

KONKURRENSKOMMISSIONEN

Box 5625, 114 86 Stockholm Tel: 08-679 50 50 Fax: 08-611 35 62

Finansdepartementet

Remissyttrande

2006-08-30

Ert dnr. 001-2043/2006

Upphandlingsutredningens slutbetänkande, Nya upphandlingsregler 2 (SOU 2006:28)

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som bland annat uppmärksammar och motverkar olika former av konkurrensbegränsningar vid offentlig upphandling. Ordförande i Konkurrenskommissionen är fd. generaldirektören och chefen för Riksrevisionsverket (RRV) G Rune Berggren. Övriga ledamöter är f.d. regeringsrådet *Sigvard Berglöf*, civilekonomen *Patrik Engellau*, f.d. stadsjuristen i Stockholm *Inger Ridderstrand-Linderöth*, professorn i handelsrätt *Erik Nerep*, samt juristen och experten på konkurrensfrågor *Lennart Palm*.

Konkurrenskommissionen, som har verkat sedan 1994, har hittills avgjort över 400 ärenden avseende offentlig upphandling.

1. Sammanfattning

Konkurrenskommissionen avstyrker användningen av konkurrenspräglad dialog på upphandlingar under tröskelvärdena och av B-tjänster men tillstyrker användningen i övrigt. Kommissionen tillstyrker vidare användningen av dynamiska inköpssystem över tröskelvärdena och, med viss tvekan, av B-tjänster men avstyrker användningen på upphandlingar under tröskelvärdena. Användningen av elektronisk auktion tillstyrks, medan införandet av möjligheter till inköpscentraler avstyrks. Konkurrenskommissionen avstyrker även att en rekommendation om miljökrav och sociala krav införs på sätt som utredningen föreslagit.

Avseende upphandlingar under tröskelvärdena m.m. inom den klassiska sektorn avstyrker Konkurrenskommissionen förslaget att införa fasta värden för direktupphandling och förordar ett system med riktlinjer för hur de upphandlande myndigheterna skall fastställa egna riktvärden. Al-

ternativt förordas att det överlämnas till regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer att utfärda riktvärden för olika slag av upphandlingar. Kommissionen förordar även att skyldighet till särskild dokumentation av direktupphandling föreskrivs samt att det i lagen införs ett förbud mot att dela upp upphandlingar i syfte att underskrida direktupphandlingsgränsen. Kommissionen tillstyrker att den nuvarande möjligheten att använda direktupphandling vid synnerliga skäl kvarstår oförändrad men avstyrker förslaget avseende lättnader vid annonsering. Även förslaget om förenklade regler för utvärdering av pris och andra kriterier ("viktning") avstyrks.

I fråga om småföretagens ställning vid offentlig upphandling menar Konkurrenskommissionen att utredningen inte tillräckligt beaktat deras särskilda behov och intressen. Flera av de förslag som utredningen framlagt, särskilt förslagen avseende inköpscentraler och avseende annonsering, framstår närmast som ägnade att försvåra för mindre och medelstora företag att konkurrera inom den offentliga handeln. Kommissionen delar däremot utredningens bedömning att det inte finns någon möjlighet att underlåta att vid kommunal samverkan tillämpa bestämmelserna i lagarna om offentlig upphandling.

Konkurrenskommissionen anför inga särskilda synpunkter avseende upphandlingar under tröskelvärdena m.m. inom försörjningssektorerna utöver de som i övrigt redovisats i yttrandet.

Konkurrenskommissionen instämmer i utredningens bedömning att nackdelarna med en prekluisionsfrist väger tyngre än fördelarna samt avstryker utredningens alternativa förslag att ändå införa en sådan frist i lagen. Kommissionen instämmer i utredningens bedömning att några ändringar av bestämmelserna om överprövning och interimistiskt beslut inte är nödvändiga, men avstyrker förslaget att slopa möjligheten för annan leverantör att anhängiggöra egen talan inom tio dagar från det att ett tidigare meddelat interimistiskt beslut upphävts av domstol.

Kommissionen instämmer i utredningens bedömning avseende ILO konvention nr 94 och avstyrker att konventionen ratificeras.

2. Konkurrenspräglad dialog

Konkurrenskommissionen tillstyrker användningen av konkurrenspräglad dialog över tröskelvärdena men avstyrker användningen på upphandlingar under tröskelvärdena och av B-tjänster.

Som framgår av utredningsbetänkandet är förfarandet med konkurrenspräglad dialog krävande och därför avsett för stora och särskilt komplicerade kontrakt. Förfarandet är normalt ägnat att komma ifråga för upphandlingar avseende större tekniska system med en snabb och föränderlig produktutveckling och riskerar att missgynna små företag. De upphandlingar som beloppsmässigt kan komma ifråga under tröskelvärdena är normalt inte av sådan komplexitet att konkurrenspräglad dialog behöver komma ifråga. Inte heller upphandlingar av B-tjänster, vilka oavsett värdet omfattas av de nationella bestämmelserna, kan anses vara av sådan komplexitet att konkurrenspräglad dialog behöver tillämpas.

