

# VERKSAMHETSBERÄTTELSE

## nionde verksamhetsåret (2002/2003)

Den 1 januari 1994 sammankallades på initiativ av *Stiftelsen Den Nya Välfärden*, en privat kommission av experter för att bevaka och uppmärksamma frågor om konkurrensnedvridningar med stöd av allmänna medel. *Konkurrenskommissionens* ändamål är att aktivt motverka sådan konkurrensbegränsning som ligger i bristande likhet i villkoren för skattefinansierade och privata entreprenörer på marknaden och som därmed skadar medborgarna i deras egenskap av skattebetalare och konsumenter. Kommissionen skall uppmärksamma och motverka fall där offentliga, skattefinansierade organ genom överträdelse av lag eller förordning, genom skattesubventioner eller genom att sammanblanda myndighetsutövning med affärsverksamhet snedvrider konkurrensen.

Konkurrenskommissionens uppgifter är:

- att undersöka anmälda eller på annat sätt uppmärksammade fall, låta berörda parter yttra sig och därefter bedöma huruvida fallen strider mot lag eller annan författning eller i övrigt riskerar att snedvrider konkurrensen,
- att informera media om dessa fall,
- att ge publicitet åt bedömda fall samt att överlämna fallen till Konkurrensverket, Nämnden för offentlig upphandling (NOU) och i förekommande fall även annan myndighet för kännedom eller åtgärd, samt
- att ge råd åt medborgare och företag som anser sig utsatta för skattefinansierad kränkning av konkurrensneutraliteten.

Ordförande i Konkurrenskommissionen har under verksamhetsåret varit f.d. generaldirektören och chefen för Riksrevisionsverket (RRV) *G. Rune Berggren*. Övriga experter i kommissionen har varit f.d. regeringsrådet *Sigvard Berglöf*, civilekonomen *Patrik Engellau*, f.d. stadsjuristen i Stockholm *Inger Ridderstrand-Linderoth*, professorn i handelsrätt *Erik Nerep*, samt juristen och experten på konkurrensfrågor *Lennart Palm*.

Till Konkurrenskommissionen har under verksamhetsåret varit knutet ett kansli med handläggande jurist samt en informationsansvarig.

Innan ett ärende tas upp av Konkurrenskommissionen underkastas det en preliminär bedömning huruvida saken är en angelägenhet för kommissionen att granska. Om så bedöms vara fallet och de bakomliggande sakförhållandena på ett rimligt sätt går att klargöra, utreder kommissionens handläggare frågan. Utredningen sammanfattas i en preliminär promemoria (PM 1) som för kännedom och eventuellt yttrande tillställs det skattefinansierade organ som beslutat i ärendet eller på annat sätt berörs av utredningen. En slutlig promemoria (PM 2) med en sammanfattning av inkomna yttranden upprättas därefter och överlämnas till Konkurrenskommissionen för bedömning.

Anmälan till Konkurrenskommissionen sker kostnadsfritt och anmälaren får vara anonym. Uppgifter om vem eller vilka som anmält ärenden för granskning eller på annat sätt lämnat information omfattas av sekretess hos kommissionen.

Allt som anmäls eller på annat sätt kommer till Konkurrenskommissionens kännedom underkastas en självständig och förutsättningslös granskning av kommissionen, som bedömer huruvida konkurrensen riskerar att snedvridas genom överträdelser av t.ex. konkurrenslagen, kommunallagen eller lagen om offentlig upphandling jämte bakomliggande EG-direktiv. I de ärenden som upptas för

utredning och slutlig bedömning uttalar sig kommissionen på grundval av föreliggande sakförhållanden. Kommissionen gör emellertid inte någon sådan bevisvärdering som det ytterst ankommer på domstolarna att göra. Kommissionen svarar ensam för resultatet av sin granskning och sina slutsatser och agerar vid sin granskning inte som ombud för någon part.

Konkurrenskommissionens slutliga bedömningar överlämnas regelmässigt till berörda offentliga organ samt för kännedom till Konkurrensverket och, i förekommande fall, till Nämnden för offentlig upphandling (NOU). Bedömningarna tillställs även massmedia. Sedan starten år 1994 har Konkurrenskommissionen mottagit 774 diarieförda anmälningar från enskilda och företag som ansett att konkurrensneutraliteten kränkts. Därutöver har kommissionen på eget initiativ tagit upp 77 fall för granskning. Av de i kommissionen hittills anhängiggjorda ärendena har 367 lett till slutlig bedömning. De återstående ärendena har i de flesta fall avskrivits eller är under utredning.

## VERKSAMHETSÅRET 2002/2003

Konkurrenskommissionens nionde verksamhetsår har omfattat perioden den 1 juli 2002 till och med den 30 juni 2003.

Under verksamhetsåret har Konkurrenskommissionen mottagit 75 (85) diarieförda anmälningar från enskilda och företag som ansett att konkurrensneutraliteten kränkts med allmänna medel. Därutöver har kommissionen på eget initiativ tagit upp 5 (12) fall för granskning. Av de i kommissionen anhängiggjorda ärendena har 35 (48) lett till slutlig bedömning. Övriga ärenden har antingen avskrivits eller är under pågående utredning. Kommissionen har avhållit sex protokollförda sammanträden (*siffrorna inom parentes avser jämförelse med föregående verksamhetsår*).

### BEDÖMDA ÄRENDEN

De ärenden Konkurrenskommissionen har utrett och bedömt under året kan delas in i tre huvudgrupper: I) ärenden rörande konkurrenssnedvridning genom åsidosättanden av reglerna för offentlig upphandling, II) ärenden rörande konkurrenssnedvridning genom överträdelser av den egna kompetensen, samt III) ärenden rörande konkurrenssnedvridning på annat sätt. Kommissionen har under verksamhetsåret noterat ett flertal fall där offentliga aktörer, vilka riskerat att utsättas för kommissionens kritik, frivilligt vidtagit rättelse efter det att felaktigheter har uppmärksamats genom kommissionens preliminära utredning (PM 1). Kommissionen har i dessa fall utan ytterligare påpekanden lagt ärendena till handlingarna.

**I)** I gruppen av ärenden rörande konkurrenssnedvridning genom åsidosättanden av reglerna för offentlig upphandling har Konkurrenskommissionen avgjort 30 (40) ärenden. Samtliga utom ett av dessa ärenden har resulterat i kritik från kommissionen.

**II)** I gruppen av ärenden rörande konkurrenssnedvridning genom överträdelser av den egna kompetensen har Konkurrenskommissionen avgjort 5 (7) ärenden. Samtliga av dessa ärenden har resulterat i kritik från kommissionen

**III)** I gruppen ärenden rörande konkurrenssnedvridning på annat sätt har Konkurrenskommissionen under verksamhetsåret inte avgjort något ärende.

Ett urval av de under året bedömda ärendena återfinns refererade i en bilaga till denna berättelse.

## KOMMISSIONSÄRENDEN SOM ÄVEN HANDLAGTS I DOMSTOL

En avsikt med Konkurrenskommissionens arbete är att bedömningarna skall vara utformade på ett sådant sätt samt hålla en sådan kvalitet att de även skall kunna utgöra grund för vidare processer i domstol. Under verksamhetsåret har ett betydande antal ärenden som avgjorts av kommissionen även förts vidare av anmälaren eller annan berörd sakägare för prövning i domstol.

Av kommissionens 35 under året avgjorda ärenden har 18 ärenden hittills föranlett process i förvaltningsdomstol om s.k. överprövning. Av de mål som hittills nått någon form av avgörande genom dom, mellandom eller beslut om inhibition har domstol i samtliga fall utom ett kommit till samma slutsats som Konkurrenskommissionen avseende lagligheten av de överprövade upphandlingarna.

I bilagan till verksamhetsberättelsen med ärendebeskrivningar återfinns referat av flera ärenden som sedermera även blivit föremål för handläggning i domstol. Av de bedömningar som därvid skett kan särskilt uppmärksammas följande:

### 1. Otillåten direktupphandling

Konkurrenskommissionen har under verksamhetsåret uppmärksammat flera fall av kommunala köp direkt från kommunala företag. I två fall rörde det sig om påstådda ”förlängningar” av äldre avtal som aldrig upphandlats i konkurrens:

1.1) Kommunstyrelsen i Haninge hade beslutat att utan stöd av någon giltig förlängningsklausul, ”förlänga” ett sedan 1991 tillämpat avtal med det av kommunen helägda Tornberget fastighetsförvaltnings AB i Haninge. Några konkurrerande anbud hade inte infordrats utan det nya kontraktet således varit fråga om hade tecknats direkt med Tornberget AB, utan föregående upphandlingsförfarande.

1.2) Kommunstyrelserna i Landskrona och Svalövs kommuner hade beslutat att utan stöd av någon giltig förlängningsklausul, ”förlänga” ett sedan 1986 tillämpat avtal med det av kommunerna gemensamt samägda LSR Landskrona-Svalövs Renhållnings AB. Några konkurrerande anbud hade inte infordrats utan det nya kontraktet hade tecknats direkt med LSR Renhållnings AB utan föregående upphandlingsförfarande.

Konkurrenskommissionen bedömde att det stred mot gällande bestämmelser enligt lagen om offentlig upphandling att utan upphandling köpa tjänster direkt från hel- eller delägda företag och menade att kommunerna därmed snedvred konkurrensen.

Talan om överprövning mot de aktuella upphandlingarna kom även att föras vid allmän förvaltningsdomstol av två förfördelade leverantörer. Kontrakt hade redan tecknats mellan kommunerna och de kommunala bolagen vid tidpunkten för ansökan om överprövning. Detta ansåg domstolarna emellertid inte utgjorde något hinder för prövningen eftersom det inte hade varit fråga om några ”upphandlingskontrakt”, d.v.s. kontrakt som tillkommit efter en formell upphandlingsprocess.

Vid överprövningen konstaterade både länsrätt och kammarrätt att lagen om offentlig upphandling inte innehåller något undantag för kontrakt som tecknas mellan kommuner och hel- eller delägda kommunala företag. Överprövningstalan bifölls därför och de kommunala köpen från egna företag stoppades. Kammarrätternas avgöranden har vunnit laga kraft efter att Regeringsrätten beslutat att inte meddela prövningstillstånd.

Ett annat ärende som kommissionen granskat handlade om ett landsting som löpande under relativt lång tid vidmakthållit avtal genom vad som skulle kunna betecknas som en tyst förlängning.

