

# KONKURRENSKOMMISSIONEN

Box 5625; 114 86 STOCKHOLM; tel: 08-545 03 810; fax: 08-611 35 62

Socialdepartementet

Remissyttrande  
2013-06-14

Dnr. S2013/1826/RU

## Ang. Upphandlingsutredningens slutbetänkande Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling (SOU 2013:12)

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp inom Stiftelsen Den Nya Valfärden. Kommissionen uppmärksammar och motverkar olika former av konkurrensbegränsningar vid offentlig upphandling. Ordförande i Konkurrenskommissionen är förra stadsjuristen i Stockholm Inger Ridderstrand-Linderöth. Övriga ledamöter som har deltagit i beredningen av detta yttrande är förre regeringsrådet Sigvard Berglöf, civilekonomen Patrik Engellau, professorn i handelsrätt Erik Nerep, juristen och experten på konkurrensfrågor Lennart Palm samt förre konkurrensrådet Per-Arne Sundbom.

Konkurrenskommissionen har sedan den inrättades 1994 utrett och bedömt omkring 700 ärenden avseende frågor om offentlig upphandling.

### *1. Sammanfattning*

Konkurrenskommissionen avstyrker att värdegränsen för direktupphandling höjs på sätt som föreslås i betänkandet och förordar att den nuvarande värdegränsen justeras och delas upp i olika beloppsvärden. Kommissionen tillstyrker förslaget om dokumentationsplikt samt förordar att överträdelser sanktioneras men avstyrker att dokumentationsplikten ska begränsas till upphandlingar som överstiger visst värde.

Kommissionen instämmer i bedömningen att all upphandlingsannonsering ska vara fritt tillgänglig och inte förenad med några särskilda avgifter i leverantörsled.

Kommissionen förordar användningen av absoluta utvärderingsmodeller och att det i lagarna om upphandling införs en reglering som tvingar upphandlande myndigheter och enheter att följa upp och kontrollera de krav och kriterier som uppställts.

Kommissionen, som varnar för att en allt för långt gången inköpssamverkan riskerar att medföra negativa konsekvenser för små- och medelstora leverantörer, tillstyrker förslaget om upprättande av en upphandlingsstödjande vägledning och andra kompetenshöjande åtgärder i upphandlarled.

När det gäller den rättsliga prövningen av upphandlingsmål instämmer kommissionen i att en särskild nämnd inte bör inrättas samt tillstyrker förslaget om ett medlingsinstitut och om samordning till ett mindre antal fasta domstolar. Ansökan om överprövning bör inte avgiftsbeläggas. Kommissionen förordar dock att det i vissa fall införs ett begränsat rättegångskostnadsansvar för upphandlarsidan eller det allmänna, liknade det som annars gäller i skattemål.

Konkurrenskommissionen avstyrker utredningens förslag om möjlighet till undantag för direktupphandling under pågående överprövning och vid förlängd avtalsspärr.

## 2. Konkurrenskommissionens synpunkter

Det kan inledningsvis konstateras att på upphandlingsområdet bereds inom EU för närvarande nya direktivbestämmelser som kan väntas få stor betydelse för den svenska regleringen. Regeringen har tillsatt en särskild utredare (Dir. 2012:96) för att bereda ett nationellt genomförande av EU:s nya direktiv om offentlig upphandling, och om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt tilldelning av koncessioner.

Konkurrenskommissionen förordar mot denna bakgrund att upphandlingsutredningens båda betänkanden, delbetänkandet SOU 2011:73 och slutbetänkandet SOU 2013:12, överlämnas till den särskilda utredaren för erforderliga överväganden i samband med det nationella genomförandet av EU:s nya direktiv om offentlig upphandling m.m.

När det sedan gäller de överväganden och förslag som redovisas av Upphandlingsutredningen kan noteras att den offentliga upphandlingen har kommit att tilldelas en viktig och strategisk roll. Konkurrenskommissionen anser att detta är en naturlig utveckling när offentliga myndigheter i högre grad går från att tidigare ha varit utförare till att bli rena beställare. Konkurrenskommissionen ställer sig däremot avvisande till tanken att offentlig upphandling ska användas som ett styrintstrument för att uppnå samhälls- eller politiska mål som inte naturligt sammanhänger med vad som är rent upphandlingsspecifikt.