För de fall där behov att föra förhandlingar med en eller flera leverantörer ändå kan tänkas uppkomma kan de nationella bestämmelserna möjligen kompletteras med ett förhandlat förfarande,

motsvarande ”förhandlad upphandling med föregående annonsering”. För att undvika missbruk bör dock förfarandet kunna tillämpas endast undantagsvis och vid särskilda i lagen angivna skäl, på sätt som annars gäller över tröskelvärdena.

3. Dynamiskt inköpssystem

Konkurrenskommissionen tillstyrker användningen av dynamiska inköpssystem över tröskelvärdena och, med viss tvekan, av B-tjänster men avstyrker användningen på övriga upphandlingar.

Förfarandet förutsätter viss omsättning för att vara relevant att tillämpa. Vid upphandlingar av varor eller A-tjänster under gällande tröskelvärde föreligger knappast något behov av ett dynamiskt inköpssystem. Vid upphandling av bygg – och entreprenadarbeten enligt bilaga I till det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18EEG) - nuvarande bilaga C till LOU - uppgår visserligen tröskelvärdet till ett så högt belopp att användningen av ett dynamiskt inköpssystem framstår som motiverad även under detta värde. Den speciella karaktären av dessa tjänster medför emellertid inte att något behov av ett dynamiskt inköpssystem kan sägas föreligga.

Användningen av ett dynamiskt inköpssystem bör således, om det alls skall införas i de nationellt reglerade bestämmelserna, förbehållas upphandlingar av B-tjänster.

Konkurrenskommissionen delar utredningens överväganden avseende möjligheten till överprövning vid dynamiska inköpssystem och de avgränsningar som där görs.

4. Elektronisk auktion

Konkurrenskommissionen tillstyrker användningen av elektronisk auktion och menar att detta, korrekt använt, kan leda till bättre och ökad konkurrens inom den offentliga handeln.

Konkurrenskommissionen förordar dock att regelverket utformas på ett sätt som garanterar att anbudsgivarnas identitet inte avslöjas förrän auktionen är avslutad. Detta motiveras bland annat för att motverka kartellbildning eller liknande konkurrenssnedvridande beteenden bland anbudsgivare.

5. Inköpscentraler

Konkurrenskommissionen avstyrker införandet av inköpscentraler.

Normalt skall inköpsvolymen vid fungerande konkurrens enbart påverka priset marginellt. Volymrabatter eller volymmässigt relaterad prissättning kan på ett snedvridande sätt däremot utnyttjas som instrument för stora leverantörer att slå ut sina mindre konkurrenter och därigenom på sikt medföra kompensation i form av monopol eller dominerande marknadsandelar.

Ökad användning av inköpscentraler riskerar enligt Konkurrenskommissionens mening att leda till centraliserade förfaranden med omotiverat stora inköpsvolym, vilket kan medföra att större leverantörer gynnas på sina mindre konkurrenters bekostnad. De önskemål som i andra samman-

hang kommer till uttryck om att inom ramarna för den offentliga handeln förbättra förutsättningarna för små- och medelstora företag – särskilt att i glesbygd understödja lokal handel – riskerar härigenom att motverkas på ett till synes onödigt sätt (se SOU 2001:31 s. 319 ff., se även Glesbygdsverket, Landsbygdens marknadsråd, ”Möjligheter till lokal och miljöanpassad livsmedelsupphandling” - Mitthögskolan i Östersund, Amcoff och Ansgariusson, 1996).

Övervägande skäl talar därför mot att i de svenska upphandlingslagarna införa möjlighet till inköp via inköpscentraler. De eventuella behov av centraliserade inköp som trots allt kan finnas hos de upphandlande myndigheterna (enheterna) bör kunna tillgodoses inom ramarna för nuvarande regelssystem med exempelvis inköpsfullmakter.

6. Miljökrav, sociala krav och andra särskilda krav.

Konkurrenskommissionen avstyrker att en rekommendation om miljökrav och sociala krav införs på sätt som utredningen föreslagit.

Konkurrenskommissionens allmänna uppfattning är att en reglering med innebörden att offentlig upphandling skall kunna användas som ett instrument att främja även andra samhällseliga mål, exempelvis jämställdhet, minskad diskriminering, rättvisa, arbetsmarknads- och regionalpolitik, riskerar att medföra målkonflikter i upphandlingsarbetet såväl som osäkerhet hos upphandlare och leverantörer om vad som gäller. Sådan reglering medför vidare risk för att godtycke förs in i den upphandlingsrättsliga processen genom att förutsättningar som inte alltid objektivt låter sig fastställas tillåts att vara utslagsgivande vid valet av leverantör. De mål som utredningen genom förslaget kan vilja uppnå för miljö- och exempelvis jämställdhetsarbetet bör istället beaktas inom ramarna för respektive speciallagstiftning och inte blandas samman med upphandlingslagen, som till sin funktion är en konkurrensrättslig reglering.

