

KONKURRENSKOMMISSIONEN

Box 5625, 114 86 Stockholm Tel: 08-545 038 10 Fax: 08-611 35 62

Finansdepartementet

Ert dnr. Fi 1999/2339

Remissyttrande

Upphandlingskommitténs delbetänkande (SOU 1999:139) ”Effektivare offentlig upphandling ...”

Konkurrenskommissionen är en privat expertgrupp som uppmärksammar och motverkar sådan konkurrensbegränsning som ligger i bristande likhet i villkoren för offentliga och privata entreprenörer på marknaden. Vid sin utredande verksamhet vinnlägger sig kommissionen särskilt om att följa de krav på objektivitet och noggrannhet som gäller för myndigheter.

Ordförande i Konkurrenskommissionen är fd. generaldirektören och chefen för Riksrevisionsverket (RRV) *G. Rune Berggren*. Övriga ledamöter är fd. regeringsrådet *Sigvard Berglöf*, civilekonomen *Patrik Engellau*, professorn i svensk och internationell handelsrätt vid Handelshögskolan i Stockholm *Erik Nerep*, jur.kand. *Lennart Palm* samt fd. stadsjuristen i Stockholm *Inger Ridderstrand-Linderoth*.

Sedan Konkurrenskommissionen sammankallades år 1994 har hittills 258 ärenden som berör offentlig upphandling anhängiggjorts för granskning (diarieförda ärenden per den 1 mars 2000). Cirka 50 ärenden har ingått i den kartläggning av lagen om offentlig upphandling som genomförts av upphandlingskommittén. Detta yttrande bygger på Konkurrenskommissionens granskande verksamhet.

1. Sammanfattning av Konkurrenskommissionens synpunkter

Förslagen i kommitténs delbetänkande präglas enligt Konkurrenskommissionens mening av en vilja att åstadkomma en bättre och effektivare offentlig upphandling.

Tillsynen anser Konkurrenskommissionen böra inordnas i Konkurrensverkets verksamhet. Funktionerna för kontroll och information bör förstärkas. Marknadsfunktionen och delar av utvecklingsfunktionen bör inte ingå i samma organisation som kontrollfunktionen. I tillsynsorganisationen bör heller inte ingå några företrädare för särintressen.

Konkurrenskommissionen avvisar tanken att samhällspolitiska mål införs vid offentlig upphandling.

Kommitténs förslag till materiella ändringar i lagens 6 kap. och 7 kap. tillstyrker kommissionen i allt väsentligt. Enligt kommissionens mening fordras dock starkare garantier för att mannamån, godtycke och möjligheter till illojalt upphandlingsbeteende skall hållas borta från den offentliga upphandlingen.

Kommissionen avstyrker kommitténs förslag om förenklad upphandling genom anbudsinfordran från endast en leverantör, om särskilda bestämmelser, att ingångna avtal skall kunna ändras i efterhand, samt om att anbud som inkommit efter anbudstidens utgång under vissa förhållanden skall kunna beaktas. Av rättssäkerhetsskäl avstyrker kommissionen även förslaget om att uteslutningsgrunder skall omfatta även juridiska personers företrädare.

I övrigt förordar Konkurrenskommissionen att sanktionerna vid överträdelser av lagen skärps, bland annat genom införande av ett personligt ansvar samt att de processuella förutsättningarna för överprövning förbättras. Konkurrenskommissionen anser också att bestämmelser om implementeringstider bör införas, att möjligheten för upphandlande enheter att förhandla vid förenklad upphandling och teckna parallella ramavtal med flera leverantörer regleras i lagen samt att bestämmelser bör införas om i vilken ordning avrop från sådana avtal skall ske.

Konkurrenskommissionen anser också att bestämmelser att upphandlande enheter *kan* vidta åtgärder mot oseriösa anbudsgivare bör skärpas till rekommendationer att enheterna *bör* vidtaga dessa åtgärder

2. Allmänna synpunkter

Den offentliga upphandlingen omfattar betydande volymer. Ett centralt mål för lagstiftningen om offentlig upphandling är att företagen kan konkurrera på lika villkor. Ett annat mål är att försvåra korruption i den offentliga förvaltningen genom tydliga bestämmelser om offentlig upphandling. Med *illojalt upphandlingsbeteende*, avser kommissionen bland annat upphandlingsbeslut som präglas

av andra hänsyn än omsorgen om en god och affärsmässigt betingad effektivitet vid offentlig upphandling.

