



Foto: Morgan Lane

KONKURRENS

kommissionen

VERKSAMHETSBERÄTTELSE 2009

ÅRET I KORTHET

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp vid Den Nya Valfärden. Sedan starten 1994 har expertgruppen avgjort mer än 550 ärenden rörande snedvridning av konkurrensen med offentliga medel.

Under verksamhetsåret 2009 har totalt 45 (22) fall anmälts till kommissionen av enskilda och företag som ansett att konkurrensen snedvridits med allmänna medel. Kommissionen har dessutom på eget initiativ tagit upp 8 (10) fall för granskning. De i kommissionen anhängiggjorda ärendena har i 36 (27) fall upptagits till slutlig bedömning.

Konkurrenskommissionen uppmärksammade tidigt i sin verksamhet upphandlande myndigheters köp av tjänster från hel- eller delägda företag. Konkurrenskommissionen var tydlig i sin kritik med att bestämmelserna om offentlig upphandling också omfattar köp mellan kommuner och kommunala företag. Regeringsrättens domar av den 17 mars 2008 i de s.k. SYSAV-målen (RÅ 2008 ref. 26) visade att Konkurrenskommissionen haft rätt i sin kritik. Kommunala köp från egna bolag måste föregås av ett offentlig upphandlingsförfarande enligt LOU.

Liksom tidigare år har Konkurrenskommissionen uppmärksammat kommunernas upphandling av renhållningstjänster, där inte bara lagtrots utan även domstolstrots förefaller vara särskilt förekommande.

Konkurrenskommissionen föreslår flera ändringar av lagstiftningen, bland annat bör kommunalt domstolstrots motverkas genom sanktioner i särskild lagstiftning och kommunala bolags beslut bör kunna överklagas av kommuninvånare.

Utredningar och övrig information finns på Stiftelsen Den Nya Valfärdens hemsida: www.dnu.se



OM KONKURRENSKOMMISSIONEN

I januari 1994 sammankallades på initiativ av Stiftelsen Den Nya Välfärden, en oberoende kommission av experter för att bevaka och uppmärksamma frågor om konkurrenssnedvridning med stöd av allmänna medel. Konkurrenskommissionens ändamål är att aktivt motverka sådan konkurrenssnedvridning 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 ska 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.

Konkurrenskommissionen ska:

- 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 snedvrida konkurrensen,
- ge publicitet åt bedömda fall samt överlämna fallen till Konkurrensverket, (tidigare Nämnden för offentlig upphandling - NOU) och i förekommande fall även till annan gransknings- eller tillsynsmyndighet för kännedom eller åtgärd, samt
- lämna råd åt medborgare och företag som anser sig utsatta för skattefinansierad kränkning av konkurrensneutraliteten.

Ordförande i Konkurrenskommissionen har under större delen av verksamhetsåret varit f.d. generaldirektören och chefen för Riksrevisionsverket (RRV) G. Rune Berggren (†). Vice ordförande, sedermera ordförande, f.d. stadsjuristen i Stockholm Inger Ridderstrand-Linderöth. Övriga experter i kommissionen är f.d. regeringsrådet Sigvard Berglöf, civilekonomen Patrik Engellau, professorn i handelsrätt Erik Nerep, jur. kand. och tidigare VD i Näringslivets Regelnämnd (NNR) Lennart Palm samt juris doktorn, advokat Hans Stenberg (†).

Under året har Konkurrenskommissionens grundare och mångåriga ordförande, G. Rune Berggren, gått bort. Även ledamoten Hans Stenberg har avlidit. Till ny ordförande i kommissionen har utsetts Inger Ridderstrand Linderöth, tidigare vice ordförande.

Till Konkurrenskommissionen har under verksamhetsåret varit knutet ett kansli med handläggande jurister 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 ärendet bedöms vara principiellt intressant och de bakomliggande sakförhållandena på ett rimligt sätt går att klarlägga, utreds saken av kommissionens kansli.

Resultatet av utredningen sammanfattas i en preliminär promemoria (PM 1) som för kännedom och eventuellt yttrande tillställs det offentliga 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 expertgruppen Konkurrenskommissionen för bedömning.

Att anmäla ett ärende till Konkurrenskommissionen är alltid kostnadsfritt, liksom kommissionens arbete i anledning av anmälan. 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 där varje bedömning inriktas på att utreda huruvida konkurrensen riskerar att snedvridas genom överträdelser av lag eller annan författning, exempelvis konkurrenslagen, kommunallagen eller lagen om offentlig upphandling jämte bakomliggande EU-direktiv.

I de ärenden som tas upp för utredning och slutlig bedömning uttalar sig kommissionen på grundval av föreliggande sakförhållanden. Kommissionen genomför normalt inte någon egen värdering med avseende på kvalitet och utförande. Kommissionen svarar ensam för sina slutsatser.

Resultatet av Konkurrenskommissionens granskningar överlämnas regelmässigt till berörda offentliga organ samt för kännedom till Konkurrensverket (tidigare även till Nämnden för offentlig upphandling - NOU). Bedömningarna tillställs även massmedia.

Sedan starten år 1994 har Konkurrenskommissionen mottagit mer än tusen diarieförda anmälningar från enskilda och företag som ansett att konkurrensneutraliteten kränkts. Därutöver har kommissionen på eget initiativ tagit upp flera fall för granskning och bedömning. Av hittills anhängiggjorda ärenden har 569 lett till utredning och slutlig bedömning i kommissionen. Återstående ärenden har avskrivits eller är under utredning.

VERKSAMHETSÅRET 2009

Under verksamhetsåret har Konkurrenskommissionen mottagit 45 (22) diarietförda anmälningar från enskilda och företag som ansett att konkurrensneutraliteten kränkts med allmänna medel. Därutöver har kommissionen på eget initiativ tagit upp 8 (10) fall för granskning. De i kommissionen anhängiggjorda ärendena har i 36 (27) fall upptagits till slutlig bedömning. Övriga ärenden har antingen avskrivits eller är under utredning. Kommissionen har avhållit fem protokollförda sammanträden (siffrorna inom parantes 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 konkurrensnedvridning genom åsidosättanden av reglerna för offentlig upphandling, II) ärenden rörande konkurrensnedvridning genom överträdelser av den egna kompetensen, samt III) ärenden rörande konkurrensnedvridning 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) Inom gruppen av ärenden rörande konkurrensnedvridning genom åsidosättanden av reglerna för offentlig upphandling, upphandling inom s.k. valfrihetssystem samt tilldelning av tjänstekoncessioner har Konkurrenskommissionen avgjort 30 (25) ärenden. Samtliga dessa ärenden har resulterat i kritiska synpunkter från kommissionen.

II) Inom gruppen av ärenden rörande konkurrensnedvridning genom överträdelser av den egna kompetensen har Konkurrenskommissionen avgjort 1 (2) ärende[n], vilket har resulterat i kritik av från kommissionen.

III) Inom gruppen ärenden rörande konkurrensnedvridning på annat sätt, däribland ärenden om överträdelse av EU:s statsstödsbestämmelser, har Konkurrenskommissionen avgjort 5 (0) ärenden. Samtliga av dessa ärenden har resulterat i kritiska synpunkter från kommissionen.

Av Konkurrenskommissionen avslutade och bedömda ärenden finns tillgängliga i fulltext på Stiftelsen Den Nya Valfärdens hemsida, www.dnv.se.

Exempel på ärenden som även har prövats i domstol

En avsikt med Konkurrenskommissionens arbete är att bedömningarna ska vara utformade på ett sådant sätt att de ska kunna utgöra grund för vidare prövning av domstol eller tillsynsorgan. Under verksamhetsåret har flera ärenden som bedömts av kommissionen även förts vidare av anmälaren eller av annan berörd sakägare för prövning i domstol.

Av Konkurrenskommissionens under året avgjorda ärenden är såvitt känt hittills 13 ärenden även föremål för process eller har varit föremål för process vid svensk dom-

stol (förvaltningsrätt) om s.k. överprövning enligt bestämmelserna om offentlig upphandling eller laglighetsbesvär enligt kommunallagen (1991:900). Ett ärende prövas för närvarande av allmän domstol (tingsrätt) i mål om skadestånd. Kommissionen har även anmält ett ärende till EU-kommissionen för prövning i enlighet med EU:s statsstödsbestämmelser.

Liksom tidigare år har Konkurrenskommissionen uppmärksammat flera fall av kommunal upphandling av renhållningstjänster, där inte bara lagtrots utan även domstolstrots synes vara särskilt vanligt förekommande. Bland annat har två kommuner, Tomelilla och Simrishamn valt att öppna trotsa Regeringsrättens dom i de s.k. SYSAV-målen (RÅ 2008 ref. 26) under återopande av att domen enligt deras uppfattning är felaktig. Frågan om kommunernas domstolstrots prövas nu av Riksdagens ombudsmän (JO). Även EU-kommissionen har uppmärksammat problemet med kommunalt domstolstrots och lagtrots och för andra gången inlett ett s.k. överträdelseförfarande mot Sverige.