Konkurrenskommissionen anser i enlighet med vad som redovisats i tidigare yttrande avseende Upphandlingsutredningens delbetänkande, att det nuvarande regelverket för offentlig upphandling är bra, men att den praktiska tillämpningen brister i vissa delar. Det gäller då särskilt onödiga, olämpliga och olagliga krav i förfrågningsunderlaget som strider mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling samt förekommande brist på dialog med tänkbara anbudsgivare inför upphandlingar.

Dylika fel och brister kan ofta ha sin förklaring i tidsbrist hos upphandlande myndigheter men också i bristande kunskap hos upphandlingsansvariga handläggare. Myndigheternas roll som beställare bör enligt Konkurrenskommissionen stödjas centralt genom olika åtgärder som exempelvis ett förstärkt upphandlingsstöd.

Det är Konkurrenskommissionens uppfattning att den offentliga upphandlingen har stärkts sedan rättsmedelsdirektiven ändrades och införlivades i Sverige per den 15 juli 2010<sup>1</sup>, vilket enligt Konkurrenskommissionens mening visar på behovet av tydliga och effektiva sanktioner.

Konkurrenskommissionen delar i stort upphandlingsutredningens analyser och bedömningen att det är betydelsefullt att särskilt beakta de mindre företagens förutsättningar att delta i upphandlingar.

Som framgår av de statistikuppgifter som redovisats av Upphandlingsutredningen hänför sig c:a tre fjärdedelar av samtliga annonserade upphandlingar i Sverige, eller totalt c:a 14.000, till sådana upphandlingar som inte regleras direkt genom EU:s förfarandedirektiv för offentlig upphandling<sup>2</sup> utan genom de nationella bestämmelserna i 15 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU, respektive lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – LUF.

<sup>1</sup> Se bl.a. debattartikel av generaldirektören Dan Sjöblom i Upphandling 24, Konkurrensverket anser att böter avskräcker, <http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.458700/konkurrensverket-anser-att-boter-avskracker>.

<sup>2</sup> Här avses förfarandedirektiven 2004/17/EG och 2004/18/EG, samt de rättsmedelsbestämmelser som följer av ändringsdirektivet 2007/66/EG.



Det är huvudsakligen i sådana upphandlingar som små företag kan ha resurser och ett intresse av att delta med anbud. Som framgår av den statistik som hänvisas till i betänkandet har även drygt 40 procent av samtliga anbud lämnats av mikroföretag, med en andel av cirka 30 procent av det totala antalet vinnande anbud.

Mot denna bakgrund framstår det som betydelsefullt att regelverket i LOU, särskilt de delar som garanterar de små företagen en effektiv insyn och tillgång till att medverka i sådana upphandlingar, förstärks snarare än försvagas.

## *2.1 En höjd direktupphandlingsgräns*

En väl fungerande konkurrens vid offentlig upphandling är en huvudförutsättning för att upphandlande myndigheter och enheter ska kunna göra förmånliga inköp med avseende på produkt-kvalitet och pris till nytta för skattebetalare, brukare eller konsumenter. Här bör framhållas att många marknader eller produktområden i Sverige utmärks av hög företagskoncentration.<sup>3</sup> Därför är det angeläget att de små företagens förutsättningar att delta i offentliga upphandling underlättas.

Små företag har jämfört med sina större konkurrenter sämre förutsättningar för en effektiv marknadsbevakning, marknadsföring av varor eller tjänster och skapande av vidsträckt kontaktnät. En grundläggande förutsättning för dessa företag att delta i offentlig upphandling är att de kostnads-effektivt kan informera sig om vilka kontrakt som kommer ifråga för upphandling och om villkoren för att delta med anbud i dessa upphandlingar. Det kan konstateras att de små företagens behov av relevant marknadsinformation om upphandlingar uppfylls bl.a. genom det nuvarande obligatoriska annonseringskravet i LOU.

Även de till annonseringsskyldigheten knutna rättsmedlen har enligt Konkurrenskommissionens mening en betydelsefull funktion. Bland annat har Konkurrensverket givit uttryck för att de nya sanktionerna om upphandlingsskadeavgift bidragit till bättre upphandlingar och att upphandlande myndigheter och enheter i allt större utsträckning inser betydelsen av att följa reglerna.