För uppfyllandet av dessa mål ser Konkurrenskommissionen tre nödvändiga förutsättningar:

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

Trots att upphandlingslagen har varit i kraft i över sex år och till sin principiella innebörd väsentligen inte skiljer sig från äldre bestämmelser i upphandlingsförordningen (1986:612) och de kommunala upphandlingsreglementena, motiverar upphandlande enheter fortfarande i förvånande hög grad bristande lagefterlevnad med okunnighet om lagens bestämmelser.

Konkurrenskommissionen finner det därför angeläget att de kontroll- och informationsfunktioner som i dag ligger hos Nämnden för offentlig upphandling (NOU) förstärks. Kontrollfunktionen bör dessutom kompletteras med en möjlighet att ingripa mot de upphandlande enheter som bryter mot lagen. Direkta sanktioner bör införas i form av kännbara böter, viten eller straffavgifter vilka antingen bör kunna beslutas av tillsynsmyndigheten eller utdömas av domstol på talan av myndigheten. Företrädare för parts- eller särintressen bör inte delta i tillsynsmyndighetens prövning och beslut.

Det är i dag oklart om offentlig upphandling är att anse som myndighetsutövning och om bestämmelsen om tjänstefel i 20 kap. 1 § brottsbalken är tillämplig på beslut om offentlig upphandling. Det är angeläget att klarhet skapas i denna fråga. Ett personligt ansvar för de tjänstemän eller förtroendevalda som deltar i beslut om offentlig upphandling är enligt Konkurrenskommissionens uppfattning nödvändigt. Konkurrenskommissionens erfarenheter visar att illojalt upphandlingsbeteende (se kommissionens definition på sid 2) är ett problem för företagen. Upphandlande enheter har inom ramar för påbörjade upphandlingsförfaranden sökt tänja eller kringgå lagens bestämmelser, antingen för att favorisera på förhand utsedda leverantörer eller för att av andra skäl förbehålla sig fri prövningsrätt av inkomna anbud. Ett personligt ansvar torde effektivt motverka dylika illojala upphandlingsbeteenden.

Från de rättstillämpande myndigheternas sida (främst länsrätterna) föreligger tveksamhet när det gäller att utan stöd av detaljbestämmelser i upphandlingslagen eller dess förarbeten tolka general-klausulen om affärsmässighet (se exempel nedan angående implementeringstider). Lagen bör därför utformas så tydligt att möjlighet till missuppfattningar och lagtolkningar i strid mot lagens anda motverkas.

Ett annat problem som Konkurrenskommissionen har uppmärksammat är att upphandlande enheter ibland väljer att i strid mot lagen upphandla direkt från leverantörer utan att inhämta konkurrerande anbud. Effektiva sanktioner bör införas för att leverantörer skall kunna hävda sin rätt att inkomma med anbud och att få dessa beaktade i enlighet med lagens krav.

Vissa organisationer, främst kommunala och statliga företag, anser i strid mot NOU:s bedömning, att de inte omfattas av lagens bestämmelser. För dessa fall bör ett prövningsförfarande inrättas - i domstol eller på annat sätt - för prövning huruvida dessa organisationer skall beaktas som upphandlande enheter.

Upphandlingslagens system av rättsmedel innebär att anbudsgivare vilkas anbud inte antagits, eller leverantörer som uteslutits från att lämna anbud, mister sina möjligheter att genom överprövning i domstol få en materiell rättelse till stånd efter det att slutligt kontrakt har tecknats. Mål som anhängiggjorts inom den legala klagofristen avskrivs regelmässigt från förvaltningsdomstolarnas handläggning efter det att kontrakt tecknats. Klagande anbudsgivare eller leverantörer hänvisas istället till att föra talan i allmän domstol om skadestånd.

Gällande ordning gör det dessutom svårt för anbudsgivare eller leverantörer som anser sig förfördelade att över huvud taget söka överprövning i domstol. Icke sällan tecknas upphandlingskontrakt med vinnande anbudsgivare samtidigt med eller i omedelbar anslutning till det slutliga beslutet i upphandlingen. Leverantörer vilkas anbud inte antagits eller som uteslutits från att lämna anbud förlorar därmed möjligheten att få upphandlingsförfarandet prövat på ett sätt som kan medföra rättelse i sak.

Bestämmelserna om anbuds- och affärssekretess i 6 kap. 2 § och 8 kap. 10 § sekretesslagen (1980:100) riskerar att medföra liknande rättsförluster. Upphandlande enheter torde med hänvisning till absolut anbudssekretess enligt nämnda lagrum kunna vägra att offentliggöra sina upphandlingsbeslut eller redovisa grunderna för dessa innan slutligt kontrakt tecknats och möjligheterna till överprövning i domstol därmed upphör. Leverantörer vilkas anbud inte antagits eller som uteslutits från

att lämna anbud, har därmed i praktiken små möjligheter att få rättelse i sak. Den omständigheter att tryckfrihetsförordningens och sekretesslagens bestämmelser om handlingsoffentlighet inte omfattar alla upphandlande enheter, t.ex. statliga och privata företag som är skyldiga att följa upphandlingslagen, vållar likartade problem.

