

Den Nya Valfärden  
**KONKURRENSKOMMISSIONEN**  
Box 5625, 114 86 Stockholm

**YTTRANDE ÖVER RIKSDAGENS REVISORERS RAPPORT 1997/98:3  
OM OFFENTLIG UPPHANDLING**

*Konkurrenskommissionen* är en privat sammankallad expertgrupp med uppgift att aktivt motverka sådan konkurrensbegränsning som ligger i bristande likhet i villkoren för offentliga och privata entreprenörer på marknaden och som skadar medborgarna i deras egenskap av skattebetalare och konsumenter. Kommissionen skall uppmärksamma och motverka fall där offentliga organ genom överträdelse av lag eller förordning, genom skattesubventioner eller genom att sammanblanda myndighetsutövning med service snedvrider konkurrensen.

Ordförande i Konkurrenskommissionen är förre generaldirektören och chefen för Riksrevisionsverket (RRV) *G. Rune Berggren*. Övriga expertledamöter är Föreningen Den Nya Valfärdens ordförande *Patrik Engellau*, förra stadsjuristen i Stockholm *Inger Ridderstrand-Linderoth*, riksdagsmannen, chefsåklagaren i Kristianstad *Bengt Harding Olson* samt *Monica Werenfels-Röttorp*, SAF. Bengt Harding Olson har inte deltagit i kommissionens beslut i detta ärende.

Sedan Konkurrenskommissionen sammankallades år 1994 har 331 ärenden anhängiggjorts för granskning (diarieförda ärenden per den 1 januari 1998). Av dessa har 141 ärenden hittills utretts och slutligt bedömts, varav 99 ärenden har berört lagen om offentlig upphandling.

Med ledning av erfarenheterna från verksamheten får Konkurrenskommissionen avge följande yttrande över Riksdagens revisorers rapport 1997/98:3 "Offentlig upphandling".

**1. Sammanfattning av Konkurrenskommissionens synpunkter**

Konkurrenskommissionen har i stort sett inga erinringar mot vad som anförs i Riksdagens revisorers rapport. Flertalet av revisorernas iakttagelser stämmer överens med Konkurrenskommissionens erfarenheter.

I anslutning till den kritik som kan riktas mot gällande upphandlingsreglering föreslår kommissionen följande:

1) Rätten att föra talan vid domstol om överträdelser mot lagen om offentlig upphandling vidgas efter mönster från bl.a. marknadsföringslagen till att omfatta bland annat den myndighet som skall utöva tillsyn över lagen samt organisationer av näringsidkare. Bestämmelserna om talepreskription ändras så att rättsförluster undviks, bland annat genom att preskriptionstiden för skadesånd anpassas till bestämmelserna i sekretesslagen om anbudssekretess.

Kommissionen rekommenderar vidare att nödvändiga ändringar av lagen genomförs så att överträdelser genom s.k. otillåten direktupphandling (eller otillåten förhandlad upphandling utan förhandsannonsering) sanktioneras på ett effektivt sätt.

2) Upphandlingslagen förtydligas på nedanstående punkter:

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

- Det skall av lagen klart framgå att tiden mellan besked i upphandlingsfrågan och avtalstidens tänkta ikraftträdande måste anpassas så att tillräckliga frister lämnas för samtliga tänkbara leverantörer att hinna anpassa sig till förutsättningarna för upphandlingen.

- Det skall inte vara tillåtet att utan objektiva och affärsmässiga skäl teckna parallella s.k. ”ramavtal” med olika leverantörer med sinsemellan varierande villkor.

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

## **2. Allmänna synpunkter**

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) har varit i kraft i över fyra år. I sitt principiella innehåll skiljer sig lagen väsentligen inte från tidigare gällande bestämmelser i upphandlingsförordningen (1986:612) och de kommunala upphandlingsreglementena. Konkurrenskommissionen noterar emellertid att vissa upphandlande enheter fortfarande motiverar bristande laglydnad med okunnighet om lagens bestämmelser.

