



KONKURRENS

kommissionen

VERKSAMHETSBERÄTTELSE 2007-2008

ÅRET I KORTHET

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

Under verksamhetsåret 2007 – 2008 har totalt 22 fall anmälts till kommissionen av enskilda och företag som ansett att konkurrensen snedvridits med allmänna medel. Kommissionen har dessutom på eget initiativ tagit upp 10 fall för granskning och avgjort 27 ärenden under året.

Konkurrenskommissionen uppmärksammade tidigt i sin verksamhet upphandlande myndigheters köp av tjänster från hel- eller delägda företag. Konkurrenskommissionen var tydlig i sin kritik med att bestämmelserna om offentlig upphandling också omfattar köp mellan kommuner och kommunala företag. Regeringsrättens domar av den 17 mars 2008 i de s.k. SYSAV-målen (RÅ 2008 ref. 26) visade att Konkurrenskommissionen haft rätt i sin kritik. Kommunala köp från egna bolag måste föregås av ett offentlig upphandlingsförfarande enligt LOU.

Liksom tidigare år har Konkurrenskommissionen uppmärksammat kommunernas upphandling av renhållningstjänster, där inte bara lagtrots utan även domstolstrots förefaller vara särskilt förekommande.

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

Utredningar och övrig information finns på Stiftelsen Den Nya Valfärdens hemsida: www.dnv.se



OM KONKURRENSKOMMISSIONEN

I januari 1994 sammankallades på initiativ av Stiftelsen Den Nya Valfärden, en oberoende kommission av experter för att bevaka och uppmärksamma frågor om konkurrenssnedvridning med stöd av allmänna medel. Konkurrenskommissionens ändamål är att aktivt motverka sådan konkurrenssnedvridning 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 ska uppmärksamma och motverka fall där offentliga, skattefinansierade organ genom överträdelse av lag eller förordning, genom skattesubventioner eller genom att sammanblanda myndighetsutövning med affärsverksamhet snedvrider konkurrensen.

Konkurrenskommissionen ska:

- 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 snedvrida konkurrensen,
- ge publicitet åt bedömda fall samt överlämna fallen till Konkurrensverket, (tidigare Nämnden för offentlig upphandling - NOU) och i förekommande fall även till annan gransknings- eller tillsynsmyndighet för kännedom eller åtgärd, samt
- lämna råd åt medborgare och företag som anser sig utsatta för skattefinansierad kränkning av konkurrensneutraliteten.

Ordförande i Konkurrenskommissionen har under verksamhetsåret varit f.d. generaldirektören och chefen för Riksrevisionsverket (RRV) G. Rune Berggren. Vice ordförande har varit f.d. stadsjuristen i Stockholm Inger Ridderstrand-Linderöth. Övriga experter i kommissionen har varit f.d. regeringsrådet Sigvard Berglöf, ordföranden i Den Nya Valfärden och civilekonomen Patrik Engellau, professorn i handelsrätt Erik Nerep, juristen och experten på konkurrensfrågor vid Näringslivets regelnämnd (NNR) Lennart Palm samt juris doktorn, advokat Hans Stenberg.

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.

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 där varje bedömning inriktas på att utreda huruvida konkurrensen riskerar att snedvridas genom överträdelser av lag eller annan författning, exempelvis konkurrenslagen, kommunalagen eller lagen om offentlig upphandling jämte bakomliggande EG-direktiv. I de ärenden som tas upp för utredning och slutlig bedömning uttalar sig kommissionen på grundval av föreliggande sakförhållanden. Kommissionen genomför normalt inte någon egen värdering med avseende på kvalitet och utförande. Kommissionen svarar ensam för sina slutsatser.

Resultatet av Konkurrenskommissionens granskningar överlämnas regelmässigt till berörda offentliga organ samt för kännedom till Konkurrensverket (tidigare även till Nämnden för offentlig upphandling - NOU). Bedömningarna tillställs även massmedia. Sedan starten år 1994 har Konkurrenskommissionen mottagit mer än tusen diarieförda anmälningar från enskilda och företag som ansett att konkurrensneutraliteten kränkts. Därutöver har kommissionen på eget initiativ tagit upp flera fall för granskning och bedömning. Av hittills anhängiggjorda ärenden har 542 lett till utredning och slutlig bedömning i kommissionen. Återstående ärenden har avskrivits eller är under pågående utredning.

VERKSAMHETSÅRET 2007/2008

Konkurrenskommissionens fjortonde verksamhetsår har omfattat perioden den 1 juli 2007 till och med den 30 juni 2008.

Under verksamhetsåret har Konkurrenskommissionen mottagit 22 (58) diarieförda anmälningar från enskilda och företag som ansett att konkurrensneutraliteten kränkts med allmänna medel. Därutöver har kommissionen på eget initiativ tagit upp 10 (9) fall för granskning. Av de i kommissionen anhängiggjorda ärendena har 27 (38) lett till slutlig bedömning. Övriga ärenden har antingen avskrivits eller är under pågående utredning. Kommissionen har avhållit fem protokollförda sammanträden (siffrorna inom parantes avser jämförelse med föregående verksamhetsår).

Bedömda ärenden

De ärenden Konkurrenskommissionen har utrett och bedömt under året kan delas in i tre huvudgrupper: I) ärenden rörande konkurrenssnedvridning genom åsidosättanden av reglerna för offentlig upphandling, II) ärenden rörande konkurrenssnedvridning genom överträdelser av den egna kompetensen, samt III) ärenden rörande konkurrenssnedvridning på annat sätt.

Kommissionen har under verksamhetsåret noterat ett flertal fall där offentliga aktörer, vilka riskerat att utsättas för kommissionens kritik, frivilligt vidtagit rättelse efter det att felaktigheter har uppmärksamats genom kommissionens preliminära utredning (PM 1). Kommissionen har i dessa fall utan ytterligare påpekanden lagt ärendena till handlingarna.

I) Inom gruppen av ärenden rörande konkurrenssnedvridning genom åsidosättanden av reglerna för offentlig upphandling har Konkurrenskommissionen avgjort 25 (33) ärenden. Samtliga av dessa ärenden har resulterat i kritiska synpunkter från kommissionen.

II) Inom gruppen av ärenden rörande konkurrenssnedvridning genom överträdelser av den egna kompetensen har kommissionen avgjort 2 (4) ärenden. Samtliga av dessa ärenden har resulterat i kritik eller kritiska synpunkter från kommissionen.

III) Inom gruppen ärenden rörande konkurrenssnedvridning på annat sätt har Konkurrenskommissionen under året inte avgjort något ärende.

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

Exempel på ärenden som även prövats i domstol

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

Av Konkurrenskommissionens under året avgjorda ärenden har såvitt känt hittills fem ärenden även varit föremål för process i allmän förvaltningsdomstol om s.k. överprövning enligt bestämmelserna om offentlig upphandling.

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

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

Den upphandlingsrättsliga reglering som numera, sedan den 1 januari 2008, återfinns i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU – jämte lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – LUF – är på samma sätt som enligt den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – G-LOU, konstruerad som en heltäckande förfarandereglering. Regelverket lämnar därför mycket litet utrymme för upphandlande myndigheter och enheter att avvika från de processer och metoder som lagarna anvisar. De myndigheter och företag (s.k. upphandlande myndigheter eller enheter) som omfattas av regleringen saknar som regel möjlighet att själva välja om de vill följa bestämmelserna eller ej, eftersom skyldighet i angivet avseende följer av lag.

Med offentlig upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet eller enhet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader. Också rena byten av prestationer, genom s.k. barteravtal, eller i samband med sponsring och liknande, kan utgöra upphandlingar i lagens mening. Lagen innehåller dock ett antal undantagsbestämmelser som dispenserar från vidare tillämpning. Särskilda i lag eller annan författning uppräknade avtalstyper, exempelvis: anställningsavtal och hyresavtal samt vissa arkeologiska tjänster, omfattas inte av upphandlingsskyldighet enligt LOU eller LUF. Vidare undantas köp av tjänster direkt från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning som är förenlig med EG-fördraget har ensamrätt att utföra tjänsten. För upphandlingar som rör rikets säkerhet m.m. gäller en särskild reglering där regeringen, eller den upphandlande enhet som regeringen förordnar, kan föreskriva eller i enskilda fall besluta om undantag från LOU.

Däremot får kommuner (inklusive landstingskommuner) inte utan upphandling enligt LOU köpa tjänster från hel eller delägda kommunala bolag. Inte heller föreligger det några lagliga möjligheter för kommuner att till sina egna bolag ”överföra” utförandet av vissa kommunala angelägenheter, så länge särskild ersättning utgår för tjänsternas fullgörande. Kommuner och kommunala företag är enligt svensk rättspraxis således förbjudna att vid sidan om LOU köpa och sälja tjänster mellan varandra (Se RÅ 2008 ref. 26, SYSAV, samt RÅ 2000 ref. 60, Dalatrafik).

Enligt gemenskapsrättslig praxis gäller dessutom en allmän försiktighetsprincip enligt vilken förekommande undantag i det upphandlingsrättsliga regelverket ska tolkas restriktivt (”strikt”). Vidare har den upphandlande enhet som åberopar en undantagsbestämmelse bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana särskilda omständigheter som kan motivera att undantag görs (se EG-domstolens dom av den 13 oktober 2005 i mål C 458/03, Parking Brixen, REG 2005, s. I 5397, p. 63; se även

domstolens dom av den 11 januari 2005 i mål C 26/03, Stadt Halle, REG 2005, s. I 1, p. 46, samt dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28-01, kommissionen mot Tyskland, REG 2003 s. I- 3609, p. 58).

Påståenden att upphandlande myndigheter och enheter av något skäl inte skulle vara skyldiga att följa LOU, LUF eller bakomliggande upphandlingsdirektiv är således som regel direkt felaktiga och vilseledande. För att nå full klarhet i de enskilda fallen samt för att tydliggöra allvaret av Konkurrenskommissionens kritik förekommer det att Stiftelsen Den Nya Valfärden tillhandahåller juridisk expertis för att i bland annat domstol biträda förfördelade leverantörer och andra.

Bland Konkurrenskommissionens under verksamhetsåret avgjorda ärenden som även har behandlats i domstol kan nämnas bl.a. följande:

Stockholms stad bröt mot lag två gånger i samma upphandling, både vid kvalifikationen av anbudsgivare och vid värderingen av anbud, KKO 07-018 och 07-025

Trafikkontoret i Stockholms stad hade inhämtat anbud i en öppen upphandling avseende sophämtning (insamling av avfall) i stadsdelarna Norrmalm/Vasastaden och Kungsholmen.

Inför den inledande s.k. kvalifikationsprövningen i upphandlingen uppställdes bl.a. krav på att anbudsgivarna skulle ha godkänt resultat i en muntlig referenstagning där två referenter skulle poängsätta anbudsgivarna i en skala 1-6. För anbudsgivare som tidigare hade utfört renhållningstjänster åt staden skulle vidare den ene referenten vara Trafikkontoret självt. Trafikkontoret skulle således intervjua sig själv om och poängsätta anbudsgivarens kvalifikationer, och kunde därigenom i praktiken ensidigt styra vilka anbud som skulle upptas till slutlig prövning och värdering i upphandlingen.