Rättsläget på området för miljökrav och sociala krav är som utredningen påpekat vidare ytterst oklart, och den föreslagna rekommendationen är knappast ägnad att bringa någon klarhet i vad de rekommenderade kraven kan tänkas innebära. Förslaget saknar vidare praktisk betydelse för de upphandlande enheternas arbete, eftersom det inte innehåller någon direkt tillämplig reglering. De upphandlande myndigheterna (enheterna) bör istället på annat sätt kunna uppmärksammas på möjligheten att ställa miljökrav och sociala krav, exempelvis genom Nämndens för offentlig upphandling (NOU) arbete och i enlighet med dess anvisningar och förslag. Nämnden har bland annat på regeringens uppdrag utarbetat exempel på antidiskrimineringsklausuler. Liknande riktlinjer, som de upphandlande myndigheterna (enheterna) kan följa, borde kunna sammanställas även på andra områden.

6.1 Miljökrav

Avseende förekomsten av miljökrav m.m. har Konkurrenskommissionen tidigare under året yttrat sig till regeringen genom Miljö- och samhällsbyggnadsdepartementet i anledning av en rapport från Naturvårdsverket – Underlag till handlingsplan för miljökrav vid offentlig upphandling, rapport 5520, december 2005 (dnr. M2005/6241/Hm).

Konkurrenskommissionen anförde i sitt yttrande inga principiella invändningar mot att en nationell handlingsplan för en mer miljöanpassad offentlig upphandling införs, så länge grundläggande upphandlingsrättsliga principer om transparens, proportionalitet, likabehandling samt ömsesidigt erkännande iakttas.

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

När det gäller miljökrav vid offentlig upphandling vill Konkurrenskommissionen särskilt uppmärksamma vikten av att uppställda krav måste kunna verifieras och att den upphandlande myndigheten (enheten) skall besitta tillräckliga resurser för en effektiv utvärdering, inte enbart för att vid anbudsutvärderingen stämma av att kraven är uppfyllda, utan även för att under kontraktstiden löpande kunna kontrollera att leverantören uppfyller ställda krav och agerar i enlighet med utfästa miljömål.

Transparensprincipens krav på insyn medför att den upphandlande myndigheten (enheten) rimligen måste ha tillräckliga resurser för att på ett fackmässigt sätt utvärdera och följa upp de krav som ställts upp vid offentlig upphandling. Det får inte vara så att en upphandlande enhet, som vid anbudsutvärderingen har försäkrat sig om att vissa – icke sällan tekniskt komplicerade – miljökrav skall vara uppfyllda, samtidigt saknar resurser för att kontrollera om kraven faktiskt uppfylls. En sådan ordning skulle vidare riskera att gynna oseriösa leverantörer på bekostnad av sina seriösa konkurrenter.

Av den rapport från Naturvårdsverket som Konkurrenskommissionen tidigare yttrat sig över (se ovan) framgår att cirka 60 procent av alla statliga och kommunala upphandlingar innehåller miljökrav. I nästan hälften av dessa upphandlingar är dock kraven formulerade på ett sådant sätt att de inte får några konsekvenser för vad som upphandlas.

Av den av verket genomförda enkätstudie som rapporten grundar sig på (Miljöanpassad offentlig upphandling .- en enkätstudie 2004, Naturvårdsverkets rapport 5445), vilken riktade sig till 290 kommuner, 21 landsting och 247 övriga myndigheter framgår att c:a 60 procent av de upphandlingsansvariga alltid eller ofta ställer miljökrav medan bara drygt hälften av dessa, eller 32 procent, arbetar med någon typ av uppföljning från miljösynpunkt. Av de tillfrågade myndigheterna

uppgav vidare enbart en tredjedel eller 34 procent att de har utbildat sin personal i miljöanpassad offentlig upphandling.

Det måste rimligen kunna krävas av de upphandlande myndigheterna (enheterna) att uppställda krav, exempelvis miljökrav, kontrolleras såväl genom en teknisk analys vid anbudsvärdering och tilldelningsbeslut som genom fortlöpande kontroller så länge som kontraktstiden varar. Saknar den upphandlande enheten förmåga till sådan uppföljning och kontroll bör miljökraven heller inte ställas.