Den kommunala renhållningen är ett för Konkurrenskommissionens granskningsverksamhet typiskt område, där betydande värden omsätts årligen och tvingande förvaltningsrättslig reglering möter ren civilrätt. På Konkurrenskommissionens hemsida www.dnv.se återfinns i fulltext samtliga ärenden som har avgjorts under verksamhetsåret.

Icke sällan förekommer det att kritiserade myndigheter och offentliga företag försvarar sig med att Konkurrenskommissionens kritik är obefogad och felaktig eller att det föreligger oklarheter, s.k. gråzoner, inom de aktuella rättsområdena vilka gör att myndigheterna eller berörda offentliga företag kan tillåta sig att agera på sätt som de har gjort. Även Konkurrenskommissionens status och rätt att rikta kritik mot uppmärksammade förfaranden sätts icke sällan ifråga. Bland annat angav (P4 Radio Västerbotten den 13 maj 2009) det kommunala bolaget Storumans Flygplats AB följande i ett ärende om bristande offentlig upphandling som under året granskats av Konkurrenskommissionen:

”Flygplatsbolagets VD [...] tillbakavisar kritiken mot flygtrafikupphandlingen som självutnämnda Konkurrenskommissionen formulerat. [Verkställande direktören] konstaterar att Konkurrenskommissionen är en privat intresseorganisation och ifrågasätter vilken rätt den har att fälla domar över kommunens flygplatsbolag”.

Vid efterföljande domstolsprövning, vilken bl.a. initierats till följd av flygplatsbolagets ovilja att ta till sig av kritiken, konstaterades emellertid att bolaget hade gjort fel på samtliga punkter och Förvaltningsrätten i Västerbotten förordnade genom laga-kraftvunnen dom att den aktuella upphandlingen ska göras om (se vidare redovisning nedan).

Den upphandlingsrättsliga reglering som sedan den 1 januari 2008 återfinns i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU – jämte lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – LUF – är på samma sätt som enligt den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – här angiven som ÄLOU – konstruerad som en heltäckande förfarandereglering. Regelverket lämnar därför mycket litet utrymme för upphandlande myndigheter och enheter att avvika från de processer och metoder som lagarna anvisar. De myndigheter och företag (s.k. upphandlande myndigheter eller enheter) som omfattas av regleringen saknar som regel vidare möjlighet att själva välja om de vill följa bestämmelserna eller ej, eftersom skyldighet i angivet avseende följer av lag. Något undantag till följd av kommunalt självstyre, vilket brukar återopas från kommunalt håll, föreligger

inte. Särskilt som aktuell lagstiftning vilar på unionsrättsliga direktiv, och ytterst på EU-fördragens grundläggande principer.

Med offentlig upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet eller enhet i syfte att tilldela kontrakt med ekonomiska villkor eller ingå ramavtal avseende varor, tjänster eller byggentreprenader. Också rena byten av prestationer, genom s.k. barteravtal, eller i samband med sponsring och liknande, kan utgöra upphandling i lagens mening. Lagen innehåller dock ett antal undantagsbestämmelser som dispenserar från vidare tillämpning. Särskilda i lag eller annan författning uppräknade avtalstyper, exempelvis: anställningsavtal och hyresavtal samt vissa arkeologiska tjänster, omfattas inte av upphandlingskyldighet enligt LOU eller LUF. Vidare undantas köp av tjänster direkt från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning som är förenlig med EU-fördragen har ensamrätt att utföra tjänsten. För upphandlingar som rör rikets säkerhet m.m. gäller en särskild reglering där regeringen, eller den upphandlande enhet som regeringen förordnar, kan föreskriva eller i enskilda fall besluta om undantag från LOU.

Däremot får kommuner (inklusive landstingskommuner) inte utan upphandling enligt LOU köpa tjänster från hel eller delägda kommunala bolag. Inte heller föreligger det för närvarande några lagliga möjligheter för kommuner att till sina egna bolag ”överföra” utförandet av vissa kommunala angelägenheter, så länge särskild ersättning utgår för tjänsternas fullgörande. Kommuner och kommunala företag är enligt svensk rättspraxis således förbjudna att vid sidan om LOU köpa och sälja tjänster mellan varandra (Se RÅ 2008 ref. 26, SYSAV, samt RÅ 2000 ref. 60, Dalatrafik). I en nyligen beslutad proposition (prop. 2009/10:134) föreslås införande i svensk rätt av s.k. Teckalundantag, se EU-domstolens (tidigare EG-domstolens) dom av en 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal, REG 1999, s. I-8121, pp. 49-51). Propositionen har ännu inte antagits av riksdagen.

I unionsrättslig praxis gäller dessutom en allmän försiktighetsprincip enligt vilken förekommande undantag i det upphandlingsrättsliga regelverket ska tolkas restriktivt (”strikt”). Den upphandlande myndighet eller enhet som åberopar en undantagsbestämmelse har vidare bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana särskilda omständigheter som kan motivera undantag (se EU-domstolens dom av den 13 oktober 2005 i mål C 458/03, Parking Brixen, REG 2005, s. I 5397, p. 63; se även domstolens dom av den 11 januari 2005 i mål C 26/03, Stadt Halle, REG 2005, s. I 1, p. 46, samt dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28-01, kommissionen mot Tyskland, REG 2003 s. I- 3609, p. 58).

Påståenden att upphandlande myndigheter och enheter av något skäl inte skulle vara skyldiga att följa LOU och LUF jämte bakomliggande upphandlingsdirektiv eller att de utan föregående upphandling kan delegera visst utförande till sina hel- eller delägda företag är som regel direkt felaktiga och vilseledande. Enbart för det fall att berörda kommuner utövar en kontroll över nämnda bolag motsvarande den som de utövar över sina egna förvaltningar (vilket med beaktande av den svenska aktiebolagslagens reglering kan vara svårt att uppnå) samt att bolagens verksamhet på den allmänna (konkurrensutsatta) marknaden endast är av marginell karaktär (se EU-domstolens dom av den 11 maj 2006 i mål C-340/04, Carbotermo och Consorzio Alisei, REG 2006, s. I-4137, p. 63 – se även domstolens dom av den 10 september 2009 i mål C-537/07, SEA, REG 2009, s. I-0000, p. 80 så kan myndigheter och enheter köpa tjänste utan föregående upphandling.

För att nå full klarhet i de enskilda fallen samt för att tydliggöra allvaret av Konkurrenskommissionens kritik förekommer det att Stiftelsen Den Nya Välfärden till-

handhåller juridisk expertis för att i bland annat domstol biträda berörda företag och andra.

Bland Konkurrenskommissionens under verksamhetsåret avgjorda ärenden som även har behandlats i domstol kan nämnas bl.a. följande:

Avtal om regelbunden flygtrafik, tjänstekoncession eller tjänstekontrakt (KKO 09-004)

Det kommunala bolaget Storumans Flygplats AB (nedan kallat Flygplatsbolaget) hade infortrat anbudsansökningar avseende tjänster för flygtransporter på sträckan Storuman-Stockholm/ Arlanda. Ett underlag för annonsering skickades den 27 oktober 2008 medan anbudsansökningarna skulle vara inne senast den 3 november 2008, klockan 11.00, således en frist för att lämna anbud på inte fullt 7 dagar. Entreprenaden skulle vidare påbörjas den 13 november 2008, vilket med beaktande att det rörde sig om flygtransporttjänster framstår som en mycket kort implementeringstid.

När avtal så småningom tecknades med ett flygtrafikföretag visade det sig att detta ingicks den 18 december 2008 och avsåg flygtrafik under ett år med flygstart den 12 januari 2009. Av avtalet kan vidare utläsas att Flygplatsbolaget köpt totalt 1.200 blocktimmar flygproduktion under ett år på den aktuella sträckan Storuman-Stockholm/Arlanda, vilket i princip innefattar två avgångar per dag, fem dar i veckan, undantaget vissa sommarveckor samt veckoslutshelger. Samtliga flygbiljetter till enskilda resenärer ska säljas av Flygplatsbolaget som även ska tillgodogöra sig intäkterna av biljettförsäljningen jämte samtliga till flygtrafiken hänförliga övriga intäkter, såsom avgifter för godsbefordran och bagageöverviktsavgifter m.m.

Flygplatsbolaget gjorde gällande att avtalet ifråga utgör en tjänstekoncession, vilken inte behöver upphandlas i enlighet med LOU. En grundläggande förutsättning för tjänstekoncession är att det i det aktuella fallet föreligger s.k. allmän trafikplikt i enlighet med Europaparlamentets och rådets förordning (EEG) nr 1008/2008 av den 24 september 2008 om EU-lufttrafikföretags tillträde till flyglinjer inom gemenskapen (även kallad EU-lufttrafikförordningen). Sådan trafikplikt beslutas av regeringen och förelåg vid den aktuella tidpunkten inte för sträckan Storuman-Stockholm. För att det ska anses föreligga tjänstekoncession krävs vidare att avtalet innefattar beviljande av en rättighet samt att den ekonomiska risken för tjänsternas utövande överförs från den upphandlande myndigheten till leverantören.