I ett antal fall har Konkurrenskommissionen noterat att upphandlande enheter påskyndat det slutgiltiga kontraktstecknandet efter det att enheten uppmärksammats på att talan om överprövning har väckts. I några fall har kontrakt till och med tecknats under den frist domstol satt ut för enheten att yttra sig i fråga om inhibition.

Upphandlingslagens tyngdpunkt i materiellt avseende utgörs av en generalklausul som för sin praktiska tillämpning kräver vägledande tolkning av domstol. De redovisade problemen med att slutföra processer om överprövning tillsammans med underrätternas ovan påtalade obenägenhet att självständigt tolka generalklausulen riskerar medföra att principiellt viktiga avgöranden i praxis om generalklausulens tolkning aldrig kommer till stånd. Den av kommittén i delbetänkandet presenterade ärendestatistiken från domstolarna bekräftar i viss mån en sådan tendens.

Konkurrenskommissionen vill särskilt betona vikten av att möjligheterna för anbudsgivare till materiell rättelse i sak underlättas. En leverantör kan ha en affärsmässigt motiverad bevekelsegrund för att erhålla ett offentligt uppdrag att leverera varor eller tjänster vilken inte kan kompenseras enbart genom skadestånd. Det är därför angeläget att leverantörernas praktiska möjlighet att genom överprövning erhålla rättelse i sak väsentligen stärks.

EG-domstolen har i ett färskt avgörande (mål nr. C-81/98 Alcatel Austria vs. Förbundsrepubliken Österrike) klarlagt att medlemsstaterna skall *tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka undanröjande av ett upphandlingsbeslut, om förutsättningarna för detta är uppfyllda, oberoende av möjligheten att erhålla skadestånd när kontraktet har ingåtts.*

För att leverantörer skall tillförsäkras en reell möjlighet till överprövning förordar Konkurrenskommissionen, med stöd av EG-domstolens refererade dom, att:

- leverantörer ges möjlighet att utan hinder av absolut sekretess, efter det att beslut om offentlig upphandling har fattats, omgående ta del av beslut och beslutsunderlag,
- upphandlade enheter förbjuds att, inom en frist (t.ex. 10 dagar) efter det att beslut om offentlig upphandling har fattats, teckna kontrakt med vinnande anbudsgivare, samt att
- möjligheterna för klagande leverantörer att snabbt erhålla inhibition förbättras.

I flera fall har Konkurrenskommissionen iakttagit att upphandlande enheter inom ramarna för förenklat förfarande tagit upp förhandlingar med en eller flera anbudsgivare, trots att anbudsvärderingen tydligt utvisat ett anbud som det mest förmånliga. Dyliga förhandlingar (prutningar) synes i några fall ha genomförts för att ytterligare sänka priserna, i andra fall för att möjliggöra för vissa leverantörer att erhålla förmånligare positioner vid de slutliga anbudsjämförelserna.

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

Varken doktrin eller praxis ger i den uppkomna målkonflikten något entydigt svar på frågan när förhandlingar vid förenklad upphandling skall kunna förekomma. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har angivit följande: *"Om enheten har motiv för att upphandlingen skall genomföras med förhandlingar kan enheten förhandla om i stort sett allt som rör upphandlingen, även priset. Men, det är viktigt att enheten genom förhandlingarna inte väsentligt ändrar på förutsättningarna för upphandlingen. Det skall således i grunden vara samma vara eller tjänst som upphandlas i förhållande till vad som angavs i förfrågningsunderlaget inklusive kravspecifikationen"*. Uttalandet antyder att nämnden har ansett att det skall föreligga ett objektiva motiv för att förhandlingar skall kunna förekomma. En reglering i lag, på samma sätt som för upphandlingar över tröskelvärdena (och enligt äldre bestämmelser), är emellertid nödvändig för att skapa större klarhet i frågan.

Förhandlingar vid förenklad upphandling bör genomföras på ett objektiva och affärsmässiga sätt, det vill säga för att i första hand klarlägga styrkan i anbud och således inte i syfte att pressa anbudspriserna. Rena prutningar bör inte få förekomma. Prispressen i en upphandling ligger i det osäkerhetsmoment som följer, dels av att anbudsgivarna varken vet hur många eller vilka deras konkurrenter är eller vilka anbud de avger, dels av insikten att angivna bud är definitiva och således inte kan ändras i efterhand. Detta bör regleras i lagen.