Som framgår av Upphandlingsutredningens betänkanden medför de offentliga upphandlingarna så omfattande ekonomiska värden och nära samverkan mellan den offentliga och privata sektorn att offentlig upphandling öppnar upp ett riskområde för illojala arbetsmetoder, intressekonflikter, favorisering och bestickning. Dessa riskmoment motverkas delvis, såsom utredningen konstaterat, genom bl.a. den grundläggande öppenhetsprincipen enligt 1 kap. 9 § LOU om att upphandlingar normalt ska annonseras och att de som har deltagit med anbud ska informeras om resultatet. Även möjligheten för leverantörer att få rättsenligheten av förekommande tilldelningar effektivt överpröva i domstol har givetvis stor betydelse för att motverka korruption och annan snedvridande särbehandling.

Utredningens förslag att begränsa kravet på annonsering och möjligheten till överprövning genom en höjning av gränsvärdet för direktupphandling till c:a 600.000 kronor, skulle enligt Konkurrenskommissionens mening vara ägnat att allvarligt motverka möjligheten för små företag att effektivt hävda sig i konkurrensen på den offentliga upphandlingsmarknaden.

I enlighet med vad som tidigare framförts i andra yttranden där Konkurrenskommissionen har tagit ställning till en fast värdegräns för direktupphandling anser kommissionen att denna värdegräns bör sättas på en sådan nivå att även de små företagen har möjlighet att ta fram anbud och vinna offentliga kontrakt. Därmed ökar även dessa företags etableringsförutsättningar.

<sup>3</sup> Se Konkurrensverkets rapporter Åtgärder för bättre konkurrens (2009:4) och Konkurrensen i Sverige 2007 (2007:4).



Ett kontraktswärde på 600.000 kronor är dock inte något *lågt värde* för ett mindre eller medelstort företag. Inte heller den nuvarande värdegränsen på c:a 284.000 kronor kan anses utgöra något *lågt värde* för dessa företag.

Konkurrenskommissionens erfarenheter, som grundas på bl.a. den egna utredande verksamheten och ärendehandläggningen, är att tillämpningen av direktupphandling riskerar medföra att främst små och nyetablerade företag förbigås vid offentlig upphandling. Upphandlande myndigheter hänvisar icke sällan till att de finner det tryggare eller enklare att köpa varor och tjänster direkt från redan etablerade och av myndigheterna tidigare anlitade, oftast rikstäckande, större företag. För högt fastställda beloppsgränser för direktupphandling medför således med stor sannolikhet att de små företagens förutsättningar att delta i den offentliga upphandlingen försämras.

En annan effekt kan bli att marknads- eller produktområden vars intäkter till stor del härrör från den offentliga sektorns inköp i många fall får (åtminstone på sikt) ökad företagskoncentration. Antalet leverantörer till offentlig sektor riskerar således att komma att koncentreras, genom att små företag inte ges möjlighet att delta med anbud eller rent av riskerar att slås ut från dessa marknader. Av detta torde följa sämre konkurrens och oförmånliga inköp till nackdel bl.a. för det allmänna.

Det kan även allmänt sägas att en minskad närvaro av små företag i den offentliga upphandlingen ökar kartellrisken. Avsaknaden av små företag gör det nämligen lättare att skapa och upprätthålla otillåtna karteller. Med många företag som lämnar anbud i en fungerande konkurrens motverkas förutsättningarna för sådan kartellbildning som sätter konkurrensen ur spel.

Upphandlingsutredningen har tidigare redovisat vissa uppgifter om de små företagens anbudsgivning vid offentlig upphandling. Det bör dock framhållas, vilket inte framgår, att enligt aktuell undersökning är det enbart 12 procent av samtliga små företag (0–49 anställda) som deltog i offentlig upphandling under den studerade 12-månadersperioden.<sup>4</sup> De små företagen har en helt central roll för ökad sysselsättning och tillväxt.<sup>5</sup> Detta talar för att statsmakterna bör förbättra förutsättningarna för dessa företag att lämna anbud i offentlig upphandling. Utredningens förslag till höjda beloppsgränser för direktupphandling går dock i motsatt riktning.