1.3) Västernorrlands läns landsting hade sedan flera år ett avtal med ett tvätteribolag om successiva leveranser av tvätteritjänster. När avtalet ursprungligen tillkom (1990) var tvätteribolaget i landstingets ägo men aktierna har sedermera övergått i privata händer. I samband med privatiseringen (1997) omförhandlades avtalet delvis och en ny prisklausul infördes. Avtalet innehåller en tillsvidarebestämmelse som innebär att avtalsförhållandet förlängs automatiskt vid utebliven uppsägning. Tvätteribolaget har inte sagt upp avtalet som tydligen är lönsamt och landstinget har hittills vägrat att å sin sida säga upp avtalet. Avtalet har således flera gånger kommit att förlängas "tyst" genom landstingets passivitet. Någon upphandling i konkurrens kommer därmed inte till stånd.

Konkurrenskommissionen bedömde att det stred mot gällande bestämmelser enligt lagen om offentlig upphandling att under många år vidmakthålla ett avtal som ursprungligen tillkommit utan upphandling i konkurrens och menade att förfarandet snedvred konkurrensen.

Talan om överprövning mot förfarandet fördes vid allmän förvaltningsdomstol av en förfördelad leverantör. Liksom Konkurrenskommissionen konstaterade både länsrätt och kammarrätt att det stred mot upphandlingslagens krav på affärsmässighet att utan mellankommande konkurrensupphandling vidmakthålla ett långvarigt avtalsförhållande genom s.k. tysta förlängningar. Överprövningstalan bifölls därför och domstolarna förordnade att landstingets avtal om köp av tvätteritjänster inte fick förlängas i ytterligare en period utan föregående upphandling i konkurrens. Laga kraftvunnet avgörande föreligger inte ännu, utan målet handläggs för närvarande av Regeringsrätten. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i ett yttrande angivit att det inte kan anses affärsmässigt av landstinget att löpande underlåta upphandling genom tysta avtalsförlängningar.

Även från privat företag har upphandling skett i ärenden som har varit föremål för Konkurrenskommissionens bedömning:

1.4) Nacka respektive Värmdö kommun hade vänt sig direkt till ett huvudsakligen privatägt företag och tecknat avtal om köp av tjänster för omhändertagande (förbränning) av hushållavfall. Någon infordran av konkurrerande anbud hade aldrig föregått avtalen mer än att en summarisk undersökning av marknaden genomförts, där det av olika skäl befunnits mest praktiskt för kommunerna att teckna avtal direkt med den valda leverantören och att ingen annan lämplig leverantör fanns som kunde lämna anbud.

Konkurrenskommissionen pekade i sin bedömning på att det stred mot gällande bestämmelser i lagen om offentlig upphandling att teckna avtal direkt med viss leverantör, även om den upphandlande enheten ansett sig känna till marknaden så väl att den kunnat avgöra att endast en leverantör kunde uppfylla dess krav, och menade att förfarandet snedvred konkurrensen.

En leverantör som ansåg sig kunna ha lämnat anbud i upphandlingen väckte talan mot upphandlingen vid allmän förvaltningsdomstol. Länsrätt konstaterade att det stred mot kravet på affärsmässighet i lagen om offentlig upphandling att teckna avtal direkt med en viss leverantör och att påståendet om att annan lämplig leverantör saknades inte utgör skäl för kommunerna att underlåta upphandling i konkurrens. Överprövningstalan bifölls därför och domstolen förordnade att kommunernas upphandling av renhållningstjänster skulle göras om. Länsrättens förordnanden har vunnit laga kraft genom att kammarrätt beslutat att inte meddela prövningstillstånd.

Den praxis som kan utläsas av de refererade läns- och kammarrättsavgörandena kan sammanfattas i följande slutsatser:

- Det är möjligt att utan begränsning i tiden angripa avtal som har tillkommit genom s.k. otillåten direktupphandling. Det innebär att alla avtal kan överprövas i domstol där upphandlande enheter köpt tjänster direkt från någon annan utan att lagliga förutsättningar för ett sådant förfarande föreligger.
- Kommunala köp direkt från egna hel- eller delägda företag är inte tillåtna och kan angripas genom överprövning i domstol.
- Det är inte möjligt för upphandlande enheter att genom underlåtenhet att säga upp avtal som löper med s.k. tyst förlängningsklausul, löpande förlänga långvariga avtalsförhållanden, särskilt inte om avtalen aldrig upphandlats i enlighet med bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling.
- Något undantag från att genomföra ett formellt upphandlingsförfarande, även för det fall en upphandlande enhet anser sig känna till marknaden så väl att den kan avgöra att endast en leverantör förmår uppfylla dess krav, finns inte i lagen om offentlig upphandling

## 2. Informationsplikten vid tilldelningsbeslut (de s.k. Alcatelbestämmelserna)

Efter en lagändring som trädde i kraft den 1 juli 2002 har upphandlande enheter en lagstadgad skyldighet att informera anbudsgivare och andra leverantörer om sina tilldelningsbeslut. När ett beslut om tilldelning av kontrakt har fattats skall enligt 1 kap. 27 och 28 §§ LOU den upphandlande enheten, genast eller så snart det är möjligt, dels (1) på eget initiativ lämna upplysningar till varje anbudssökande eller anbudsgivare om tilldelningsbeslutet samt skälen för det, dels (2) till den anbudssökande eller anbudsgivare som begär det lämna upplysning om varför hans ansökan eller anbud förkastats.

Vilka upplysningar eller hur mycket information som skall lämnas framgår emellertid inte av lagen utan detta har överlämnats till rättstillämpningen att avgöra. Av det EG-direktiv och den dom i EG-domstolen (mål nr. C-81/98, det s.k. Alcatelmålet) som ligger till grund för den aktuella lagändringen skall emellertid tillräcklig information lämnas, så att en leverantör som vill klaga på upphandlingsförfarandet försäkras möjlighet till en effektiv överprövning i domstol.

2.1) Stockholms stad hade i en upphandling av renhållningstjänster över gällande tröskelvärde, (som genomfördes innan den beslutade Alcatel-lagändringen trädde i kraft), vägrat att till de anbudsgivare som fått sina anbud förkastade ange skälen för sitt tilldelningsbeslut. Staden avsåg att lämna aktuella upplysningar först efter det att kontrakt med samtliga vinnande leverantörer hade tecknats och möjligheterna för eventuellt förfördelade leverantörer att i domstol klaga mot upphandlingen därmed hade upphört.

Konkurrenskommissionen konstaterade att den s.k. Alcatel-lagändringen utgjorde en anpassning i enlighet med sedan tidigare gällande EG-rätt med s.k. direkt effekt i Sverige. EG-rättens krav på information till leverantörer borde därför omfatta den aktuella upphandlingen även om implementeringen i svensk rätt ännu inte hunnit träda ikraft. Det stred följaktligen enligt kommissionens mening mot gällande rätt att vägra lämna ut sådan information som behövdes för att berörda leverantörer skulle kunna bedöma hur upphandlingen hade gått till och eventuellt klaga mot förfarandet i domstol.

En anbudsgivare som vägrats del av upplysning om tilldelningsbeslutet väckte talan mot upphandlingen vid allmän förvaltningsdomstol. Länsrätten avlog leverantörens ansökan om inhibition med motiveringen att den stödde sig på en lagbestämmelse som ännu inte hunnit träda i kraft. Inhibitionsansökan beviljades däremot av kammarrätten som sedermera även förordnade om rättelse

i upphandlingen på så sätt att förfarandet inte fick avslutas innan upplysning om skälen för tilldelningsbeslutet lämnats ut till berörda leverantörer. Liksom Konkurrenskommissionen åberopade kammarrätten till stöd för sin bedömning att kravet på information följde av en EG-bestämmelse med s.k. direkt effekt för den aktuella upphandlingen.

I ett annat ärende som kom att granskas av Konkurrenskommissionen hade tilldelningsupplysning visserligen lämnats, men informationen var synnerligen summarisk till sitt innehåll.

2.2) Malmö kommun hade beslutat om tilldelning i en upphandling av städtjänster där det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i enlighet med ett antal kvalitetsfaktorer skulle antas. Den tilldelningsinformation som först lämnades ut var mycket summarisk och innehöll i princip enbart namnet på den leverantör som hade tilldelats kontraktet samt uppgift om anbudets pris. Först i samband med att kontrakt sedermera tecknades med leverantören (och möjligheterna för eventuellt förfördelade leverantörer att klaga på upphandlingen därmed skulle ha upphört) lämnade kommunen ut en mer omfattande information om tilldelningen. Det visade sig då att en annan leverantör än den som tilldelats kontraktet hade uppnått en sammantaget bättre bedömning vid kommunens egen anbudsvärdering och rimligen borde ha tilldelats kontraktet i upphandlingen.

Konkurrenskommissionen bedömde att Malmö kommuns initiala vägran att lämna vägledande upplysningar om skälen för sitt tilldelningsbeslut var ägnad att försvåra för de förlorande anbudsgivarna att hävda sin eventuella rätt i upphandlingen och att detta tillvägagångssätt snedvred konkurrensen, särskilt som det senare visade sig att tilldelningen inte hade skett på rätt sätt.

Den förfördelade leverantören väckte talan mot upphandlingen vid allmän förvaltningsdomstol. Länsrätt konstaterade att det hade gått mer än tio dagar från den ursprungliga tilldelningsupplysningen samt att kontrakt med vinnande leverantör hade hunnits tecknas under mellantiden, men bedömde att detta inte utgjorde hinder för prövning i målet eftersom utgångspunkt för den aktuella prövningsfristen måste utgöra den tidpunkt då den materiellt väsentliga informationen lämnades ut. Länsrätten beviljade inhibition samt förordnade om rättelse i upphandlingen på ett sätt som medförde att den förfördelade leverantören sedermera kom att tilldelas upphandlingskontraktet. Domen har vunnit laga kraft.

Konkurrenskommissionen har under verksamhetsåret bedömt även ett tredje ärende av liknande karaktär. I detta fall vidhöll den upphandlande enheten sin vägran att lämna ut information om tilldelningen så hårdnackat, att den förfördelade leverantören tvingades tillgripa rättegångsbalkens bestämmelser om edition för att tillvarata sin rätt.