Sammanfattningsvis menar Konkurrenskommissionen att möjligheten att förhandla vid förenklad upphandling bör regleras så att förhandlingar kan komma ifråga enbart vid synnerliga skäl och att förhandlingar inte kan ändra den inbördes rangordningen mellan inkomna anbud.

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

För kort tilltagna implementeringstider gynnar tidigare leverantör och motverkar konkurrensen. Konkurrenskommissionen förordar därför att implementeringstiderna regleras i upphandlingslagen (se vidare sid 10).

Konkurrenskommissionen har uppmärksammat problem som uppstår när upphandlande enheter låter den egna regin delta med interna bud i konkurrens med externa anbud vid offentlig upphandling. I några fall synes upphandlingarna ha varit utlysta enbart för att testa den egna regins konkurrenskraft utan någon seriös avsikt att upphandla. I andra fall har egenregibudet till följd av olikheter vid jämförelsen med externa anbud erhållit fördelar. Ett av de fall Konkurrenskommissionen har granskat är för närvarande föremål för prövning av Högsta domstolen (mål nr. T 1683-99).

Någon obligatorisk upphandling existerar inte i svensk rätt. Om upphandlande enheter ändå väljer att infordra anbud på marknaden bör utgångspunkten vara att upphandlingarna skall genomföras affärsmässigt. Skall egenregibud delta bör detta anges i annonsen eller underlaget för upphandlingen. Nollställning mellan anbud och bud måste ske så att externa anbud kompenseras för de interna budens kostnadsfördelar. Enbart affärsmässigt objektiva skäl skall kunna anföras till stöd för att anta ett egenregibud, vilket i formell mening innebär att upphandlingen avbryts.

I likhet med Nämnden för offentlig upphandling och utredningen i Ds 1994:83 "Avbrutna upphandlingar och interna bud" anser Konkurrenskommissionen att upphandlingslagens generalklausul även omfattar beslut om avbrutna upphandlingar. Med hänvisning till den osäkerhet som råder i rättspraxis fordras emellertid att ett förtydligande tillägg införs i lagen med denna innebörd.

I ett antal avgöranden har Konkurrenskommissionen bedömt fall där upphandlande enheter istället för att utse en vinnande anbudsgivare valt att teckna parallella ramavtal med flera anbudsgivare på sinsemellan varierande villkor. De upphandlande enheterna har därefter ansett sig oförhindrade att

utan någon ytterligare prövning eller jämförelse mellan anbudens priser och villkor avropa varor eller tjänster från valfri anbudsgivare.

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

EG-kommissionen har i ett s.k. *motiverat yttrande* uppmärksammat att EG:s tjänstedirektiv (92/50/EEG) till skillnad från försörjningsdirektivet (93/38/EEG) inte tillåter den aktuella typen av ramavtal (Se vidare *NOU-info juni 1997* sid 16 samt *Single Market News, The Newsletter of DG XV - Internal Market and Financial Services. No 7 - APRIL 1997*).

Bruket av parallella ramavtal med sinsemellan varierande villkor är enligt Konkurrenskommissionens mening oroande och riskerar att på sikt leda till att lagen om offentlig upphandling sätts ur spel. Ett förtydligande tillägg med den innebörd som EG-kommissionen angivit bör därför införas i lagen.

I fråga om kundvalssystem eller dylika system där valet av leverantör görs av de enskilda medborgarna som berörs anser Konkurrenskommissionen att sådana system inte innefattar några moment av offentlig upphandling, och således inte skall regleras genom lagen om offentlig upphandling. Om anskaffningar som sker genom kundvalssystem och dylikt över huvud taget behöver regleras i lag bör det ske separat och utanför lagen om offentlig upphandling.

3. Effektivare offentlig upphandling (kap. 8).

Konkurrenskommissionen instämmer i kommitténs bedömning att den offentliga upphandlingen bör göras mer effektiv. Kommissionen delar även NOU:s analys (sid. 189) att en stor del av de positiva effekter som hittills visats kan härledas till att reglerna är tvingande och detaljerade samt sanktionerade med rättsmedel.

Det är enligt kommissionens mening angeläget att de professionella inköparnas position och status inom de offentliga organisationerna stärks och att samtliga, tjänstemän och förtroendevalda, som har att bereda, delta i eller verkställa beslut om offentlig upphandling ges tillräcklig information och utbildning om innebörden av gällande bestämmelser.