Någon överföring av en rättighet hade i det aktuella fallet aldrig skett, eftersom alla som uppfyller kraven för att utgöra s.k. EU-flygtrafikföretag utan inskränkning har rätt att fritt trafikera Storumans (Gunnarns) flygplats, på samma sätt som de har rätt att i princip trafikera samtliga övriga flygplatser inom Europeiska unionen som inte omfattas av någon begränsning genom s.k. allmän trafikplikt. Det kan heller inte konstateras föreligga någon överföring av den ekonomiska risken från Flygplatsbolaget till det kontrakterade flygbolaget, eftersom Flygplatsbolaget, oavsett utfallet av biljettförsäljningen, ska betala flygbolaget en av parterna i förväg avtalad fast ersättning. Den ekonomiska risken för att biljettförsäljning m.m. täcker verksamhetens kostnader är således kvar hos Flygplatsbolaget och överförs aldrig till det kontrakterade flygbolaget.

Flygplatsbolaget bereddes möjlighet att yttra sig över Konkurrenskommissionen utredning men meddelade att bolaget inte avsåg att avge något yttrande. Däremot uttalade sig företrädare för bolaget i media och riktade kritik mot att Konkurrenskom-

Foto: Swedavia/Tommy Säfström



Flygtrafik mellan Arlanda och Storuman har blivit föremål för utredning.

missionen överhuvudtaget utredde bolagets mellanhavanden. Flygplatsbolaget angav vidare att bolaget hade gjort helt rätt och att den anförda kritiken var grundlös (se bl.a. ovan angivna citat från P4 Radio Västerbotten).

Bland annat till följd av bolagets uttalanden fördes ärendet vidare till domstol. Länsrätten i Västerbottens län gjorde i allt väsentligt samma rättsliga bedömning som Konkurrenskommissionen och förordnade i dom (mål 956-09) att den aktuella upphandlingen ska göras om. Av domskälen framgår bl.a. följande:

”Vid tjänstekoncession utgörs ersättningen av en rätt att utnyttja en viss anläggning eller tjänst eller dels en sådan rätt, dels betalning. Ett krav för att ett avtal ska utgöra en tjänstekoncession är att leverantören tar den ekonomiska risken för verksamheten (se bl.a. EG-domstolens dom i mål C 458/03 Parking Brixen). En ekonomisk risk uppkommer i och med att leverantören, i vart fall delvis, är beroende av inkomster från tredje man som utnyttjar tjänsterna. Tjänstekoncession kännetecknas av att ansvaret för nyttjandet överförs på koncessionshavaren. Om den upphandlande myndigheten lämnar ekonomiska garantier för att täcka eventuella förluster kan det inte vara fråga om tjänstekoncession. – Det aktuella kontraktet innebär, enligt vad som obesträtt anförts av [överprövningssökanden], att flygbiljetter ska säljas som [Flygplatsbolaget] som även kommer att tillgodogöra sig intäkterna därav samt av övriga intäkter av flygtrafiken och att [Flygplatsbolaget] i stället ska kompensera [det anlitade flygbolaget] för utförda flygtrafiktjänster genom en av parterna i förväg fastställt fast ersättning. Med hänsyn härtill och vad som i övrigt framgår av avtalet finner länsrätten att den ekonomiska risken för flygverksamheten bärs av [Flygplatsbolaget] varför avtalet inte utgör en tjänstekoncession utan ett tjänstekontrakt” (domskälen, s. 12 överst).

Området för upphandling av tjänstekoncessioner är för närvarande fortfarande reglerat i svensk rätt. Regeringsrätten har exempelvis avvisat talan om överprövning enligt LOU avseende ett kontrakt om sotningstjänster m.m. på den grunden att det ansågs vara fråga om tjänstekoncession (se RÅ 2008 not. 101).

Samtidigt har Högsta domstolen i ett annat mål (gällande statsstöd) konstaterat att med tillämpning av forumregeln 10 kap. 17 § första stycket 1 rättegångsbalken ska tingsrätt som första instans pröva mål såvitt annan domstol inte särskilt finns anvisad i lag eller annan författning. Detta torde medföra betydelse även för mål om tjänstekoncessioner, vilka således ska kunna prövas i allmän domstol.

Värt att notera att bestämmelser om tjänstekoncession för närvarande bereds vid Europeiska kommissionen och att en rättsakt kan väntas inom kort.

Krav på kollektivavtal vid upphandling enligt den nya lagen om valfrihetssystem, LOV, (KKO 09-005)

Landstinget Region Skåne uppställde inom ramarna för ett s.k. valfrihetssystem för primärvården, ”Vårdval Skåne”, bland annat krav på att vårdgivare för att godkännas inom systemet ska ha en skyldighet att för anställda vid vårdenheten teckna kollektivavtal med berörda personalorganisationer.

Förutsättningarna för inrättande av valfrihetssystem inom hälso- och sjukvården regleras sedan den 1 januari 2009 genom lagen (2008:962) om valfrihetssystem - LOV. Lagen bygger på att kontrakt i ett valfrihetssystem innefattar en tilldelning av s.k. tjänstekoncession.

Med valfrihetssystem avses ett system för utförandet av vård- eller socialtjänster där den enskilde ska ha rätt att välja bland sådana leverantörer som ett landsting eller en kommun har godkänt och tecknat kontrakt med. Förfarandet är obligatoriskt för den landstingsdrivna primärvården från och med den 1 januari 2010.

Varje fysisk eller juridisk person som var för sig eller tillsammans med andra vill delta i ett valfrihetssystem har rätt att ansöka om att upptas som leverantör i systemet. Privata företag såväl som ideella organisationer kan således ansöka om att bli ackrediterade. En förutsättning för ackreditering är emellertid att sökanden uppfyller för respektive system uppställda villkor.

Tillämpande landsting och kommuner ges nämligen möjlighet att reglera förutsättningarna för deltagande i valfrihetssystem genom att uppställa fasta krav för ackreditering. Dessa krav kan bestå av särskilda kontraktsvillkor, i form av sociala, miljömässiga och andra villkor för hur tjänsterna ska fullgöras. Förekommande krav och villkor måste dock framgå av annonsen eller av förfrågningsunderlaget för det aktuella valfrihetssystemet samt löpande hållas tillgängligt på den nationella webbplats som särskilt upprättats för ändamålet. Av förutsättningarna ska framgå även grunderna för den ekonomiska ersättningen. Denna måste vara lika för alla.

Lagen om valfrihetssystem är underordnad EU-fördragets grundläggande bestämmelser om etableringsfrihet och fri rörlighet liksom unionsrättsliga principer om bland annat likabehandling och icke-diskriminering, samt proportionalitet men bygger inte på att leverantörerna ska priskonkurrera. Enskilda vårdtagare ges i stället möjlighet att välja den vårdgivare som enligt deras uppfattning tillhandahåller den bästa kvaliteten.

- Principen om likabehandling och icke-diskriminering innebär att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som det är möjligt för att delta i förfarandet. Även om den upphandlande myndigheten inte förväntar sig några utländska anbud får den exempelvis inte vid utformandet av förfrågningsunderlaget införa krav som enbart svenska företag känner till eller kan tillgodose.

- Proportionalitetsprincipen innebär vidare att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantörerna än som behövs och framstår som ändamålsenligt för det aktuella förfarandet. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. I fråga om krav på kollektivavtal vid offentlig upphandling har EU-kommissionen tolkat kraven på likabehandling och icke-diskriminering, samt proportionalitet på följande sätt:

”Om ett företag, som har sitt säte i en annan medlemsstat och inte undertecknat det nationella kollektivavtal som gäller för den berörda sektorn i den upphandlande myndighetens land, av dessa skäl utesluts från att delta i en offentlig upphandling, skulle detta alltså inte bara strida mot upphandlingsdirektiven utan också kunna vara ett brott mot friheten att tillhandahålla tjänster, och i förekommande fall även mot etableringsfriheten” (se Tolkningsmeddelande av den 15 oktober 2001 från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling (KOM 2001 566 slutlig).

Av anslutande praxis från EU-domstolen (se bl.a. domstolens dom av den 3 april 2008 i mål C 346/06, Ruffert, REG 2008 s. I-000) framgår att EU-fördragets bestämmelse om etableringsfrihet utgör hinder för att en myndighet i en medlemsstat vidtar en åtgärd av lagstiftningskaraktär enligt vilken en upphandlande myndighet

endast får anta anbud från företag som i sina anbud skriftligen åtar sig att för utförandet av tjänsterna i fråga betala sina arbetstagare minst den lön som fastställs i det kollektivavtal som är tillämpligt på den ort där tjänsterna tillhandahålls.