I tekniskt avseende är lagen om offentlig upphandling disponerad i en allmänt hållen generalklausul om affärsmässighet vid offentlig upphandling och i ett antal mycket preciserade detaljbestämmelser. Förhållanden som inte regleras genom detaljbestämmelserna skall enligt lagens systematik avgöras genom domstolarnas tolkning av generalklausulen. Rättstillämpning och utfyllnad av lagen har därför stor betydelse för rättsutvecklingen.

Enligt Konkurrenskommissionens iakttagelser föreligger viss tveksamhet från domstolarnas (främst underrätternas) sida när det gäller att utan stöd av detaljbestämmelser i lagen eller dess förarbeten tolka vad som i de enskilda fallen kan avses med ”affärsmässighet” och objektivitet”

(jämför de nedan refererade fallen från Länsrätterna i Halland och Södermanland, samt Stockholms respektive Solna tingsrätt). Resultatet kan bli att domstolarna dömer eller beslutar i uppenbar konflikt mot lagens mål och syften.

De tidsmässiga processbegränsningar som finns införda i lagen om offentlig upphandling tillsammans med domstolarnas allmänna försiktighet att meddela inhibition, kan även medföra att viktiga mål inte hinner prövas i högre instanser innan upphandlingarna har avslutats och prövningsmöjligheter inte längre finns.

Eftersom lagens tyngdpunkt i materiellt avseende utgörs av en generalklausul som för sin praktiska tillämpning kräver vägledande tolkning, kan dessa omständigheter sammantaget leda till allvarliga hinder för rättsutvecklingen.

### *2.1. Talerätsbestämmelser*

Rättstillämpningen sker efter talan vid domstol av *leverantör*. Med *leverantör* avses enligt lagen den som tillhandahåller varor eller utför arbeten eller tillhandahåller tjänster även om han inte varit den som i det särskilda fallet tillhandahållit eller utfört det som upphandlats. *Leverantör* kan alltså endast den vara som lämnat eller kunnat lämna anbud i ett upphandlingsärende. Talan på initiativ av annan än *leverantör*, t.ex. en myndighet, sammanslutning av näringsidkare m.fl., kan som t.ex. är fallet enligt marknadsföringslagen (jfr. 39 § marknadsföringslagen), inte föras enligt lagen om offentlig upphandling. Det ankommer enligt lagen således på företagen att ensamma driva prejudikatsrättens utveckling.

Leverantörer som för talan vid domstol om t.ex. fel i upphandlingar riskerar att av de upphandlande enheterna betraktas som mindre attraktiva som motparter i affärsförhållanden. Konkurrenskommissionen har flera gånger fått uppgifter om att företagare känner sig utsatta för direkta eller indirekta hot från upphandlande enheternas sida, att vid klagomål inte komma ifråga för framtida leveranser till enheten. Det är bland annat av dessa skäl otillfredsställande att rätten att föra talan om överträdelser av lagen om offentlig upphandling enbart har lagts på de enskilda företagen (leverantörerna).

### *2.2. Kostnadsansvaret för rättstillämpningen*

I allmänna domstolar svarar i regel den som har förlorat ett mål för både för sina egna och motpartens rättegångskostnader. I mål om skadestånd enligt lagen om offentlig upphandling kan rättegångskostnaderna uppgå till betydande belopp. Eftersom lagen om offentlig upphandling delvis bygger på en generalklausul är utgången av sådana mål om skadestånd sällan möjliga att förutse. Det medför betydande ekonomiska risktaganden för enskilda företag att föra talan om överträdelser av lagen och därigenom skapa en enhetlig praxis. Det ekonomiska risktagandet för rättsbildningen har genom utformningen av talerätsbestämmelserna således lagts på de enskilda företagen.

Skulle företagen av dessa skäl välja att inte agera mot överträdelser av upphandlingslagens bestämmelser riskerar bestämmelserna att förlora sin praktiska betydelse samtidigt som respekten

för lagens efterlevnad undergrävs. Detta vore enligt Konkurrenskommissionens mening mycket olyckligt.