Konkurrenskommissionen, som inte anser att 600.000 kronor kan anses utgöra något "lågt värde", menar att en sådan utvidgning av beloppsgränsen för direktupphandling som föreslås av utredningen även ökar risken för korruption.<sup>6</sup>

Med hänsyn härtill kan Konkurrenskommissionen inte inse på vilket sätt "goda affärer" skulle kunna säkerställas för en hållbar offentlig upphandling genom att volymmässigt stora delar av de offentliga beställningarna undantas från kravet på öppenhet och likabehandling samt från möjligheten till effektiva rättsmedel. Kommissionen kan inte av Upphandlingsutredningens båda betänkanden utläsa varför tillämpningsområdet för bestämmelserna om öppenhet och insyn bör begränsas genom att direktupphandlingsgränsen höjs och att därmed ett stort antal upphandlingar inte blir konkurrensutsatta enligt gällande regler. Kommissionen anser, liksom tidigare, att här överväger klart nackdelarna med ett sådant förslag jämfört med dess eventuella fördelar.

<sup>4</sup> Tillväxtverkets informationsbroschyr Offentlig upphandling – företagens deltagande, november 2011. Av broschyren framgår även att motsvarande siffra för medelstora företag med 50–249 anställda är 43 procent och att andelen företag som deltar i en offentlig upphandling ökar med företagets storlek.

<sup>5</sup> Rapporten Fakta om små och stora företag, Företagarna, februari 2011.

<sup>6</sup> Se Transparency International Sverige, rapporten Korruptionsrisker i den kommunala sektorn (Rapport no.2 | 2012); se även Statskontorets rapport Köpta relationer (2012:20), ESO –rapporten Allmännyttan eller egenvinning (2013:2) samt den av Granskningskommissionen i Göteborgs Stad nyligen publicerade rapporten Tillitens gränser (juni 2013).



### 2.1.1 Differentierade beloppsgränser för direktupphandling

Konkurrenskommissionen anser att den nuvarande värdegränsen för direktupphandling i 15 kap. 3 § LOU (f.n. c:a 284.000 kronor) redan är för hög i sig, sett som en *generell* värdegräns för upphandling av såväl byggtreprenadarbeten som varor och tjänster.

Enligt tidigare bestämmelser i 15 kap. 3 § LOU och LUF skulle upphandlande myndigheter och enheter vid behov besluta om riktlinjer för användning av direktupphandlingar. Syftet bakom detta system var att skapa förutsättningar för en flexibel användning av direktupphandlingsinstitutet. En upphandlings värde skulle normalt kunna betraktas som ”låg” när ett mer formaliserat upphandlingsförfarande riskerade att medföra administrativa kostnader vilka framstod som oproportionerligt stora i förhållande till upphandlingens totala värde.

Eftersom upphandlingskostnaderna varierar med komplexiteten i det som ska upphandlas kan upphandlingar av exempelvis svårbedömda konsulttjänster, som revisionskonsulter, datatekniker, juridiska konsulter etc., motivera att direktupphandling används i större utsträckning än i fråga om upphandling av mer lättbedömt slag. Detta skulle kunna motivera att i lagarna införs olika direktupphandlingsgränser, såsom i bl.a. Finland, beroende på föremålet för upphandling.

Däremot torde byggtreprenadarbeten inte vara så komplicerade att de motiverar den högre direktupphandlingsgräns, som enligt utredningens förslag ska uppgå till det dubbla värdet, 1,2 miljoner kronor. Konkurrenskommissionen vill särskilt uppmärksamma att vissa byggarbeten även kan anses utgöra A-tjänster i form av underhålls- och reparationstjänster (kategori 1) eller tjänster för fastighetsförvaltning (kategori 14). Olika direktupphandlingsgränser för byggtreprenadarbeten jämfört med A-tjänster som innefattar byggarbeten skulle riskera att skapa oklarhet och gränsdragningsproblem samt tröskeeffekter vid rättstillämpningen. Konkurrenskommissionen förordar därför att direktupphandlingsgränsen för byggtreprenadarbeten samordnas till att utgöra samma värde som generellt ska gälla för tjänster.