Konkurrenskommissionen påpekade i sin utredning (KKO 07-018) att förfarandet med att staden intervjuade sig själv framstod som olämpligt ur rättssäkerhetssynpunkt samt att föreskriften om muntliga referensomdömen i kvalifikationsfasen av en upphandling strider mot LOU och bakomliggande upphandlingsdirektiv. De enda referensuppgifter avseende en anbudsgivares kapacitet som en upphandlande myndighet kan begära är en förteckning över de viktigaste tjänster som anbudsgivaren har tillhandahållit under de tre senaste åren, med uppgift om belopp och tidpunkt samt om mottagaren var en upphandlande enhet eller inte. Förteckningen ska kunna styrkas genom bevis i form av intyg om tidigare leveranser som har utfärdats eller attesterats av behörig upphandlande myndighet eller i andra fall skriftligen bekräftats av mottagaren. Några andra bevis eller omdömen om exempelvis hur väl tidigare tjänster har utförts kan inte krävas.

En anbudsgivare som hade uteslutits vid kvalifikationsfasen av upphandlingen på den grunden att Trafikkontoret inte hade givit företaget godkänt resultat vid referensprövningen (2,9 istället för 3 poäng, som krävdes) begärde överprövning mot stadens tilldelningsbeslut. Länsrätten i Stockholms län biföll begäran och förordnade att Stockholms stad fick avsluta den aktuella upphandlingen först sedan den rättats på så sätt att den klagande leverantörens anbud skulle upptas till prövning i anbudsvärderingen. Av domskälen framgår bl.a. följande:

Enligt länsrättens uppfattning följer det av 1 kap. 18 § LOU och 7 § bevisförordningen att det vid kvalificeringsbedömningen inte är tillåtet att beakta andra bevis om en leverantörs tekniska förmåga och kapacitet än sådana bevis som anges i 7

§ bevisförordningen. Stöd för den tolkningen ges även i artikel 48 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster. I artikeln föreskrivs att en ekonomisk aktörs tekniska och/eller yrkesmässiga kapacitet skall bedömas och kontrolleras i enlighet med vad som närmare föreskrivs om bevis i punkterna 2 och 3 i artikeln. Uppräkningen i artikeln anses vara uttömmande (se prop. 2006/07:128 s. 399). Det kan noteras att de bevis som anges i punkterna 2 och 3 - med undantag för byggtjänster - inte tar sikte på hur väl tidigare tjänster har utförts.

Länsrätten finner mot bakgrund av det ovan anförda att det i den aktuella upphandlingen tillämpade förfarandet att vid kvalificeringsbedömningen beakta referenser på sätt som gjorts strider mot 1 kap. 18 § LOU och bevisförordningen samt mot kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Vad [Staden] anför om att referenstagningen är utformad som ett skall-krav och framgår av förfrågningsunderlaget föranleder inte någon annan bedömning. Bolaget får anses ha visat att bristen är sådan att den medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Det föreligger därför grund för åtgärd med stöd av 7 kap. 2 § LOU. Med hänsyn till omständigheterna finner länsrätten att det är tillräckligt att rättelse sker på så sätt att en ny anbudsvärdering görs varvid även bolagets anbud skall prövas. (Länsrätten i Stockholms län, dom av den 14 september 2007 i mål 16107-07)

Vid det nya beslut om tilldelning som fattades av Stockholms stad antog staden ett anbud som inte uppfyllde för upphandlingen ställda krav. Anbudet innefattade en för anbudsgivaren mindre resurskrävande teknisk lösning än vad som krävdes enligt upphandlingsföreskrifterna. Konkurrenskommissionen kritiserade i en separat utredning (KKO 07-025) detta förfarande och påpekade att uppställda skall-krav inte får efterges i efterhand. Det vinnande anbudet borde av detta skäl rätteligen ha förkastats och skulle aldrig ha upptagits till slutlig värdering och tilldelning i upphandlingen.

Den anbudsgivare som hade placerat sig som rangordnad tvåa vid anbudsvärderingen, vilket f.ö. var samma företag som felaktigt hade fått sitt anbud förkastat i första omgången, begärde ytterligare överprövning mot upphandlingen. Länsrätten i Stockholms län biföll överprövning samt förordnade denna gång att upphandlingen skulle göras om. I domskälen redovisas bl.a. följande motivering:

Länsrätten konstaterar att det skall-krav som, [Staden] ställt upp och som nu är ifråga får anses klart och tydligt [...]. Kravet har dock inte uppfyllts av den vinnande anbudsgivaren. Att det vinnande anbudet haft en annan lösning av transporterna som [Staden] funnit godtagbar, eftersom den också blev billigare, gör inte att skall-kravet kan anses uppfyllt eller att [Staden] ägt avvika från skall-kravet. [Staden] har härigenom brutit mot 1 kap. 4 § LOU. (Länsrätten i Stockholms län, dom av den 18 oktober 2007 i mål 20318-07)

Stockholms stad har i enlighet med Konkurrenskommissionens påpekanden således överbevisats om att ha gjort fel på två avgörande punkter inom ramarna för en och samma upphandling. För närvarande pågår enligt uppgift arbete med att utforma en ny upphandling avseende aktuella tjänster för sophämtning (insamling av avfall) i stadsdelarna Norrmalm/Vasastaden och Kungsholmen.

Stockholms stad har brutit
mot upphandlingslagen.

Foto: Yanan Li

Falkenbergs kommun bröt mot LOU genom att utforma upphandlingsförutsättningarna så att enbart ett visst företags produkter kunde komma ifråga för anbudsgivning, KKO 07-010

Falkenbergs kommun hade inhämtat anbud i en förenklad upphandling (enligt de nationella bestämmelserna i 6 kap. i 1992 års lag om offentlig upphandling - G-LOU) avseende redskap i form av klippverktyg för den kommunala räddningstjänstens behov. I förfrågningsunderlaget uppställdes en mängd obligatoriska s.k. skallkrav avseende bland annat verktygens utformning och funktion som till största delen (34 av totalt 55 krav) hade utformats på ett sätt som i huvudsak överensstämde med enbart en viss tillverkares produkter och i något fall till och med innefattade krav på patentskyddad konstruktion.

Konkurrenskommissionen kritiserade förfarandet och påpekade att om ett förfrågningsunderlag innehåller en teknisk beskrivning av föremålet för upphandlingen måste den tekniska beskrivningen enligt vid tidpunkten gällande reglering i G-LOU göras med hänvisning till följande kriterier.

- 1. svensk standard som överensstämmer med europeisk standard,*
- 2. ett sådant europeiskt tekniskt godkännande av en produkts lämplighet som gjorts av ett organ som godtagits av EES- länderna, eller*
- 3. en teknisk specifikation som utformats enligt ett förfarande som godtagits av EES-länderna och som publicerats i Europeiska gemenskapernas officiella tidning.*

Beskrivningen får som huvudregel inte hänvisa till någon särskild vara eller process på ett sådant sätt att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådant hänvisning får dock förekomma om det framstår som motiverat med hänsyn till föremålet för upphandlingen. Förekommande hänvisningar ska i sådant fall alltid följas av orden ”eller likvärdig”.

Från vägledande gemenskapsrättslig praxis kan nämnas bl.a. EG-domstolens dom av den 24 januari 1995 i mål C-359/93, kommissionen mot Nederländerna (UNIX 1), REG 1995, s. I-157, där en nederländsk upphandlande enhet hade uppställt krav med innebörd att enbart produkter innehållande operativsystemet UNIX kunde komma ifråga. Kravet motiverades av tekniska skäl med hänvisning till utrustningens planerade användning och behovet av kompatibilitet i förhållande till den upphandlande enhetens övriga utrustning. EG-domstolen ansåg trots detta att hänvisningen hindrade handeln och således utgjorde brott mot principen om fri rörlighet och därmed även mot likabehandlingsprincipen enligt gällande upphandlingsdirektiv. Även i ett senare avgörande, EG domstolens dom av den 28 oktober 1999 i målet C-328/96, kommissionen mot Österrike (UNIX II), REG 1999, s. I-07479, kom domstolen till en liknande slutsats.

I sammanhanget förtjänar även uppmärksammas ett fall där en svensk kommun med hänvisning till bl.a. tekniska skäl hade utformat kravspecifikationen i ett antal datorupphandlingar med krav på ett visst varumärke, utan tillägg av orden ”eller likvärdig”. Mot detta reagerade EG-kommissionen som inledde ett granskningsförfarande. Av EG-kommissionens skrivelse till kommunen framgår att hänvisning till ett specifikt märke, även om det kombineras med orden ”eller likvärdig”, kan komma i fråga endast i de fall då det som ska upphandlas inte låter sig beskrivas på ett mer neutralt sätt, genom hänvisning till europeiska eller nationella tekniska specifikationer. EG-kommissionen ifrågasatte om angivandet av varumärkesreferens över huvud

taget varit sakligt motiverad, och menade att ”en hänvisning till en lämplig norm som har utvecklats för mätning av prestanda av datorer skulle kunna vara ett alternativ” (se vidare NOU-info mars 2004 sid. 10 f).

EG-direktivens förbud mot villkor att en produkt av ett visst märke eller från någon viss tillverkare ska användas, utan möjlighet för konkurrerande leverantörer att erbjuda likvärdiga produkter (s.k. produktdiskriminering) har av EG-domstolen ansetts så grundläggande att förbudet får anses följa redan av EG-fördragets princip om fri rörlighet av varor och tjänster.

EG domstolen hade i målet Vestergaard (C-59/00) att bedöma ett förfarande där ett danskt kommunalt bostadsföretag (Spøttrup Boligselskab) i en upphandling av byggentreprenad hade förskrivit som ett obligatoriskt skall-krav att enbart fönster av visst fabrikat kunde komma ifråga. Kontraktshandlingarna innehöll följande klausul: ”Dörrar och fönster i PVC. Utvändiga dörrar och fönster skall levereras av: Hvidbjerg Vinduet, Østergade 24, 7790 Hvidbjerg (Danmark)”. Mot detta för upphandlingen obligatoriska s.k. skall-krav invände en leverantör (Vestergaard) som ansåg sig kunna utföra byggentreprenaden med användande av likvärdiga fönster av annat fabrikat.

Det upphandlande bostadsföretaget invände att upphandlingen avsåg ett kontraktswärde som understeg gällande tröskelvärde för byggentreprenader (5 miljoner euro) samt angav att det danska nationella regelverket inte innefattar någon bestämmelse motsvarande det gemenskapsrättsliga förbudet att vid offentlig upphandling, utan tillägg av orden ”eller likvärdig”, hänvisa till visst märke, fabrikat eller ursprung.

EG-domstolen konstaterade i dom den 3 december 2001 att även om vissa avtal inte omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsdirektiven på området för offentlig upphandling är de upphandlande enheter som ingår sådana avtal ändå skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler (pp. 20 och 21) samt att kravet på hänvisning genom orden ”eller likvärdig” ingår i dessa grundläggande regler (p. 22).

EG-domstolen angav därför att det strider mot artikel 30 i EG-Romfördraget (nu artikel 28 EG i ändrad lydelse) att en upphandlande enhet i kontraktshandlingarna till ett kontrakt som inte överskrider gällande tröskelvärde för in en klausul enligt vilken produkter av ett visst märke skall användas vid fullgörandet av kontraktet, såvida inte detta krav åtföljs av tillägget eller likvärdigt (se EG-domstolens beslut av den 3 december 2001 i mål C 59/00, Vestergaard, REG 2001, s. I 9505).

Förbudet mot produktdiskriminering har därigenom generell tillämplighet för samtliga offentliga anskaffningar, såväl inom som utanför den direktivstyrda sektorn. Även upphandlingar under det s.k. tröskelvärdet, som genomförs enligt 6 kap. G-LOU, omfattas därigenom av förbudet.