I detta sammanhang noterar kommissionen, att ett antal näringslivsorganisationer har utvecklat ett hjälpmedel, kallat *Agenda Konkurrens*, för kommuner att fastställa en upphandlingspolicy och i övrigt effektivisera sin upphandlingsverksamhet.

Konkurrenskommissionen avstyrker kommitténs förslag om sociala, arbetsmarknads- och miljöpolitiska mål (8.4), med innebörden att offentlig upphandling skall kunna användas som ett instrument att främja även andra samhällliga mål, exempelvis jämställdhet, minskad diskriminering, rättvisa, arbetsmarknads- och regionalpolitik.

Förslaget riskerar att leda till målkonflikter i upphandlingsarbetet och osäkerhet hos upphandlare och leverantörer om vad som gäller. Förslaget medför vidare risk för att godtycke förs in i den upphandlingsrättsliga processen genom att förutsättningar som inte objektivt kan fastställas tillåts att vara utslagsgivande vid värderingen av anbud.

De mål kommittén genom förslaget har velat uppnå för miljö- och jämställdhetsarbetet bör beaktas inom ramarna för respektive speciallagstiftning och inte blandas samman med upphandlingslagen, som är en konkurrenslag.

Under rubriken effektivare upphandling minskar risken för bedrägeri och korruption (8.5) anger kommittén att den offentliga upphandlingen i Sverige kännetecknas av saklighet och oväld. Konkurrenskommissionen kan inte generellt instämma i denna bedömning. Kommissionen har i ett stort antal fall funnit exempel på situationer där upphandlande enheter genom överträdelser av lagen otillbörligt försökt gynna eller missgynna företag. Icke sällan har gynnandet avsett tidigare leverantörer eller egna hel- eller delägda företag. Utredningar som genomförts visar att olika former av korruption i offentlig verksamhet inte är någon helt obetydlig företeelse. Ett sätt att komma till rätta med de angivna problemen är som kommissionen har påpekat i det föregående, att tjänstemän och övriga beslutsfattare görs personligt ansvariga för sina beslut.

Angående möjligheterna till stödköp från lokala leverantörer (8.7) delar Konkurrenskommissionen kommitténs bedömning. Stödköp är i regel oförenligt med EG-rätten och kommunallagen och bör även fortsättningsvis vara förbjudet vid offentlig upphandling.

4. Tillsynen (kap. 11)

Konkurrenskommissionen går inte närmare in i detalj på hur den statliga tillsynen över den offentliga upphandlingen bör organiseras. Tjänstemännen vid den nuvarande Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har under tid byggt upp en betydande spetskompetens på det aktuella området. Detta kunnande bör tas tillvara vid en ändrad organisation. Som kommissionen tidigare har framhållit bör sårintressen inte vara representerade i tillsynsorganisationen.

Lagen om offentlig upphandling är en konkurrenslag. Konkurrenskommissionen finner det därför naturligt att tillsynen och den övriga verksamhet som idag bedrivs av Nämnden för offentlig upphandling inordnas i Konkurrensverket. Tillsynen bör få en så självständig roll att befintlig spetskompetens bibehålls.

Det som kommittén anger som marknadsfunktionen och delar av utvecklingsfunktionen bör av principiella skäl inte ingå i samma organisation som kontrollfunktionen utan tillgodoses genom andra organ. Av principiella skäl bör några partsintressen, varken i form av en styrelse eller nämnd eller genom ett rådgivande organ, inte ingå i tillsynsorganisationen.

5. Ändringar i sjätte kapitlet LOU (kap. 12)

Konkurrenskommissionen tillstyrker i stort kommitténs förslag att möjligheterna till direktupphandling (12.4.1.) förtydligas i analogi med EG-direktiven. Det synnerliga skäl för direktupphandling som angivits i förslaget, punkten 3 (sid. 282) - möjlighet att göra förmånliga inköp genom tillfälliga erbjudanden, väsentligt under marknadsvärdet - bör dock strykas eftersom någon bedömning av marknadsvärdet i regel inte göras utan att anbud först inforrats i konkurrens.

Även kommitténs förslag om förenklad selektiv upphandling (12.4.2) tillstyrks. Förfarandet medför enligt Konkurrenskommissionens mening visserligen ökad risk för mannamån mot anbudsgivare och ett moment av godtycke. Dessa risker kan emellertid kompenseras genom att i lagen införs ett krav

att valet av förfarandet skall motiveras av *synnerliga skäl*, t.ex. att ett orimligt stort antal anbud väntas inkomma.