Kostnaderna för att upphandla en vara, tjänst eller byggtreprenad blir vidare inte högre bara för att den upphandlas med tillämpning av LUF istället för LOU. Det finns därför, enligt kommissionens mening ingen anledning att införa olika beloppsgränser för direktupphandling inom försörjningssektorerna (f.n. c:a 570.000 kr.) jämfört med den klassiska sektorn (f.n. c:a 284.000 kr.). Förekommande riktvärde/n för direktupphandling enligt LUF bör därför ligga på samma nivå som enligt LOU.

### 2.1.2 Dokumentationsplikt

Konkurrenskommissionen tillstyrker Upphandlingsutredningens förslag om dokumentationsplikt men förordar att det i lagtexten tydliggörs hur plikten närmare ska utföras samt att överträdelser sanktioneras. Kommissionen kan dock inte inse varför dokumentationsplikten ska begränsas till enbart upphandlingar som överstiger ett visst värde. Enligt kommissionens mening bör alla direktupphandlingar omfattas av samma dokumentationsplikt. Förslaget om begränsning av dokumentationsplikten till upphandlingar som överstiger 100.000 kronor avstyrks således.

### 2.2 Annonsering

Konkurrenskommissionen instämmer i Upphandlingsutredningens bedömning att all upphandlingsannonsering ska vara fritt tillgänglig i allmänna databaser som har godkänts av den statistikansvariga myndigheten. Tillgången till annonserna ska inte vara förenad med några särskilda avgifter i leverantörsled utan kostnaderna i fråga bör fullt ut belasta de upphandlande myndigheter och enheter som annonserar.



### 2.3 Utvärderingsmodeller

Konkurrenskommissionen har i sin utredande och granskande verksamhet noterat att ett icke obetydligt problem som framhålls av främst mindre och medelstora företag som bl.a. fördyrar anbudsgivningen är de kraftiga variationer i fråga om skall-kravsuppfyllelse som förekommer mellan olika upphandlingar avseende i övrigt likartade produkter eller tjänster. Även förekomsten av relativa utvärderingsmodeller, som är svåra att förutse, upplevs till stor del som ett hinder för anbudsgivning. Konkurrenskommissionen förordar därför användningen av absoluta utvärderingsmodeller, där utvärderingen sker enbart på grundval av anbudets egna kvaliteter.

Konkurrenskommissionen har i flera utredningar noterat förekomsten av osund strategisk anbudsgivning som möjliggjorts av bristfälliga upphandlingsunderlag i kombination med dålig eller obefintlig kontroll och uppföljning.<sup>7</sup> Kommissionen förordar därför att det i lagarna om upphandling införs ett allmänt förbud mot att använda relativa utvärderingsmodeller.

### 2.4 Kontraktsuppföljning

Ett problem vid offentlig upphandling som Konkurrenskommissionen har kunnat notera i sin utredande och granskande verksamhet är den ökande mängden detaljkrav på kvalitet och miljö som ska uppfyllas i anbudet; krav som icke sällan har sitt ursprung i främst kommunernas politiska verksamhetsföreträdare. Dessa och dylika krav brukar dock långtifrån alltid följas upp under upphandlingskontraktens löptid. Från rättspraxis kan på senare tid noteras flera avgöranden där domstol har ogiltigförklarat upphandlingskontrakt, eftersom de i praktiken har kommit att få ett väsentligt annat innehåll än vad som ursprungligen upphandlats.<sup>8</sup>

Kommissionen ser behovet av en mer strukturerad avtalsuppföljning, där den upphandlande myndigheten eller enheten måste kunna kontrollera att avtalsparterna håller sig till vad som har efterfrågats i upphandlingen, som en konsekvens av den s.k. likabehandlingsprincipens och öppenhets- eller transparensprincipens krav. Kommissionen förordar således att det lagarna om upphandling införs reglering om att upphandlande myndigheter och enheter måste följa upp och kontrollera de krav och kriterier som har uppställts i en upphandling. Sådana krav och kriterier som svårigen kan kontrolleras, eller som inte kan kontrolleras alls, ska inte förekomma.