### *2.3. Preskriptionstiden vid talan om skadestånd*

I 6 kap. 8 § LOU finns införd en preskriptionsfrist på ett år inom vilken talan om skadestånd enligt lagen skall föras. Väcks talan inte i rätt tid, är rätten till skadestånd förlorad. I 6 kap 2 § andra stycket sekretesslagen finns en bestämmelse om att uppgift om villkoren i slutet avtal vid offentlig upphandling kan beläggas med sekretess i upp till två år, eller hos statliga affärsverk och Försvarets materielverk samt i kommunal affärsverksamhet, upp till fem år från det att avtalet slöts.

Om talan om skadestånd enligt lagen om offentlig upphandling skall vara möjlig förutsätter det att den anbudsgivare eller leverantör som misstänker att det föreligger en överträdelse av lagen bereds sådan insyn i det slutligt beslutade upphandlingskontraktet, att han kan bilda sig full klarhet om de eventuella grunderna för talan. Om anbudsgivaren eller leverantören med stöd av anbudsssekretess istället nekas information om det slutliga upphandlingskontraktet i upp till fem år och möjligheten till talan om skadestånd därförinnan har preskriberas, uppstår en rättsförlust för de anbudsgivare eller leverantörer som senare visar sig vara förfördelade, genom att möjligheten till talan är förlorad. Detta förhållande är enligt Konkurrenskommissionens mening inte acceptabelt. Lagens bestämmelser om preskription av talan måste därför anpassas till bestämmelserna om anbudsssekretess enligt sekretesslagen.

### **3. Särskilt om lagens sanktionssystem**

Upphandlingslagens system av sanktioner grundas på Europeiska gemenskapernas (EGs) två rättsmedelsdirektiv (92/13/EEG och 89/665/EEG). Enligt dessa direktiv skall medlemsstaterna (1) vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut prövas effektivt. Medlemsstaterna skall vidare (2) förhindra diskriminering mellan företag samt (3) se till att ett prövningsförfarande med detaljerade regler enligt medlemsstaternas bestämmande införs och att förfarandet kan åberopas av var och en som har eller har haft ett intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling av varor, tjänster eller byggentreprenader och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse.

De s.k. rättsmedelsdirektiven är obligatoriskt bindande för medlemsstaterna att implementera i den egna lagstiftningen eller eljest tillämpa i den nationella myndighetsutövningen. Enligt EG-domstolens praxis<sup>1</sup> är en medlemsstat i princip ansvarig för förluster som enskilda har lidit som ett resultat av att staten har överträtt EG-rätten. Av detta följer att skadeståndsskyldighet kan uppkomma bl.a. då staten har underlåtit att implementera ett direktiv eller då staten har implementerat ett direktiv bristfälligt eller felaktigt.

I svensk rätt har rättsmedelsdirektiven implementerats genom bestämmelser i 7 kap. lagen om offentlig upphandling. Lagen uppställer följande två sanktionssystem:

---

<sup>1</sup> Se bl.a. EG-domstolens dom i målet C-46/93, Brasserie du Pêcheur ./.. Förbundsrepubliken Tyskland.

A) Före den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts kan en leverantör som anser sig förfördelad ansöka om **överprövning vid förvaltningsdomstol** (länsrätt) i det län där den upphandlande enheten har sitt säte. Länsrätten kan därvid besluta:

- att upphandlingen skall göras om
- att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse i visst avseende gjorts, samt
- att förordna om ett interimistiskt förbud att avsluta upphandlingen i avvaktan på att frågan slutligt avgörs genom lagakraftvunnen dom (inhibition).

B) Efter det att upphandling har avslutats (d.v.s. efter det att slutligt kontrakt i upphandlingen har tecknats) är en leverantör som anser sig förfördelad hänvisad till stämman den upphandlande enheten och begära **skadestånd vid allmän domstol** (tingsrätt). Leverantören skall då styrka (har bevisbördan för):

- att ett fel (d.v.s. en överträdelse av lagen) har begåtts i upphandlingen,
- att leverantören har lidit skada på grund av felet, d.v.s. att leverantören har deltagit i eller skulle ha deltagit i upphandlingen och därvid skulle ha tilldelats kontraktet om inte felet hade begåtts (det s.k. kausalsambandet), samt
- att skadan uppgår till visst angivet (styrkt) belopp.