2.3) Förvarets materielverk (FMV) hade beslutat om tilldelning i en upphandling av ett tekniskt passersystem där det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i enlighet med ett antal kvalitetsfaktorer skulle antas. Den tilldelningsinformation som först lämnades ut var mycket summarisk och innehöll i princip enbart namnet på den leverantör som hade tilldelats kontraktet samt uppgift om anbudets pris och en sammanfattning av den egna värderingspoängen jämfört med vinnande anbud. Mer konkret information om poängsättningen samt hur den hade gått till avsåg verket att lämna ut först efter det att tio dagar hade förflutit och kontrakt hade tecknats med vinnande leverantör, så att möjligheterna för eventuellt förfördelade leverantörer att i domstol klaga mot upphandlingen hade upphört.

Konkurrenskommissionen bedömde att Förvarets materielverks vägran att lämna tillräckliga upplysningar om skälen för sitt tilldelningsbeslut var ägnad att försvåra för de förlorande anbudsgivarna att hävda sin eventuella rätt i upphandlingen samt snedvred konkurrensen.

En förfördelad leverantör väckte talan mot upphandlingen vid allmän förvaltningsdomstol. Länsrätten beviljade inhibition samt beslutade efter FMV:s upprepade vägran att genom s.k. processuell edition tvinga verket att lämna ut begärda uppgifter. Av de handlingar som verket tvingades lämna ut ( däribland det vinnande anbudet) framgick att beslutet om tilldelning hade grundats på andra omständigheter än som framgick av förfrågningsunderlaget samt att det antagna anbudet rätteligen borde ha förkastats. Länsrätten förordnade därför om rättelse i upphandlingen på så sätt att vinnande anbud inte fick antas. Domen har inte vunnit laga kraft och för närvarande ligger målet i kammarrätt för beslut om prövningstillstånd.

Den praxis som kan utläsas av de refererade länsrättsavgörandena kan sammanfattas i följande slutsatser:

- Principen om EG-rättsligt företräde framför svensk nationell rätt omfattar även mål om överprövning vid otillåten direktupphandling.
- Ett tilldelningsupplysning måste innehålla så pass mycket information att det går att utläsa på vilka skäl beslutet om tilldelning grundats.
- Om tilldelningsupplysning lämnats, men det senare skulle visa sig att väsentlig information om skälen för tilldelningen undanhållits, kan tidsfristen för överprövning istället börja löpa från tidpunkten när den senare informationen lämnades.
- Om en upphandlande enhet vägrar att lämna ut väsentlig information om skälen för sitt beslut om tilldelning i en upphandling, kan enheten genom s.k. processuell edition tvingas av domstol att lämna ut informationen.

## ANDRA SÄRSKILDA IAKTTAGELSER UNDER ÅRET

I de ärenden som Konkurrenskommissionen haft att granska under verksamhetsåret har kommissionen observerat att många upphandlingar fortfarande – snart tio år efter upphandlingslagens ikraftträdande – uppvisar betydande brister, bland annat avseende de värderingskrav som skall avgöra vilken anbudsgivare som slutligen kommer att tilldelas kontraktet i upphandlingen. Kommissionen har också iakttagit tendenser till medvetet lagtrots i form av uttalanden där offentliga företrädare uttalar att det inte finns någon anledning att följa gällande lagstiftning, samt domstolstrots där myndigheter självsvåldigt sätter åt sidan domstolarnas förordnanden genom dom eller beslut.

### 1. Lagtrots och domstolstrots avseende otillåtna direktupphandlingar

Som redovisats ovan har Konkurrenskommissionen i flera fall uppmärksammat s.k. *otillåtna direktupphandlingar*, d.v.s. förfaranden där de upphandlande enheterna vänder sig till endast en leverantör och köper varor, tjänster eller entreprenadarbeten direkt från denne, trots att affärsrättsliga skäl för att underlåta infordran av anbud i konkurrens från flera leverantörer saknas.

Förutom av Konkurrenskommissionen har problemet med otillåtna direktupphandlingar uppmärksammat av Riksdagens revisorer, som i en granskningsrapport om offentlig upphandling (1997/98:3) konstaterat att otillåtna direktupphandlingar utgör ett problem inom den offentliga förvaltningen. I ett förslag till riksdagen (1997/98:RR10) anförde riksdagsrevisorerna bland annat följande: ”Revisorerna har uppmärksammat på att det finns påtagliga brister hos offentliga upphandlare vad gäller kunskapen om reglerna för direktupphandling. Sammantaget uppgår värdet

*av dessa upphandlingar inom den offentliga sektorn till mycket stora belopp. Regeringen bör därför överväga vilka åtgärder som behöver vidtas för att direktupphandling skall fungera på avsett sätt”.*

I delbetänkandet SOU 1999:139 (sid. 153 f.) konstaterade den statliga upphandlingskommittén följande avseende problemet med otillåtna direktupphandlingar: *”Kommittén har vid hearingar och sammanträden erfarit att såväl leverantörer som företrädare för upphandlande enheter anser att det är stötande att de enheter som helt åsidosätter regelsystemet för offentlig upphandling går fria från påföljd. [...] Mot bakgrund av de rapporter, kartläggningsresultat, undersökningar m.m. som redovisats [...] anser kommittén att det krävs kraftfulla åtgärder för att förhindra och sanktionera otillåten direktupphandling”.*

Även det numera nedlagda Riksrevisionsverket har vid sin tillsynsverksamhet uppmärksammat de upphandlande enheternas brister i tillämpningen av upphandlingslagen. I sin årliga rapport till regeringen för 2002 konstaterade verket att de kontrollerade myndigheternas ledning har en bristande intern styrning och kontroll av upphandlingsverksamheten. Detta beror enligt verket till stor del på obefintliga eller ofullständiga riktlinjer för upphandling. Verket har sedan upphandlingslagen infördes 1994 påpekat behovet av att förtydligande och sanktioner införs i lagen.

Tidigare har det varit mycket svårt för leverantörer att komma till rätta mot den sortens överträdelser eftersom kontrakt som regel tecknades samtidigt med tilldelningen och möjligheten för leverantören att klaga mot upphandlingen i domstol därmed redan hade upphört när leverantören informerades om förhållandena.

Som framgår av redovisad rättspraxis har den Alcatel-lagändringen som genomfördes 1 juli 2002 medfört att det har blivit betydligt lättare för leverantörer att klaga på otillåtna direktupphandlingar. Lagefterlevnaden förutsätter emellertid att de upphandlande enheter som träffas av domstols beslut om rättelser eller att upphandling skall göras om m.m. finner sig i detta och inrättar sig i enlighet med domstolarnas förordnanden.

Enligt vad konkurrenskommissionen har erfarit är detta emellertid inte fallet. Av redovisningen ovan framgår fem laga kraftvunna avgöranden där upphandlande enheter har förordnats göra om upphandlingar eftersom kontrakten har tillkommit genom s.k. otillåten direktupphandling. Inte i något fall har rättelse emellertid skett. I två av fallen (Nacka och Värmdö) kan en förklaring möjligen vara att kommunerna ännu inte har haft tillräcklig tid att inrätta sig i enlighet med domstolens förordnanden. I de övriga fallen har det emellertid gått så pass lång tid att kommunerna skall ha hunnit rätta sig. För Haninge kommuns vidkommande förordnade domstol i november 2002 att avtalet med Tornberget AB skulle stoppas. Såvitt upplysts fortsätter emellertid Tornberget AB att (i september 2003) utföra tjänster till kommunen som om ingenting hade hänt.

Avseende Landskrona respektive Svalövs kommun förordnade domstol om att avtalen med LSR Landskrona-Svalöv Renhållning AB skulle stoppas redan i juni 2002. Trots detta fortsätter LSR att utföra renhållningen och kommunerna har nyligen (september 2003) till och med antagit nya kommunala renhållningstaxor som bygger på det av kammarrätten stoppade renhållningsavtalet.

Enligt de gemenskapsrättsliga direktiv för offentlig upphandling, som Sverige åtagit sig att följa skall det finnas infört i den nationella lagstiftningen bestämmelser som *garanterar att granskningsorganens (domstolarnas) beslut i mål om offentlig upphandling verkligen åtföljs* (se Europeiska Rådets direktiv 89/665/EEG, art. 2 punkt 7, samt direktiv 92/13/EEG, art. 2 punkt 8).

Lagen om offentlig upphandling saknar emellertid bestämmelser som garanterar att de upphandlande enheterna respekterar domstolarnas förordnanden i överprövningsmål.



Förutom de fall som framgår av Konkurrenskommissionens redovisning ovan finns det ytterligare flera exempel på domstolstrots. I ett fall har en statlig myndighet anmälts till Riksdagens ombudsmän (JO) av en domare för att myndigheten hade avslutat en varuupphandling i strid mot domstolens upprepade förordnanden om rättelse. Ombudsmannen har emellertid tidigare konstaterat att han inte kan ingripa mot lagtrots i upphandlingsmål med några effektiva sanktioner ( se tidigare JO-avgörande i ärende nr.3497-2000).

I ett annat fall, som avsåg en upphandling av flygtjänster, uttalade en kommunal företrädare i media att han inte avsåg att följa domstolens förordnande om överprövning. ”- Vi har försäkrat oss mot skadeståndskrav på grund av felaktigheter i upphandlingar. Självriskan är på 100 000 kronor. Även om vi förlorar gör vi en utmärkt affär på att låta [vinnande anbudsgivare] fortsätta flyga avtalstiden ut”.

På en fråga i riksdagen om vad regeringen avser att vidta för åtgärder för att komma till rätta med upphandlande enheters domstolstrots har ansvariga statsrådet emellertid upplyst att han inte för närvarande är beredd att ta ställning till om det kan behövas ytterligare generella åtgärder mot kommunalt domstolstrots (se interpellation 2002/03:363).

Detta är enligt Konkurrenskommissionens mening inte tillfredsställande. Statsrådets svar tyder på att regeringen medvetet underlåter att uppfylla de förpliktelser enligt gällande rättsmedelsdirektiv som skulle varit implementerade redan vid EG-harmoniseringen av den svenska lagstiftningen för tio år sedan.

## 2. Tiodagarsfristen i överprövningsmål

Som framgår av 7 kap. 1 § LOU kan ett mål om överprövning inte prövas efter den tidpunkt då kontrakt tecknats i upphandlingen. De nyligen införda s.k. Alcatelbestämmelserna innebär emellertid att en klagande leverantör medges en frist av tio kalenderdagar från det att en tilldelningsupplysning har lämnats, inom vilken han kan väcka talan om överprövning samt få tillstånd ett beslut i domstol att inhibera upphandlingen.