Inte heller i svensk nationell rättspraxis har krav eller villkor om kollektivavtal i samband med offentlig upphandling av varor, tjänster eller byggentreprenader ansetts förenliga med de fördragsbundna kraven på likabehandling och proportionalitet. Konkurrenskommissionen uppmärksammade i en tidig utredning (se ärende KKO 95-013) att dylika krav strider mot lag eller författning. Kommissionens bedömning kom senare att omfattas av domstolarna. Villkor om kollektivavtal, eller kommunala reglementen med instruktion om att i sina upphandlingar införa sådana villkor, undanröjs numera regelmässigt i rättspraxis.

Av lagförarbetena (prop. 2008/09:29 s. 77-78) till lagen om valfrihetssystem framgår att krav eller villkor om kollektivavtal inte får komma ifråga vid inrättande av valfrihetssystem enligt LOV:

”Vissa remissinstanser har tagit upp frågan om möjligheten att ställa krav på att leverantören ska teckna kollektivavtal. Av EG-domstolens [ovan angivna dom i målet Ruffert] framgår att rådets direktiv 96/71 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållandet av tjänster, utgör hinder för att en myndighet vidtar en åtgärd av lagstiftningskaraktär enligt vilken en upphandlande myndighet vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten endast får anta anbud från företag som i sina anbud skriftligen åtar sig att för utförandet av tjänsten i fråga betala sin arbetstagare minst den lön som fastställs i det kollektivavtal på den ort där tjänsterna tillhandahålls. Regeringens bedömning är, mot bakgrund av bl.a. denna dom, att det inte föreligger möjligheter att ställa krav på att leverantören ska teckna kollektivavtal i ett valfrihetssystem. Däremot kan vissa i kollektivavtalet förekommande krav ställas på leverantören. Detta förutsätter dock att kraven står i överensstämmelse med EG-rätten, bland annat de grundläggande principerna, och att den upphandlande myndigheten följer upp och kontrollerar att kraven efterlevs”.

I samband med riksdagsbehandlingen förekom bland annat motioner med krav på att villkor om kollektivavtal ska tillåtas vid inrättandet av valfrihetssystem. Samtliga dessa avslogs dock med hänsyn till propositionens skrivningar och de återopade gemenskapsrättsliga principerna.

”I propositionen redogörs för att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet ska gälla i ett valfrihetssystem. Mot bakgrund av detta anser utskottet att det inte är lämpligt att införa regler om etableringen av företag inom ett valfrihetssystem. Utskottet anser att förslagen i tillräcklig utsträckning reglerar frågor om krav på utförare” (se Finansutskottets yttrande, 2008/09:FiU3y, bet. 2008/09:SoU5, s. 40).

Krav på kollektivavtal eller motsvarande strider således mot grundläggande EU-rätt och ska enligt förarbetesuttalanden inte komma ifråga i samband med upprättande av valfrihetssystem enligt LOV. En upphandlande myndigheten kan däremot välja ut enskilda krav eller kriterier från ett befintligt kollektivavtal och uppställa dessa som villkor för ackreditering. Angivna krav måste dock vara förenliga med gemenskapsrätten och vara relevanta för den aktuella vårdens utförande (proportionalitetsprincipen). Myndigheten måste vidare kunna kontrollera och följa upp att kraven faktiskt åtföljs.

Vid prövningen av Region Skånes krav på kollektivavtal bifölls talan om överpröv-

ning enligt LOV varvid rätten förordnade att det aktuella villkoret skulle utgå eller ändras. Bland annat angavs följande domskäl.

”Som länsrätten konstaterat [...] har Region Skåne [...] i förfrågningsunderlaget ställt ett krav som strider mot bestämmelserna 1 kap 2 § LOV. För [det klagande bolaget] måste detta [...] framstå som ett sådant hinder som omöjliggör eller i vart fall försvårar för bolaget att med framgång ansöka om deltagande i valfrihetssystemet. Länsrätten finner därför att [klagandebolaget] har lidit skada i lagens mening. Rättelse ska göras genom att [kravet i förfrågningsunderlaget] utgår eller ändras så att den inte innehållsmässigt speglar ett otillåtet krav (se Länsrätten i Skåne län, dom av den 2 juli 2009 i mål 5538-09).

Andra särskilda iakttagelser under året

Utifrån de ärenden som Konkurrenskommissionen haft att granska under verksamhetsåret kan konstateras att kunskapen om EU:s statsstödsbestämmelser är så gott som obefintlig hos kommunala myndigheter och (tyvärr) även hos många domstolar. Detta framstår som särskilt anmärkningsvärt mot bakgrund av att nämnda reglering har varit gällande i Sverige i över 15 år. Regeringen har numera uppmärksammat bristerna i den svenska implementeringen genom att tillsätta en särskild utredare som ska komma tillrätta med det förhållandet att svensk lagstiftning, som regeringen uttrycker det, framstår som mindre väl förenlig med EU-rätten (se dir. 2010:9, Vissa frågor om statligt stöd m.m.).

Enligt nuvarande artikel 107.1 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF), tidigare artikel 87.1 EG-fördraget, är stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrیدا konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den gemensamma marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Som exempel på stödinstrument som omfattas av EU:s statsstödsbestämmelser kan nämnas bidrag, lån, skattelättnader, borgen och garantier samt kapitaltillskott.

Begreppet statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1 EUF är mer allmänt än begreppet subvention, eftersom det inte enbart omfattar sådana konkreta förmåner som subventioner normalt utgör, utan även ingripanden som på olika sätt minskar de kostnader som normalt belastar företagets budget.

Enligt etablerad gemenskapsrättslig praxis är det inte en åtgärds syfte eller stödgivarens eventuella kostnader för stödet som är av betydelse vid bedömningen om denna utgör statligt stöd, utan åtgärdens effekt för stödmottagaren.

Med medlemsstat avses i EU-fördragen inte enbart staten på central nivå utan även regionala och lokala offentliga organ. En kommun ska således jämföras med medlemsstat i den mening som avses i artikel 107.1 EUF, varför åtgärder som innefattar stöd med kommunala eller landstingskommunala medel anses utgöra statligt stöd.

Som stöd ska även räknas åtgärder som riktas till den stödgivande myndighetens hel- eller delägda företag. I ett nyligen meddelat avgörande fastställde Kammarätten i Stockholm att en av kommunfullmäktige i Stockholm beslutad åtgärd som riktade sig mot tre av staden helägda bostadsbolag kunde anses innefatta anmälningspliktigt statligt stöd. Kommunfullmäktiges överklagade beslut undanröjdes därför med stöd



av 10 kap. 8 § första stycket punkten 4 kommunallagen (1991:900) såsom stridande mot lag eller annan författning.

Åtgärder som innefattar statligt stöd kan under vissa förutsättningar, efter anmälan till EU-kommissionen, förklaras vara förenliga med den gemensamma marknaden. Ingen annan än EU-kommissionen – eller ytterst EU-domstolen – har dock behörighet att bedöma huruvida en planerad stödåtgärd ska anses förenlig med artikel 107.1 EUF eller ej. Det ankommer således inte på medlemsstaternas nationella myndigheter eller domstolar att göra en sådan bedömning.

För att EU-kommissionen ska förses med ett relevant underlag för sin statsstödsbedömning enligt artikel 107.1 föreskriver artikel 108.3 EUF, tidigare artikel 88.3 EG, en allmän anmälningsskyldighet, s.k. notifieringsplikt, för medlemsstaternas myndigheter att underrätta (notifiera) EU-kommissionen om alla planer på att vidta eller ändra stödåtgärder. Underrättelsen ska ske i så god tid att EU-kommissionen kan hinna yttra sig över de planerade åtgärdernas förenlighet med statsstödsbestämmelserna i artikel 107 EUF. Intill dess att EU-kommissionen har godkänt förenligheten av visst förfarande förbjuds den berörda myndigheten att besluta om eller verkställa den aktuella åtgärden i fråga.

Först för det fall att EU-kommissionen dröjer mer än två månader med att yttra sig över ett notifierat förfarande, och inte förordnar om förlängd tid, tillåts den berörda myndigheten att besluta om eller verkställa åtgärden i fråga.

Alla åtgärder som riskerar att kunna klassificeras som statligt stöd enligt artikel 107.1 EUF måste alltså som huvudregel notifieras till EU-kommissionen. Undantag från denna notifieringsplikt föreligger under endast följande omständigheter:

- (1) om stödet är av mindre betydelse, d.v.s. värdet av den planerade stödåtgärden under en period av tre (3) beskattningsår understiger 200.000 euro per stödmottagare.
- (2) om stödet omfattas av något s.k. gruppundantag enligt en särskild EG-förordning, eller
- (3) om de s.k. Altmark-kriterierna befinns uppfyllda.