Enligt Konkurrenskommissionens bedömning erbjuder de i 7 kap. lagen om offentlig upphandling införda förfarandena för sanktion av överträdelser i flertalet fall en sådan effektiv prövning av varje fall av de upphandlande enheternas beslut som kan krävas enligt EGs rättsmedelsdirektiv.

En situation där lagens sanktioner dock inte erbjuder något fullgott skydd för förfördelade leverantörer är där lagens förfaranden för direktupphandling eller förhandlad upphandling utan förhandsannonsering har tillämpats på ett otillåtet sätt<sup>2</sup>. I den fortsatta framställningen har förfarandet gemensamt benämnts som *otillåten direktupphandling*, och avser situationer där en upphandlande enhet som enligt lagen är tvungen att följa ett i lagen reglerat förfarande för sin upphandling väljer att i strid mot lagens bestämmelser upphandla direkt från viss leverantör, utan föregående annonsering eller annan anbudsinfordran i konkurrens på marknaden och utan någon objektiv anbudsprövning. Kännetecknade för den så kallade otillåtna direktupphandlingen är således att någon anbudsinfordran över huvud taget inte skett och att några anbud som konkurrerar med det (otillåtet direkt-)upphandlade anbudet varken infordrats eller mottagits av den upphandlande enheten.

Följande två exempel kan illustrera erfarenheterna i angivet avseende:

Det ena fallet gäller möjligheten till överprövning i förvaltningsdomstol vid s.k. otillåten direktupphandling. Kommunstyrelsen i Nyköping hade vid ett protokollfört sammanträde beslutat att kommunen utan föregående upphandling i konkurrens på marknaden, skulle uppdra vissa tjänster avseende fastighetsförvaltning åt det kommunala bostadsbolaget. En privat leverantör ansökte hos länsrätt om överprövning av upphandlingen. Länsrätten *avvisade* talan. I beslutet konstaterade rätten visserligen att ”*Kommunstyrelsens beslut kan utläsas som ett direktiv för Nyköpings*

---

<sup>2</sup> Det vill säga om förutsättningarna för *direktupphandling* enligt 6 kap. 2 § LOU eller för *förhandlad upphandling utan förhandsannonsering* enligt 2 kap. 11 §, 3 kap. 15 §, 4 kap. 16 § andra stycket samt 5 kap. 17 § LOU, inte föreligger men den upphandlande enheten ändå tillämpat något av dessa undantagsförfaranden.

*kommun att åsidosätta sina skyldigheter om affärsmässighet enligt 1 kap. 4 § lagen om offentlig upphandling*” men bedömde att något ”*egentligt upphandlingsförfarande*” inte inletts, varför lagens om offentlig upphandling sanktionsmedel inte var tillämpliga i det aktuella fallet. Länsrättens beslut fastställdes av Kammarrätt. Regeringsrätten vägrade prövningstillstånd<sup>3</sup>. Om ett ”*egentligt upphandlingsförfarande*” anses inlett först sedan kontrakt skrivits mellan upphandlare och leverantör kan förfarandet för överprövning överhuvud taget inte tillämpas vid s.k. otillåtna direktupphandlingar. Möjligheten till överprövning enligt lagen upphör nämligen i och med att skrivet kontrakt tecknas mellan parterna. En konsekvens av domstolarnas bedömning, som med hänvisning till nekat prövningstillstånd kan uppfattas som prejudicerande, är att det saknas rättsliga remedier för överprövning (och även för skadestånd, vilket närmare utvecklas nedan) när upphandlande enheter väljer att helt sätta sig över de genom lagen om offentlig upphandling och lagens bakomliggande EG-direktiv påbjudna regelsystemet.