I det aktuella ärendet begärde en konkurrerande leverantör – som inte kunde uppfylla samtliga skall-krav i upphandlingen eftersom deras verktyg byggde på delvis andra tekniska lösningar än de angivna – överprövning mot upphandlingen. Länsrätten i Hallands län biföll talan om överprövning samt förordande att upphandlingen med ändring av upphandlingsföresättningsarna skulle göras om. Av domskälen framgår bl.a. följande:

I förfrågningsunderlaget har de verktyg som ska upphandlas specificerats så detaljerikt och med ett stort antal icke-neutrala krav att det synes som om endast ett visst fabrikat kan komma ifråga. Enligt länsrättens mening har godtagbara skäl till

sådan ingående kravspecifisering inte framkommit i målet. Med hänsyn härtill och då det i förfrågningsunderlaget saknas uppgift om att likvärdiga varor kan komma ifråga får upphandlingen anses strida mot den EG-rättsliga principen om likabehandling och mot 1 kap. 4 § [G-LOU]. Leverantörer av likvärdiga klippverktyg har således utestängts från möjligheten att lämna anbud på förfrågningsunderlaget. [Den klagande leverantören] får därmed anses ha lidit skada. Upphandlingen ska därför göras om (se Länsrätten i Hallands län, dom av den 12 mars 2007 i mål 304-07).

Andra särskilda iakttagelser under året

Utifrån de ärenden som Konkurrenskommissionen haft att granska under verksamhetsåret kan iakttas att många upphandlingar – femton år efter lagens (G-LOU) ikraftträdande – fortfarande uppvisar stora brister.

Fortfarande sker i stor utsträckning köp direkt mellan kommuner och kommunala bolag, utan mellankommande upphandling. Detta trots att sådana förfaranden enligt en regeringsrättsdom (RÅ 2008 ref. 26, SYSAV, se vidare nedan) inte får komma ifråga.

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

För närvarande bereds inom regeringskansliet ett förslag om nya rättsmedelsbestämmelser för offentlig upphandling. Bestämmelserna, som innebär ett införlivande av EU:s nya rättsmedelsdirektiv (Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EG och 92/13/EG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling) ska enligt uppgift implementeras i svensk lag med planerat ikraftträdande från och med årsskiftet 2010.

Direktivets bestämmelser måste vara satta i kraft på nationell nivå senast den 20 december 2009, vilket innebär att för svenskt vidkommande, lagstiftningsarbetet inte får försenas ytterligare. Detta framstår som särskilt betydelsefullt eftersom Sverige nyligen har fällts av EG-domstolen för fördragsbrott avseende tidigare brister i implementeringen av försörjningssektorsdirektivet (2004/17/EG) och det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) – se EG-domstolens dom av den 18 december 2007 i mål C-257/07, kommissionen mot Sverige, REG 2007, s. I-0000 samt av den 31 januari 2008 i mål C-259/07, kommissionen mot Sverige, REG 2008, s. I-0000). Ytterligare brister i implementeringen av gemenskapsrättsliga upphandlingsbestämmelser skulle av detta skäl riskera att allvarligt skada Sveriges anseende

De nya rättsmedelsdirektiven innehåller bland annat konkreta tidsfrister för kontraktstecknande och överprövning av tilldelningsbeslut. I stora delar överensstämmer den föreskrivna regleringen med de lagändringar som sedan 2002 har gällt i Sverige

om bland annat en period av tio dagars (i praktiken 11 dagars) stilleståndsperiod under vilken möjligheten att stoppa en upphandling alltid ska finnas. En nyhet i direktivet är att även de upphandlande myndigheternas direkttilldelning av kontrakt över tröskelvärdena som regel ska offentliggöras och att konkurrerande leverantörer således ska ges möjlighet att få prövat om de lagliga förutsättningarna för sådan tilldelning är uppfyllda.

Referenser

En ytterligare nyhet i direktivet är att om en upphandlande myndighet tecknar avtal utan iakttagande av bestämmelserna om tidsfrister, eller – som det kan förstås – i strid mot domstols förordnande, ska avtalet komma att sakna civilrättslig verkan mellan parterna. Följderna av sådan ogiltighet ska fastställas av ett behörigt prövningsorgan, vilket i Sverige torde komma att bli allmän förvaltningsdomstol. Direktivet innehåller dock en preskriptionstid på sex månader efter det att avtalet faktiskt slöts, i syfte att skydda inblandade ekonomiska intressen och förtroendet för handeln i stort.

En fråga av betydelse är hur referenser ska hanteras i upphandlingsprocessen. Tillämpningen av referenser vid offentlig upphandling har i ett allmänt perspektiv tidigare berörts i Konkurrenskommissionen verksamhetsberättelse för tionde verksamhetsåret (2003/2004). Senare tids rättspraxis samt tillkomsten av 2007 års lag om offentlig upphandling motiverar emellertid ytterligare klarlägganden.

Konkurrenskommission har under åren haft anledning att behandla ärenden där upphandlarnas värdering av ”referenser” varit avgörande för bedömningen om tilldelning vid offentlig upphandling. I ett fall (se ovan, referatet av KKO 07-018 och 07-025) har en kommun till grund för värderingen av viss leverantör, på eget initiativ beaktat negativa omdömen som avgivits från en konkurrent i upphandlingen samtidigt som kommunen bortsåg från att höra sådana referenter som leverantören själv hade anvisat i sitt anbud. I ett annat fall – mer utförligt redovisat på annan plats i denna verksamhetsberättelse – hade en kommun föreskrivit att anbudsgivarna, för att få sina anbud prövade, måste erhålla minst godkänt resultat från samtliga referenter. För anbudsgivare som tidigare hade levererat liknande tjänster åt kommunen skulle kommunen dessutom tillfrågas som en av (totalt) två referenter. Kommunens förvaltning skulle därmed intervjua sig själv och kunde i praktiken ensidigt styra vilka anbud som skulle upptas till slutlig prövning och värdering i upphandlingen.

Ett grundläggande problem med omdömesbaserade referenser som urvalsinstrument är att sådana ytterst bygger på en mer eller mindre subjektiv analys, vilken som regel varierar beroende på vem som tillfrågas. Som instrument för urval mellan leverantörer bör referenser som också innefattar olika slags omdömen redan av detta skäl tillämpas med stor försiktighet.

Den omständigheten att bruket av referenser som regel också riskerar att medföra en språklig eller kulturell begränsning till upphandlarens eget språk- och kulturområde, innebär också att illa genomtänkta krav på referenser kan komma att medföra sådana geografiska inskränkningar som negativt påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Mot bakgrund av gemenskapsrättslig praxis (se nedan) framstår det tveksamt att referensomdömen avseende anbudsgivarnas kvalifikationer kan komma ifråga som instrument för utvärdering av anbud.

Vad som ska avses med ”referenser” samt i vilket avseende dessa kan tillmätas betydelse för värdering av anbud är föremål för skiftande tillämpning av upphandlande myndigheter och enheter.

En första fråga som inställer sig är vilken typ av utsagor som överhuvudtaget ska anses utgöra ”referenser”. Ska begränsning ske till enbart sådana uppgiftslämnare som viss leverantör själv har hänvisat till i sitt anbud eller sin anbudsansökan, eller får den upphandlande myndigheten eller enheten självständigt söka upp referenser i form av exempelvis missnöjda kunder och åberopa även dessa mot en viss anbudsgivare? En annan fråga är om den upphandlande myndigheten eller enhetens egen erfarenhet av en viss leverantör kan läggas till grund för bedömning inom kriteriet ”referenser”.

Begreppet ”referens” härleds från verbet ”referera” och definieras i ordböckerna som en ”hänvisning till person eller institution som kan lämna upplysning om en person [...] ofta övergående i betydelsen person eller institution som åberopas på detta sätt” (Svenska akademins ordbok) eller en ”person som man hänvisar till för upplysning av en viss persons kvaliteter” (Nationalencyklopedins ordbok).

Det kan mot denna bakgrund sättas i fråga om ett omdöme som en leverantör själv inte har refererat till (åberopat) ska anses utgöra en ”referens” för denne. Någon referens har ju inte skett, i så måtto att leverantören har hänvisat till personen eller institutionen i fråga som uppgiftslämnare. Av flera skäl kan leverantörer ha intresse av att kontrollera informationsflödet om sin anbudsgivning. I vissa fall kan det exempelvis utgöra en afärshemlighet att anbud över huvud taget har lämnats i en specifik upphandling.

Av den grundläggande principen om öppenhet (transparens), som numera finns införd i 1 kap. 9 § LOU och 1 kap. 24 § LUF, följer vidare ett krav på att det måste framgå klart och tydligt på vilka grunder ingivna anbud eller ansökningar om att lämna anbud ska komma att bedömas. Ett system där den upphandlande myndigheten eller enheten på egen hand letar upp referenser och lägger deras utsagor till grund för bedömning torde knappast uppfylla detta krav på förutsägbarhet. Om den upphandlande myndigheten eller enheten skulle vilja inhämta och bedöma även andra omdömen än sådana som anbudsgivaren själv anvisat, bör detta i vart fall klarläggas i förfrågningsunderlaget jämte systemet för hur sådan informationsinhämtning ska gå till. Liknande bedömning måste gälla även i fråga om den upphandlande myndighetens eller enhetens egna omdömen om leverantörerna. Om myndigheten eller enheten avser att kunna lägga andra omdömen till grund för upphandlingsprövningen än sådana referenter som leverantörerna själva hänvisat till måste detta klarläggas i förfrågningsunderlaget.

Om det i annonsen eller underlaget för upphandlingen anges krav på referenser i något hänseende uppkommer också frågan om det därmed följer en skyldighet för den upphandlande myndigheten eller enheten att också kontrollera och beakta samtliga referenser som åberopas, eller om myndigheten eller enheten efter fritt skön kan underlåta sådan åtgärd.

Enligt principerna om likabehandling och icke-diskriminering samt öppenhet (transparens), som följer av bl.a. 1 kap. 9 § LOU, ska samtliga leverantörer behandlas på ett likvärdigt och förutsägbart sätt. Den upphandlande myndigheten eller enheten bör av dessa skäl kontrollera samtliga referenter som anvisas i anbudet (se NOU-info mars 1998 sid. 16 f).

Om den upphandlande myndigheten eller enheten avser att exempelvis själv kontakta referenterna och inhämta muntliga referenser, vilket synes vara det vanligast förekommande förfarandet, bör myndigheten eller enheten vidare redovisa vilka frågor som kommer att ställas. Tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU) anger i sina kommentarer bl.a. följande:

”Ett bra sätt att minska risken för subjektiva bedömningar, är att redan i förfrågningsunderlaget uppge vilka frågor som kommer att ställas till de lämnade referenserna och hur dessa kommer att poängsättas och värderas. Frågorna bör även skickas ut skriftligen och svar begäras skriftligen. På så sätt har den upphandlande myndigheten eller enheten även ett bra dokumenterat underlag vid eventuella tvister.” (NOU-info juni 2003 sid. 6).

Nämndens rekommendation illustrerar tydligt vikten av att anbudsgivarna i förväg lämna information om förutsättningarna för referenstagningen, vilket även torde följa av det numera i LOU och LUF inskrivna kravet på öppenhet (transparens).

Om det av något skäl skulle visa sig för betungande att genomföra erforderliga kontroller kan myndigheten eller enheten genom exempelvis en föreskrift i upphandlingsunderlaget begränsa antalet referenser till ett visst antal per anbudssökande eller anbudsgivare samt föreskriva att referenserna måste inges skriftligen tillsammans med anbudet eller anbudsansökningarna, som s.k. leveransattester (se vidare nedan) eller betygsomdömen.