Mot denna bakgrund finner Konkurrenskommissionen det betänkligt att i lagen föra in en rekommendation om att upphandlade myndigheter (enheter) bör ställa miljökrav utan att samtidigt ange att myndigheten (enheten) i sådant fall måste besitta tillräckliga resurser för att värdera och följa upp ställda krav. Konkurrenskommissionens synsätt överensstämmer med vad EG-domstolen uttalat genom dom den 4 december 2003 i mål C-448/01 (EVN Wienstrom) om att den upphandlande myndigheten (enheten) måste ha en verklig möjlighet att på grundval av den information och de bevis som inges av anbudsgivarna kontrollera om anbuden uppfyller upphandlingskriterierna samt att en upphandlande myndighet (enhet) som föreskriver ett upphandlingskriterium som den varken ämnar eller har möjlighet att kontrollera, åsidosätter den gemenskapsrättsligt grundade principen om likabehandling (domskälen, pp. 50 och 51).

6.2 Sociala krav

På området för sociala krav finner Konkurrenskommissionen att det råder om möjligt ännu större oklarhet än avseende miljökrav.

Förekommande krav måste som regel ha en koppling till kontraktsföremålet och den upphandlade myndighetens (enhetens) behov (proportionalitetsprincipen) och får inte vara diskriminerande i något led (likabehandlingsprincipen samt principen om ömsesidigt erkännande). Kraven får inte heller avse annan sådan av leverantörerna bedriven verksamhet som riktar sig till annan än den upphandlande enheten.

Mycket av det som utredningen behandlar som sociala krav ligger emellertid inom ramarna för de upphandlande myndigheternas (enheternas) rätt att själva definiera sitt behov och fastställa en beskrivning av det som skall upphandlas. Krav på att upphandlade bussar skall vara handikappanpassade, eller att upphandlade datorer skall kunna användas av synskadade, utgör exempel på sådana behovsrelaterade legitima krav.

Det är vidare angeläget att den upphandlande myndigheten (enheten) uppställer krav på insyn eller kontroll i för upphandlingen relevant hänseende eller att den anlitate leverantören skall garantera att den följer tvingande författningsbestämmelser på det aktuella området.

Konkurrenskommissionen finner det däremot inte förenligt med upphandlingsrättsliga grunder att upphandlande myndigheter (enheter) skall uppställa villkor som inte är nödvändiga för att det enskilda kontraktet skall kunna fullgöras utan som istället beror på olika önskemål som den

upphandlande enheten vill infria genom sin upphandling och som går längre än de skyldigheter som annars följer av nationell lagstiftning.

Konkurrenskommissionen har i sin granskande verksamhet kunnat iaktta en tendens hos upphandlande myndigheter där myndigheten uppger att den vill använda sin "upphandlarmakt" genom att uppställa krav avseende varor eller tjänster som skall tillhandahållas även andra än den upphandlande myndigheten. Ett sådant exempel är krav på "porrfrihet" som ställs upp i samband med upphandling av hotelltjänster. I förekommande fall har kraven inte inskränkt sig till att enbart avse sådana hotellrum som skall avropas av den upphandlande myndigheten (enheten), utan leverantörernas hela utbud av hotellrum har kommit att omfattas, således även utbudet till övriga hotellgäster (se Konkurrenskommissionens tidigare utredningar, KKO 04-007 samt KKO 05-008).

Den av utredningen föreslagna rekommendationen saknar närmare begränsning av hur de aktuella kraven kan komma att utformas och öppnar för att upphandlande myndigheter (enheter) skall börja laborera med krav som saknar varje relevans för deras egna behov. Kommissionen avstyrker därför förslaget även i denna del.

7. Upphandlingar under tröskelvärdena m.m. inom den klassiska sektorn.

7.1 Fråga om ett fast värde för direktupphandlingsförfarande skall införas

Konkurrenskommissionen avstyrker att fasta värden för direktupphandlingsförfarande införs. Skulle detta ändå ske förordar kommissionen att riktvärdena fastställs till betydligt lägre belopp än som föreslagits samt att användningen av direktupphandling förenas med ett särskilt krav på dokumentation, varav skall framgå vilka leverantörer den upphandlande enheten har kontaktat samt skälet till valet av slutlig leverantör (tilldelningen).

Med direktupphandling avses enligt nuvarande bestämmelser ett formlöst förfarande utan infordrande av skriftligt anbud. Definitionen skall emellertid inte tolkas så att några konkurrerande anbud inte behöver infordras. De grundläggande principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn som ytterst kommer till uttryck genom artiklarna 43 och 49 i EG-fördraget gäller även de fall där direktupphandling kan komma ifråga (se EG-domstolens dom i mål C-59/00, Vestergaard samt i mål 458-03, Parking Brixen). Dessutom bör i sammanhanget beaktas den upphandlingsrättsliga regleringens uttalade funktion att motverka eller försvåra korruption vid offentlig handel.

Av förarbetena till den nuvarande regleringen (prop. 1993/94:78, sid. 24) framgår bl.a. följande: "Sålunda bör även vid direktupphandling den lägsta kostnaden eller bästa kvaliteten eftersträvas. Prisjämförelser och andra undersökningar är därvid lämpliga förfaringsätt och skall därför om möjligt genomföras".