Någon praktisk möjlighet till rättelse i kammarrätt finns som regel inte om länsrätten vägrar inhibition, eftersom tiodagarsfristen, när målet underställs kammarrätten, riskerar att ha löpt ut. Möjligheten till framgång i målet är således helt beroende av länsrättens beslut i inhibitionsfrågan.

I flera fall som kommit till Konkurrenskommissionens kännedom har länsrätter, trots yrkande om omedelbar inhibition, valt att kommunicera inhibitionsansökan med den upphandlande enheten före beslut. Tiodagarsfristen har då försuttits och den upphandlande enheten har kunnat meddela domstolen att den redan tecknat kontrakt, varpå målet nödgas avskrivas. I något fall hade domstolen förlitat sig på ett frivilligt åtagande från den upphandlande enheten att avvakta med att teckna kontrakt till dess att målet avgjorts, vilket enheten sedermera bröt och målet tvingades avskrivas.

Som illustration av problemet med tiodagarsfristen kan nämnas följande fall:

Beslut om tilldelning i en upphandling av städtjänster fattades dag 0 av Mälardalens högskola Påföljande arbetsdag (dag 1) inkom till en anbudsgivare ett meddelande om tilldelningsbeslut innebärande att anbudsgivaren inte vunnit upphandlingen.

Fyra dagar senare, (dag 5) ansökte anbudsgivaren om överprövning mot upphandlingen vid länsrätt. Ansökan stämplades in samma dag samt lottades inom domstolen. Av överprövningsansökan framgår att anbudsgivaren bland annat yrkat på omedelbart verkställighetsförbud (inhibition) utan föregående kommunikation med Mälardalens högskola. Länsrätten kommunicerade

överprövningsansökan med Mälardalens högskola dag 5 och förelade högskolan att senast sju dagar senare (dag 12) yttra sig över inhibitionsansökan. Dag 11 yttrade sig Mälardalens högskola och angav att myndigheten dag 9 hade avslutat upphandlingen genom att teckna skriftligt kontrakt med den vinnande anbudsgivaren. Målet avskrevs därefter från vidare handläggning

Trots att den förfördelade anbudsgivaren inkom till domstolen med sin ansökan om överprövning och inhibition inom sådan tid som rimligen kan krävas av den (fyra dagar) och det fanns god tid för rätten att överlägga och besluta i inhibitionsfrågan försatt rätten den möjligheten. Följden blev att anbudsgivaren inte fick sin överprövningstalan slutligt behandlad i domstolen. Detta menar Konkurrenskommissionens inte är rimligt. En presumtion för inhibition i upphandlingsmål bör införas i lagen för att EG-direktivens krav på en effektiv prövning skall uppfyllas samt rättsförluster för enskilda leverantörer undviks.

## **PUBLICERING AV ÄRENDEN**

En viktig uppgift för Konkurrenskommissionen har varit att sprida kännedom om sina avgöranden och på detta sätt påverka offentliga aktörer, direkt eller genom den allmänna opinionens tryck, att iaktta lagenliga och konkurrensneutrala upphandlingar. Den viktigaste vägen att nå detta syfte har varit pressreleaser beträffande kommissionens verksamhet och avgöranden. Massmedias behandling har varit övervägande positiv, framför allt i lokala och regionala press- och etermedia. Flera fall har uppmärksamrats även i rikstäckande media.

Genom mediabevakningen känner allt fler kommunala aktörer och allmänheten till kommissionens verksamhet. Under verksamhetsåret har Konkurrenskommissionens verksamhet resulterat i ett mycket stort antal medianedslag: tidningsartiklar samt inslag i radio och TV. Totalt under verksamhetsåret har över hundra nedslag noterats i media.

Konkurrenskommissionens pressreleaser och avgjorda fall återfinns på Stiftelsen Den Nya Välfärdens hemsida på internet, <http://www.dnv.se>.

## **ÖVRIGT**

Utöver handläggning och publicering av bedömda ärenden har Konkurrenskommissionen verkat för att frågor kring konkurrensneutralitet i offentlig verksamhet har belysts och diskuterats på andra sätt.

Kommissionens föredragande jurist har under året medverkat vid seminarier, paneldiskussioner och i andra fora där konkurrens och offentlig upphandling har diskuterats med företagare, politiker och tjänstemän inom offentlig sektor och/eller representanter för massmedia, bland annat vid föreläsningsserier som har anordnats av olika branschförbund.

Kommissionens ordförande har på särskild inbjudan inför en delegation från OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) redovisat kommissionens iakttagelser av förutsättningarna för konkurrensen i Sverige.

Därutöver har särskilda informationsinsatser även inriktats på upphandlare i kommun och landsting samt företrädare för det lokala näringslivet. Stiftelsen Den Nya Välfärden och Svenskt Näringsliv

har i samarbete med intresserade kommuner och landsting arrangerat gemensamma seminarieövningar kring upphandlingslagen och dess problematik.

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

## SLUTSATSER

Konkurrenskommissionens erfarenheter av de första nio verksamhetsåren är att de konkurrens-snedvridande beteenden som förekommer inom den offentliga sektorn i korthet kan sammanfattas i tre huvudgrupper:

- **I)** Åsidosättanden av bestämmelserna om offentlig upphandling. *Denna grupp utgör den största delen av de av kommissionen granskade fallen.*
- **II)** Överträdelser av förbud i lag att bedriva viss verksamhet. *Denna grupp utgör knappt 1/4 av den totala ärendevolymen. Andelen ärenden rörande kompetensfrågor varierar dock kraftigt mellan åren.*
- **III)** Övriga ärenden där olika former av subventioner eller sammanblandning mellan myndighetsutövning och affärsverksamhet snedvrider förutsättningarna för en väl fungerande konkurrens på den allmänna marknaden.

### **I. Åsidosättanden av bestämmelserna om offentlig upphandling**

Den offentliga upphandlingen omfattar betydande volymer. Som Konkurrenskommissionen tidigare påpekat är det ett centralt mål för bestämmelserna om offentlig upphandling att företagen kan konkurrera på lika villkor. Ett annat mål är att försvåra korrruption och annat *illojalt upphandlingsbeteende* i den offentliga förvaltningen genom tydliga bestämmelser om offentlig upphandling. Med illojalt upphandlingsbeteende avses bland annat upphandlingsbeslut som präglas av andra hänsyn än omsorgen om en god och affärsmässigt betingad effektivitet vid offentlig upphandling.

För uppfyllandet av dessa mål föreligger tre nödvändiga förutsättningar:

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

Som kommissionen påpekat i tidigare års verksamhetsberättelser varierar orsakerna till att bestämmelserna för offentlig upphandling åsidosätts från fall till fall. Icke sällan är förklaringen okunnighet hos de upphandlande enheterna om innebörden av gällande bestämmelser. Trots att upphandlingslagen har varit i kraft i nästan tio år och till sin principiella innebörd väsentligen inte skiljer sig från äldre bestämmelser i upphandlingsförordningen (1986:612) och de kommunala upphandlingsreglementena, motiverar upphandlingsansvariga tjänstemän och förtroendevalda politiker fortfarande i förvånande hög grad sin bristande lagefterlevnad med okunnighet om lagens bestämmelser eller med att de saknar tillräckliga resurser för att följa lagen.

### Kontroll och tillsyn

För att tillfredsställande kvalitet vid offentlig upphandling skall upprätthållas finner Konkurrenskommissionen det angeläget, att de kontroll- och informationsfunktioner som i dag ligger hos tillsynsmyndigheten (f.n. Nämnden för offentlig upphandling – NOU) förstärks. Kontrollfunktionen bör dessutom kompletteras med en möjlighet att på ett kraftfullt sätt ingripa mot de upphandlande enheter som bryter mot lagen – exempelvis genom en straffavgift. Företrädare för parts- eller sår-intressen bör inte delta i tillsynsmyndighetens handläggning, prövning eller beslut.

Effektiva sanktioner mot upphandlande enheters domstolstrots vid överprövning enligt lagen om offentlig upphandling saknas fortfarande. Varken upphandlingslagen eller någon annan svensk författning reglerar påföljder för upphandlande enheter som väljer att negligera domstols beslut, trots att sådant rättsmedel förutsätts finnas enligt gällande EG-direktiv.

För att komma tillrätta med upphandlande enheters överträdelse av lag fordras att verkställighetsföreskrifter samt klara och effektiva sanktioner införs, i form av kännbara böter, viten eller straffavgifter, vid såväl upphandlande enheters lagtrots som domstolstrots. Även personligt straff- och skadeståndsansvar för de beslutsfattare som handlägger ärenden om offentlig upphandling bör enligt kommissionens mening kunna komma ifråga.

### Rättstillämpning

Från de rättstillämpande myndigheternas sida (främst länsrätterna) har Konkurrenskommissionen erfarit viss tveksamhet när det gäller att utan stöd av detaljbestämmelser i upphandlingslagen eller dess förarbeten tolka generalklausulen om affärsmässighet. Lagen bör därför utformas så tydligt att möjlighet till missuppfattningar och lagtolkningar i strid mot lagens anda motverkas.

Som tidigare har uppmärksamats i denna verksamhetsberättelse utgör det ett problem att upphandlande enheter ibland väljer att mot gällande bestämmelser upphandla direkt från vissa leverantörer utan att inhämta konkurrerande anbud. Även om senare rättspraxis har medfört lättnad för leverantörer att söka kompensation vid uppenbara överträdelse och tillkortakommanden bör effektiva sanktioner i annan form än skadestånd införas för att stävja missbruk och säkerställa att lagens bestämmelser efterlevs av upphandlande enheter. Det är förvånande att sådana sanktioner, trots påpekanden under flera år från Upphandlingskommittén, Riksdagens revisorer, Riksrevisionsverket samt Nämnden för offentlig upphandling (NOU), ännu inte har införts.

Vissa organisationer, främst kommunala och statliga företag, synes i strid mot tillsynsmyndighetens (NOU:s) upprepade konstateranden, framhärda i uppfattningen att de inte omfattas av lagens bestämmelser. För dessa fall bör ett särskilt förfarande inrättas att - i domstol eller på annat sätt - pröva huruvida dessa organisationer skall betraktas som upphandlande enheter. Förfarandet bör även förenas med kännbara sanktioner vid fortsatta åsidosättanden av upphandlingslagen.