Kommissionen delar kommitténs resonemang om att lottning mellan anbudssökande är det mest objektiva urvalsinstrumentet, särskilt i beaktande av mindre och medelstora företags möjligheter att hävda sig i konkurrensen. Kommissionen föreslår emellertid att i lagen införs en bestämmelse som säkerställer att lottning genomförs på ett korrekt sätt. Detta kan ske genom att förfarandet vid lottning regleras på samma sätt som anbudsöppningen, d.v.s. en protokollförd förrättning där två tjänstemän samtidigt är närvarande och där anbudsgivare har möjlighet att kräva närvaro av en av handelskammare utsedd person. Lottning bör enligt lagen vara huvudregel. Om annat förfarande än lottning tillämpas bör det motiveras särskilt och anges i annonsen om upphandlingen.

Kommitténs förslag om förenklad upphandling genom anbudsinfordran från endast en leverantör (12.4.4) medför risk för tolkningsproblem, framförallt genom att de upphandlande enheterna till följd av den föreslagna formuleringen lockas att i bestämmelsen även tolka in sådant som kommittén inte har tänkt sig. Om förändringen enbart innebär en anpassning till de av EG-direktiv styrda bestämmelserna synes bestämmelserna om direktupphandling tillräckliga. Konkurrenskommissionen avstyrker förslaget. Möjligen kan ett förtydligande i enlighet med kommitténs intentioner göras genom bestämmelsen om direktupphandling.

Konkurrenskommissionen tillstyrker vad kommittén har föreslagit om anbud per e-post (12.5.3). I förslaget till ändring av 6 kap. 15 § LOU har kommittén emellertid även (sid. 39, författningskommentaren sid. 340) föreslagit att bestämmelsen ändras så att den upphandlande enheten får pröva anbud som kommit in för sent, om det är uppenbart att förseningen skett utan leverantörens vållande. Motsvarande har förts in i förutsättningarna för marknadsskadeavgift, punkt (5). Bestämmelsen är ny och innebär en ändring av gällande rätt (jfr. vad kommittén anfört på sid. 85, under punkten 4.2.6). Kommissionen avstyrker förslaget i denna del. Enligt kommissionens mening saknas objektiva skäl att avvika från de överväganden som, när lagen infördes, medförde den nuvarande regleringen att enbart anbud som inkommit inom föreskriven tid får beaktas. Kommitténs förslag medför att risk för att mannamån och illojalt upphandlingsbeteende förs in i upphandlingsprocessen. Bland annat riskerar det inslag av kontroll över upphandlingsförfarandet som bestämmelsen om handelskamarrepresentation vid anbudsöppningen avsett att uppfylla, allvarligt att undergrävas genom bestämmelsen (se även kommissionens yttrande om marknadsavgift).

I fråga om implementeringstider (12.5.4) menar Konkurrenskommissionen i motsats till kommittén att en bestämmelse med innebörden att implementeringstiden skall vara skäligen i förhållande till föremålet för upphandlingen bör införas i lagen.

Konkurrenskommissionen tillstyrker kommitténs hela förslag om obligatorisk publicering i elektronisk databas (12.6). Kommissionen finner det särskilt angeläget att betona förslaget betydelse för konkurrensen i allmänhet och för mindre och medelstora företags möjlighet att konkurrera om offentliga uppdrag i synnerhet.

Beträffande förslaget om ändring i bestämmelserna om orimligt låga anbud (12.9.2) menar Konkurrenskommissionen, i motsats till kommittén, att bestämmelsen bör skärpas och få formen av en rekommendation, att en upphandlande enhet *bör* förkasta orimligt låga anbud om en rimlig förklaring till anbudets låga pris har begärts men inte erhållits. Konkurrerande leverantörer bör kunna räkna med att de upphandlande enheterna sorterar bort oseriösa anbudsgivare. Även på andra ställen i lagen, vid t.ex. 6 kap. 9 § första stycket (och motsvarande bestämmelse i 1 kap. 17 §) är det enligt kommissionens mening lämpligt att det neutrala ordet *kan* ersätts med den starkare rekommendationen *bör*. Den nuvarande regleringen lämnar ett för stort utrymme för de upphandlande enheternas godtycke.

Kommitténs förslag om att uteslutningsgrunder även skall omfatta den juridiska personens företrädare (12.9.5) avstyrks. Kommissionen delar väsentligen kommitténs (och branschsaneringsutredningens) bedömning, att personer som dömts för ekonomisk brottslighet eller allvarligt fel i yrkesutövningen normalt inte bör konkurrera om offentliga uppdrag. Rättssäkerhetsskäl talar emellertid mot kommitténs förslag till lösning. De föreslagna möjligheterna att utesluta leverantörer som tidigare gjort sig skyldiga till brott eller allvarligt fel i yrkesutövningen är enligt kommissionens mening inte begränsade i tiden eller tillräckligt avgränsade i förhållande till sakligt relevanta omständigheter. Förslaget riskerar att i praktiken få rättsverkningar motsvarande ett summariskt yrkesförbud eller ett extra näringsförbud.