En stödåtgärd som av EU-kommissionen bedömts vara oförenlig med artikel 107.1 EUF brukar i litteraturen anges som oförenligt stöd, medan begreppet otillåtet stöd förbehålls sådana åtgärder där notifiering, trots anmälningsskyldighet enligt artikel 108.3 EUF, inte har skett eller där myndighetens beslut eller verkställighet har kommit att genomföras innan EU-kommissionen har hunnit yttra sig.

Enligt den allmänna lojalitetsplikt som följer av artikel 10 i EU-fördragen ska medlemsstaterna vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av EU-fördragen eller av åtgärder som vidtagits av gemenskapens institutioner. Medlemsstaterna ska underlätta att gemenskapens uppgifter fullgörs samt avstå från varje åtgärd som kan äventyra att fördragets mål uppnås. Nationella domstolar och andra myndigheter, inklusive kommunala myndigheter, har således en på EU-fördragen grundad skyldighet att ex officio iaktta statsstödsreglerna i sin löpande verksamhet.

För svenskt vidkommande har den aktuella regleringen implementerats genom bl.a. lagen (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas statsstödsregler. Enligt 6 § denna lag är kommunerna skyldiga att lämna upplysningar till regeringen om alla former av stöd som planeras och som kan bli föremål för prövning av Europeiska gemenskapernas kommission. Det är nämligen enbart Re-

geringskansliet som kan notifiera EU-kommissionen. Tanken bakom detta system synes vara att den slutliga bedömningen om vad som ska anmälas till Bryssel ska genomföras på centralt håll och inte ute i kommunerna, vilka ofta saknar tillräcklig kompetens. Det ankommer därför inte på berörda kommuner och landsting att annat än i uppenbara fall av lågt värde pröva huruvida viss åtgärd utgör notifieringspliktigt stöd eller ej.

I svensk nationell praxis har kommunala beslut som innefattar otillåtet stöd, d.v.s. där anmälan till EU-kommissionen inte har skett i föreskriven ordning, ansetts strida mot lag eller annan författning och således kunnat undanröjas med stöd av 10 kap. 8 § första stycket punkten 4 kommunallagen. Någon klagorätt för den som inte är kommunmedlem i de berörda kommunerna föreligger emellertid inte. Denna och andra liknande brister i den svenska implementeringen ska beredas av regeringens särskilde utredare, vilken i mars 2011 ska framlägga förslag till lagändring. Fortfarande sker i stor utsträckning köp direkt mellan kommuner och kommunala bolag, utan mellankommande upphandling. Detta trots att sådana förfaranden enligt Regeringsrätten (se RÅ 2008 ref. 26, SYSAV) inte får komma ifråga. Detta och liknande missförhållanden har uppmärksammats av bl.a. EU-kommissionen, vilken nyligen beslutat inleda ett s.k. överträdelseförfarande mot Sverige.

Vidare kvarstår i Sverige det tidigare uppmärksammade problemet med domstolstrots, där upphandlande myndigheter och enheter trots lagakraftvunnet avgörande om att viss upphandling ska rättas eller göras om underlåter att följa domstols förordnande. Problemet har utförligt beskrivits i Konkurrenskommissionens verksamhetsberättelse för tolfte verksamhetsåret (2005/2006). Några åtgärder från lagstiftarens sida för att komma till rätta med problemet har dock inte vidtagits. Riksdagens ombudsmän (JO) har upprepade gånger, senast genom ett utslag i juni 2007 (ärende nr. 3006-2005 – Upplands Väsby kommun), slagit fast att upphandling inte är att betrakta som myndighetsutövning. Tjänstefel enligt stadgandet i 20 kap. 1 § brottsbalken kan därmed inte komma ifråga. Några andra sanktioner mot upphandlande myndigheters domstolstrots finns inte i svensk rätt och det kan sättas ifråga huruvida de föreslagna ändringarna av rättsmedlen vid offentlig upphandling (se nedan) kommer att medföra någon effektiv ändring på denna punkt.

För närvarande utreder Riksdagens ombudsmän (JO) ett nytt fall av uppkommande frågor kring kommunalt domstolstrots. Simrishamns och Tomelilla kommuner har nämligen underlåtit att rätta sig i Regeringsrättens avgöranden i de s.k. SYSAV-målen (se ovan) och därvid påstått att de båda domarna är felaktiga.

För närvarande har regeringen överlämnat en proposition med ett förslag om bl.a. nya rättsmedelsbestämmelser för offentlig upphandling (prop. 2009/10.: Bestämmelserna, som innebär ett införlivande av EU:s nya rättsmedelsdirektiv (Europa-parlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EG och 92/13/EG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling). Förslaget ska enligt övergångsbestämmelserna implementeras i svensk lag med ikraftträdande halvårsskiftet 2010.

En nyhet i förhållande till äldre rätt är att om en upphandlande myndighet tecknar avtal utan iakttagande av bestämmelserna om annonsering och legala tidsfrister, eller – som det kan förstås – i strid mot domstols förordnande, ska avtalet kunna förklaras sakna civilrättslig verkan mellan parterna. Följderna av sådan ogiltighet ska fastställas av domstol (allmän förvaltningsdomstol). Förslaget innehåller dock en preskriptionstid på sex månader efter det att avtalet faktiskt slöts, i syfte att skydda inblandade ekonomiska intressen och förtroendet för handeln i stort.



Pär Cronhult, chefsjurist vid Konkurrenskommissionen.

Direktivets bestämmelser skulle varit satta i kraft på nationell nivå senast den 20 december 2009, vilket för svenskt vidkommande innebär att lagstiftningsarbetet inte får försenas ytterligare. Detta framstår som särskilt betydelsefullt eftersom Sverige flera gånger tidigare har fällits av EU-domstolen för fördragsbrott avseende brister i implementeringen av försörjningssektorsdirektivet (2004/17/EG) och det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG). Ytterligare förseningar i implementeringen av de unionsrättsliga upphandlingsbestämmelserna skulle av detta skäl riskera att ytterligare skada Sveriges anseende i EU.

Konkurrenskommissionen har yttrat sig över regeringens förslag och i allt väsentligt tillstyrkt de planerade lagändringarna, särskilt i rättmedelsdelen. Därutöver har kommissionen förordat att det i LOU införs en sanktion om vite mot lagtrots och domstolstrots vid upphandling, samt att branschorganisationer ska ges talerätt i mål om överprövning enligt LOU och LUF. Kommissionen förordar vidare att de i förslaget aktuella tidsfristerna för bl.a. talan om skadestånd (den s.k. ettårsfristen) utsträcks till att omfatta hela den tid under vilket det upphandlade kontraktet är giltigt.

Publicering av ärenden

En viktig uppgift för Konkurrenskommissionen har varit att den ska sprida kännedom om sina avgöranden och därmed påverka offentliga aktörer, direkt eller indirekt genom den allmänna opinionens tryck, att iaktta ett lagenligt och konkurrensneutralt beteende. Den viktigaste vägen att nå detta syfte har varit pressreleaser beträffande kommissionens verksamhet och avgöranden. Medias behandling har varit övervägande positiv, framför allt genom bevakning av lokala och regionala press- och etermedia. Flera av Konkurrenskommissionens bedömningar har uppmärksammats i rikstäckande media.

Genom mediabevakningen känner allt flera kommunala aktörer och allmänheten till kommissionens verksamhet. Under verksamhetsåret har Konkurrenskommissionens granskande verksamhet resulterat i ett stort antal mediainslag: tidningsartiklar samt inslag i radio och TV. Konkurrenskommissionens pressreleaser och avgjorda fall återfinns på Stiftelsen Den Nya Välfärdens hemsida på internet: www.dnv.se

Yttranden

Ett annat sätt för Konkurrenskommissionen att förmedla information och erfarenheter från sin nu femtonåriga granskningsverksamhet är att avge remissyttranden i olika angelägenheter med anknytning till kommissionens expertområde.

Under det nu aktuella förlängda verksamhetsåret, 1 juli 2008 till och med 31 december 2009, har två remissyttranden avgivits, dels Nya rättsmedel på upphandlingsområdet (Ds 2009:30) och dels Upphandling från statliga och kommunala företag (Ds 2209-36).

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 och informationsmöten där konkurrens och offentlig upphandling har diskuterats med företagare, politiker och tjänstemän inom offentlig sektor och/eller representanter för massmedia.

Därutöver har individuella informationsinsatser löpande skett till handläggare i kommun och landsting och det lokala näringslivet.

Konkurrenskommissionen har även på frågor från enskilda företagare, politiker och tjänstemän i offentlig förvaltning redovisat avgjorda fall, samt i viss mån givit vägledning i enskilda frågor. Kommissionen har under året även lämnat löpande upplysningar om och synpunkter till myndigheter och enskilda.