Frågan huruvida överprövning kan ske på talan av leverantör som valt att inte delta med något anbud i upphandlingen bör klarläggas. På området finns en skiftande rättspraxis, där vissa domstolar synes ha valt att ogilla sådan talan om överprövning på den grunden att klagande leverantörer inte riskerat lida någon skada eftersom de inte deltagit med något anbud eller intresseanmälan i upphandlingen. Angiven svensk rättspraxis riskerar enligt Konkurrenskommissionens mening att vid sidan om gemenskapsrättsliga bestämmelser innebära en talerättspreklusion, d.v.s. att det svenska överprövningsförfarandet vid offentlig upphandling inte kan åberopas av var och en som har eller har haft ett intresse att få kontrakt om offentlig upphandling och som har lidit skada eller riskerat lida skada av en påstådd överträdelse (jfr. art. 1 punkt 3, 89/665/EEG samt 92/13/EEG).

Genom införandet av den s.k. Alcatel-lagändringen från och med den 1 juli 2002 synes det av Konkurrenskommissionen tidigare uppmärksammade problemet för anbudsgivare att få till stånd en materiell överprövning innan målet måste avskrivas på grund av att kontrakt tecknats, ha funnit sin lösning. Vissa frågor är emellertid fortfarande oreglerade, som tex. vad som avses med ”upplysning” enligt 1 kap. 28 § LOU och hur domstolarna skall handlägga frågor om inhibition i mål om överprövning.

En presumtion för inhibition bör därför införas i lagen om offentlig upphandling i avsikt att rättstillämpningen bättre skall leva upp till EG-direktivens krav på effektivt prövningsförfarande samt för att undvika rättsförluster för enskilda leverantörer.

#### Förhandlingar och prutningar

Ett annat problem som tidigare berörts av Konkurrenskommissionen är s.k. rena prutningar efter anbudstidens utgång, där den prismässiga rangordningen mellan anbudsgivarna i efterhand rubbats. I flera granskade fall har Konkurrenskommissionen iakttagit att upphandlande enheter inom ramarna för ett förenklat förfarande tagit upp förhandlingar med en eller flera anbudsgivare, trots att anbudsvärderingen tydligt utvisat ett anbud som det mest förmånliga. Dyliga prutningsförhandlingar synes i några fall ha genomförts för att ytterligare sänka priserna, i andra fall för att möjliggöra för vissa leverantörer att erhålla förmånligare positioner vid de slutliga anbudsjämförelserna.

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

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har angivit följande: "*Om enheten har motiv för att upphandlingen skall genomföras med förhandlingar kan enheten förhandla om i stort sett allt som rör upphandlingen, även priset. Men, det är viktigt att enheten genom förhandlingarna inte väsentligt ändrar på förutsättningarna för upphandlingen. Det skall således i grunden vara samma vara eller tjänst som upphandlas i förhållande till vad som angavs i förfrågningsunderlaget inklusive kravspecifikationen*". Uttalandet antyder att nämnden har ansett att det skall föreligga ett objektivt motiv för att förhandlingar skall kunna förekomma. Någon rättspraxis föreligger ännu inte. I en ännu inte lagakraftvunnen dom har emellertid hovrätt funnit förhandlingar som ändrat rangordningen mellan leverantörerna förenliga med upphandlingslagens bestämmelser.

Förhandlingar vid förenklad upphandling bör enligt Konkurrenskommissionens mening genomföras på ett objektivt och affärsmässigt sätt, det vill säga i första hand för att klarlägga styrkan i anbud och således inte i syfte att pressa anbudspriserna. Rena prutningar bör därför inte kunna förekomma. Prispressen i en upphandling skall istället ligga i det osäkerhetsmoment som följer, dels av att anbudsgivarna varken vet hur många eller vilka deras konkurrenter är eller vilka anbud de avger, dels av insikten att avgivna bud är definitiva och således inte kan ändras i efterhand. En reglering i lag, på samma sätt som för upphandlingar över tröskelvärdena (och enligt äldre bestämmelser), är med hänsyn bl.a. till senare tids rättstillämpning nödvändig för att skapa klarhet i frågan.

#### För korta implementeringstider

Oklarheter om vad som enligt generalklausulen kan anses ”affärsmässigt” vid offentlig upphandling har i några fall gällt implementeringstiden mellan det att avtal i en upphandling sluts till dess att leverans av vara eller tjänst påbörjas. Ett fall avsåg en upphandling av taxitjänster (c:a 15-18 heltidsbemannade fordon), där tidsfristen som erbjöds mellan anbudstidens utgång och

leveransen påbörjande uppgick till sjutton dagar. Länsrätt avslag en talan om överprövning av upphandlingen. Domen motiverades bland annat med att ”*några ... bestämmelser om hur lång tid som bör löpa mellan anbudstidens utgång och dagen för det tänkta avtalets ikraftträdande finns dock inte. Det får därför, enligt länsrättens mening, anses vara upp till den upphandlande enheten att avgöra hur lång tid enheten behöver för att bedöma och välja anbud*” (Länsrätten i Halland, mål nr. 2100-96).

För kort tilltagna implementeringstider gynnar tidigare leverantör och motverkar konkurrensen. Implementeringsfrister bör därför införas i upphandlingslagen.

#### Interna bud i konkurrens med externa anbud

Konkurrenskommissionen har tidigare uppmärksammat problem som uppstår när upphandlande enheter låter den egna regin delta med interna bud i konkurrens med externa anbud vid offentlig upphandling. I några fall synes upphandlingarna ha varit utlysta enbart för att testa den egna regins konkurrenskraft utan någon seriös avsikt att upphandla. I andra fall har egenregibudet till följd av olikheter vid jämförelsen med externa anbud erhållit fördelar. Högsta domstolen har numera funnit att upphandlingslagens bestämmelser och principer om affärsmässighet och objektivitet inte skall äga tillämpning på avbrutna upphandlingar (se NJA 2001 s. 3).

Någon obligatorisk upphandling existerar inte i Sverige, eftersom stat och kommun alltid kan välja att utföra verksamheten i egen regi. Om upphandlande enheter ändå väljer att infordra anbud på marknaden bör enligt Konkurrenskommissionens mening emellertid utgångspunkten vara att upphandlingarna skall genomföras affärsmässigt. Skall egenregibud delta bör detta anges i annonsen eller underlaget för upphandlingen. Nollställning mellan anbud och bud måste ske så att externa anbud kompenseras för de interna budens kostnadsfördelar. Enbart affärsmässigt objektiva skäl skall kunna anföras till stöd för att anta ett egenregibud, vilket i formell mening innebär att upphandlingen avbryts.

Kommissionen förordar därför att det i lagen om offentlig upphandling införs en bestämmelse om att affärsmässighetskravet enligt 1 kap. 4 § LOU även skall omfatta beslut att avbryta pågående upphandlingar.

#### Parallella ramavtal

I ett antal tidigare avgöranden har Konkurrenskommissionen bedömt fall där upphandlande enheter istället för att utse en vinnande anbudsgivare valt att teckna parallella ramavtal med flera anbudsgivare på sinsemellan varierande villkor. De upphandlande enheterna har därefter ansett sig oförhindrade att utan någon ytterligare prövning eller jämförelse mellan anbudens priser och villkor avropa varor eller tjänster från valfri anbudsgivare. Således kan den dyraste anbudsgivaren bli den som uteslutande kommer att leverera till enheten.

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

Det påtalade missbruket är enligt Konkurrenskommissionens mening oroande och riskerar att på sikt leda till att lagen om offentlig upphandling sätts ur spel.

För närvarande utreds ramavtal inom Europeiska unionen. Ett beslut om klarläggande direktiv kan väntas inom kort. Det är betydelsefullt att dessa bestämmelser omgående införlivas med svensk rätt på ett sådant sätt att missbruk av parallella ramavtal med sinsemellan varierande villkor motverkas.

### Upphandling vid kundvalssystem

I fråga om kundvalssystem eller dylika system där valet av leverantör görs av de enskilda medborgarna som berörs anser Konkurrenskommissionen att sådana system inte innefattar några moment av offentlig upphandling, och således inte skall regleras genom lagen om offentlig upphandling. Om anskaffningar som sker genom kundvalssystem och dylikt över huvud taget behöver regleras i lag bör det ske separat och utanför lagen om offentlig upphandling. Konkurrenskommissionen finner det tillfredsställande att denna analys numera även synes omfattas av den statliga Upphandlingskommittén, som bl.a. föreslagit att frågan skall utredas i särskild ordning.

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

Ett viktigt område för Konkurrenskommissionens granskningsverksamhet har liksom tidigare år varit konkurrensnedvridning genom att myndigheter överträtt de begränsningar som gäller för myndigheternas engagemang. Inom den statliga sektorn framgår begränsningarna av myndighetens instruktion och regeringens regleringsbrev. Kommunernas handlingsmöjligheter begränsas genom kommunallagens regler om den kommunala kompetensen.

Konkurrenskommissionen har även under det nionde verksamhetsåret uppmärksammat fall där myndighetens egna kompetens har överträtts. Tidigare år har kommissionen uppmärksammat fall där kommuner, inom ramarna för befintlig simhallsverksamhet, etablerar sig på nya marknader för gym, solarier och massage, och där konkurrerar ut det privata näringslivet. Dylika etableringar strider enligt Konkurrenskommissionens mening mot kommunallagens kompetensbestämmelser samt medför förödande effekter för de privata företagen som drabbas och snedvrider konkurrensen. Under året har något nytt sådant fall inte anmälts till kommissionen till granskning. Rättelse i de fall som kommissionen kritiserat tidigare har såvitt kommissionen har erfarit emellertid inte skett.

Kommissionen har även granskat fall där allmänna medel använts till att gynna vissa näringsidkare, och därigenom snedvridit förutsättningarna för konkurrensen med det övriga näringslivet. Under året har kommissionen särskilt uppmärksammat fall där kommunalt stöd lämnats till lokala industrier. I samtliga fall har gynningarna – som enligt Konkurrenskommissionens mening strider mot kommunallagens kompetensbestämmelser – medfört att konkurrensen snedvridits på samma sätt som från officiellt håll annars brukar kritiseras när det gäller liknande etableringsstöd utomlands..

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

effekterna av den rättsliga prövningen. I andra fall har viss verksamhet som av domstol förklarats olaglig fortsatt som tidigare utan möjlighet till ytterligare sanktion.