Direktupphandling innebär således inte, vilket många upphandlande myndigheter (enheter) förefaller tro, att anskaffning okritiskt kan ske direkt från viss leverantör utan att någon föregående prisjämförelse eller annan undersökning genomförs. Den upphandlande myndigheten (en-

heten) bör i normalfallet tillfråga ett antal (som regel minst tre) leverantörer om deras priser och övriga villkor och sedan välja den leverantör som sammantaget erbjuder bäst villkor. Den avgörande skillnaden jämfört med andra förfaranden ligger således i att vid direktupphandling något formellt anbuds förfarande inte behöver genomföras utan förekommande pris- eller marknadsundersökningar kan ske på ett enklare, formlöst sätt.

Av nu gällande bestämmelser framgår vidare att den upphandlande myndigheten (enheten) får "fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling". Avsikten med regleringen synes ha varit att karaktären av de olika myndigheternas (enheternas) behov kan variera och att varje myndighet (enhet) därför även bäst ägnad att fastställa olika beloppsgränser för de särskilda typer av upphandlingar som kan komma ifråga inom myndighetens (enhetens) verksamhetsområde.

Konsultupphandlingar med särskilt svårbedömda kompetensprofiler skulle exempelvis kunna motivera en högre direktupphandlingsgräns än vad som kan vara fallet för varuupphandlingar och enklare tjänsteupphandlingar. I den tidigare Upphandlingskommitténs delbetänkande "Effektivare offentlig upphandling" (SOU 1999:139, sid. 284 ff.) redovisas bland annat förutsättningarna för riktvärdesbedömningarna vid direktupphandling på följande sätt:

"De beloppsgränser [för direktupphandling] som fastställs bör utgå från den upphandlande enhetens kostnader för upphandlingsförfarandet. Vid fastställandet av beloppsgränserna bör även vägas in små och medelstora företags intresse av att delta i offentlig upphandling. För små företag kan ett upphandlingskontrakt på två eller tre basbelopp representera en ansevärd del av företagets omsättning. Att sådana företag mer eller mindre systematiskt utestängs från den offentliga upphandlingen måste undvikas. En stor upphandlande enhet bör inte nödvändigtvis ha högre beloppsgränser än en mindre enhet. Karaktären av det som upphandlas bör snarare vara avgörande för vad som skall anses vara 'lågt värde'".

Konkurrenskommissionen delar denna bedömning och finner det olämpligt att i lagstiftning fastställa fasta riktvärden med generell giltighet för den mycket stora mängd varierande upphandlingar som kan komma ifråga. Istället bör lagen utformas med anvisning och tydliga principer för hur nämnda riktvärden skall fastställas. Det kan därefter överlåtas till de upphandlande enheterna att i detalj utforma specifika riktvärden, baserade på karaktären av det som skall upphandlas och den upphandlande myndighetens (enhetens) uppskattade kostnader för ett mer formaliserat upphandlingsförfarande. Alternativt kan riksdagen överlämna åt regeringen, eller den myndighet regering bestämmer, att i förordning löpande fastställa riktvärden eller maximiriktvärden för olika slags upphandlingar.

Det skall däremot inte vara möjligt att, som vissa upphandlande myndigheter (enheter) har gjort, fastställa generella riktvärden på upp till exempelvis tio basbelopp. Möjlighet till överprövning av de upphandlande enheternas riktvärden måste därför finnas och, om riktvärdena inte fastställs centralt, bör Nämnden för offentlig upphandling (NOU) ges i uppdrag att med giltig rättverkan uttala sig om skäligheten i varje enskilt fall.

Skulle bestämmelser om generella riktvärden ändå införas i lagen förordar konkurrenskommissionen att riktvärdena fastställs till väsentligen lägre värden än föreslagna tio respektive tjugo procent av tröskelvärdet för varor och tjänster (f.n. ger detta riktvärdena 140.600 respektive 281.200 kronor för statliga myndigheter och 215.400 respektive 430.800 kronor för övriga upphandlande myndigheter / enheter inom den klassiska sektorn) samt en procent av tröskelvärdet för byggentreprenader (f.n. ger detta riktvärdet 540.000 kronor).

På området för varuupphandlingar kan den upphandlande myndighetens (enhetens) uppskattade kostnad för ett formaliserat upphandlingsförfarande bedömas vara lägre än vad som normalt är fallet vid exempelvis tjänsteupphandlingar.