Förslag till effektivisering vid tillämpning av lagstiftningen

Konkurrenskommissionens erfarenheter från hittills drygt femtons års granskning är att konkurrensnedvridande 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 i särklass största delen av de av kommissionen granskade fallen.
- II) Överträdelser av förbud i lag eller författning att bedriva viss verksamhet. Denna grupp utgör i genomsnitt en knapp femtedel av den totala ärendevolymen hos kommissionen. Andelen ärenden rörande uppkommande kompetensfrågor varierar dock kraftigt mellan åren.

Sedan Stiftelsen Den Nya Valfärden inrättade en särskild Företagarombudsman har denna typ av ärenden som tidigare handlades av Konkurrenskommissionen, huvudsakligen kommit att delegeras till Företagarombudsmannen. Andelen ärenden som avser myndigheternas kompetensöverskridanden i dess olika former har i Konkurrenskommissionens verksamhet därför kommit att minska jämfört med tidigare år.

- III) Övriga ärenden, där exempelvis oförenligt eller otillåtet statsstöd, andra subventioner eller sammanblandning mellan myndighetsutövning och affärsverksamhet snedvrider förutsättningarna för en väl fungerande konkurrens på marknaden.

I. Åsidosättanden av bestämmelserna om offentlig upphandling

Den offentliga upphandlingen i Sverige omfattar betydande volymer. Konkurrenskommissionen har tidigare påpekat att det centrala målet med bestämmelserna om offentlig upphandling måste vara att företagen kan konkurrera på lika villkor. Ett annat syfte är att försvåra korrupktion och annat illojalt upphandlingsbeteende i den offentliga förvaltningen.

Med illojalt upphandlingsbeteende avses bland annat upphandlingsbeslut som präglas av andra hänsyn än omsorgen om en god och affärsmässigt betingad effektivitet i enlighet med bestämmelserna om offentlig upphandling.

För uppfyllandet av dessa mål föreligger tre nödvändiga förutsättningar:

- tydliga bestämmelser i lag som motverkar möjlighet till illojalitet, godtycke eller mannamån vid offentliga upphandlingar,
- effektiva och konsekventa rättsmedel, vilka medför att överträdelser på ett enkelt sätt kan påtalas och rättelse ske, samt
- kännbara sanktioner som avhåller upphandlande myndigheter eller enheter från att begå lagöverträdelser.

Som kommissionen uppmärksammat i tidigare års verksamhetsberättelser varierar orsakerna till att bestämmelserna för offentlig upphandling åsidosätts från fall till fall. Icke sällan är förklaringen bristande kompetens och okunnighet hos upphandlande myndigheter och enheter om innebörden av gällande bestämmelser. Tyvärr förefaller emellertid vissa upphandlande myndigheter ha satt i system att obstruera mot bestämmelserna i LOU och LUF, vilka av dem upplevs som krångliga eller obekväma. Som tidigare framgått drar sig vissa upphandlande myndigheter inte ens för direkt domstolstrots.

Trots att upphandlingslagen har varit i kraft i över femton år och till sin principiella innebörd inte skiljer sig från äldre motsvarande äldre bestämmelser i upphandlingsförordningen (1986:612) och i de kommunala upphandlingsreglementena (UR) motiverar upphandlingsansvariga tjänstemän och förtroendevalda beslutsfattare i fortfarande förvånande hög grad bristande lagefterlevnad med okunnighet om lagens bestämmelser eller med att de saknar tillräckliga resurser för att följa lagen.

Kontroll och tillsyn

För att upprätthålla en tillfredsställande kvalitet vid offentlig upphandling anser Konkurrenskommissionen det angeläget att de kontroll- och informationsfunktioner som i dag ligger hos Konkurrensverket måste förstärkas. Därtill fordras förbättrade verkställighetsföreskrifter samt att klara och effektiva sanktioner i form av kännbara viten eller straffavgifter införs. I fall av domstolstrots i samband med offentlig upphandling bör vidare även personligt straffansvar kunna utkrävas.

Möjligen kommer Konkurrenskommissionens krav i viss mån kunna tillgodoses genom det planerade införandet av nya rättsmedelsbestämmelser, där tillsynsmyndigheten ges möjlighet att påföra upphandlingsskadeavgift ingripa mot de upphandlande myndigheter och enheter som bryter mot lagen. Avgiften måste dock vara så avpassad att den också medför en rejält avskräckande effekt. Konkurrenskommissionen sätter dock i fråga om föreliggande förslag om en avgift på högst tio miljoner kronor är ägnat att ge en sådan effekt.

Effektiva sanktioner mot domstolstrots vid offentlig upphandling kommer fortfarande att saknas.

Rättstillämpning

Det tidigare kravet på ”affärsmässighet” har numera mönstrats ut ur LOU och ersatts av de unionsrättsliga principerna om likabehandling och icke-diskriminering, öppenhet (transparens), proportionalitet samt ömsesidigt erkännande. Från de rättstillämpande myndigheternas sida har Konkurrenskommissionen erfarit ett visst motstånd när det gäller att utan stöd av explicita detaljbestämmelser tolka dessa principer.

Exempelvis har i flera fall av synnerligen korta s.k. implementeringstider, den frist som erbjuds leverantörer att inrätta sig för att leverera, mellan beslut om tilldelning

och att leverans ska ha skett eller vara påbörjad. En sådan ordning är väsentligen ägnad att gynna sittande leverantör och övriga leverantörer med ledig produktionskapacitet på övriga leverantörers bekostnad.

Rättstillämparna bör i högre grad fortbildas avseende de regler som Sveriges medlemskap i Europeiska unionen har kommit att medföra. Särskilt bör fördjupade informationsinsatser avse sådana på unionsrätten grundade processuella bestämmelser om effektivitet och talerätt m.m. som utgör en förutsättning för att Sverige ska anses ha implementerat gällande unionsrätt. Domstolarna bör även i ökad utsträckning inhämta förhandsavgöranden från EU-domstolen.

Som tidigare uppmärksammats utgör det fortfarande ett stort problem att upphandlande myndigheter väljer att i uppenbar strid mot gällande bestämmelser för offentlig upphandling köpa tjänster direkt från vissa leverantörer, ofta hel- eller delägda kommunala företag. Regeringsrätten har i RÅ 2008 ref. 26 (SYSAV-målen) tydligt slagit fast att sådana direkttilldelningar inte får komma ifråga. Det ankommer närmast på de upphandlande myndigheterna, främst kommuner och landsting, att hörsamma rättspraxis och antingen iakttäta bestämmelserna om offentlig upphandling eller omorganisera sin verksamhet så att LOU inte träds förnär.

Vissa organ, främst kommunala och statliga företag, synes i strid mot tillsynsmyndighetens upprepade konstateranden framhärda i en egen uppfattning att de inte omfattas av bestämmelserna om upphandling. Senast under 2006 har detta uppmärksammats i en rapport från Riksrevisionen (RiR 2006:15). För dessa fall bör ett särskilt förfarande inrättas med möjlighet att - i domstol eller på annat sätt - få rättskraftigt fastslaget huruvida dessa organ ska betraktas som upphandlande myndigheter eller ej. Förfarandet bör även förenas med kännbara sanktioner vid fortsatta åsidosättanden av LOU och LUF.

Det s.k. skaderekvisitets betydelse vid överprövning av offentlig upphandling bör klarläggas tydligare. På det aktuella området föreligger det en spretande rättspraxis, där vissa domstolar avslår talan om överprövning på den grunden att skada inte kan konstateras eftersom den klagande leverantören inte deltagit med något anbud eller någon intresseanmälan i upphandlingen. Detta trots att anbudsgivning i sig inte utgör någon förutsättning för att begära överprövning enligt LOU. I andra fall har överprövning avslagits med motiveringen att klaganden ändå inte skulle tilldelas kontraktet i upphandlingen. Även i mål där uppenbara upphandlingsfel kan konstateras är det enligt detta senare synsätt enbart den anbudsgivare som rätteligen skulle ha vunnit upphandlingen (och således kan visa skada) som kan erhålla bifall i överprövning. Sådan rättstillämpning riskerar medföra att uppenbara lag- och direktivöverträdelser i praktiken accepteras av rättssystemet, vilket enligt Konkurrenskommissionen mening strider mot unionsrättens krav på en effektiv överprövning och mot det allmännas intresse att faktiskt komma till rätta med överträdelser mot LOU.

I och med införandet av de s.k. Alcatel-ändringarna i Sverige år 2002 synes det av Konkurrenskommissionen tidigare uppmärksammade problemet för anbudsgivare att få till stånd överprövning även vid otillåten direktupphandling ha funnit sin lösning (jfr RÅ 2005 ref. 10 – Ryanair). Rättsmedelsbestämmelserna i den äldre lagen, ÅLOU, har numera överförts ograverade till den nu gällande lagen. I flera fall kommer planerade rättsmedelsändringar att fylla ut bestämmelserna. Vissa frågor kommer emellertid fortfarande vara oreglerade. Däribland vad som ska avses med en ”underrättelse” enligt 9 kap. 9 § LOU, framförallt i belysning av vilken omfattning nämnda underrättelseskyldighet ska anses ha och vilka krav som kan ställas avseende underrättelsernas materiella innehåll.