De behov kommittén (och branschsaneringsutredningen) pekat på bör möjligen kunna tillgodoses genom att i lagen (1986:436) om näringsförbud införs särskilda bestämmelser om offentlig upphandling.

Konkurrenskommissionen tillstyrker i stort kommitténs förslag om avbrutna upphandlingar (12.11). Delförslaget att ändringar i de politiska majoritetsförhållandena skall anses utgöra sakliga skäl för avbrytande avstyrker emellertid kommissionen. I och med den uppbyggnad upphandlingslagen har fått ligger nära till hands att se saken så att ett kvasikontraktuellt förhållande uppkommer mellan den upphandlande enheten och presumtiva anbudsgivare i och med att upphandling har inletts (se NJA 1998 s. 873). Det måste finnas objektiva och sakliga skäl för att avbryta ett sådant förhållande. Den omständighet att de politiska majoritetsförhållandena ändrats kan enligt kommissionens mening inte utgöra sådana skäl. Vad som avses med att ”en ny politiskt majoritet har tillsatts” framgår vidare inte av kommitténs förslag. Krävs det att det har förekommit allmänna val eller räcker det med att förändringar av majoritetsförhållandena på annat sätt har skett under pågående mandatperiod?

Konkurrenskommissionen avstyrker kommitténs förslag om särskilda bestämmelser (12.14.). Kommissionen finner det inte affärsmässigt, att villkor som avtalats efter upphandling i konkurrens med andra företag skall kunna ändras. Förslaget riskerar att medföra mannamån för de leverantörer som inte tilldelats kontrakt. Konkurrensförutsättningarna riskerar därmed att snedvridas.

I övrigt tillstyrker Konkurrenskommissionen kommitténs förslag under punkterna: 12.3.2 upphandling av telefonitjänster, 12.5.1 samla regler om förfrågningsunderlaget i en paragraf, 2.5.2 förfrågningsunderlagets huvudsakliga innehåll, 12.5.5 form för prövning av anbud, 12.5.6 rangordning av utvärderingskriterierna, 12.9.7 ange underleverantörer, 12.12 jäv, muta och bestickning samt punkten 12.13 obligatorisk dokumentation. Förslagen är viktiga för att uppnå en bättre objektivitet och affärsmässighet vid offentlig upphandling, särskilt för att förbättra för mindre och medelstora företag att hävda sig i konkurrensen.

Angående kommitténs förslag under punkterna: 12.3.1 skall privata företag undantas från sjätte kapitlets tillämpningsområde, 12.4.4 formgivningstävlingar, 12.5 förfrågningsunderlagets innehåll, 12.7 fixerade anbudstider, samt punkten 12.8 ändringar så att vissa regler över respektive under tröskelvärdena blir lika, har Konkurrenskommissionen inga erinringar.

6. Ändringar i sjunde kapitlet LOU (kap. 13)

Konkurrenskommissionen tillstyrker i huvudsak kommitténs förslag angående det positiva kontrakt-sintresset (13.4). Kommissionen förstår emellertid inte kommitténs resonemang om att skadeståndet ”*borde kunna jämkas inom ramarna för det positiva kontrakt-sintresset*”. En sådan jämkning sker enligt kommissionens mening genom själva skadeståndets beräkning, där den skadelidande leverantören skall sättas i samma ekonomiska situation som om det skadegrundande felet inte begåtts (se NJA 1998 s. 873). Kommissionen vill i sammanhanget framhålla skadeståndets preventiva funktion och betona vikten av att de upphandlande enheterna effektivt avhålls från att åsidosätta lagen om offentlig upphandling. Kommitténs förslag om att jämkning av skadestånd enligt lagen om offentlig upphandling skall kunna ske till ”skälig nivå” avstyrks således.

Angående preskriptionstiden (13.5) för skadestånd vid offentlig upphandling delar Konkurrenskommissionen kommitténs uppfattning att nuvarande bestämmelser är för snävt tilltagna.

Konkurrenskommissionen delar kommitténs uppfattning att det erfordras större möjligheter till sanktioner mot överträdelse av lagen om offentlig upphandling.