- Riktvärdet för varuupphandlingar bör enligt Konkurrenskommissionen kunna fastställas till i normalfallet ett prisbasbelopp enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring (f.n. 39.700 kronor) eller, vid särskilt tekniskt avancerad eller eljest svårutvärderade varuupphandlingar, undantagsvis två prisbasbelopp (f.n. 79.400 kronor).
- Riktvärdet för tjänsteupphandlingar bör fastställas till i normalfallet två prisbasbelopp (f.n. 79.400 kronor) eller, vid särskilt svårbedömda konsulttjänster, undantagsvis tre prisbasbelopp (f.n. 119.100 kronor).
- För rena bygg- och entreprenadarbeten bör riktvärdet fastställas till tre prisbasbelopp (f.n. 119.100 kronor).

Bestämmelsen om direktupphandling bör även kompletteras med en reglering som garanterar att upphandlande myndigheter (enheter) inte delar upp sina upphandlingar i flera mindre delar för att på detta sätt kringgå regelverket. En dylik bestämmelse kunde exempelvis utformas enligt mönster från regleringen över tröskelvärdena (jfr Upphandlingsutredningens delbetänkande, förslagen till 4 kap. 5 § klassiska upphandlingslagen samt 6 kap. 3 § försörjningsupphandlingslagen, SOU 2005:22 sid. 23 och 106).

Oaktat vilka riktvärden som beslutas eller på vilket sätt som detta sker bör enligt Konkurrenskommissionen införas även ett krav på dokumentation, inte enbart av skälen till valet av förfarande (se vidare punkten 7.6, nedan) utan även av vilken pris- eller annan marknadsundersökning som har genomförts samt, om detta inte har skett, orsaken härtill. Vidare bör det av dokumentationen framgå skälen till valet av leverantör (tilldelningen). Angiven dokumentation behöver inte vara särskilt omfattande, utan skulle exempelvis kunna bestå av en blankett som handläggande tjänsteman har att fylla i.

Ju högre de kontraktsvärden är, som tillåts bli föremål för direktupphandling, desto angelägnare framstår behovet av ett förbud mot uppdelning samt kravet på dokumentation. Särskilt betydelsefullt framstår detta för intresset att kunna uppmärksamma och motverka korrupcion inom den offentliga handeln.

7.2 Synnerliga skäl för direktupphandlingsförfarande

Konkurrenskommissionen tillstyrker att den nuvarande möjligheten att använda direktupphandling vid ”synnerliga skäl” kvarstår oförändrad.

7.3 Annonsering

Konkurrenskommissionen avstyrker förslaget avseende ändring av nuvarande krav på annonsering. Kommissionen tillstyrker däremot förslaget att införa en skyldighet för upphandlande myndigheter (enheter) att dokumentera sina beslut att använda direktupphandlingsförfarande samt skälen härför.

Den övervägande delen av den offentliga handeln avser varor och A-tjänster samt byggtreprenader under gällande tröskelvärden samt B-tjänster. En förutsättning för en fungerande konkurrens inom dessa områden är att leverantörernas kostnad för att erhålla kunskap och information om pågående upphandlingar hålls på en rimlig nivå. Särskilt angeläget framstår detta för mindre och medelstora företag. Nuvarande system med krav på annonsering i en allmänt tillgängligt databas, som inte får vara den upphandlande myndighetens (enhetens) hemsida, eller genom annons på något annat sätt som ger en tillfredsställande konkurrens medverkar till att begränsa antalet fora för annonsering till ett hanterligt antal samt att därmed hålla leverantörernas transaktionskostnader på en rimlig nivå. Samtidigt skapas som regel en dokumentation i form av annonsunderlag eller motsvarande, som kan vara tillgänglig för kontroll i efterhand av att regelverket faktiskt har efterlevts.

Det finns i Sverige i dag c:a 550 statliga myndigheter, 290 kommuner samt 21 landsting som är skyldiga att annonsera sina upphandlingar och i övrigt tillämpa gällande upphandlingsbestämmelser, därjämte finns det uppskattningsvis något tusental kommunala och statliga företag (bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser) vilka utgör upphandlande myndigheter (s.k. offentligt styrda organ). Till detta kommer ett okänt antal inom bl.a. försörjningssektorerna verksamma privata företag vilka, utan att vara upphandlande myndigheter, skall annonsera vissa av sina upphandlingar och i övrigt tillämpa gällande upphandlingsbestämmelser (s.k. upphandlande enheter).

Att en leverantör med intresse av att leverera till offentlig sektor inte kan bevaka alla dessa myndigheters eller enheters hemsidor framstår som tämligen självklart. Inte heller de datoriserade sökmotorer, vilka normalt kan vara leverantörerna till hjälp för dylikt arbete, lär enligt uppgift klara av den stora mängd sinsemellan skiftande annonser som under angivna förutsättningar torde komma ifråga.

Förslaget till lättnader avseende kravet på annonsering riskerar således medföra en avsevärd försämring avseende leverantörernas möjligheter att bevaka och lämna anbud vid den offentliga handeln. En försämring som inte står i rimlig proportion till den avlastning förslaget eventuellt kan medföra för de upphandlande myndigheternas (enheternas) arbete.