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

Kommunala beslut som fattas i bolag kan inte överklagas och tolkningen av vad bolaget får göra enligt bolagsordningen görs av bolagets styrelse som ofta består av kommunala förtroendemän eller tjänstemän. Oavsett bolagens laglighet synes således kommuner och landsting, utan risk för sanktioner, genom bolagen bl.a. kunna bedriva kompetensstridig verksamhet på den allmänna marknaden.

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

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

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

Det påtalade förhållandet är snedvridande för konkurrensen. Förfarandet undergräver även medborgarnas förtroende för myndigheternas oberoende vid blandade uppdrag, där såväl myndighetsutövning som uppdragsverksamhet förekommer.

En förutsättning för att myndigheterna skall kunna bedriva uppdragsverksamhet vid sidan om den ordinarie myndighetsverksamheten bör vara att uppdragsverksamheten organisatoriskt helt särskiljs från myndighetsdelen och att något samarbete i kommersiella sammanhang inte förekommer.

### **EFFEKTER AV KOMMISSIONENS VERKSAMHET**

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



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

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

Den erfarenhet som Konkurrenskommissionen har fått efter snart tio års verksamhet och över 340 avgjorda fall har vidare på olika sätt förmedlats till dem som haft att utforma framtida lagstiftning på det aktuella områdena för kommissionens verksamhet.

## **Förändringsbehov**

På grund av erfarenheterna av kommissionens verksamhet har kommissionen i tidigare års verksamhetsberättelser framfört krav på förändringar framför allt på följande punkter:

**1. Ökade insatser måste göras för att följa upp offentliga organs tillämpning av upphandlingsreglerna. För närvarande råder på många håll godtycke vid offentliga upphandlingar.**

- Rätten att föra talan vid domstol om överträdelse mot lagen om offentlig upphandling bör vidgas efter mönster från bl.a. marknadsföringslagen till att omfatta bland annat myndigheten som skall utöva tillsyn över lagen samt organisationer av näringsidkare. Bestämmelserna om överprövning bör i enlighet med gällande EG-direktiv klargöras så att samtliga leverantörer som kunnat lämna anbud får sin talan prövad, oavsett huruvida de valt att avge något anbud eller ej.
- En bestämmelse om presumtion för inhibition i överprövningsmål bör införas i lagen.

Konkurrenskommissionen rekommenderar vidare att nödvändiga ändringar av lagen genomförs så att överträdelse genom s.k. otillåten direktupphandling (eller otillåten förhandlad upphandling utan förhandsannonsering) sanktioneras på ett effektivt sätt samt att även avbrutna upphandlingar införlivas i lagens regelsystem.

Tydliga verkställighetsbestämmelser och ett personligt ansvar för handläggande befattningshavare vid illojalt upphandlingsbeteende bör införas eller straffbestämmelserna vid myndighetsmissbruk förtydligas så att det klart framgår att dessa även omfattar beslut vid offentlig upphandling.

Upphandlingslagen bör 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 det inte är tillåtet att, vid annat än s.k. förhandlat förfarande föra förhandlingar med anbudsgivare, om att pruta anbud efter anbudstidens utgång, så att annat anbud än det ursprungligen mest förmånliga kan komma att antas.
- Det skall inte vara tillåtet att utan objektiva och affärsmässiga skäl teckna parallella s.k. "ramavtal" med olika leverantörer med sinsemellan varierande villkor. Tecknas sådana ramavtal skall avrop alltid ske enligt den rangordning i vilken anbudsgivarna har fördelat sig vid anbudsvärderingen.
- Ordalydelser i lagen 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. Konkurrenslagen bör ändras så, att den blir fullt tillämplig på all kommunal och statlig verksamhet som inte utgör myndighetsutövning och Konkurrensverket bör ha kompetens att ingripa med förbud för all offentlig verksamhet som hindrar eller motverkar konkurrensen.

3. Kommunallagen bör ändras så att klara gränser och sanktioner ges för kommunernas och landstingens handlingsmöjligheter. Särskilt gäller det kommunernas möjligheter att bedriva verksamhet i konkurrens med det privata näringslivet. Gällande förbud mot spekulativ verksamhet överträds i stor omfattning och måste därför få en klarare och effektivare utformning. Möjligheter måste skapas att stoppa kommunal verksamhet som inte är kompetensenlig. Pågående försöksverksamheter med utvidgning av den kommunala kompetensen där kommunerna skall tillåtas bedriva verksamhet på den allmänna marknaden bör avbrytas.

I kommunallagen, aktiebolagslagen, handelsbolagslagen, lagen om ekonomiska föreningar samt stiftelselagen bör vidare föras in särskilda bestämmelser för kommunala företag, som ger medborgarna samma möjligheter till insyn och kontroll som om den verksamhet som bedrivs i kommunal företagsform istället hade bedrivits i förvaltningsform. Bestämmelser som innebär att de kommunala företagens beslut anslås på kommunens anslagstavla samt att kommuninnevånare ges möjlighet att överklaga beslut som fattats i kommunala företagsstyrelser på samma sätt som kommunala nämndbeslut bör omgående införas.

De granskningar som kommissionen genomfört – hittills c:a 370 avgjorda fall – understryker kraven på att förändringar på dessa punkter kommer till stånd.

Stockholm den 18 september 2003

G Rune Berggren

Sigvard Berglöf

Patrik Engellau

Inger Ridderstrand Linderöth

Erik Nerep

Lennart Palm

## **Bilaga till Konkurrenskommissionens verksamhetsberättelse, nionde verksamhetsåret (2002/2003)**

**I)** I gruppen av ärenden rörande konkurrensnedvridning genom åsidosättanden av reglerna för offentlig upphandling har Konkurrenskommissionen avgjort 30 ärenden. Samtliga av dessa utom ett har lett till kritik från kommissionen. Bland de således avgjorda ärendena märks följande:

**KKO 02-011, bristande affärsmässighet.** Riksrevisionsverket (RRV) hade i ett internt reglemente beslutat fastställa ett riktvärde på fyra basbelopp (c:a 150.000 kr) under vilket direktupphandling av tjänster, utan skriftlig inforan av konkurrerande anbud, generellt fick genomföras inom verket. Konkurrenskommissionen påpekade att det står varje upphandlande enhet fritt att fastställa individuella riktvärden för olika typer av upphandlingar inom enhetens verksamhetsområde, men att så länge riktvärdena ges en generell tillämplighet bör dessa överensstämma med vad Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har fastställt som rimliga gränsvärden. För upphandling av tjänster har nämnden fastställt ett eller högt två basbelopp (maximalt c:a 75.000 kr) som sådant generellt värde under vilket direktupphandling bör förekomma. Konkurrenskommissionen uppmanade därför Riksrevisionsverket att justera sitt interna reglemente så att det överensstämmer med de av NOU generellt angivna riktvärdena för direktupphandling, eller så att det klart framgår vilka särskilda avtalstyper som skall omfattas av de högre beloppsgränserna.

**KKO 02-043 / 02-044, otillbörligt gynnande av leverantör.** Landskrona och Svalövs kommun hade utan att inhämta några konkurrerande anbud beslutat att teckna avtal om köp av tjänster för renhållning m.m. för sammanlagt mer än 50 miljoner kronor per år direkt från det gemensamt ägda bolaget LSR Landskrona-Svalövs Renhållnings AB. Konkurrenskommissionen påpekade att det normalt inte är tillåtet för kommuner att köpa tjänster utan upphandling i konkurrens, inte ens om köpet sker från ett hel- eller delägt kommunalt företag. Kommissionen bedömde att den aktuella upphandlingen inte hade handlagts i enlighet med lagen om offentlig upphandling och att konkurrensen därmed kommit att snedvridas. Förfarandet förklarades senare olagligt även av domstol (kammarrätt), vilken förordnade att upphandlingen skulle göras om.

**KKO 02-045, otillbörlig diskriminering av leverantör.** Strömsunds kommun hade vid upphandling av ramavtal avseende successiva leveranser av datorer för c:a 3,5 miljoner kronor beslutat att förkasta ett anbud ur upphandlingen på grund av "dåliga referenser". Någon dokumentation av referenstagningen hade emellertid inte gjorts och vilka referenter som uttalat sig negativt kunde kommunen inte uppge. På en direkt fråga uppgav berörd tjänsteman hos kommunen att referenserna "... *inte behöver redovisas för diskussion och ifrågasättande*". Konkurrenskommissionen konstaterade att den aktuella upphandlingen var sådan att referensuppgifter alltid måste finnas dokumenterade i form av skriftliga attester eller intyg av berörda referenter, bland annat för att referenstagningen skall kunna redovisas för diskussion och ifrågasättanden av förfördelade leverantörer. Någon möjlighet för en upphandlande enhet att lägga muntliga uppgifter eller rent skvaller till grund för en analys av vilket anbud som skall antas föreligger således inte. Även i andra avseenden hade kommunen avvikit från gällande bestämmelser vid prövningen av anbud. Kommissionen bedömde att den aktuella upphandlingen inte hade handlagts i enlighet med lagen om offentlig upphandling och att konkurrensen därmed kommit att snedvridas.

**KKO 02-046, bristande affärsmässighet.** Stockholms stad hade i en upphandling av renhållningstjänster vägrat en förlorande anbudsgivare att få uppgift om på vilka grunder tilldelningen hade skett. De aktuella uppgifterna avsåg staden att lämna först sedan kontrakt tecknats och anbudsgivarens möjlighet att i domstol få till stånd överprövning mot upphandlingen därmed hade upphört. Konkurrenskommissionen påpekade att svensk rätt (vid denna tidpunkt) inte innefattade något åliggande för en upphandlande enhet att omedelbart lämna besked om grunderna för sitt tilldelningsbeslut, men att det enligt gällande EG-rättslig praxis (den. s.k. Alcatel-domen) förelåg sådan skyldighet samt att detta gällde oavsett vad som framgick av nationell rätt. Kommissionen bedömde

mot denna bakgrund att den aktuella upphandlingen inte hade handlagts i enlighet med gällande upphandlingsbestämmelser och att konkurrensen riskerat att snedvridas. Förfarandet förklarades senare olagligt även av domstol (kammarrätt), vilken förordnade att uppgift om grunderna för tilldelningen skulle lämnas ut innan upphandlingen fick avslutas.