Det andra fallet gäller *möjlighet till skadestånd* i mål vid allmän domstol om s.k. otillåten direktupphandling. Ekerö kommun hade utan föregående upphandling i konkurrens på marknaden tilldelat ett av kommunen minoritetsägt men i övrigt privatägt företag vissa uppdrag avseende städning m.m., bl.a. av en större gymnasieskola i kommunen. En konkurrerande leverantör som under en längre tid försökt få tillfälle att lämna anbud i kommunen men avvisats, ansökte hos tingsrätt om stämning på skadestånd. Den konkurrerande leverantören gjorde gällande att hans företag skulle ha kunnat utföra samma tjänster, som kommunen direktupphandlat, till ett betydligare lägre pris samt åberopade en av en opartisk auktoriserad revisor utförd undersökning som styrkte detta påstående. Tingsrätten *ogillade* talan. I domen konstaterade rätten att den klagande leverantören haft erforderlig förmåga att utföra den aktuella entreprenaden och att Ekerö kommun genom det angivna förfarande brutit mot lagen om offentlig upphandling. Tingsrätten menade emellertid att leverantören inte lyckats *styrka* sin skada, bland annat genom att leverantören inte kunnat visa att någon annan anbudsgivare inte hade kunnat vara ännu billigare i en hypotetisk upphandlingssituation. Domstolen uttalade därvid bl.a. följande: ”*Den omständigheten att beviskravet i vissa fall kan förringa skadeståndets effektivitet som sanktion är vid ett sådant förhållande, enligt tingsrättens mening, ett problem som inte kan lösas i rättstillämpningen. Om erfarenheten skulle visa att skadeståndssanktionen inte får avsedd effekt, får det ankomma på lagstiftaren att ta ställning till vilka åtgärder detta bör föranleda*”<sup>4</sup>. Målet ligger för närvarande för prövning hos hovrätt. En konsekvens av tingsrättens bedömning, med de beviskrav som där framförts, är att det inte heller skadeståndsvis går att påtala klara och uppenbara överträdelse av lagen om offentlig upphandling vid s.k. otillåtna direktupphandlingar.

De redovisade exemplen visar att Sverige inte har implementerat EGs rättsmedelsdirektiv på ett tillfredsställande och heltäckande sätt. Denna överträdelse mot EG-rätten kan till följd av EG-domstolens praxis medföra skadeståndsansvar för den svenska staten gentemot de enskilda företag som lidit skada därav.

<sup>3</sup> Länsrätten i Nyköping, beslut mål nummer 1834-96, meddelat den 28 juni 1996; Kammarrätten i Stockholm, beslut i mål nummer 6278-1996, meddelat den 9 december 1996; Regeringsrätten, beslut om avslag på prövningstillstånd i mål nr 379-1997, meddelat den 5 mars 1997.

<sup>4</sup> Solna tingsrätts dom i mål nummer T 1129/95, meddelad den 17 mars 1997 (*citatet är hämtat från sid. 14 i domen*). Även Falu tingsrätt har i ett mål om otillåten direktupphandling anfört liknande domskäl (dom i mål nummer T 1158/96, meddelad den 6 juni 1997). Den uppenbara överensstämmelsen med Solna tingsrätts dom ger anledning till en förmodan att Falu tingsrätt tagit del av och beaktat Solna tingsrätts tidigare bedömning.

Den påtalade bristen i implementeringen riskerar även att medföra att de upphandlande enheterna istället för att försöka följa upphandlingslagens tämligen komplicerade bestämmelser och därmed utsätta sig för lagens sanktioner, lockas att istället genom s.k. otillåtna direktupphandlingar sanktionsfritt sätta lagen åt sidan.

#### 4. Särskilt om lagens materiella bestämmelser

Konkurrenskommissionen finner ingen anledning att rikta någon omfattande kritik mot de i lagen om offentlig upphandling införda materiella bestämmelserna. Regelsystemet är enligt kommissionens mening, med reservation för vad som ovan anförts om lagens principiella uppbyggnad, tämligen tillfredsställande. Kommissionen finner särskild anledning att uppmärksamma det lämpliga i att lagen utformats på ett enhetligt och konsekvent sätt så att likformiga och korresponderande bestämmelser reglerar samtliga upphandlingar, både över och under tröskelvärdena.