### 2.5 Inköpssamverkan och upphandlingsstöd samt förbättrad upphandlingskompetens

Inköpssamordning och annan liknande samverkan som medför att större volymer efterfrågas riskerar att medföra negativa konsekvenser för små- och medelstora, ofta lokalt förankrade, leverantörer som därigenom hindras från deltagande vid offentlig upphandling. Detta är ägnat att motverka den i andra sammanhang uttalade ambitionen att gynna förutsättningarna för små- och medelstora företag och lokal handel.

Istället för ökad inköpssamverkan bör kompetenshöjande åtgärder genomföras för att ge framförallt mindre upphandlande myndigheter och enheter stöd och rådgivning vid deras upphandlingar. Konkurrenskommissionen tillstyrker därför Upphandlingsutredningens förslag om upprättande av en upphandlingsstödjande vägledning med särskilt fokus på mindre kommuners behov.

<sup>7</sup> Se bl.a. KKO 12-023 om Helsingborgs kommuns upphandling av "Unicum" - ett datasystem för föräldrakommunikation för grundskolan.

<sup>8</sup> Se Kammarrätten i Jönköping, dom av den 21 februari 2013 i mål 2760 (Martin&Servera / J. Finspångs kommun m.fl.) samt Kammarrätten i Göteborg, dom av den 15 mars 2013 i mål 6952-12 (Peab / J. Trelleborgs kommun).



Konkurrenskommissionen, som under lång tid efterlyst kompetenshöjande åtgärder på upphandlarsidan, instämmer i utredningens analys och tillstyrker de förslag till åtgärder som redovisas i syfte att höja och säkerställa kompetensen hos upphandlingsansvariga på myndigheter och enheter. Kommissionen tillstyrker även Upphandlingsutredningens förslag om att Statens inköpscentral ska ges i uppdrag att bistå myndigheter som avropar från centrala ramavtal och förslaget att utreda införandet av den danska modellen med ramavtal som är förpliktande för upphandlande myndigheter eller enheter.

Konkurrenskommissionen har i tidigare yttrande över Upphandlingsstödsutredningens betänkande Upphandlingsstödsutredningens framtid (SOU 2012:32)<sup>9</sup> förordnat bl.a. att i den planerade Upphandlingsstödsmyndigheten ska ingå även sådana upphandlingsstödjande verksamheter som för närvarande utförs av AB Svenska Miljöstyrningsrådet. Kommissionen delar således Upphandlingsutredningens synpunkter i denna fråga om att förekommande miljökrav och kriterier bör förhålla sig till och balanseras mot andra aspekter av den offentliga upphandlingen.

## 2.6 Dialog i offentlig upphandling

Konkurrenskommissionen delar, liksom tidigare redovisats, Upphandlingsutredningens slutsatser om att möjligheterna till dialog vid offentlig upphandling bör förstärkas, särskilt innan upphandlingarna annonseras. Om syftet med dialogen är att förbättra upphandlingsunderlagen och att öka antalet möjliga anbud stärker det målet att uppnå ”en god affär”. Det är dock av betydelse att de grundläggande principerna om likabehandling och öppenhet (transparens) genomsyrar även förekommande dialoger. Detta för att inte otillbörlig anpassning till något visst ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning kan komma att ske. I annat fall skulle ensidigt gynnande av visst företag eller viss produktion riskera att uppkomma genom att upphandlingarna anpassas i selektiv riktning.

Enligt Konkurrenskommissionens mening kan förhandling vid offentlig upphandling riskera att gynna uppkomsten av korruption. Dessutom ställer förhandlingar stora krav på upphandlande myndigheter och enheter i fråga om kompetens som idag i många fall saknas. Möjligheterna till förhandling vid offentlig upphandling bör därför inte utökas. Kommissionen instämmer dock i utredningens bedömning att det behövs ett samordnat och breddat stöd för förhandlingar som genomförs inom ramarna för nuvarande reglering.