**KKO 02-055, bristande affärsmässighet och otillbörligt gynnande av leverantör.** Länsarbetsnämnden i Stockholms län hade utan föregående infordran av konkurrerande anbud tecknat avtal med ett privat företag om köp av arbetsmarknadsutbildning för drygt två miljoner kronor. Länsarbetsnämnden angav att upphandlingen avsåg utbildning för systemutvecklare på en särskild programvara som exklusivt innehades av det privata företaget, och som således inte fanns tillgänglig för någon utomstående utbildare. Annan utbildare än företaget kunde således inte komma ifråga. Konkurrenskommissionen påpekade att föremålet för en upphandling inte får begränsas till att avse endast en specifik namngiven produkt utan att det samtidigt framgår ”likvärdig” vara eller tjänst kan komma ifråga. Denna bestämmelse som följer av EG-Romfördragets allmänna principer om fri rörlighet för varor och tjänster gäller för alla upphandlingar, oavsett upphandlingsform. Hade den aktuella utbildningsupphandlingen vidgats till att omfatta utbildning på likvärdiga programprodukter hade den av länsarbetsnämnden påtalade ensamrätten inte utgjort hinder för att infordra konkurrerande anbud. Skäl för direktupphandling har således inte förelegat utan konkurrerande anbud skulle rätteligen ha infordrats. Kommissionen bedömde mot denna bakgrund att den aktuella upphandlingen inte hade handlagts i enlighet med gällande upphandlingsbestämmelser och att konkurrensen därmed snedvridits.

**KKO 02-056, bristande affärsmässighet och otillbörligt gynnande av leverantör.** Staten, genom regeringskansliet, avropar alarmeringstjänster löpande från det delägda SOS Alarm AB enligt ett avtal från 1994 som aldrig har upphandlats i konkurrens. SOS Alarm AB är även verksamt med att sälja tjänster på den konkurrensutsatta marknaden till kommuner och företag. Konkurrenskommissionen påpekade att det normalt inte är tillåtet för staten att köpa tjänster utan upphandling i konkurrens, inte ens om köpet sker från ett offentligägt företag. Kommissionen bedömde mot denna bakgrund att den aktuella upphandlingen inte hade handlagts i enlighet med gällande upphandlingsbestämmelser och att konkurrensen därmed snedvridits. Kommissionen konstaterade även att den skyddade monopolmarknad som således skapats för SOS Alarm AB riskerar att snedvrida förutsättningarna för konkurrensen på de övriga marknader där SOS Alarm är verksamt och konkurrerar med andra företag.

**KKO 02-057, bristande affärsmässighet.** Sala kommun hade till grund för beslut om upphandling av tjänster för företagshälsovård anfört en beräkning av prispoäng som inte i förväg klargjorts i förfrågningsunderlaget för upphandlingen. Till grund för att anta ett prismässigt dyrare anbud åberopade kommunen ett ”värderingsverktyg” som innefattade viss viktning av anbudens prispoäng gentemot kvalitetspoängen. Denna beräkningsgrund hade emellertid inte redovisats för anbudsgivarna i förväg, vilket Konkurrenskommissionen menade stred mot den s.k. transparensprincipen. Kommissionen bedömde mot denna bakgrund att den aktuella upphandlingen inte hade handlagts i enlighet med gällande upphandlingsbestämmelser och att konkurrensen därmed snedvridits.

KKO 02-060, **bristande affärsmässighet**. Säters kommun hade vid inhyrning av anläggningsmaskiner beslutat att vid anbudsvärderingen bortse från vissa av de värderingsomständigheter som angivits för upphandlingen. Som skäl angav kommunen att uppsatta kvalitetskrav ”.. ej har gått att värdera och poängsätta olika mellan anbudsgivarna, utan att riskera att i efterhand få kritik”. Konkurrenskommissionen påpekade att det enligt gällande bestämmelser inte är möjligt för en upphandlande enhet att bortse från krav som ställts i ett förfrågningsunderlag, och att samtliga kriterier som angivits antingen skall beaktas, eller så skall upphandlingen göras om. Kommissionen bedömde mot denna bakgrund att den aktuella upphandlingen inte hade handlagts i enlighet med gällande upphandlingsbestämmelser och att konkurrensen därmed snedvridits.

KKO 02-064, **bristande affärsmässighet**. Vindelns kommun hade beslutat att för upphandling av livsmedel föreskriva att särskild hänsyn fick tas till lokala företag (positiv särbehandling). Beslutet motiverades av regionalpolitiska skäl. Konkurrenskommissionen påpekade att om kommunen funnit synnerliga skäl för att upprätthålla befintlig infrastruktur med lokala butiker ute i byarna kunde kommunen lämna ekonomiska bidrag genom tillämpning av kommunallagens bestämmelser som under vissa förhållanden tillåter stöd till enskilda näringsidkare. Någon möjligt för kommunen att vid sin upphandling väga in regionalpolitiska hänsyn eller kommunalekonomiska överväganden som saknar direkt samband med det som upphandlas, föreligger däremot inte. Varken positiv eller negativ särbehandling får således förekomma. Kommunens angivna beslut om hänsyn till lokala företag strider därför mot gällande upphandlingsbestämmelser och riskerar att snedvrida konkurrensen.

KKO 02-065 **otillbörligt gynnande av leverantör**. Haninge kommun hade beslutat att för uppskattningsvis mer än 200 miljoner kr. per år köpa fortsatta leveranser av tjänster för fastighetsförvaltning m.m. från ett kommunalt helägt bolag utan föregående upphandling i konkurrens. Kommunen hade på samma sätt köpt löpande tjänster av bolaget sedan 1991. Det nu beslutade avtalet innebar förlängning i en ytterligare period om i vart fall fyra år. Konkurrenskommissionen påpekade att det normalt inte är tillåtet för kommuner att köpa tjänster utan upphandling i konkurrens, inte ens om köpet sker från ett helägt kommunalt företag. Kommissionen bedömde att den aktuella upphandlingen inte hade handlagts i enlighet med gällande upphandlingsbestämmelser och att konkurrensen därmed snedvridits. Förfarandet förklarades senare olagligt även av domstol (såväl länsrätt som kammarrätt), som förordnade att upphandlingen skulle göras om.

KKO 02-066 **bristande affärsmässighet**. Fortifikationsverket hade i en upphandling avseende nybyggnad av en spohall för stridsvagnar antagit ett anbud som avlämnats med en helt annan utformning än de för upphandlingen ställda skall-kraven (orient sidobud). Konkurrenskommissionen påpekade att en upphandlande enhet vid sitt tilldelningsbeslut ovillkorligen måste hålla sig inom ramarna för anbudsförutsättningarna. Om dessa av någon anledning inte bedöms lämpliga, skall upphandlingen göras om i sin helhet, med de nya förutsättningarna allmänt tillgängliga för anbudsgivarna. Kommissionen bedömde att den aktuella upphandlingen inte hade handlagts i enlighet med gällande upphandlingsbestämmelser och att konkurrensen därmed snedvridits.

KKO 02-065 **otillbörligt gynnande av leverantör**. Landstinget Västernorrland hade genom s.k. tyst förlängning låtit ett sedan 1990 gällande avtalsförhållande avseende köp av tvättjänster förlängas i ytterligare 2 år. Någon upphandling i konkurrens med andra företag hade aldrig skett. Konkurrenskommissionen påpekade att offentliga upphandlingskontrakt enligt Nämnden för offentlig upphandling (NOU) inte bör avse lägre perioder än maximalt fyra år och att upphandling i konkurrens förutsätts ske med jämna mellanrum. Genom att underlåta att upphandla aktuella tjänster i konkurrens samt att vidmakthålla det aktuella avtalsförhållandet under snart 14 år menade kommissionen att landstinget överträtt gällande upphandlingsbestämmelser samt snedvridit konkurrensen. Förfarandet förklarades senare olagligt även av domstol (kammarrätt), vilken förordnade att ytterligare förlängning inte fick ske med mindre än att ny upphandling genomfördes. För närvarande handläggs målet hos Regeringsrätten.

KKO 02-068 **bristande affärsmässighet.** Försvarets Materielverk (FMV) hade i en upphandling av ett tekniskt passersystem vägrat att till den förlorande anbudsgivaren närmare redovisa på vilka grunder tilldelning skett. Begärda uppgifter avsåg verket att lämna först sedan kontrakt tecknats och möjligheten till överprövning i domstol därmed hade upphört. Upphandlingen hade dessutom utlysts enligt förenklat förfarande trots att värdet av tjänsterna översteg gällande tröskelvärde och det inte var fråga om försvarsmateriel. Konkurrenskommissionen bedömde att verkets vägran att lämna erforderlig information om grunderna för sitt tilldelningsbeslut var ägnad att allvarligt försvara för den förlorande anbudsgivaren att kontrollera hur anbudsvärderingen gått till samt att därmed tillvarata sin rätt till materiell överprövning av upphandlingen. Kommissionen fann även att upphandlingen hade handlagts enligt ett felaktigt förfarande. Sammantaget, menade kommissionen, strider detta mot lagen om offentlig upphandling jämte på området gällande EG-direktiv samt riskerar att snedvrیدا konkurrensen. Senare har den förlorande anbudsgivaren genom ett s.k. editionsföreläggande i domstol tvingat FMV att lämna ut de begärda handlingarna. Det visade sig då att tilldelningen hade skett på så felaktiga grunder att domstolen (länsrätt) fann anledning att förordna att kontrakt inte fick tecknas med den leverantör som FMV hade valt. För närvarande handläggs målet hos kammarrätt.

KKO 02-069 **bristande affärsmässighet.** Det kommunala fastighetsbolaget Karlshamnsbostäder AB (KABO) hade vid upphandling av tjänster för fastighetsservice m.m. angivit att *"Avrop kommer i första hand göras från den entreprenör som lämnat det mest förmånliga anbudet, och är bäst fungerande för KABO:s organisation"*. Upphandlingen hade dessutom utlyst enligt förenklat förfarande trots att värdet av tjänsterna översteg gällande tröskelvärde. Konkurrenskommissionen påpekade att det inte är möjligt att utforma upphandlingsförutsättningarna på ett så godtyckligt sätt att i praktiken *fri anbudsprövning* kan komma ifråga. Kommissionen menade att den aktuella upphandlingen därmed inte hade utlyst i enlighet med gällande upphandlingsbestämmelser och att konkurrensen riskerade att snedvridas. Efter det att domstol (länsrätt) förordnat om omedelbart verkställighetsförbud mot förfarandet (inhibition) beslutade KABO att avbryta upphandlingen.