Mot bakgrund av den rättspraxis (huvudsakligen från underrätter) som hittills har hunnit bildats finns det enligt kommissionens mening emellertid ett behov att i lagen införa vissa förtydliganden, bl.a. till stöd för tolkningen av vad som avses enligt generalklausulen i 1 kap. 4 § LOU.

##### 4.1. Avbrutna upphandlingar vid interna bud

En fråga är hur de upphandlande enheterna skall hantera interna bud som ingivits i konkurrens med externa anbud inom ramarna för ett offentligt upphandlingsförfarande. Om interna bud överhuvud taget skall tillåtas att konkurrera med externa anbud i en utlyst upphandlingstävling måste förutsättningarna för konkurrensen, med tillämpning av generalklausulen om affärsmässighet och opartiskhet, ske på lika villkor mellan egenregi-budet och ingivna externa anbud.

Om en upphandlande enhet väljer att anta ett internt bud istället för ett externt anbud kan det i formellt hänseende ske i den formen att upphandlingen *avbryts* istället för att *avslutas*. Konkurrenskommissionen har i sin granskande verksamhet uppmärksammat flera exempel på sådana avbrutna upphandlingar, där upphandlingsförfarandet istället för att leda fram till en affärsmässig upphandling synes ha syftat till att utgöra underlag för justering av den upphandlade enhetens interna prisvillkor.

Att avbryta påbörjade upphandlingar bör aldrig vara möjligt utan angivande av affärsmässiga och opartiska skäl.

Frågan om avbrutna upphandlingar har bl.a. berörts i propositionen till lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling (LIU)<sup>5</sup>. Föredragande departementschefen uttalade där att lagen om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling inte är tillämplig vid avbrutna upphandlingar men påpekade att det kan förhålla sig så att själva avbrytandet istället bör kunna prövas i ett skadeståndsmål enligt lagen om offentlig upphandling. Frågan har även berörts av en arbetsgrupp inom regeringskansliet. Arbetsgruppen föreslog i ett betänkande (Avbrutna upphandlingar och interna bud, Ds 1994:83) att lagen om offentlig upphandling förtydligas på ett sådant sätt att det klart framgår att huvudregeln om affärsmässighet även omfattar avbrutna upphandlingar där föremålet för upphandlingen senare

<sup>5</sup> Prop. 1993/94:35 s. 47-48, omtryckt i 1993/94:222 s. 60-61.

uppdragits till den egna förvaltningen. Förslaget har inte lett till någon lagändring. I propositionen 1994/95:153 sid. 16 anfördes följande: *Beträffande förslaget till ändring i LOU enligt promemorian (Ds 1994:83) Avbrutna upphandlingar och interna bud anser regeringen att det kan sättas i fråga om förslaget i promemorian leder till några förbättringar och klargöranden. Förslaget i promemorian bör därför inte genomföras*. Uttalandet har senare, bl.a. med hänvisning till resonemang anförda i ett remissvar från Lunds universitet, tolkats så att regeringen inte ansett något förtydligande nödvändigt, utan att frågan skulle finna sin självklara lösning inom ramen för generalklausulen om affärsmässighet. En tidigare (ännu icke lagakraftvunnen) dom i ett skadeståndsmål, avkunnad av Lindesbergs tingsrätt (dom DT 80/96), den 22 mars 1996, talar för en sådan tolkning. Lindesbergs tingsrätt dömde en upphandlande enhet som antagit ett dyrare och kvalitetsmässigt sämre egenregi-bud istället för ett konkurrerande externt anbud, till att betala skadestånd. I en nyligen avkunnad dom, tillika i ett skadeståndsmål (dom T 7-622-97, den 8 december 1997) har Stockholms tingsrätt emellertid kommit till en annan slutsats. Målet gäller en avbruten upphandling, där den upphandlande enheten istället uppdragit verksamheten till en egenregiförvaltning som inte deltagit med något bud i den aktuella upphandlingen. Tingsrätten avlog talan om skadestånd och anförde i domskälen att *”Bedömningen ändras inte om egenregiverksamheten har angivit ett formellt anbud. En sådan tolkning saknar stöd i lagstiftningen och i dess förarbeten. Den skulle dessutom vara förenad med avsevärda svårigheter i fråga om att avgöra huruvida en skada har uppkommit*”. Stockholms tingsrätts dom har inte vunnit laga kraft.