När det gäller den av utredningen föreslagna skyldigheten för upphandlande myndigheter (enheter) att dokumentera sina beslut att tillämpa direktupphandling samt skälen för dessa bör en sådan dokumentation kunna samordnas med vad Konkurrenskommission under punkten 7.1 ovan föreslagit om att även grunderna för själva direktupphandlingsgenomförandet skall dokumenteras. Aktuell dokumentation bör kunna ske tämligen enkelt, förslagsvis i blankettform.

7.4 Utvärdering av pris och andra kriterier ("viktning")

Konkurrenskommissionen avstyrker förslaget om att vid upphandlingar under tröskelvärdena och av B-tjänster införa avvikande och jämfört med övriga upphandlingar förenklande regler för redovisningen av hur anbudet skall värderas.

Transparensprincipen, eller principen om förutsägbarhet, utgör en grundläggande gemenskapsrättslig princip som ytterst följer av EG-föredraget. Principen, som äger tillämpning på samtliga upphandlingar således även under tröskelvärdena och av B-tjänster (se bl.a. mål C-59/00, Vestergaard samt mål 458-03, Parking Brixen), har av EG-domstolen uttolkats bl.a. så att potentiella anbudsgivare, innan de utformar sina anbud, skall underrättas om de upphandlingskriterier som dessa anbud måste uppfylla samt kriteriernas inbördes vikt (se EG-domstolens dom C-470/99 p. 98 – Universale-Bau). Konkurrenskommissionen bedömer det mot denna bakgrund som osäkert om den föreslagna regleringen, där det räcker med att upphandlingskriteriernas inbördes rangordning och inte deras viktning redovisas, överensstämmer med gällande gemenskapsrätt.

I synnerhet finner Konkurrenskommissionen det olämpligt att det överlämnas åt de upphandlande myndigheterna (enheterna) att först i efterhand fastställa viktningen av de kriterier som upphandlingen omfattar.

Konkurrenskommissionen har vidare svårt att se på vilket sätt den föreslagna lättningen innebär en förenkling för de upphandlande myndigheterna (enheterna) eftersom den inbördes viktningen ändå måste fastställas någon gång under den löpande upphandlingsprocessen. Starka rättssäkerhetsskäl talar enligt Konkurrenskommissionens mening för att sådant fastställande sker *före* det att anbudet ges in, och redovisas i förfrågningsunderlaget, istället för *efteråt*, när den inbördes viktningen av uppställda kriterier kan anpassas till att gynna viss leverantör eller missgynna annan.

På samma sätt som annars gäller för upphandlingar över tröskelvärdena bör upphandlande myndigheter (enheter) kunna ange kriterierna i fallande ordning enbart när den finner att viktning inte är möjlig av påvisbara skäl.

7.5 Småföretag

Konkurrenskommissionen bedömer att Upphandlingsutredningen inte tillräckligt har beaktat småföretagens möjlighet att konkurrera vid offentlig upphandling. Flera av utredningens förslag – däribland förslagen om att införa upphandlingscentraler och om lättnader i kraven på annonsering – är enligt Konkurrenskommissionens mening ägnade att allvarligt försvåra för de små företagen att delta i den offentliga handeln. Även förslaget med fasta gränser för direktupphandling medför sådan effekt, eftersom riktvärdena har satts så pass högt som, för kommunal upphandling, upp till en nästan en halv miljon kronor (430.800 kr). Detta riskerar, förutom risk för korruption och annan mannamån, att leda till att kontrakt i ökad utsträckning tilldelas redan kända leverantörer. Detta skulle minska möjligheterna för nya företag att delta i den offentliga handeln.

7.6 Kommunal samverkan

Konkurrenskommissionen instämmer i utredningens bedömning att det inte finns någon möjlighet att underlåta att tillämpa bestämmelserna i lagarna om upphandling vid transaktioner mellan kommuner inbördes eller mellan en kommun och en av kommunen tillsammans med annan ägd juridisk person, oavsett om värdet av transaktionerna uppgår till eller understiger tröskelvärdena. Rättsläget på området för kommunala köp eller samverkan genom gemensamt delägda kommunala företag är för närvarande föremål för prövning av Regeringsrätten (de förenade målen 172–175-06 och 176–179-06).

8. Upphandlingar under tröskelvärdena m.m. inom försörjningssektorerna

Konkurrenskommissionen har inga särskilda synpunkter på det som utredningen har angivit om upphandlingar under tröskelvärdena m.m. inom försörjningssektorerna utan hänvisar i denna del till vad som tidigare, under punkten 7 ovan, anförts avseende motsvarande upphandlingar inom den klassiska sektorn.

9. Vissa bestämmelser om överprövning

9.1 Frågan om en preklusionsfrist skall införas i lagarna om offentlig upphandling

Konkurrenskommissionen instämmer i utredningens bedömning att nackdelarna med en preklusionsfrist väger tyngre än fördelarna och avstryker därför utredningens alternativa förslag hur en sådan frist skulle kunna införas i lagen.