Den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att iaktta visst dokumentationskrav och bl.a. bevara föreliggande kommunikation, informationsutbyte och lagrade uppgifter som rör ett upphandlingsärende på ett säkert sätt (se 9 kap. 6 § LOU samt 9 kap. 6 § LUF). Myndigheten eller enheten ska vidare (enligt 9 kap. 12 § LOU eller 9 kap. 14 LUF) för varje upphandling upprätta ett protokoll. Av protokollet ska framgå bl.a. orsaken till varför aktuellt kontrakt eller ramavtal inte har tilldelats viss leverantör.

Referensernas rätta plats vid upphandlingsprövningen

En andra och möjligen något mer komplicerad fråga är i vilken ordning i ett upphandlingsförfarande som förekommande referenser ska beaktas. Frågan sammanhänger med att prövningen av inkomna anbud är uppdelad i två faser, kvalifikationsprövning och anbudsvärdering samt att denna prövning i sin tur föregås av en legal uteslutningsprövning, där oseriösa aktörer kan uteslutas från allt vidare deltagande i en upphandling på grund av exempelvis ekonomiskt obestånd, tidigare brottslighet eller allvarligt fel i yrkesutövningen.

Värt att notera är att ”referenser”, i form av vitsord och liknande värdeomdömen, inte utgör något självständigt kriterium, utan endast kan tjäna som bevismedel för att styrka sådana omständigheter som ska visas med referenserna. I vad mån förekommande referensomdömen, vitsord, eller motsvarande ska hänföras till kategorin kvalifikationskriterier eller till värderingskriterier måste således bedömas med utgångspunkt i vad som ska styrkas med dessa.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska efter anbudsöppning, som regel inleda handläggningen med att pröva om aktuella anbud eller anbudsansökningar har kommit in i tid samt uppfyller för upphandlingen grundläggande s.k. skall-krav. Anbud som inkommit för sent eller som inte uppfyller ställda krav ska förkastas ur upphandlingen såsom orena bud och får inte upptas till ytterligare prövning. Enligt 10 kap. LOU/LUF ska myndigheten eller enheten därefter pröva om anbudssökanden eller anbudsgivaren av något skäl ska uteslutas på någon legal uteslutningsgrund.

Exempelvis ska en leverantör som huvudregel uteslutas från deltagande i en offentlig upphandling om den upphandlande myndigheten eller enheten har fått kännedom

Foto: DNV



Pär Cronhult, chefsjurist vid Konkurrenskommissionen.

om att leverantören (eller en företrädare för leverantören) enligt lagakraftvunnen dom är dömd för brott som innefattar deltagande i en kriminell organisation, bestickning eller bedrägeri.

Den upphandlande myndigheten eller enheten kan härutöver även utesluta leverantör som är på obestånd eller i konkurs eller som har gjorts till föremål för ett pågående obeståndsförfarande av vissa i lagen angivna slag. Uteslutning kan också ske om den upphandlande myndigheten eller enheten kan visa att leverantören (eller en företrädare för leverantören) lagakraftvunnet har dömts för brott eller har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen eller om leverantören inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt eller i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar i upphandlingen.

Innan kontrakt tilldelas ska, enligt 11 kap. LOU/LUF, den upphandlande myndigheten eller enheten också pröva anbudssökandens eller anbudsgivarens kvalifikationer, under förutsättning att detta följer av underlaget för den aktuella upphandlingen.

Den upphandlande myndigheten eller enheten kan uppställa kriterier avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet (kallade ”kriterier för kvalitativt urval”) som leverantörerna måste uppfylla för att över huvud taget komma ifråga för att delta med anbud i den aktuella upphandlingen. Myndigheten eller enheten kan i så fall begära att leverantörerna styrker sina kvalifikationer genom skriftliga bevis. Inom den direktivstyrda klassiska sektorn anger lagen en uttömmande uppräkningslista av vilka bevis som får komma ifråga. Andra sorters bevis än sådana som framgår av lagen får i dessa fall inte krävas.

I fråga om ”referenser” framgår av uppräkningslistan att bevis om anbudsgivarnas tekniska kapacitet kan krävas i form av s.k. leveransförteckning över de viktigaste varuleveranser eller tjänster som har utförts under de tre senaste åren (eller i fråga om byggentreprenader: de senaste fem åren) med uppgift om värde och tidpunkt (och plats för byggentreprenader) samt huruvida det varit fråga om privata eller offentliga mottagare.

Leveransförteckningen kan vidare styrkas med hjälp av skriftliga intyg, s.k. leveransattester, som i första hand ska utfärdas av dem som har mottagit leveranserna (referenterna). Om detta av något skäl inte är möjligt kan förteckningen i andra hand styrkas genom skriftliga försäkranden från leverantören själv.

I fråga om varor eller tjänster får kriterierna för kvalitativt urval inte innefatta krav på bedömningar eller omdömen, utan inskränker sig till rena intyganden av att förtecknade leveranser faktiskt har ägt rum. Enbart i fråga om byggentreprenadarbeten får i kvalifikationsfasen förekomma krav på intyg om att arbetena har utförts på ett tillfredsställande sätt enligt gängse branschnormer samt har slutförts på ett korrekt sätt. Avseende varor och tjänster medför regelverket att förekommande leveransattester närmast ska jämföras med intyg medan betygsliknande omdömen i kvalifikationsfasen förbehålls enbart för byggentreprenadupphandlingar.

Slutligen ska enligt 12 kap. LOU/LUF den upphandlande myndigheten eller enheten värdera kvarvarande anbud samt med jämförelse av dessa anbud besluta om tilldelning i upphandlingen. Anbudsgivare som i förekommande fall inte har klarat kvalifikationsprövningen ska inte få sina anbud värderade eller tilldelas kontrakt i upphandlingen. Dessa anbud måste förkastas och får inte antas, hur tilltalande anbudet i övrigt än må vara.

Värderingen av inkomna anbud ska genomföras med utgångspunkt, antingen i vad som vid en sammanvägning av priset och kvalitet framstår som det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, eller i enbart lägsta pris. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga kan den upphandlande myndigheten eller enheten ta hänsyn till olika "kriterier för tilldelning". Kriterierna måste enligt principen om öppenhet (transparens) klart framgå av underlaget för upphandlingen och ska vara kopplade till föremålet för kontraktet (principen om proportionalitet). I LOU och LUF anges en icke uttömmande uppräkningslista av "kriterier för tilldelning" som kan komma ifråga vid anbudsvärderingen. Dessa består, förutom av anbudens pris, även av "leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd".

Uppräkningen ovan av kriterier för tilldelning som de upphandlande myndigheterna eller enheterna får välja mellan är emellertid inte uttömmande, varför även andra kriterier kan komma i fråga. Inte desto mindre är det enligt knäsat gemenskapsrättslig praxis så att "detta val endast kan avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet". Således kan "kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga [...] följaktligen inte anses utgöra 'kriterier för tilldelning' i den mening som avses i [de gemenskapsrättsliga direktiven]".

Exempelvis kan kriterier vilka "huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas erfarenhet, personalstyrka och utrustning samt förmåga att utföra projektet inom den fastställda tidsfristen" enligt EG-domstolen inte anses utgöra några "kriterier för tilldelning", utan dessa ska rätteligen prövas i den tidigare kvalifikationsfasen av upphandlingen, som "kriterier för kvalitativt urval". (se EG-domstolens dom av den 24 januari 2008 i mål C-532/06, Lianakis m.fl., REG 2008, s. I 0000, pp. 26-32; för liknande bedömning, se även domstolens dom av den 20 september 1988 i mål C 31/87, Gebroeders Beentjes, REG 1988, s. 4635, pp. 17-19, samt i viss mån, domstolens dom av den 19 juni 2003 i mål C-315/01, GAT, REG 2003, s. I-6351).

Uppdelningen i en kvalifikationsfas och en värderingsfas samt betydelsen av att upphandlande myndigheter eller enheter tydligt måste ange hur handläggningen ska gå till, är av grundläggande betydelse för att en rättvis anbudsvärdering ska komma till stånd. I delbetänkandet "Effektivare offentlig upphandling", konstaterade den av regeringen tillsatta Upphandlingskommittén bland annat följande:

"Frågan om hur upphandlande enheter tillämpar sina på förhand angivna utvärderingskriterier är nära kopplat till de upphandlande enheternas förmåga att utforma förfrågningsunderlag. Utvärderingskriterierna är ofta oklart formulerade och blandas ihop med kvalifikationskraven [...] Kommittén anser det vara belagt att alltför många upphandlande enheter tillåter sig att väga in andra omständigheter vid anbudsprövningen än de som angivits i förfrågningsunderlaget eller i annonsen. Ett sådant förfarande strider mot likabehandlings- och transparensprincipen" (SOU 1999:139, sid. 171).

Vad avser referenser får i den rena kvalifikationsfasen av en offentlig upphandling inom den direktivstyrda klassiska sektorn i fråga om byggtreprenadarbeten begäras att anbudsgivarna med intyg styrker att åberopade arbeten har utförts på ett tillfredsställande sätt enligt gängse branschnormer samt slutförts på ett korrekt sätt. Vid upphandling av varor eller tjänster inom den direktivstyrda klassiska sektorn får däremot inte referenser i form av omdömen om anbudsgivarnas tekniska kapacitet

att tillhandahålla efterfrågade varor eller tjänster krävas (se 11 kap. 11 § LOU andra stycket punkten 2 jämförd med samma stycke punkten 1). Enbart rena leveransattester som intygar att varor har levererats eller att tjänster har tillhandahållits under de tre senaste åren med uppgift om värde och tidpunkt får i dessa fall krävas.

För upphandlingar utanför den direktivstyrda delen av den klassiska sektorn, exempelvis inom de s.k. försörjningssektorerna samt av varor och A-tjänster under tröskelvärde och av B-tjänster, gäller emellertid inte motsvarande begränsningar. Inte heller föreligger det något förbud mot att omdömesbaserade referenser förekommer i den rena värderingsfasen, som ”kriterier för tilldelning” i syfte att läggas till grund för de upphandlande myndigheternas eller enheternas anbudsvärdering och beslut om tilldelning.

Dock medför det ovan redovisade kravet på uppdelning mellan ”kriterier för kvalitativt urval” och ”kriterier för tilldelning”, i belysning av bl.a. EG-domstolens praxis, att sådana omständigheter som referenserna ska bevisa inte får avse ”kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet”. Således får i värderingsfasen inte förekomma referensomdömen som ”huvudsakligen avser bedömningen av **anbudsgivarnas förmåga** att utföra projektet i fråga”. Exempelvis kan referensomdömen som hänför sig till ”anbudsgivarnas erfarenhet, personalstyrka och utrustning samt förmåga att utföra projektet inom den fastställda tidsfristen” inte komma i fråga som ”kriterier för tilldelning”. Detta begränsar ramarna för bruket av omdömesbaserade referenser i värderingsfasen högst väsentligt. (se EG-domstolens dom av den 24 januari 2008 i mål C 532/06, Lianakis, REG 2008, s. I-0000, punkterna 30–32, Konkurrenskommissionens markering med fet text).

Sammanfattning

Sammanfattningsvis framstår det som betydelsefullt att upphandlande myndigheter och enheter i förväg klart redovisar vad de avser med ”referenser” och hur förekommande referenstagningar ska gå till, eller alternativt, att myndigheterna och enheterna inhämtar erforderliga referenser i form av leveransattester eller skriftliga betygsomdömen redan tillsammans med anbudet.

