, otillbörligt gynnande av leverantör. Det kommunalt ägda EnergiCentrum Norr AB hade vid upphandling av tekniska konsulttjänster uppställt krav på teknisk utrustning i form av vissa dataprogram som var ägnade att gynna viss leverantör samt angivit värderingskriterierna enbart punktvis och utan närmare rangordning eller specifikation. För beställning av underlaget och för upplysningar om upphandlingen har intresserade leverantörer hänvisats till ett privat konsultföretag som skulle komma att delta med konkurrerande anbud i upphandlingen. Konkurrenskommissionen påpekade att det inte får förekomma sådan otydlighet avseende värderingskriterierna att anbudsgivarna tvingas gissa hur de skall komma att tolkas. Det sätt på vilken den aktuella upphandlingen utformats innebar ett betydande mått av godtycke i värderingsprocessen samt att det konsultföretag som även utformat förfrågningsunderlaget kommit att gynnas. Kommissionen bedömde att den aktuella upphandlingen inte hade handlagts i enlighet med lagen om offentlig upphandling och att konkurrensen därmed kommit att snedvridas. Upphandlingen förklarades senare även olaglig av domstol (länsrätt), som förordnade att denna skulle göras om.

KKO 02-003 / 02-006, otillbörligt gynnande av leverantör. Osby respektive Östra Göinge kommun köper, utan föregående upphandling i konkurrens, tjänster för renhållning från det gemensamt helägda Östra Göinge Renhållnings AB. Trots att avrop årligen sker för över 17 miljoner kronor har något skriftligt avtal emellertid inte upprättats mellan kommunerna och bolaget. Konkurrenskommissionen påpekade att det enligt gällande lag inte är möjligt för en kommun att utan konkurrensupphandling köpa varor eller tjänster direkt från ett hel eller delägt företag. Kommissionen bedömde att den aktuella upphandlingen inte hade handlagts i enlighet med lagen om offentlig upphandling och att konkurrensen därmed kommit att snedvridas.

KKO 02-009, otillbörligt gynnande av leverantör. Sundsvalls kommun hade efter s.k. avknoppning köpt tjänster avseende successiva leveranser av skolmat m.m. (skolkök) direkt från ett av en tidigare anställd för ändamålet bildat företag och utan någon föregående upphandling i konkurrens. Kort efter övergången i privat drift sparkades den i verksamheten befintliga personalen. Konkurrenskommissionen påpekade att det enligt gällande lag inte är möjligt för en kommun att utan konkurrensupphandling köpa varor eller tjänster direkt från ett s.k. avknoppningsföretag. Kommissionen bedömde att den aktuella upphandlingen inte hade handlagts i enlighet med lagen om offentlig upphandling och att konkurrensen därmed kommit att snedvridas. Kommissionen konstaterade även att direktköp vid s.k. avknoppningar inte innebär någon bättre garanti för att för berörd personal skall behålla sin sysselsättning, jämfört med när upphandling genomförs i konkurrens på marknaden.

KKO 02-005, otillbörligt gynnande av leverantör. Det kommunala fastighetsbolaget Karlshamnshäls AB hade vid upphandling av tjänster för golvvård m.m. antagit ett anbud som inte uppfyllt ett för upphandlingen ställt obligatoriska s.k. skall-krav om auktorisation för våtrumsarbeten (s.k. GVK-certifikat) och således rätteligen skulle ha

förkastats. Det antagna anbudet var dessutom prismässigt dyrare än lästa anbud. Konkurrenskommissionen påpekade att det inte är möjligt för en upphandlande enhet att frångå i förfrågningsunderlaget ställda krav. Kommissionen bedömde att den aktuella upphandlingen inte hade handlagts i enlighet med lagen om offentlig upphandling och att konkurrensen därmed kommit att snedvridas. För närvarande förbereds en process om skadestånd i domstol för den förfördelade leverantören.

KKO 02-029, otillbörligt gynnande av leverantör. Göteborgs stad hade vid upphandling av renhållningstjänster m.m. uppställt som krav att för entreprenaden förekommande renhållningsfordon måste vara gula i exakt samma färgnyans (NCS 1367 Y17R) som kommunen eget renhållningsföretag, Renova AB, har på sina bilar. Konkurrenskommissionen påpekade att det inte är möjligt för en upphandlande enhet att utan objektiva skäl uppställa krav som är ägnade att ensidigt gynna viss leverantör på övriga konkurrenters bekostnad. Något skäl till att renhållningsfordonen skulle vara målade på samma sätt som det kommunala renhållningsföretagets bilar såg inte kommissionen. Konkurrenskommissionen bedömde att den aktuella upphandlingen inte hade handlagts i enlighet med lagen om offentlig upphandling och att konkurrensen därmed kommit att snedvridas.