Kommissionen tillstyrker kommitténs förslag angående marknadsavgift (13.6.1). Kommissionen finner emellertid en av de i förslaget angivna typsituationerna, punkten (1), att avgift vid otillåten direktupphandling skall kunna dömas ut om *det står klart att den organisation som genomfört upphandlingen är en upphandlande enhet*, är otillfredsställande. Denna typsituation bör istället omfatta situationer där otillåten direktupphandling genomförts av en organisation *som tillsynsmyndighet eller domstol tidigare funnit vara upphandlande enhet*. Kommitténs förslag riskerar att vid rättstillämpningen försvåra för tillsynsmyndigheten eller andra att komma tillrätta med tredskande enheter. Under punkten (3) anger kommittén som ett typfall, att ”*Den upphandlande enheten har uppsåtligt eller av oaktsamhet utformat godtyckliga utvärderingskriterier utan rangordning så att endast en viss leverantör kunnat komma ifråga*”. Godtyckliga utvärderingskriterier utan rangordning torde emellertid inte hindra att ett stort antal tänkbara anbudsgivare kan komma ifråga, men leder till att den upphandlande enheten förbehåller sig rätten att i efterhand godtyckligt precisera vilken av anbudsgivarna enheten bäst bedömer uppfylla kraven (fri anbudsprövning). Punkten bör därför förtydligas. Angående förslaget punkt (5) hänvisas till vad som anförts ovan om ändringar av för sent inkomna anbud.

I övrigt menar kommissionen att de i förslaget intagna väsentlighetsrekvisiten medför risk för att överträdelse i betydande utsträckning lämnas opåtalade. Rekvisiten ”*väsentligt* hänseende” bör därför ersättas med ”*icke oväsentligt* hänseende”.

Konkurrenskommissionen tillstyrker även förslagen om föreläggande att inte upprepa viss regelöverträdelse (13.6.2) och om vitessanktionerad tystnadsplikt (13.7).

Kommissionen har i flera sammanhang påtalat vikten av att bestämmelser införs i lagen som gör det möjligt för andra än leverantörer att tala mot överträdelse av lagen om offentlig upphandling. Kommissionen tillstyrker därför kommitténs förslag om talerätt för upphandlingsverket (13.8.1) och för branschorganisationer (13.8.2).

Kommissionen avstyrker däremot de begränsningar som anges i förslaget om talerätt i marknads-skademål och mål om föreläggande (13.8.3). I motsats till kommittén anser kommissionen att det inte finns anledning att begränsa berörda intressenters talerätt till att enbart vara subsidiär i förhållande till tillsynsmyndigheten. Förslaget innefattar enligt kommissionens mening en onödig belastning på tillsynsmyndigheten, vilken istället bör få möjlighet att intervensera i pågående processer om omständigheterna så kräver.

Angående kommitténs förslag om förebyggande av regelöverträdelse (13.9) har kommissionen inget i och för sig att erinra. Kommissionen finner det emellertid tveksamt om förslaget kommer att få någon praktisk verkan

7. Övriga påpekanden

På sidan 71 i betänkandet säger kommittén under rubriken: När är lagen tillämplig för en upphandlande enhet? (4.1.3.), att om det kommunala huvudmannskapet för en viss verksamhet överförs till ett kommunalt företag, lagen inte är tillämplig på kommunens ”ägarroll i förhållandet till företaget”. Kommitténs resonemang är emellertid otydligt och kan föranleda missförståndet att kommuner som med stöd av 17 kap. kommunallagen (1991:900) överför huvudmannskap kan utnyttja företagets tjänster, t.ex. renhållning, utan att behöva upphandla dessa tjänster i konkurrens på marknaden.

På sidan 89 i betänkandet anger kommittén under rubriken överprövning (4.3.) att länsrätt får avslå en framställan om överprövning även om ett fel har begåtts, om den skada som föranleds av felet är mindre än de ekonomiska följderna av att ingripa i ett pågående upphandlingsförfarande. Uppgiften är felaktig. Möjligheterna till skadeavvägning i angivet avseende är sedan en lagändring begränsad till att enbart omfatta möjligheterna till inhibition (se 7 kap. 2 § LOU, ändrad g.m. lag 1996:433).

På sidan 101 i betänkandet anger kommittén under rubriken Riksrevisionsverket (5.3.) att verkets uppdragsgivare är regeringen, riksdagen och myndigheterna. Uppgiften är felaktig. Riksrevisionsverkets enda uppdragsgivare är regeringen (se förordningen (1986:449) med instruktion för RRV).

Stockholm den 13 mars 2000

KONKURRENSKOMMISSIONEN

G Rune Berggren
ordförande

Pär Cronhult
föredragande