Det är också väsentligt att upphandlande myndigheter och enheter beaktar att ”referenser” utgör enbart ett bevismedel och inte något självständigt utvärderingskriterium i sig, samt skiljer mellan uppgifter som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga (urvalsreferenser) från uppgifter som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (tilldelningsreferenser). Till grund för den slutliga anbudsvärderingen och beslut om tilldelning kan enbart tilldelningsreferenser komma i fråga. Urvalsreferenser, som hänför sig till exempelvis omdömen om anbudsgivarnas erfarenhet, personalstyrka och utrustning samt förmåga att utföra projektet inom den fastställda tidsfristen, tillåts förekomma enbart i upphandlingens kvalifikationsfas, och där läggas till grund för bedömning om viss leverantör ska inbjudas till anbudsgivning eller få sitt anbud upptaget till prövning i upphandlingen.

Urvalsreferenser ska däremot aldrig jämföras med själva anbudens pris eller andra rena kvalitetskriterier (”Kriterier för tilldelning”). I fråga om upphandlingar av varor eller tjänster inom den direktivstyrda klassiska sektorn hindrar regelverket således att omdömesbaserade urvalsreferenser över huvud taget krävs in. Enbart rena intyg i form av så kallade leveransattester kan i dessa fall komma ifråga.

SYSAV-domarna (RÅ 2008 ref. 26) – kommunala köp från egna bolag

Konkurrenskommissionen var tidigt ute i sin granskande verksamhet och uppmärksammade upphandlande myndigheters, främst kommuners och landstings, köp av tjänster från egna hel- eller delägda företag. Till grund för kritiken låg bedömningen att bestämmelserna om offentlig upphandling omfattar också köp av varor, tjänster eller byggtreprenadarbeten som genomförs mellan kommuner och kommunala företag, och att något utrymme för undantag i angivet avseende inte föreligger så länge aktuella köp sker mellan självständiga juridiska personer.

Som regel brukar de berörda kommunerna tillbakavisa kritiken med resonemang om att det är fråga om ”in-house överenskommelser” och att någon upphandlingsskyldighet inte föreligger i dessa fall. Det brukar vidare göras gällande att kommunerna har rätt att ”överföra” visst ansvar till sina hel- eller delägda företag i enlighet med kommunallagens (1991:900) reglering. Några köp har enligt kommunernas mening således aldrig varit i fråga.

I flera ärenden som Konkurrenskommissionen bedömt har talan förts även i allmän förvaltningsdomstol om överprövning enligt bestämmelserna om offentlig upphandling. Domstolarna biföll överprövning i samtliga fall och förordnade att upphandlingarna skulle göras om. Till grund därför angavs att de berörda företagen var från kommunerna fristående juridiska personer och att upphandlingsskyldighet därmed förelegat. Någon möjlighet att utan föregående offentligt upphandlingsförfarande ”överföra” utförandet av exempelvis tjänster har heller inte ansetts föreligga.

Trots utvecklingen i rättspraxis har kommuner och landsting fortsatt att argumentera för att kommunerna ändå har rätt att köpa tjänster från sina hel- eller delägda företag, främst genom att åberopa s.k. in-house undantag enligt EG-domstolens dom i det s.k. Teckal-målet (C-107/98, se nedan).

Under året har rättsläget klarlagts genom Regeringsrättens båda domar av den 17 mars 2008 i de s.k. SYSAV-målen (RÅ 2008 ref. 26). Domarna innebär att kommunala köp från egna bolag måste föregås av ett offentlig upphandlingsförfarande enligt LOU. Något sådant in-house undantag som tidigare brukat åberopas föreligger således inte enligt gällande svensk rätt. I enlighet med Regeringsrättens tidigare avgörande i det s.k. Dalatrafik-målet (RÅ 2000 ref. 60) – vilket Regeringsrätten hänvisar till i SYSAV-målen – föreligger det heller inte någon legal möjlighet för kommuner att vid sidan om det upphandlingsrättsliga regelverket ”överföra” utförandet av vissa kommunala tjänster till hel- eller delägda egna företag.

De s.k. SYSAV-målen gällde ett förfarande där två kommuner (Tomelilla och Simrishamn) löpande köper tjänster för avfallsförbränning direkt från det tillsammans med 12 andra sydsvenska kommuner gemensamt ägda företaget Sydskanes Avfallsaktiebolag (SYSAV). Ägarförhållandena i SYSAV är sådana att Tomelilla kommun äger 1,4 procent och Simrishamns kommun 1,95 procent av bolagets aktier och kapital. Av SYSAV:s verksamhet hänförde sig vid tidpunkten för domstolarnas prövning mindre än hälften, c:a 45 procent, till att omhänderta bl.a. delägarkommunernas hushållsavfall.

Den största delen av bolagets verksamhet, c:a 55 procent, hänförde sig till att omhänderta s.k. verksamhetsavfall från det egentliga näringslivet. Några kontrakt direkt mellan de berörda kommunerna och SYSAV fanns inte utan aktuella avtalsförhållanden har sin grund i ett s.k. konsortialavtal, där SYSAV:s delägarkommuner gentemot varandra förbundit sig att utnyttja bolagets tjänster för avfallsförbränning.

Uppdragen att förbränna de berörda kommunernas avfall hade således inte föregåtts av något offentligt upphandlingsförfarande. Detta kritiserades av Konkurrenskommissionen i två utredningar, KKO 04-051 och KKO 04-052.

Kritiken tillbakavisades av kommunerna, vilka i samordnade yttranden till Konkurrenskommissionen anförde bl.a. att de på EU-fördraget och gemenskapsrättsliga direktiv grundade bestämmelserna om offentlig upphandling inte innefattar något åläggande för upphandlande myndigheter att skapa konkurrens eller verka för att viss samhällssektor konkurrensutsätts. Regelverket tar istället sikte på att myndigheterna vid anskaffning ska utnyttja redan befintlig konkurrens. Kommunerna, som enligt lag har skyldighet att sköta renhållningen i samhället, har för ändamålet byggt en infrastruktur för att uppfylla lagens krav. Eftersom marknaden för omhändertagande av avfall inte möjliggör någon upphandling i konkurrens och några privata alternativ inte har stått till buds har kommunerna av ekonomiska eller tekniska skäl valt att samverka i bolagsform. För regleringen av samägda bolag brukar delägarna normalt upprätta aktieägaravtal, ofta kallade konsortialavtal, vilka inte omfattas av någon upphandlingskyldighet enligt lag. Den aktuella samverkan som sker i SYSAV tillsammans med andra kommuner strider således inte mot någon lagregel eller rättsprincip, vare sig svensk eller gemenskapsrättslig. Kommunen tillbakavisar även påståendet att "likabehandlingsprincipen" åsidosatts och att detta inneburit att konkurrensen "på marknaden för renhållningstjänster" har snedvridits. Enligt rättspraxis, RÅ 2004 ref. 24, kan det heller inte åläggas part att frånträda avtal.

Ett konsortium av ledande företag på den svenska marknaden för renhållningstjänster anhängiggjorde talan i domstol mot Simrishamns kommun och Tomelilla kommun om överprövning enligt lagen om offentlig upphandling.

Talan bifölls av Länsrätten i Skåne län, vilken i dom förordnade att upphandlingen skulle göras om. Till grund för länsrättens bedömning lades bl.a. att kontrakt avseende köp som ingås med en från den upphandlande enheten skild och självständig juridisk person ska föregås av en upphandling. Den omständigheten att det inte förelåg något kontrakt direkt mellan de berörda kommunerna och SYSAV medförde enligt länsrättens bedömning inte hinder mot att målet prövades, eftersom överprövning av ett upphandlingsförfarande "medges även vid den situationen att ett upphandlingsförfarande aldrig har inletts, men förfarandet är att hänföra till ett upphandlingsförfarande". Länsrätten konstaterade vidare att förfarandet med att kommunerna genom konsortialavtal har överlätit sin avfallshantering på SYSAV är att bedöma som ett köp av tjänster genom direktupphandling. Eftersom aktuella tjänster även kan utföras av andra än SYSAV har kommunerna därmed varit skyldiga att tillämpa bestämmelserna i LOU. Direktupphandling kan därvid inte komma ifråga. Istället ska upphandling genomföras i konkurrens med beaktande av den totala volym som kommunerna avser att avropa under en viss specifikt angiven tidsperiod.

Kommunerna överklagade länsrättens dom. I samband med överklagandet angav Simrishamns kommun i ett pressmeddelande att länsrättens dom var uppenbart felaktig och stred mot lag och på området gällande rättspraxis. Kammarrätten i Göteborg beviljade kommunerna prövningstillstånd, men fann inte anledning att ändra länsrättens dom. Inför handläggningen i kammarrätt anförde kommunerna kompletterande rättsliga omständigheter. Bland annat åberopades att kommunerna i kraft av det s.k. in-house undantag som framgår av EG-domstolens avgörande i Teckal-målet (C 107/98, se nedan) har haft rätt att köpa aktuella tjänster direkt från SYSAV.

Enligt EG-domstolens dom av den 18 november 1999 i målet C-107/98, Teckal, REG 1999, s I-8121 (domskälen pp. 49-51) skulle offentlig upphandling inte behöva komma i fråga för avtal mellan en lokal myndighet, och en i förhållande till denna myndighet fristående juridisk person, i det fallet att den lokala myndigheten samtidigt utövar en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning (kontrollrekvisitet) och den juridiska personen bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den (omsättningsrekvisitet).

Liksom tidigare länsrätten fann även kammarrätten, med hänvisning till EG-domstolens avgörande i målet Stadt Halle (C-26/03, se nedan), att den omständigheten att skriftligt kontrakt inte förelåg direkt mellan SYSAV och de berörda kommunerna inte kunde anses utgöra hinder mot att överpröva den aktuella anskaffningen.

Enligt EG-domstolens dom av den 11 januari 2005 i mål C 26/03, Stadt Halle, REG 2005, s. I 1 (domslutet p. 1) ska gällande gemenskaprätt på området för offentlig upphandling tolkas så, att medlemsstaternas skyldighet att säkerställa möjligheter till effektiv och skyndsamt rättslig prövning av en upphandlande myndighets beslut även omfattar beslut som fattats utanför ett formellt upphandlingsförfarande och före en formell anbudsinfordran, samt att denna möjlighet att ansöka om överprövning tillkommer var och en som har eller har haft intresse av att tilldelas ett visst offentligt kontrakt och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse, från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan. Medlemsstaterna har följaktligen inte rätt att låta möjligheten att ansöka om överprövning bero på om det aktuella upphandlingsförfarandet formellt har nått ett bestämt stadium.

Till grund för att inte bifalla kommunernas överklagande åberopade kammarrätten att nationell rätt, i form av G-LOU enligt sin vid tidpunkten aktuella lydelse, inte medger något undantag från skyldigheten att iakttä offentlig upphandling av tjänster annat än vid ensamrätt som har meddelats med stöd av lag eller författning. Någon sådan ensamrätt föreligger inte för SYSAV. Ett tidigare utredningsförslag (SOU 1999:193) med innebörden att från lagstadgad upphandlingsskyldighet undanta kommunala köp från helägda eller interkommunala företag har enligt kammarrättens påpekande heller inte lett till lagstiftning.