Vidare synes vissa frågor avseende förutsättningarna för verkställighetsförbudets giltighet i tiden (jfr RÅ 2005 ref. 17) samt verkan av dom i mål om offentlig upphandling fortfarande vara oreglerade. Vad blir exempelvis effekten av att en domstol i enlighet med RÅ 2005 ref. 62 överprövar och ogiltigförklarar ett beslut om att avbryta en offentlig upphandling? Rimligen bör detta få till konsekvens att den upphandlande myndigheten eller enheten måste avsluta upphandlingen genom tilldelningsbeslut. På detta sätt har regleringen emellertid inte alltid tolkats. I bland annat kommunala kretsar anses att en upphandlande myndighet eller enhet inte kan tvingas till att fatta något tilldelningsbeslut.

Den såväl rättsliga som praktiska verkan av domstolarnas beslut att ogiltigförklara offentlig upphandling skulle härigenom således helt utebli. Kvar står emellertid rätten till skadestånd. Om en upphandlande myndighet eller enhet felaktigt har avbrutit en upphandling och detta har konstaterats i dom eller beslut kan förfördelade leverantörer begära kompensation genom skadestånd. Skadeståndet kan beräknas antingen enligt negativt kontraktsintresse, d.v.s. som kompensation för kostnader som har lagts ned på anbudsgivning m.m. Detta första alternativ kommer att omfatta samtliga leverantörer som har lagt ned tid och pengar på anbudsgivning, utan att dessa också ska behöva visa att de också skulle ha tilldelats kontrakt i upphandlingen. Alternativt kan den eller de leverantörer som kan visa att de skulle ha tilldelats kontrakt i upphandlingen begära skadestånd enligt positivt kontraktsintresse. I detta senare fall ska leverantörerna kompenseras fullt ut, som om han hade erhållit kontraktet. Detta innebär i korthet att leverantörens totala ersättning, efter avdrag för rörliga kostnader, ska utgöra skadestånd (se NJA 1998 s. 783, Heby kommun, samt NJA 2007 s. 349, Rederi AB Ishavet, jfr även NJA 2000 s. 712, Tvättsvamparna). En sådan ordning kan visa sig bli synnerligen kostsam för den upphandlande myndigheten eller enheten, vilken kan tvingas betala stora delar av vinnande anbudssumman som skadestånd, men utan att i gengäld erhålla leverans av sådana varor, tjänster eller byggtreprenader som upphandlingen avser.

Vad avser interimistiskt verkställighetsförbud i mål om överprövning enligt LOU eller LUF har en sådan presumtion som Konkurrenskommissionen tidigare efterfrågat numera kommit att tillämpas genom vägledande rättspraxis (RÅ 2005 ref. 17). Även det av kommissionen tidigare framförda kravet att upphandlande myndigheter eller enheter inte ska tillåtas att i strid mot dom eller beslut slutföra en överprövad upphandling synes ha uppfyllts genom nämnda avgörande. Vidare väntas en lagändring införas i rättsmedelskapitlet i 16 kap. LOU, innebärande en avtalspärr efter tilldelningsbeslut i vissa fall samt möjlighet att klaga mot redan undertecknade upphandlingskontrakt och få avtalen ogiltigförklarande (nullitet) av domstol.

Upphandlingsvite mot domstolstrots

Som tidigare redovisats har Konkurrenskommissionen påvisat flera fall av upphandlande myndigheters eller enheters (som regel kommuners) trotsande av domstols förordnanden i mål om överprövning vid offentlig upphandling.

Kommissionen förordar därför att det i lag införs effektiva sanktioner mot domstolstrots. Ett sätt att komma till rätta med domstolstrots i mål om offentlig upphandling kan vara att förena förekommande domstolsbeslut med vite. Härigenom skapas ett ekonomiskt tryck på de upphandlande myndigheterna och enheterna att lojalt iaktta domstolarnas avgöranden.

I 16 kap. 2 § LUF finns det för närvarande intaget en bestämmelse om att allmän förvaltningsdomstol vid vite får förbjuda en upphandlande enhet att fortsätta viss



upphandling. Bestämmelsen begränsas till upphandlingar inom de s.k. försörjningssektorerna och avser enbart rättelse (avhjälpande av brister). Denna bestämmelse bör kvarstå i lagen. En motsvarande reglering bör införas även i LOU till att omfatta den klassiska sektorn. Möjligheten att förena dom med vite bör vidare utvidgas till att omfatta även mål om avbrutna upphandlingar eller där ny upphandling ska genomföras eller upphandlingen ska göras om. Bland annat bör löpande vite kunna komma ifråga vid domstolstrots. Vidare bör vitesbestämmelserna förtydligas med avseende på vem som har rätt att föra talan om vite samt vid vilka tidpunkter vite kan påföras den upphandlande myndigheten eller enheten.

Har en upphandlande myndighet eller enhet tidigare trotsat domstols dom eller beslut i mål om offentlig upphandling eller gjort uttalanden som tyder på att myndigheten eller enheten ändå inte avser att rätta sig i enlighet med vad rätten förordnar måste det vara möjligt att redan i samband med målets avgörande i förstainstans förena dom eller beslut om åtgärd enligt LOU med ett kännbart vite.

Många gånger kan det emellertid vara svårt att i förhand bedöma huruvida en upphandlande enhet avser att rätta sig efter ett visst beslut eller ej. Full klarhet föreligger kanske först sedan rätten har skiljt sig ifrån målet eller då lagakraftvunnet beslut föreligger. För att även dessa fall ska omfattas av sanktionssystemet bör vite kunna påföras även genom beslut i efterhand. En leverantör som har fått till stånd ett beslut om åtgärd enligt 16 kap. 2 § LOU eller LUF föreslås således i efterhand kunna ansöka hos länsrätt om att domstolens förordnande kan förenas med vite. Vite ska som regel föreläggas om en upphandlande enhet dröjer med att rätta sig efter domstols beslut utöver vad som kan anses skäligt.

Syftet med förslaget om utvidgad vitesbestämmelse är att denna ska få en avhållande effekt på de upphandlande myndigheterna och enheterna, så att dessa avstår från att trotsa domstolarnas beslut. Vitet bör därför beloppsmässigt anpassas så att önskad effekt säkerställs. I äldre lagförarbeten anges vitesbelopp motsvarande minst en (1) procent av upphandlingens värde. Den angivna miniminivån måste tolkas mot bakgrund av att vite enligt en motsvarande bestämmelse i andra rättsmedelsdirektivet (92/13/EEG) är tänkt att i första hand komma klagande leverantör till del. Vite enligt de svenska lagarna LOU och LUF ska emellertid tillföras statskassan. Vid svenska förhållanden saknas därför sådan anledning till återhållsamhet som framgår av rättsmedelsdirektivets förarbeten ("explanatory memorandum"). Vitesbelopp motsvarande minst tio procent av den aktuella upphandlingens värde bör således komma ifråga. Även löpande vite bör komma ifråga, men utan någon beloppsmässig maximigräns, för att därigenom sätta trotsande upphandlande myndigheter och enheter under sådan ekonomisk press att det framstår som klart ofördelaktigt att fortsätta trotsa domstolarnas beslut.

Såväl talan om påförande som om utdömmande av vite bör kunna föras vid allmän förvaltningsdomstol genom ansökan av leverantör som utgör eller utgjort part i mål om åtgärd enligt 16 kap. 2 § LOU eller LUF. Forumbestämmelserna (i nuvarande 16 kap. 3 § LOU och 16 kap. 4 § LUF) föreslås utformade så att det klart framgår att vitesforum ska vara samma domstol som prövar eller har prövat målet i övrigt. Även tillsynsmyndigheten (Konkurrensverket) bör ges en sådan talerätt.

Vite som riktas mot den upphandlande myndigheten eller enheten kommer emellertid att betalas med allmänna medel. Detta är i sig ägnat att minska effekten av vitet som sanktionsmedel direkt gentemot enskilda beslutsfattare. Det bör därför införas även ett personligt straffansvar för den eller den eller de som bär ansvaret för att en åtgärd har genomförts eller underlåtit i strid mot domstols dom eller beslut (domstolstrots).

Avbrytande av upphandling för övergång till förhandlad upphandling utan föregående annonsering

I ett antal ärenden, huvudsakligen transportupphandlingar, har Konkurrenskommissionen iakttagit hur upphandlande myndigheter eller enheter har satt i system att avbryta en öppen eller selektiv upphandling för att övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Som grund för avbrytande har bl.a. återopats att de inkomna anbudens priser har varit för höga.