Enligt Konkurrenskommissionens mening är det av största betydelse för rättstillämpningen att ett klarläggande sker genom förtydligande lagstiftning. Klarläggandet skall innebära att avbrytanden av påbörjade upphandlingar inte på några villkor tillåts utan angivande av affärsmässiga skäl och på opartiska grunder.

#### *4.2. Bestämmelser om skälig tid för en anbudsgivare att anpassa sig till förutsättningarna för upphandlingen*

I lagen om offentlig upphandling återfinns bl.a. bestämmelser om tidsfrister som de upphandlande enheterna skall iakttaga vid annonsering av upphandlingar m.m. Motsvarande bestämmelser finns emellertid inte om att anbudsgivande leverantörer skall beredas tillräckliga frister så att de i god tid hinner inrätta sig för att leverera enligt förutsättningarna för upphandlingarna.

Till Konkurrenskommissionen har anmälts flera upphandlingar där det framgått att tiden mellan kontraktsskrivningen och avtalstidens början har varit så kort att det i praktiken inte har funnits tid för andra leverantörer än de som har haft ledig produktionskapacitet, att lämna anbud.

Den eller de leverantörer som tidigare levererat de för respektive upphandling aktuella varorna eller tjänsterna torde vid avtalstidens början normalt ha ledig kapacitet som ungefär motsvarar den volym som skall upphandlas. Övriga leverantörer måste före avtalstidens början hinna anpassa sig till förutsättningarna för upphandlingen. Vid större upphandlingar sker detta normalt genom utbyggnad av produktionskapaciteten - genom nyanställningar av personal och/eller genom inköp av erforderlig materiel. Om tiden mellan besked i upphandlingsfrågan och avtalstidens tänkta ikraftträdande sätts för snävt hindras andra leverantörer än sådana med ledig produktionskapacitet från att kunna lämna anbud. Leverantörer utan tillräcklig ledig kapacitet diskrimineras således framför leverantörer med sådan ledig kapacitet, varav de senare icke sällan är tidigare leverantörer av aktuella varor eller tjänster.



I ett fall, som avsåg en omfattande upphandling av taxitjänster, inklusive specialfordon, hade den upphandlande enheten bestämt tiden mellan anbudstidens utgång och avtalstidens ikraftträdande till 17 dagar. Under denna tid skulle den upphandlande enheten hinna nollställa och bedöma inkomna anbud, utse vinnande anbudsgivare samt underätta och teckna avtal med denne. Den vinnande anbudsgivaren förväntades därefter att inom återstående tid ställa en betydande organisation, uppskattningsvis c:a 15-18 bemannade fordon, till enhetens förfogande samt inrätta en beställningsmottagning med trafikledning och samordning av transporterna.

Konkurrenskommissionen pekade i sin bedömning på att de angivna villkoren medförde att alla andra företag än de/det företag som tidigare utfört tjänsten i praktiken utesluts från möjligheten att lämna anbud och menade att villkoren för upphandlingen därmed stred mot kraven på affärs- mässighet och opartiskhet vid offentlig upphandling. Länsrätten i Hallands län gjorde emellertid en annan bedömning. I en dom (nr. 2100-96) meddelad den 19 december 1996 avslög länsrätten talan om överprövning. Avslaget motiverades med bl.a. följande domskäl ”*Med hänsyn till ... att även de geografiskt mer avlägsna intressenterna skall ha en rimlig chans att hinna reagera på en annons om upphandling, finns bestämmelser för offentliga upphandlingar om tidsfrister för mottagande av anbud. Några motsvarande 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*”. Länsrättens dom kunde inte överklagas eftersom ansökan om inhibition i upphandlingen tidigare avslagits av kammarrätt och avtal om upphandlingen tecknades omedelbart efter det att länsrätten meddelat sin dom.