När det gäller frågan om bl.a. förutsättningar för s.k. in-house undantag enligt EG-domstolens dom i Teckal-målet (C-107/98, se ovan) fann kammarrätten vidare att det svenska aktiebolagsinstitutet är strikt privaträttsligt reglerat och att aktiebolagslagens bestämmelser är fullt ut tillämpliga även på kommunala aktiebolag. Ett aktiebolag är en egen juridisk person som kan förvärva rättigheter och åta sig förpliktelser. Ägarna av ett sådant bolag har inte något ansvar för bolagets förpliktelser. Bolagets styrelse är, av hänsyn till bl.a. bolagets borgenärer, skyldig att agera självständigt utifrån de bestämmelser som är uppställda i borgenärernas intresse, även om aktieägarna skulle vara överens om annat. I förevarande fall ägs SYSAV av totalt 14 kommuner, varav Tomelilla och Simrishamns kommuner kontrollerar 1,4 respektive 1,95 procent av kapitalet och rösterna i bolaget. Kommunerna kan enligt kammarrätten därmed inte anses ha sådan kontroll över SYSAV som de utövar över sina respektive egna förvaltningar. Det s.k. kontrollrekvisitet enligt Teckal-domen (C 107/98, se ovan) är således inte uppfyllt. Vid denna utgång saknas enligt kammarrätten anledning att även pröva om det s.k. omsättningsrekvisitet enligt samma dom kan anses uppfyllt.

Kommunerna fullföljde i Regeringsrätten. I samband med överklagandet uttalade kommunalrådet i Simrishamn att han inte trodde att kammarrättens avgörande skul-

le stå sig vid en prövning i Regeringsrätten, i varje fall inte med den politiska sammansättning som regeringen [i januari 2005] har. Regeringsrätten meddelade kommunerna prövningstillstånd men ändrade inte länsrättens dom.

I likhet med underinstanserna fann Regeringsrätten att något hinder mot överprövning inte förelåg i målet. Även vid prövningen i sak gjorde Regeringsrätten samma bedömning som underinstanserna, med ett väsentligt undantag. Regeringsrätten prövade aldrig om de s.k. Teckal-rekvisiten (kontrollrekvisitet och omsättningsrekvisitet) kunde anses uppfyllda, eftersom möjligheten till ett sådant in-house undantag som kan följa av EG-domstolens dom i Teckal-målet (C-107/98, se ovan) inte finns införd i svensk rätt.

Regeringsrättens bedömning kan kortfattat sammanfattas i följande tre punkter:

- För det första fastslog Regeringsrätten att det förhållandet att det enbart förelåg ett konsortialavtal och inte några skriftliga kontrakt direkt mellan kommunerna och SYSAV inte medförde något hinder mot att överprövning enligt bestämmelserna om offentlig upphandling ändå kunde ske.

- För det andra konstaterade Regeringsrätten att regelverket om offentlig upphandling som regel alltid är tillämpligt på köp mellan upphandlande myndigheter och från dessa fristående personer. Något undantag för köp mellan kommuner och kommunala bolag finns inte i lagen.

- För det tredje tillbakavisade Regeringsrätten påståendena om att det med stöd av EG-rättslig praxis ändå är tillåtet för kommuner att köpa tjänster från sina bolag. Den möjlighet till s.k. in-house undantag (med anledning av EG-domstolens särskilda uttalanden i Teckal-målet, C-107/98, se ovan) som kommunerna hade åberopat i målen påpekade Regeringsrätten att detta aldrig har införts i svensk rätt. Det behövde således i målen aldrig prövas om något sådant undantag skulle kunna vara tillämpligt på de aktuella köpen (eller på köp mellan kommuner och kommunala bolag i allmänhet). Anledning till att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen förelåg enligt Regeringsrättens mening därmed inte heller.

Konsekvensen av Regeringsrättens båda SYSAV-domar måste anses betydande. ”Sämsta möjliga utfall och stor påverkan för kommuner och kommunala bolag” kommenterade den kommunala intresseorganisationen Avfall Sverige (tidigare Renhållningsverksföreningen) domarna kort efter att de hade meddelats.

Betydelsen av Regeringsrättens här redovisade avgöranden inskränker sig inte bara till renhållningsverksamhet utan omfattar samtliga kontrakt om varor, tjänster eller bygg- och anläggningsarbeten som upphandlande myndigheter köper från externa leverantörer.

Med upphandling avses i detta sammanhang ”kontrakt med ekonomiska villkor”. Även kontrakt som innefattar indirekt betalning, såsom löpande kapitaltillskott, eftergift av avgifter eller liknande ersättningsmodeller inkluderas i upphandlingsbegreppet. Ersättningarna behöver heller inte bestå av pengar utan rena bytesaffärer omfattas av upphandlingsskyldighet enligt LOU. Upphandling enligt LOU ska som regel alltid ske vid köp mellan upphandlande myndigheter och från dessa fristående rättssubjekt. Upphandlingskravet gäller även när kommuner köper varor, tjänster eller bygg- och anläggningsarbeten från exempelvis stiftelser eller föreningar, även om kommunerna utövar visst inflytande över dessa. Kravet på offentlig upphandling omfattar även köp mellan kommuner och landsting, eftersom dessa också utgör från varandra sinsemellan fristående rättssubjekt.

Även kommunalförbund utgör ett från kommunen fristående rättssubjekt. Ett kommunalförbund är emellertid, till skillnad från t.ex. ett bolag eller en stiftelse, en myndighet som kan utföra kommunala uppgifter i medlemskommunernas ställe. Enligt gemenskapsrättslig praxis tillåts kommunala köp direkt från kooperativa mellankommunala sammanslutningar vars samtliga medlemmar är offentliga myndigheter, om dessa offentliga myndigheter utövar en kontroll över den kooperativa sammanslutningen som motsvarar deras kontroll över sin egen förvaltning, och nämnda sammanslutning utövar huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med dessa offentliga myndigheter (se EG-domstolens dom av den 13 november 2008 i mål C-324/07, Coditel Brabant, REG 2008, s. I-1000). Kommunala köp från kommunalförbud torde av detta skäl vara undantagna från det upphandlingsrättsliga regelverket.

Under förutsättning att hela det kommunala ansvaret för aktuella tjänster överförs till ett kommunalförbund, och ett sådant förfarande överensstämmer med på området gällande lagreglering, skulle det kunna tänkas att kommunalförbundet utan föregående upphandling övertar kommunens ansvar för tjänsterna utförande. Motsvarande "överföring" till ett bolag eller ett annat civilrättsligt rättssubjekt är däremot inte möjlig (jfr RÅ 2000 ref. 60 - Dalatrafik)

Upphandlingsskyldighet föreligger oavsett om den upphandlande myndigheten reglerar sin relation med det kontrakterade företaget direkt genom ett kontrakt med företaget eller indirekt genom konsortialavtal, där exempelvis ett antal ägarkommuner förbinder sig att köpa tjänster från företaget.

Även i fall där det kontrakterade företaget (exempelvis ett kommunalt bolag som i visst avseende saknar egen utförarkapacitet) avser att i sin tur upphandla aktuella tjänster i underentreprenad måste upphandling genomföras redan i det första ledet. Till skillnad från vad som var fallet enligt äldre bestämmelser för kommunal upphandling (före 1994) innehåller LOU således inte några undantag för sådana förhållanden att upphandling måste genomföras i följande led.

Publicering av ärenden

En viktig uppgift för Konkurrenskommissionen har varit att den ska 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 uppmärksamrats i rikstäckande media.

Genom mediabevakningen känner allt flera kommunala aktörer och allmänheten till kommissionens verksamhet. Under verksamhetsåret har Konkurrenskommissionens verksamhet resulterat i ett mycket stort antal mediainslag: tidningsartiklar samt inslag i radio och TV. Totalt har under verksamhetsåret 115 nedslag noterats i media. Konkurrenskommissionens pressreleaser och avgjorda fall återfinns på Stiftelsen Den Nya Valfärdens hemsida på internet: <http://www.dnv.se>

Yttranden

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

Under verksamhetsåret har några remissyttranden inte avgivits.

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 företag eller branschorganisationer.

Därutöver har vissa informationsinsatser inriktats på upphandlare i kommun och landsting samt företrädare för det lokala näringslivet.

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

Förslag till effektivisering vid tillämpning av lagstiftningen

Konkurrenskommissionens erfarenheter från de första fjorton verksamhetsåren är att 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 i särklass största delen av de av kommissionen granskade fallen.

II) Överträdelser av förbud i lag att bedriva viss verksamhet. Denna grupp utgör i genomsnitt en knapp femtedel av den totala ärendevolymen hos kommissionen. Andelen ärenden rörande kompetensfrågor varierar dock kraftigt mellan åren. Sedan Stiftelsen Den Nya Valfärden inrättade en särskild Företagarombudsman har denna typ av ärenden som tidigare togs upp av Konkurrenskommissionen, huvudsakligen kommit att behandlas av Företagarombudsmannen. Andelen ärenden som avser myndigheternas kompetensöverskridanden i dess olika former har i Konkurrenskommissionens verksamhet därför kommit att minska jämfört med tidigare år.

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 med bestämmelserna om offentlig upphandling måste vara att företagen kan konkurrera på lika villkor. Ett annat syfte är att försvåra korruption och annat illojalt upphandlingsbeteende i den offentliga förvaltningen. Med illojalt upphandlingsbeteende avses bland annat upphandlingsbeslut som präglas av andra hänsyn än den rena omsorgen om en god och affärsmässigt betingad effektivitet i enlighet med bestämmelserna om offentlig upphandling.

För uppfyllandet av dessa mål föreligger tre nödvändiga förutsättningar:

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

Som kommissionen uppmärksammat i tidigare års verksamhetsberättelser varierar orsakerna till att bestämmelserna för offentlig upphandling åsidosätts från fall till fall. Icke sällan är förklaringen bristande kompetens och okunnighet hos de upphandlande myndigheterna eller enheterna om innebörden av gällande bestämmelser. Tyvärr förefaller det emellertid som om vissa upphandlande myndigheter och enheter har satt i system att obstruera mot bestämmelser som upplevs som krångliga eller obehagliga. Som tidigare framgått drar sig vissa upphandlande myndigheter eller enheter inte för rent domstolstrots eller lagtrots.

Trots att upphandlingslagen har varit i kraft i nu snart femton år och till sin principiella innebörd väsentligen inte skiljer sig från äldre bestämmelser i upphandlingsförordningen (1986:612) och i de kommunala upphandlingsreglementena (UR) motiverar upphandlingsansvariga tjänstemän och förtroendevalda politiker fortfarande i förvånande hög grad sin bristande lagefterlevnad med okunnighet om lagens bestämmelser eller med att de saknar tillräckliga resurser för att följa lagen.

Kontroll och tillsyn

För att tillfredsställande kvalitet vid offentlig upphandling ska upprätthållas finner Konkurrenskommissionen det angeläget att de kontroll- och informationsfunktioner som i dag ligger hos Konkurrensverket förstärks. Kontrollfunktionen bör dessutom kompletteras med en möjlighet att på ett kraftfullt sätt ingripa mot de upphandlande enheter och myndigheter som bryter mot lagen – exempelvis genom en upphandlingssanktionsavgift. Företrädare för parts- eller särintressen bör vidare inte tillåtas påverka tillsynsmyndighetens handläggning, prövning eller beslut. Inte ens i form av en referensgrupp.

För att komma tillrätta med upphandlande myndigheters och enheters överträdelser av lag fordras verkställighetsföreskrifter samt klara och effektiva sanktioner i form av kännbara böter, viten eller straffavgifter. I fall av domstolstrots i samband med offentlig upphandling bör enligt Konkurrenskommissionens mening även personligt straffansvar kunna utkrävas.