9.2 Interimistiskt beslut

Konkurrenskommissionen instämmer i utredningens bedömning att de klarlägganden som Regeringsrätten gjort i trängselskattedomen (RÅ 2005 ref. 17) medför att några ändringar av bestämmelserna om överprövning och interimistiskt beslut inte behöver genomföras.

Kommissionen avstyrker däremot förslaget att slopa möjligheten för annan leverantör än sådan som varit part i mål om överprövning att anhängiggöra egen talan inom tio dagar från det att tidigare meddelat interimistiskt beslut upphävts av domstol.

Sverige har gentemot Europeiska unionen åtagit sig att införa effektiva rättsmedel som kan åberopas av envar leverantör som lidit eller riskerar lida skada av påstådda fel vid offentlig upphandling. Skaderekvisitet har i svensk rättpraxis kommit att tolkas så att endast den leverantör som skulle ha vunnit upphandlingen kan i mål om överprövning få till stånd rättelse eller beslut att upphandlingen skall göras om. Detta får till konsekvens att det inte är förrän i samband med utredningen i målet och efter det att dom har fallit som full klarhet råder avseende vem eller vilka leverantörer som med framgång äger klaga i upphandlingen. Följande exempel från den praktiska rättstillämpningen illustrerar det anförda:

I en kommunal upphandling hade tre anbudsgivare inkommit med anbud, här angivna som X, Y och Z. Tilldelning skedde till anbudsgivare X. Av tilldelningsinformationen framgick ingen närmare utredning än att anbudsgivare X lämnat det lägsta anbudet. Mot detta beslut klagade anbudsgivare Z och gjorde gällande att anbudet från X rätteligen skulle ha förkastats ur upphandlingen eftersom det innehöll diskvalificerande reservationer. Kommunen genmälde och ingav en utredning av vilken framgick att under sådant förhållande tilldelning istället skulle ske till Y (som inte var part i målet). Z riskerade därmed inte lida någon skada till följd av de påtalade felen. Länsrätten konstaterade för sin del att visserligen var anbudet från X behäftat med diskvalificerande reservationer och skulle således rätteligen ha förkastats ur upphandlingen, men eftersom det i målet fick anses utrett att tilldelning under sådant förhållande skulle ske till Y och inte Z, avslogs ansökan om överprövning på den grunden att Z inte riskerat lida någon skada. Det felaktiga beslutet att tilldela X kontraktet i upphandlingen rubbades således inte (Länsrätten i Stockholms län, dom i mål 11503-04 E, meddelad den 24 juni 2004).

Exemplet visar tydligt behovet av att annan leverantör ges möjlighet att anhängiggöra talan i mål om överprövning vid offentlig upphandling än den som först klagat på upphandlingen, eftersom det kan vara först vid länsrättens prövning som det klarläggs vem eller vilka leverantörer som rätteligen har lidit skada, och därmed kan påräkna framgång i målet. Möjligheten till att föra talan bör dock även fortsättningsvis begränsas till nu gällande minimifrist av tio dagar efter det att domstol upphävt tidigare meddelat verkställighetsförbud.

9.3 Överprövning och ramavtal

Konkurrenskommissionen tillstyrker utredningens förslag om begränsningar i möjligheterna till överprövning i samband med ramavtal och kontrakt som har tilldelats på grund av ramavtal.

10. ILO konvention nr 94 och upphandlingsdirektiven

Konkurrenskommissionen instämmer i utredningens bedömning att det framstår som oklart om Sverige med hänsyn till EG-rätten kan ansluta sig till ILO konvention nr 94. Kommissionen avstyrker att konventionen ratificeras.

Svensk rättspraxis har hittills utgått från en strikt bedömning avseende krav på proportionalitet i samband med offentlig upphandling. Föreskrifter om kollektivavtal har regelmässigt underkänts vid offentlig upphandling av det skälet att det inte på något vis framstår som klarlagt att en leverantör med kollektivavtal skulle vara bättre ägnad att tillhandahålla efterfrågade varor, tjänster eller byggtreprenadarbeten än en leverantör utan sådan avtal.

Skulle ILO konvention nr 94 komma att ratificeras, och bestämmelser därmed införas i svensk lag som tillåter krav på kollektivavtal eller på villkor i nivå med dessa, riskerar detta att stänga ute främst små företag från att delta i den offentliga handeln. Möjligheten att uppställa krav på kollektivavtal eller motsvarande kan även anses innebära icketariffära handelshinder mot leverantörer i andra medlemsländer som saknar kollektivavtalssystem och riskerar därmed komma i konflikt med EG-rätten.

KONKURRENSKOMMISSIONEN

G Rune Berggren

/ordförande/

Pär Cronhult

/föredragande/