KKO 03-002 **otillbörligt gynnande av leverantör.** Malmö stad hade i en upphandling av städtjänster först vägrat att till förlorande anbudsgivare närmare redovisa på vilka grunder tilldelning hade skett. När begärda uppgifter så småningom lämnades ut visade det sig att ett anbud antagits som enligt stadens egen poängvärdering inte bedömts som det ekonomiskt mest fördelaktiga. Konkurrenskommissionen påpekade att det inte finns några möjligheter för en upphandlande enhet att genomföra en fri anbudsprövning och vid beslut om tilldelning frånga de krav eller den poängvärdering som enheten själv ställt upp. Kommissionen konstaterade även att Malmö stad genom att först innehålla väsentlig information om tilldelningsbeslutet på ett otillbörligt sätt försökt försvara för den leverantör som erhållit högst poäng att tillvarata sin rätt i domstol. Sammantaget, menade kommissionen, strider detta mot lagen om offentlig upphandling jämte på området gällande EG-direktiv samt riskerar att snedvrیدا konkurrensen. Förfarandet förklarades senare olagligt även av domstol (länsrätt), vilken förordnade att tilldelning skulle ske enligt den poängfördelning som kommunen först beslutat. Den ursprungligen förlorande anbudsgivaren tilldelades därefter kontraktet i upphandlingen.

KKO 03-004 **bristande affärsmässighet.** Stockholms läns landsting hade, biträdd av fastighetsbolaget Locum, i en upphandling av renhållningstjänster antagit ett nästan fyra gånger dyrare anbud än lägsta bud. Värderingsomständigheterna var oklara och hade inte rangordnats så tydligt i upphandlingsunderlaget att det klart framgick att priset knappt skulle tillmätas någon betydelse alls i upphandlingen. Konkurrenskommissionen påpekade att det enligt den s.k. transparensprincipen klart skall framgå för anbudsgivarna i förväg på vilka grunder anbudet skall komma att antas. Som upphandlingen varit upplagd strider landstingets beslut att i praktiken helt bortse från anbudens priser mot lagen om offentlig upphandling menade kommissionen. Konkurrensen har därmed snedvridits. Senare har domstol (länsrätt) förordnat att upphandlingen skall göras om.

KKO 03-006 **bristande affärsmässighet**. Strömsunds kommun hade vid upphandling av datorer beslutat att anta ett annat anbud än det prismässigt lägsta, trots att några kriterier för anbudsvärderingen inte framgick av upphandlingsunderlaget. Konkurrenskommissionen konstaterade att de skäl som kommunen hade angivit till stöd för att anta vinnande leverantör gick utöver vad kommunen har haft att beakta vid värderingen av anbuden, och var dessutom delvis missvisande. Härigenom hade kommunen åsidosatt de krav på affärsmässighet och objektivitet som uppställs i lagen om offentlig upphandling menade kommissionen. Konkurrensen har därmed snedvridits. Efter kommissionens kritik har kommunen uttalat att XXXXX.

KKO 03-012 och 03-021, **bristande affärsmässighet**. Mora respektive Orsa kommun hade som generella riktvärden för de upphandlingar som skall genomföras av kommunernas upphandlingsförvaltningar eller tekniska förvaltningar fastställt fyra basbelopp (c:a 150.000 kr) för varor respektive fem basbelopp (c:a 185.000 kr) för tjänster, som sådana låga värden vid vilka direktupphandling, utan skriftligt anbudsförfarande kan ske. Konkurrenskommissionen påpekade att det står varje upphandlande enhet fritt att fastställa individuella riktvärden för olika typer av upphandlingar inom enhetens verksamhetsområde men att så länge riktvärdena ges en generell tillämplighet bör dessa överensstämja med vad Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har fastställt som rimliga gränsvärden. För upphandling av tjänster har nämnden fastställt ett eller högt två basbelopp (c:a 75.000 kr) som sådant generellt värde under vilket direktupphandling bör förekomma. Konkurrenskommissionen uppmanade därför kommunerna att justera sina interna riktlinjer så att dessa överensstämmer med de av NOU generellt angivna riktvärdena för direktupphandling, eller så att det klart framgår vilka särskilda avtalstyper som skall omfattas av de högre beloppsgränserna.

KKO 03-018 och 03-019, **otillbörligt gynnande av leverantör**. Värmdö respektive Nacka kommun hade utan något offentligt upphandlingsförfarande köpt tjänster för omhändertagande av avfall direkt från ett privat företag för sammanlagt c:a 20 miljoner kronor per år. Konkurrenskommissionen påpekade att det enligt gällande bestämmelser normalt inte är möjligt för kommuner att utan konkurrensupphandling köpa varor eller tjänster direkt utan infordran av konkurrerande anbud och att det privata företaget inte hade någon sådan ensamrätt som medgav undantag. Kommissionen bedömde att den aktuella upphandlingen inte hade handlagts i enlighet med lagen om offentlig upphandling och att konkurrensen därmed kommit att snedvridas. Förfarandet förklarades senare olagligt även av domstol (länsrätt), vilken förordnade att upphandlingarna skulle göras om. För närvarande handläggs målen i kammarrätt.

KKO 03-022/023, **bristande affärsmässighet**. Tomelilla kommun och det kommunala fastighetsbolaget Österlenhem AB hade utlyst en upphandling av tjänster för fastighetservice m.m. (skötsel av grönytor) enligt förenklat förfarande trots att värdet av tjänsterna översteg gällande tröskelvärde. Tilldelning i upphandlingen hade dessutom skett på grunder som inte framgick av förfrågningsunderlaget och en anbudsgivare hade tillåtits inkomma med ett delvis nytt anbud efter anbudstidens utgång. Konkurrenskommissionen konstaterade att upphandlingen utlyst enligt ett felaktigt förfarande samt påpekade att det inte är möjligt att anta anbud på andra grunder än som angivits i förfrågningsunderlaget och att anbud inte får beaktas om de inkommit efter anbudstidens utgång. Kommissionen menade att den aktuella upphandlingen därmed inte hade genomförts i enlighet med gällande upphandlingsbestämmelser och att konkurrensen riskerade att snedvridas. Efter det att domstol (länsrätt) sedermera förordnat om omedelbart verkställighetsförbud mot förfarandet (inhibition) beslutade Tomelilla kommun och Österlenhem AB att avbryta upphandlingen.

KKO 03-022/023, **bristande affärsmässighet**. Skogsvårdsstyrelsen Östra Götaland hade vid upphandling av tjänster för videodokumentation m.m. beslutat att vid anbudsvärderingen bortse från de kvalitetsomständigheter som rangordnats som viktigast i upphandlingen. Konkurrenskommissionen påpekade att det enligt gällande bestämmelser inte är möjligt för en upphandlande enhet att bortse från krav som ställts i ett förfrågningsunderlag, och att samtliga kriterier som angivits antingen skall beaktas, eller så skall upphandlingen göras om. Kommissionen bedömde att upphandlingen inte hade handlagts i enlighet med gällande upphandlingsbestämmelser och att konkurrensen därmed snedvridits. Förfarandet förklarades senare olagligt även av domstol (länsrätt), vilken förordnade att upphandlingen skulle göras om.

**II) I gruppen av ärenden rörande konkurrenssnedvridning genom överträdelser av den egna kompetensen har Konkurrenskommissionen avgjort 5 ärenden. Av dessa har samtliga lett till kritik från kommissionen. Bland de således avgjorda ärendena märks följande:**

KKO 01-085, **otillbörligt stöd till enskild näringsidkare**. Landstinget Region Skåne hade beslutat att avsätta allmänna medel till kommersiellt betingad riskkapitalverksamhet inom ramarna för det av landstinget tidigare bildade riskkapitalbolaget Skånsk Entreprenörsfond AB (SEFAB). I samband med att bolaget bildades bedyrades att landstinget inte skulle avsätta några riskkapitalmedel i fonden. Knappt två år senare beslutade landstinget emellertid att genom ett "villkorslån" tillskjuta 35 miljoner kronor till bolaget.

Konkurrenskommissionen påpekade att riskkapitalförsörjning inte är någon landstingskommunal angelägenhet och att kommunalt stöd till enskild näringsidkare normalt inte får förekomma. Några särskilda skäl som undantagsvis skulle tillåta sådant stöd hade inte anförts av landstinget. Konkurrenskommissionen bedömde därför att aktuella lånebeslutet stred mot kommunallagen samt snedvred konkurrensen. Landstinget lån till SEFAB förklarades senare olagligt och upphävdes av domstol (länsrätt). För närvarande handläggs målet i kammarrätt.

**KKO 02-063, kompetensöverskridande kommunal affärsverksamhet.** Landstinget i Östergötlands (Universitetssjukhuset i Linköping) hade vänt sig till allmänheten med erbjudanden om sådan fertilitetsbehandling mot privat betalning som annars tillhandahålls inom den privata sjukvården. Erbjudandena skedde utan någon begränsning till patienter från det egna länet och behandlingsavgifterna på mellan sju tusen och tjugosju tusen kronor hade inte fastställts av landstinget i behörig ordning. Konkurrenskommissionen påpekade att landstinget enligt lag inte får bedriva verksamhet för s.k. privatbetalande patienter från andra landstingsområden. För patienter från det egna området får landstinget tillämpa en taxa som maximalt uppgår till 900 kronor per år. Om landstinget skall bedriva fertilitetsbehandlingar måste detta ske inom ramarna för den ordinarie vården och inom gällande maxtaxa. Den nu aktuella typen av privatfinansierad landstingsverksamhet som konkurrerar med den icke skattefinansierade sjukvården får däremot inte förekomma. Fertilitetsbehandlingarna på den allmänna marknaden stred således mot kommunallagen och hälso- och sjukvårdslagen samt snedvred konkurrensen.

**KKO 03-013 - 015, otillbörligt stöd till enskild näringsidkare.** Strömsunds kommun hade vid tre skilda tillfällen beslutat att bevilja privata företag ekonomiskt stöd genom kommunal borgen. Konkurrenskommissionen påpekade att kommunalt stöd till enskild näringsidkare – varken i form av direkt penningstöd eller kommunal borgen - normalt inte får förekomma. Några särskilda skäl som undantagsvis kunde tillåta de aktuella stödåtgärderna hade inte anförts av kommunen. Konkurrenskommissionen bedömde därför att aktuella stödet stred mot kommunallagen samt snedvred konkurrensen.