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

Rättstillämpning

Från de rättstillämpande myndigheternas sida (främst länsrätterna) har Konkurrenskommissionen tidigare erfarit viss tveksamhet när det gäller att utan stöd av detaljbestämmelser tolka generalklausulen om affärsmässighet. Det allmänt hållna kravet på ”affärsmässighet” har numera mönstrats ut ur LOU, och ersatts av de mer konkret hållna gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och icke-diskriminering, öppenhet (transparens), proportionalitet samt ömsesidigt erkännande. Huruvida detta är ägnat att underlätta domstolarnas rättstillämpning får framtiden utvisa.

Rättstillämparna bör i högre grad fortbildas avseende de regler som Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen har kommit att medföra. Särskilt bör fördjupade informationsinsatser avse sådana på gemenskapsrätten grundade processuella bestämmelser om effektivitet och talerätt m.m. som utgör en förutsättning för att Sverige ska anses ha implementerat gällande gemenskapsrätt. Domstolarna bör även i ökad utsträckning inhämta förhandsavgöranden från EG-domstolen.

Som tidigare har uppmärksammats utgör det fortfarande ett stort problem att upphandlande myndigheter väljer att i uppenbar strid mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling köpa tjänster direkt från vissa leverantörer, ofta hel- eller delägda kommunala företag. Regeringsrätten har i RÅ 2008 ref. 26 tydligt slagit fast att dylika direkttilldelningar inte får komma ifråga. Det ankommer nu på de upphandlande myndigheterna, främst kommuner och landsting, att hörsamma rättspraxis och aningen iakta bestämmelserna om offentlig upphandling eller omorganisera sin verksamhet så att LOU inte riskerar att trädas förnär.

Vissa organ, främst kommunala och statliga företag, synes i strid mot tillsynsmyndighetens upprepade konstateranden framhärda i uppfattningen att de inte omfattas av bestämmelserna om offentlig upphandling. Senast under 2006 har detta uppmärksammats i en rapport från Riksrevisionen (RiR 2006:15). För dessa fall bör ett särskilt förfarande inrättas med möjlighet att - i domstol eller på annat sätt - få rättskraftigt fastslaget huruvida dessa organ ska betraktas som upphandlande myndigheter eller ej. Förfarandet bör även förenas med kännbara sanktioner vid fortsatta åsidosättanden av LOU.

Det s.k. skaderekvisitets betydelse vid överprövning av offentlig upphandling bör klarläggas tydligare. På området föreligger det en spretande rättspraxis, där vissa domstolar avslår talan om överprövning på den grunden att skada inte kan konstateras eftersom den klagande leverantören inte deltagit med något anbud eller någon intresseanmälan i upphandlingen. Detta trots att anbudsgivning i sig inte utgör någon förutsättning för att begära överprövning enligt LOU. I andra fall har överprövning avslagits med motiveringen att klaganden var en annan anbudsgivare än en som skulle tilldelas kontraktet i upphandlingen. Även i mål där uppenbara upphandlingsfel har konstaterats 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 jämte intresset att faktiskt komma till rätta med överträdelser mot LOU.

I och med införandet av de s.k. Alcatel-lagändringarna år 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 (jfr RÅ 2005 ref. 10 – Ryanair). Rättsmedelsbestämmelserna i G-LOU har numera överförs ograverade till nya LOU. Vissa frågor är emellertid fortfarande

oreglerade. Däribland vad som ska avses med en ”underrättelse” enligt 9 kap. 9 § LOU, framförallt i belysning av vilken omfattning nämnda underrättelseskyldighet ska anses ha och vilka krav som kan ställas avseende underrättelsernas materiella innehåll. Det framstår som angeläget att bland annat dessa otydligheter klarläggs i samband med de nya rättsmedelsbestämmelser som för närvarande bereds inom regeringskansliet.

Vidare synes vissa frågor avseende förutsättningarna för verkställighetsförbudets giltighet i tiden (jfr RÅ 2005 ref. 17) samt verkan av dom i mål om offentlig upphandling fortfarande vara oreglerade. Vad blir exempelvis effekten av att en domstol i enlighet med RÅ 2005 ref. 62 överprövar och ogiltigförklarar ett beslut om att avbryta en offentlig upphandling. Rimligen bör detta få till konsekvens att den upphandlande myndigheten eller enheten måste avsluta upphandlingen genom tilldelningsbeslut. Så har detta emellertid inte alltid tolkats. I bland annat kommunala kretsar anses att en upphandlande myndighet eller enhet inte kan tvingas till att fatta ett tilldelningsbeslut. Den praktiska inverkan av domstolens beslut att ogiltigförklara en offentlig upphandling riskerar härigenom att utebli.

En sådan presumtion för interimistiskt verkställighetsförbud i mål om offentlig upphandling som Konkurrenskommissionen tidigare efterfrågat har numera fastställts genom vägledande rättspraxis (RÅ 2005 ref. 17). Även det av kommissionen tidigare framförda kravet att upphandlande myndigheter eller enheter inte ska tillåtas att i strid mot dom eller beslut slutföra en överprövad upphandling synes ha uppfyllts genom nämnda avgörande.

Upphandlingsvite mot domstolstrots

I 16 kap. 2 § LUF finns det 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). En motsvarande reglering bör införas även i LOU till att omfatta den klassiska sektorn. Möjligheten att förena dom med vite bör vidare utvidgas till att omfatta även mål om avbrutna upphandlingar eller där ny upphandling ska genomföras eller upphandlingen ska göras om. Vidare bör bestämmelserna förtydligas med avseende på vem som har rätt att föra tala om vite eller vites utdömande samt vid vilka tidpunkter vite kan påföras den upphandlande myndigheten eller enheten.

Har en upphandlande myndighet eller enhet tidigare trotsat domstols beslut i mål om offentlig upphandling eller gjort uttalanden som tyder på att myndigheten eller enheten inte avser att rätta sig i enlighet med vad rätten förordnar måste det anses föreligga tillräckliga skäl för att redan i samband med målets avgörande förena dom eller beslut om åtgärd enligt LOU med ett kännbart 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 ska 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 16 kap. 2 § LOU eller LUF föreslås således i efterhand kunna ansöka hos länsrätt om att domstolens förordnande kan förenas med vite. Vite ska som regel föreläggas om en upphandlande enhet dröjer med att rätta sig efter domstols beslut utöver vad som kan anses skäligt.



Syftet med förslaget om utvidgad vitesbestämmelse är att denna ska få en avhållande effekt på de upphandlande myndigheterna och enheterna, så att dessa avstår från att trotsa domstolarnas beslut. Vitet bör därför beloppsmässigt anpassas så att önskad effekt säkerställs. I äldre lagförarbeten anges vitesbelopp motsvarande minst en (1) procent av upphandlingens värde. Den angivna miniminivån måste tolkas mot bakgrund av att vite enligt en motsvarande bestämmelse i andra rättsmedelsdirektivet (92/13/EEG) är tänkt att i första hand komma klagande leverantör till del. Vite enligt de svenska lagarna LOU och LUF ska emellertid tillföras statskassan. Vid svenska förhållanden saknas därför sådan anledning till återhållsamhet som framgår av rättsmedelsdirektivets förarbeten ("explanatory memorandum"). Vitesbelopp motsvarande minst tio procent av den aktuella upphandlingens värde bör således komma ifråga. Även löpande vite bör komma ifråga, men utan någon beloppsmässig maximigräns, för att därigenom sätta trotsande upphandlande myndigheter och enheter under sådan ekonomisk press att det framstår som klart ofördelaktigt att fortsätta trotsa domstolarnas beslut.

Såväl talan om påförande som om utdömande av vite bör kunna föras vid länsrätt genom ansökan av leverantör som utgör eller utgjort part i mål om åtgärd enligt 16 kap. 2 § LOU eller LUF. Forumbestämmelserna (nuvarande 16 kap. 3 § LOU med 16 kap. 4 § LUF) föreslås utformas så att det klart framgår att vitesforum ska vara samma domstol som prövar eller har prövat målet i övrigt.

Vite som riktas mot den upphandlande myndigheten eller enheten kommer emellertid att betalas med allmänna medel. Detta är i sig ägnat att minska effekten av vitet som sanktionsmedel gentemot enskilda beslutsfattare. Ett sätt att komma till rätta med domstolstrots är att också införa ett personligt straffansvar för den eller de som bär ansvaret för att en åtgärd har genomförts eller underlåtit i strid mot domstols dom eller beslut.

Som tidigare redovisats har Konkurrenskommissionen påvisat flera fall av upphandlande myndigheters eller 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 domstolstrots i mål om offentlig upphandling kan vara att förena förekommande domstolsbeslut med vite. Härigenom skapas ett ekonomiskt tryck på de upphandlande myndigheterna och enheterna att lojalt iaktta rättens beslut.

Förhandlingar och prutningar

Ett 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 myndigheter och 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. Dylika 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 LOU och LUF anges att förhandlingar vid förenklad upphandling kan komma i fråga. Lagarna redovisar emellertid inte under vilka förutsättningar eller på vilket sätt förhandlingar kan genomföras. Ett förfarande med fria förhand-

lingar, 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 lagarnas krav på dokumentation och möjlighet för leverantörer till en opartisk kontroll av öppningsförfarandet samt mot förbuden om ändring av anbud.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU), som tidigare var tillsynsmyndighet, har angivit bl.a. följande.

”Om enheten har motiv för att upphandlingen ska 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 ska 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 det bör föreligga ett objektiva motiv för att förhandlingar ska kunna förekomma. I ett lagakraftvunnet hovrättsavgörande fann emellertid domstolen att förhandlingar som ändrade rangordningen mellan leverantörerna kunde anses förenliga med bestämmelserna i G-LOU och någon vägledande praxis från Regeringsrätten eller Högsta domstolen föreligger ännu inte, trots att det numera gått c:a femton år sedan bestämmelsen kom till.

Förhandlingar vid upphandling enligt de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU och LUF bör enligt Konkurrenskommissionens mening genomföras på objektiv och affärsmässig grund, 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 tillåtas. Prispressen i ett upphandlingsförfarande ska istället ligga i det osäkerhetsmoment som följer av att anbudsgivarna varken vet hur många eller vilka deras konkurrenter är eller vilka anbud som har lämnats – särskilt mot bakgrund av insikten att avgivna bud är definitiva och således inte får ändras i efterhand. Införandet av ett nytt upphandlingsförfarande, förhandlad upphandling, vid upphandling enligt 16 kap. LOU och LUF – på samma sätt som vid upphandlingar över tröskelvärdena (och enligt äldre bestämmelser i kommunalt upphandlingsreglemente och den statliga upphandlingsförordningen) – framstår i belysning av bl.a. nämnda hovrättsavgörande som önskvärd.

Avbrytande av upphandling för att övergå till förhandlad upphandling utan föregående annonsering

I ett antal ärenden, huvudsakligen transportupphandlingar, har Konkurrenskommissionen iakttagit hur upphandlande myndigheter eller enheter har satt i system att avbryta en öppen eller selektiv upphandling för att övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Som grund för avbrytande har bl.a. åberopats att de inkomna anbudens priser har varit för höga.

I doktrinen (Hentze och Sylvén, Lagbokskommentaren till G-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 § G-LOU (nuvarande 4 kap. 5 § LOU eller 4 kap. 2 § LUF). Något stöd enligt vägledande svensk eller gemenskapsrättslig praxis eller av annan upphandlingsrättslig doktrin finns för närvarande inte, utan ställningstagande måste uppfattas som författarnas eget (jfr Regeringsrättens dom av den 18 juni 2008 i mål 7679-06, ännu inte publicerad i RÅ, där domstolen konstaterade

att någon klar och entydig praxis för vad som kan utgöra sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande ännu inte har utbildats).