II) I gruppen av ärenden rörande konkurrensnedvridning genom överträdelser av den egna kompetensen har Konkurrenskommissionen avgjort 24 ärenden. Av dessa har samtliga lett till kritik från kommissionen. Bland de således avgjorda ärendena märks följande:

KKO 01-085, otillbörligt stöd till enskild näringsidkare. Hultsfreds kommun hade beslutat bevilja ett privat företag ekonomiskt stöd i form av en tidsbegränsad kommunal borgen på 8 miljoner kronor. Konkurrenskommissionen påpekade att kommunalt stöd till enskild näringsidkare normalt inte får förekomma. Några särskilda skäl som undantagsvis tillåter sådant stöd, hade inte anförts av kommunen. Konkurrenskommissionen bedömde därför att aktuella stödet stred mot kommunallagen samt snedvred konkurrensen. Det kommunala borgensbeslutet förklarades senare olagligt och upphävdes av domstol (länsrätt).

KKO 02-034, otillbörligt stöd till enskild näringsidkare. Lessebo kommun hade beviljat ett lån på 2,5 miljoner kronor för att möjliggöra att det kommunala fastighetsföretaget AB Lessebo Fastigheter dels skulle köpa en industrifastighet från en lokal näringsidkare, dels hyra ut anläggningen tillbaka till näringsidkaren (s.k. sale-and-leaseback). Konkurrenskommissionen påpekade att kommunalt stöd till enskild näringsidkare – varken i form av direkt penningstöd eller indirekt genom säkerhetsköp av egendom m.m. - normalt inte får förekomma. Det är heller inte någon kommunal angelägenhet att hålla det privata näringslivet med lokaler. Några särskilda skäl som undantagsvis kunde tillåta de aktuella stödåtgärderna hade inte anförts av kommunen. Konkurrenskommissionen bedömde därför att aktuella stödet stred mot kommunallagen samt snedvred konkurrensen. Det kommunala sale-and-leasebackbeslutet förklarades senare olagligt och upphävdes av domstol (länsrätt).

KKO 02-036, kompetensöverskridande kommunal affärsverksamhet. Det av Stockholms läns landsting helägda Huddinge universitetssjukhus AB hade vänt sig med erbjudanden till allmänheten om sådan fertilitetsbehandling mot privat betalning som annars tillhandahålls inom den privata sjukvården. Erbjudandena skedde utan någon begränsning till patienter från det egna länet. Behandlingsavgifterna på mellan tio tusen och tjugosex tusen kronor hade inte fastställts av landstinget i behörig ordning. Konkurrenskommissionen konstaterade att landstinget enligt lag inte får bedriva verksamhet för s.k. privatbetalande patienter från andra landstingsområden. För patienter från det egna området får landstinget tillämpa en taxa som maximalt uppgår till 900 kronor per år. Om landstinget skall bedriva fertilitetsbehandlingar måste detta ske inom ramarna för den ordinarie vården och inom gällande max-taxa. Den nu aktuella typen av privatfinansierad landstingsverksamhet som konkurrerar med den icke skattefinansierade sjukvården får däremot inte förekomma. Fertilitetsbehandlingarna på den allmänna marknaden stred således mot kommunallagen och hälso- och sjukvårdslagen samt snedvred konkurrensen. Efter Konkurrenskommissionens bedömning har ledningen för Huddinge universitetssjukhus AB meddelat att bolaget skall upphöra med den kritiserade verksamheten.

II) I gruppen ärenden rörande konkurrensnedvridning på annat sätt har Konkurrenskommissionen under verksamhetsåret avgjort 1 (1) ärende, vilket resulterade i kritik från kommissionen:

KKO 01-054, överträdelse av myndighetens kompetens. Centrala Studiestödsnämnden (CSN) hänvisade sökande av studiemedel för resor till och från studier på utländsk ort att köpa erforderliga resor från ett visst (privat) resebyråföretag. Någon möjlighet för studiemedelssökande att vända sig till någon annan resebyrå förelåg inte om resan skulle finansieras med studiemedel. Konkurrenskommissionen konstaterade att varken studiemedelslagen, studiemedelsförordningen eller Centrala Studiestödsnämndens egna bestämmelser som meddelats med stöd av dessa författningar lämnade något

stöd för att tvinga studiemedelssökande att använda en viss resebyrå. Om CSN vill tillhandahålla resebyråtjänster till de studiemedelssökande borde detta kunna ske på frivillig väg, påpekade kommissionen, som bedömde att det kritiserade förfarandet innebar en snedvridning av konkurrensen.