## 2.7 Prövning av upphandlingsmål

Konkurrenskommissionen anser, som tidigare redovisats, att tillgången till effektiva rättsmedel, däribland möjligheten till materiell rättelse genom överprövning, utgör en av grunderna för det upphandlingsrättsliga regelverket som snarare bör förstärkas, inte försvagas. Någon inskränkning av leverantörernas förutsättningar för prövning av överprövningsmål bör således inte införas. Upphandlingsrätten är komplex och förutsätter löpande utveckling i rättspraxis. Den nuvarande ordningen med en stor mängd behöriga domstolar medför en oönskad spretighet i rättspraxis. Konkurrenskommissionen tillstyrker därför Upphandlingsutredningens förslag om att upphandlingsmålen ska koncentreras till tre förvaltningsrätter samt en kammarrätt.

Konkurrenskommissionen tillstyrker även utredningens förslag om att inrätta en särskild medlingsfunktion. Medlingsförfarandet ska dock vara frivilligt. Kommissionen instämmer i utredningens bedömning att det inte bör inrättas en särskild nämnd för prövning av upphandlingsmål.

<sup>9</sup> Se Konkurrenskommissionen yttrande KKO R 12-04 av den 30 augusti 2012 över Upphandlingsstödsutredningens betänkande (SOU 2012:32)-regeringens dnr. S2012/3394/RU.

### *Kostnader för upphandlingsmål*

Högsta förvaltningsdomstolen har i vägledande rättspraxis, RÅ 2009 ref. 69, uttalat att den s.k. officialprincipen ska tillämpas på ett försiktigt sätt i mål om offentlig upphandling. Detta har fått till följd att förvaltningsdomstolarna inte utreder upphandlingsmål utan endast låter sig vägledas av vad parterna har åberopat.

Tyvärr drabbas leverantörer av felaktiga upphandlingsbeslut och tvingas in i överprövningsprocesser för att tillvarata sin rätt. Överprövningssökande leverantörer tvingas som regel att söka juridiskt kunnigt biträde, både på grund av upphandlingsmålens komplexitet och av ovan nämnda avsaknad av rättslig vägledning enligt officialprincipen.

Eftersom uppkommande rättsfrågor inte alltid kunnat förutses av lagstiftaren är upphandlingsrätten huvudsakligen beroende av utfyllande rättspraxis. Det är därför mindre tillfredställande att kostnadsansvaret för sådan rättspraxis huvudsakligen vilar på de leverantörer, icke sällan små och medelstora företag, som deltar i offentlig upphandling.

Konkurrenskommissionen förordar därför att det i upphandlingslagarna införs bestämmelser om rättegångskostnadsansvar, liknande det som gäller vid skattemål, om att kostnaderna i målet ska åvila upphandlaren eller det allmänna vid uppenbara fel från den upphandlande myndigheten eller enhetens sida samt i mål av principiell betydelse eller där upphandlaren har velat "testa lagstiftningen" i syfte att erhålla utvidgande rättspraxis. En ansökan om överprövning bör inte avgiftsbeläggas.

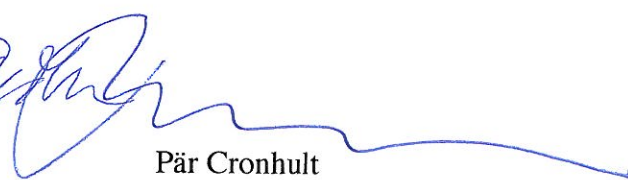
### *2.1.3. Direktupphandling under pågående överprövningsprocess*

När det gäller möjligheten till undantag för direktupphandling under pågående överprövning och vid förlängd avtalsspärr i 15 kap. LOU avstyrker Konkurrenskommissionen utredningens förslag. Ett ingående av sådant avtal genom direktupphandling under pågående överprövning riskerar medföra att avtal med kort löptid eller som avser omedelbar engångsleverans också kommer att hinna fullbordas innan ansökan om överprövning prövats rättsligt, vilket skulle komma att medföra en urholkning av det upphandlingsrättsliga sanktionssystemet. Bestämmelsen i 16 kap. 14 § LOU om att domstol vid en eventuell talan om ogiltighet enligt 16 kap. 13 § LOU kan förordna om att avtalet ändå får bestå tillgodoser enligt Konkurrenskommissionens mening sådana effektivitetsbehov som utredningen eftersträvar.

Stockholm den 14 juni 2013

KONKURRENSKOMMISSIONEN

  
Inger Ridderstrand-Linderöth  
/ordförande/

  
Pär Cronhult  
/föredragande/