Enligt hittills utbildad gemenskapsrättslig praxis föreligger det skäl för att avbryta en upphandling i två situationer, dels om den upphandlande myndigheten har påbörjat ett anbudsförfarande på grundval av kriteriet lägsta pris, men efter att ha bedömt och jämfört anbudet, inser att den på grund av felaktig förhandsbedömning inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (se EG-domstolens beslut av den 16 oktober 2003 i mål C 244-02, Kauppatalo Hansel, REG 2003, s. I-12139), dels i fall där endast en lämplig anbudsgivare återstår (se EG-domstolens dom av den 16 september 1999 i mål C-27/98, Fracasso och Leitschutz, REG 1999, s. I-5697).

Möjligen skulle godtagbara skäl kunna föreligga för att avbryta ett påbörjat upphandlingsförfarande under förutsättning att exempelvis de prismässiga ramarna för anbudsgivning framgår av underlaget och inget av de inkomna anbudet håller sig inom dessa ramar. Inkomna anbud torde i sådant fall vara att betrakta som orena bud, som måste förkastas. Ett förfarande där den i efterhand påkomna uppfattningen att prisläget upplevs som för ”dyrt” kan med ledning av den s.k. transparensprincipens krav på förutsebarhet emellertid knappast utgöra skäl för att övergå till förhandlad upphandling. Förfarandet skulle även komma i konflikt med den av EG-domstolen knäsatte försiktighetsprincipen att avvikelse 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 dom av den 10 mars 1987 i mål C-199/85, kommissionen mot Italien, REG 1987, s. 1039 samt, för liknande avgöranden, domstolens dom av den 3 maj 1994 i mål C 328/92, kommissionen mot Spanien, REG 1994, s. I-1569 och av den 18 maj 1995 i mål C 57/94, kommissionen mot Italien, REG 1995, s. I-1249. Det framstår som betydelsefullt för framtida rättstillämpning att förutsättningarna för övergång till förhandlad upphandling klarläggs i praxis. Nyligen har Regeringsrätten beviljat prövningstillstånd i ett mål som avser avbruten upphandling inom den klassiska sektorn av taxi-transporttjänster över tröskelvärdet (Regeringsrättens mål nr: 4239-07).

För korta implementeringstider

Med implementeringstid avses tiden mellan det att en tilldelning vid offentlig upphandling har beslutats till dess att leverans ska ha skett eller vara påbörjad. Oklarheter om vad som enligt generalklausulen kan anses ”affärsmässigt” vid offentlig upphandling har i några fall gällt implementeringstiden mellan det att avtal i en upphandling sluts till dess att leverans av vara eller tjänst påbörjas. Ett fall avsåg en upphandling av taxitjänster (c:a 15-18 heltidsbemannade fordon), där tidsfristen som erbjöds mellan anbudstidens utgång och leveransens påbörjande uppgick till sjutton dagar. Länsrätt avslog talan om inhibition i upphandlingen. Beslutet 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, beslut av den 14 oktober 1996 i mål 2100-96).

I ett annat avgörande har en implementeringstid på sex dagar för att anskaffa ett antal specialmaskiner 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, dom av den 12 mars 2004 i 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 myndigheter och 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 komparativa fördelar. Högsta domstolen har numera funnit att upphandlingslagens bestämmelser och principer om affärsmässighet och objektivitet inte ska äga tillämpning på avbrutna upphandlingar (se NJA 2001 s. 3). Denna inställning kan möjligen komma att behöva justeras med hänvisning till senare avgöranden från EG-domstolen, (se EG-domstolens dom av den 18 juni 2002 i målet 92/00, HI, REG 2002, s. I 5553, samt dom av den 2 juni 2005 i mål C-15/04, Koppensteiner, REG 2005 s. I-4855; jfr även RÅ 2005 ref. 62, Sälénfjällen taxi, där Regeringsrätten med ändring av tidigare praxis, RÅ 2001 ref. 18, bl.a. konstaterade att beslut om avbrytande av upphandling kan överprövas vid allmän förvaltningsdomstol).

Någon obligatorisk upphandling existerar inte i Sverige, eftersom stat och kommuner alltid kan välja att utföra verksamheten i egen regi. Om upphandlande myndigheter eller enheter ändå väljer att infordra anbud på marknaden måste utgångspunkten vara att upphandlingarna ska genomföras med iakttagande av de grundläggande principerna om likabehandling och icke-diskriminering, öppenhet (transparens), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Ska 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, exempelvis avseende kostnader för kapitalanskaffning och overhead och i vissa fall även för momsskillnader (vid momsbefriad verksamhet händer det att kommunala förvaltningar ändå kan dra av för ingående moms). Enbart affärsmässigt godtagbara skäl ska kunna anföras till stöd för att anta ett egenregi-bud, vilket i formell mening innebär att upphandlingen avbryts.

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 myndigheterna och enheterna utan detta sker automatiskt om uppsägning inte sker inom föreskriven tid.

Att dylika s.k. tysta förlängningar inte kan överprövas av domstol har konstaterats i rättspraxis (RÅ 2004 ref. 24). Som bl.a. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) 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 myndigheternas och enheternas beslut om upphandling provas effektivt. Det gemenskapsrättsliga kravet på effektivitet måste rimligen anses innefatta att myndigheter och enheter 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 tjugoåriga avtal utan mellankommande upphandling. Konkurrensen riskerar dessutom att allvarligt snedvridas vid sådana förhållanden.

I det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) och i 5 kap. 3 § LOU har numera intagits begränsning om att ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl. Eftersom rättspraxis inte medger att tysta avtalsförlängningar provas rättsligt måste emellertid rättsmedelsbestämmelserna i LOU och LUF kompletteras så att domstol kan ålägga en upphandlande myndighet eller enhet att avbryta ramavtal som har kommit att vara i mer än fyra år och där det inte föreligger särskilda skäl för en längre löptid. EG-domstolen har i ett avgörande nyligen uttalat att gemenskapsbestämmelserna på området för offentlig upphandling ska tillämpas även på kontrakt som har ingåtts av en medlemsstats upphandlande myndigheter innan den berörda medlemsstaten anslöt sig till Europeiska unionen. Detta medför att svenska upphandlande myndigheters kontrakt som hänför sig till tiden före Sveriges medlemskap i EU inte är undantagna från nu gällande upphandlingsbestämmelser, exempelvis från förbudet mot ramavtal på mer än fyra år (se EG-domstolens dom av den 19 juni 2008 i mål nr C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur, REG 2008, s. I-0000, punkten 28). Detta bör klarläggas i samband med de nya rättsmedelsbestämmelser som för närvarande bereds inom regeringskansliet.

Parallella ramavtal

I ett antal tidigare avgöranden har Konkurrenskommissionen bedömt fall där upphandlande myndigheter och enheter istället för att utse en vinnande anbudsgivare valt att teckna parallella ramavtal med flera anbudsgivare på sinsemellan varierande villkor. Upphandlande myndigheter och enheter 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 myndigheten eller enheten.

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

Det påtalade missbruket är enligt Konkurrenskommissionens mening oroande och riskerar att på sikt sätta lagen om offentlig upphandling ur spel. Genom det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EEG) har införts ett tydligt krav på rangordning av parallella ramavtal. Bestämmelsen har för svenskt vidkommande implementerats

genom 5 kap. 6 § LOU, samt gjorts tillämplig även på upphandlingar enligt det nationella regelverket i 15 kap. LOU.

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

Ett viktigt område för Konkurrenskommissionens granskningsverksamhet har likasom tidigare år varit konkurrenssnedvridning 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.

Tidigare verksamhetsår har kommissionen uppmärksammat fall där kommuner, inom ramarna för befintlig simhallsverksamhet, etablerar sig på nya marknader för gym, solarier och massage, och där konkurrerar ut det privata näringslivet. Dyliga etableringar strider enligt Konkurrenskommissionens mening mot kommunallagens kompetensbestämmelser och snedvrider konkurrensen samt medför förödande effekter för de privata företag som drabbas.

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

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

Kommunala beslut som fattas i bolag kan inte överklagas och tolkningen av vad bolaget får göra enligt bolagsordningen görs ytterst av bolagens styrelse, vilken 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.



Kommuner bedriver gym i strid mot lag.

Konkurrenskommissionen anser det därför nödvändigt att det genom en särskild lag införs straffbestämmelser som motverkar lagtrots och domstolstrots i de kommunala myndigheternas verksamhet och i de kommunala bolagen.

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

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

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

Det påtalade förhållandet är snedvridande för konkurrensen. Förfarandet undergräver även medborgarnas förtroende för myndigheternas oberoende vid blandade uppdrag, där såväl myndighetsutövning som uppdragsverksamhet förekommer. I vissa fall kan beslut om stöd eller annan subventionering också angripas som otillåtet statsstöd.

En förutsättning för att myndigheterna ska 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.

Effekterna av kommissionens verksamhet

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

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

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

Den erfarenhet som Konkurrenskommissionen har fått efter tretton års verksamhet och mer än 500 avgjorda ärenden har vidare på olika sätt förmedlats till dem som haft eller har att utforma framtida lagstiftning på de 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. På många håll råder för närvarande rent godtycke vid offentliga upphandlingar.

Rätten att föra talan vid domstol om överträdelser mot lagen om offentlig upphandling bör vidgas till att omfatta bland annat myndigheten som ska utöva tillsyn över lagen samt organisationer av näringsidkare.

Rättsmedelsbestämmelserna i lagen om offentlig upphandling bör kompletteras med en föreskrift om att domstol ska kunna ålägga den upphandlande myndigheten att säga upp sådana avtal som vidmakthålls i strid mot förbudet i 5 kap. 3 LOU om en längsta löptid på fyra år.

Möjligheten att förena dom med vite enligt 16 kap. 2 § LUF bör införas även i LOU till att omfatta den klassiska sektorn. Vitesmöjligheten bör också utvidgas till att omfatta även mål om avbrutna upphandlingar eller där ny upphandling ska genomföras eller upphandlingen ska göras om.

Konkurrenskommissionen rekommenderar vidare att nödvändiga ändringar av lagen genomförs så att överträdelser genom otillåten direkttilldelning 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. Konkurrensverket bör ges möjlighet att ingripa med sanktioner mot upphandlande myndigheter och enheter som bryter mot LOU eller LUF. Kommunalt domstolstrots bör motverkas genom sanktioner i särskild lagstiftning.

2. Upphandlingslagarna bör förtydligas så att det 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.

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 för kommuner mot att engagera sig i verksamhet på det egentliga näringslivets område och i spekulativ verksamhet överträds i stor omfattning och måste därför få en klarare och effektivare utformning. Möjligheter måste skapas att genom effektiva sanktioner stoppa kommunal verksamhet som inte är kompetensenlig.

I kommunallagen, aktiebolagslagen, handelsbolagslagen, lagen om ekonomiska föreningar samt i stiftelselagen bör vidare föras in särskilda bestämmelser för kommun-

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

De granskningar som kommissionen genomfört – hittills 542 avgjorda ärenden – understryker kraven på att förändringar på dessa punkter kommer till stånd.

Stockholm den 10 december 2008

G Rune Berggren

Inger Ridderstrand Linderöth

Sigvard Berglöf

Patrik Engellau

Erik Nerep

Lennart Palm

Hans Stenberg

*Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp vid
Den Nya Velfärden. Sedan starten 1994 har expertgruppen
avgjort närmare 550 ärenden rörande snedvridning av
konkurrensen med offentliga medel.*