Enligt kommissionens bedömning krävs det ett klagörande i lag om hur lång tid som bör löpa mellan anbudstidens utgång och dagen för det tänkta avtalets ikraftträdande. Till följd av förbudet mot överprövning efter det att avtal om upphandlingen slutits riskerar denna och liknande frågor om tolkningen av innebörden i generalklausulen i 1 kap. 4 § LOU att inte bli avgjord i högre instanser än underrätt (jfr. tidigare resonemang under punkten 1. Allmänna synpunkter, tredje stycket). Konkurrenskommissionen anser att det därför är av största vikt att rättsläget i angivet hänseende klargörs.

#### *4.3. Användning av parallella ramavtal med flera leverantörer på olika villkor*

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 fria att utan någon ytterligare bedömning av eller jämförelse mellan anbudens priser och villkor avropa varor eller tjänster från valfri anbudsgivare. Förfarandet har i fackpress till och med rekommenderats av en företrädare för de offentliga inköparnas samlingsorganisation.

Lösningar med parallella avtal kan i vissa fall motiveras av affärsrättsliga skäl, t.ex. om det som skall upphandlas inte kan tillhandahållas av en leverantör ensam eller om föremålen för upphandling i väsentligt hänseende skiljer sig mellan olika leverantörer, som t.ex. kan vara fallet vid alternativa sociala omsorgs- eller vårdmetoder. Om några sådana objektiva skäl inte föreligger kan förfarandet emellertid utnyttjas för att kringgå lagen om offentlig upphandling. Den upphandlande enheten kan då välja att, utan kontraheringsskyldighet, teckna parallella ramavtal med samtli-

ga anbudsgivare. Enheten kan därefter avropa från valfri leverantör, utan att ta affärsmässiga hänsyn till erbjudna priser eller andra villkor.

Konkurrenskommissionen har särskilt uppmärksammat ett par fall där kommuner har använt ramavtal (framework arrangements) vid upphandling av städtjänster. I förfrågningsunderlaget för upphandlingarna har enbart angivits att dessa avsåg servicekategorin städtjänster. Några referenser till konkreta objekt har inte lämnats och anbud har heller inte inhämtats avseende några enskilda objekt. En lista med vinnare har därefter 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 därefter varit att upphandlande enheter 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 (vid bl.a. upphandling av städtjänster)<sup>6</sup>.

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

#### *4.4. Vilseledande formuleringar*

På flera ställen i lagen om offentlig upphandling återfinns formuleringen ”Bestämmelserna i detta kapitel skall inte tillämpas om...” (se bl.a. 4 kap. 4 § LOU). Av ordalydelserna framgår inte vilken utsträckning någon annan bestämmelse i ett annat kapitel i lagen skall tillämpas i bestämmelsens ställe eller, vilket torde vara fallet, lagens bestämmelser i sin helhet inte skall äga tillämpning (i princip). Formuleringen är ägnad att vilseleda vid tolkningen av lagen och synes tekniskt sett vara en olycklig överföring från de bakomliggande EG-direktiven - dessa är uppdelade i självständiga rättsakter som i Sverige har sammanförts och implementerats som separata kapitel i en heltäckande lag. Lagtexten bör förtydligas i angivet hänseende så att det klart framgår vad som avses med att en viss bestämmelse inte skall tillämpas.

Stockholm den 19 februari 1998

KONKURRENSKOMMISSIONEN

G Rune Berggren  
/ordförande/

Pär Cronhult

---

<sup>6</sup> Se vidare Nämnden för Offentlig Upphandling (NOU): *NOU-info juni 1997* sid 16 samt *Single Market News, The Newsletter of DG XV - Internal Market and Financial Services*. No 7 - APRIL 1997.