Enligt hittills utbildad unionsrättslig praxis föreligger det skäl för att avbryta en upphandling i två fall, dels om den upphandlande myndigheten har påbörjat ett anbuds-förfarande på grundval av kriteriet lägsta pris, men efter att ha bedömt och jämfört anbudet, inser att den på grund av felaktig förhandsbedömning inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (se EU-domstolens beslut av den 16 oktober 2003 i mål C 244-02, Kauppatalo Hansel, REG 2003, s. I-12139), dels i fall där endast en lämplig anbudsgivare återstår (se EU-domstolens dom av den 16 september 1999 i mål C-27/98, Fracasso och Leitschutz, REG 1999, s. I-5697).

Möjligt skulle även godtagbara skäl kunna föreligga för att avbryta ett påbörjat upphandlingsförfarande under förutsättning att exempelvis de prismässiga ramarna för anbudsgivningen framgår av underlaget och inget av de inkomna anbudet håller sig inom dessa ramar. Inkomna anbud torde i sådant fall vara att betrakta som orena bud, som måste förkastas. Även ett förfarande där prisläget i exempelvis belysning av föreliggande budget eller andra ekonomiska styrverktyg, anses som för ”dyrt”, kan enligt Regeringsrättens praxis (se RÅ 2009 ref 43 – Finspångs kommun) utgöra skäl för att avbryta en upphandling och lämna uppdraget till den egna egenregiförvaltning. Den rättstolkning som Regeringsrätten därmed ger uttryck för är dock inte förankrad i unionsrätten, varför det inte kan uteslutas att EU-domstolen vid prövning under liknande förhållanden, med hänvisning till bl.a. principen om öppenhet och transparens, skulle kunna komma till en annan slutsats.

Rena prutningar

Ett problem som tidigare berörts av Konkurrenskommissionen är s.k. rena prutningar efter anbudstidens utgång, där den prismässiga rangordningen mellan anbudsgivarna i efterhand kan komma att rubbas. I flera granskade fall har Konkurrenskommissionen iakttagit att upphandlande myndigheter och 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. Prutningsförhandlingarna har i några fall genomförts i syfte att ytterligare sänka priserna, i andra fall för att möjliggöra för vissa leverantörer att erhålla förmånligare positioner inför den slutliga anbudsvärderingen.

I 15 kap. LOU och LUF anges att förhandlingar vid förenklad upphandling kan komma i fråga. Lagarna redovisar emellertid inte under vilka förutsättningar eller på vilket sätt förhandlingar 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 lagarnas krav på dokumentation och möjlighet för leverantörer till en opartisk kontroll av öppningsförfarandet samt mot förbudet om ändring av anbud.

Den tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU), vilken på det aktuella området tidigare var tillsynsmyndighet, har angivit bl.a. följande.

”Om enheten har motiv för att upphandlingen ska 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 ska således i grunden vara samma vara eller tjänst som upphandlas i förhållande till vad som angavs i förfrågningsunderlaget inklusive kravspecifikationen” (NOU-info juni 98, sid. 14).

Uttalandet antyder att det bör föreligga ett objektiva motiv för att förhandlingar ska kunna förekomma. I ett lagakraftvunnet hovrättsavgörande fann emellertid domstolen att förhandlingar som ändrade rangordningen mellan leverantörerna kunde anses förenliga med bestämmelserna i ÄLOU och någon vägledande praxis från Regeringsrätten eller Högsta domstolen föreligger såvitt känt ännu inte.

Förhandlingar vid upphandling enligt de nationella bestämmelserna i LOU och LUF bör enligt Konkurrenskommissionens mening genomföras på objektiv och affärsmässig grund, 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 tillåtas. Prispressen i ett upphandlingsförfarande måste istället ligga i det osäkerhetsmoment som följer av att anbudsgivarna varken vet hur många eller vilka deras konkurrenter är eller vilka anbud som har lämnats – särskilt mot bakgrund av insikten att avgivna bud är definitiva och således inte får ändras i efterhand. Införandet av ett nytt upphandlingsförfarande, förhandlad upphandling, vid upphandling enligt 16 kap, LOU och LUF – på samma sätt som vid upphandlingar över tröskelvärdena (och enligt äldre bestämmelser i kommunalt upphandlingsreglemente och den statliga upphandlingsförordningen) – framstår som önskvärd.

Vidare förtjänar uppmärksammas att möjligheten att föra förhandlingar efter anbudstidens utgång riskerar att bryta mot offentlighets- och sekretesslagens (2009:400) – OSL – reglering. Skulle den upphandlande myndighetens eller enhetens beslut att inleda förhandlingar motiveras av att övriga anbudsgivare har lämnat lägre priser eller erbjudit bättre villkor, och detta anges för de leverantörer som myndigheten/enheten upptar förhandlingar med, riskerar förfarandet att strida mot föreskriften om absolut anbudsssekretess i 19 kap. 3 § samt 31 kap. 16 § OSL.

För korta implementeringstider

Med implementeringstid avses tiden mellan det att en tilldelning vid offentlig upphandling har beslutats till dess att leverans ska ha skett eller vara påbörjad. Oklarheter om vad som kan anses förenligt med det tidigare kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § ÄLOU – numera ersatt genom införande av de grundläggande unionsrättsliga principerna om likabehandling, öppenhet (transparens), proportionalitet samt ömsesidigt erkännande i 1 kap 9 § LOU – 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 leveransens påbörjande uppgick till sju dagar. Länsrätt avlog talan om inhibition i upphandlingen.

Beslutet motiverades bland annat på följande sätt: ”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, beslut av den 14 oktober 1996 i mål 2100-96, Kungsbacka Taxi).

I ett annat avgörande har en implementeringstid på sex dagar för att anskaffa ett antal specialmaskiner inte ansetts strida mot lagen. På grund av den tidsbrist som uppstod mellan kontraktstilldelningen och entreprenadens påbörjande tilldelades kontraktet i upphandlingen slutligen den tidigare leverantören, trots att ett konkurrerande anbud förklarats vara ekonomiskt mer fördelaktigt. Upphandlingstiden i övrigt avsåg flera månader. Enbart tiden för antagande av anbud var angiven till strax under två månader (Kammarrätten i Stockholm, dom av den 12 mars 2004 i mål 5306-03, Centrumkompaniet).

I ett tredje fall kan noteras en implementeringstid på bara några dagar, vilka dessutom inföll under jul- och nyårshelgen. Detta medförde dock inte att upphandlingen behövde göras om.

Problemet med för snävt tilltagna implementeringstider är att endast den leverantör som tidigare har utfört aktuell entreprenad har ju möjlighet att besitta erforderliga resurser med så kort varsel. Detta inverkar menligt på konkurrensen och strider mot likabehandlingsprincipen.

De anförda exemplen visar behovet av att implementeringstider särskilt regleras i lagtexten. Det är inte acceptabelt att upphandlande myndigheter eller enheter i realiteten gynna tidigare entreprenör genom att hålla en så kort tid mellan avtalstecknande och leverans av vara eller tjänst att enbart denne leverantör kan komma ifråga.

Interna bud i konkurrens med externa anbud

Konkurrenskommissionen har tidigare uppmärksammat de problem som uppstår när upphandlande myndigheter och 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 komparativa fördelar. Högsta domstolen har tidigare funnit att upphandlingslagens bestämmelser och principer om affärsmässighet och objektivitet inte ska äga tillämpning på avbrutna upphandlingar (se NJA 2001 s. 3). Denna uppfattning kan komma att behöva justeras med hänvisning till senare avgöranden från EU-domstolen, (se EU-domstolens dom av den 18 juni 2002 i målet 92/00, HI, REG 2002, s. I 5553, samt dom av den 2 juni 2005 i mål C-15/04, Koppensteiner, REG 2005 s. I-4855; jfr även RÅ 2005 ref. 62, Sälenfjällen taxi, där Regeringsrätten med ändring av tidigare praxis, RÅ 2001 ref. 18, bl.a. konstaterade att beslut om avbrytande av upphandling ska kunna överprövas vid allmän förvaltningsdomstol).

Något obligatoriskt krav på upphandling existerar inte i Sverige, eftersom stat och kommuner alltid kan välja att utföra verksamheten i egen regi. Om upphandlande myndigheter eller enheter ändå väljer att infordra anbud på marknaden måste utgångspunkten vara att upphandlingarna ska genomföras med iakttagande av de grundläggande principerna om likabehandling och icke-diskriminering, öppenhet (transparens), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Ska interna s.k. egenregi-bud beaktas bör detta framgå av annonsen eller underlaget för upphandlingen. Nollställning mellan anbud och bud måste vidare ske så att förekommande externa anbud kompenseras för de interna budens kostnadsfördelar, exempelvis avseende kostnader för kapitalanskaffning och administration (overhead) och i vissa fall även för momsskillnader (vid momsbefriad verksamhet händer det att kommunala förvaltningar ändå kan dra av för ingående moms). Enbart affärsmässigt godtagbara skäl ska kunna anföras till stöd för att anta egenregibud, vilket i formell mening innebär att

upphandlingen avbryts. Som framgår av Regeringsrättens ovan angivna avgörande, refererade i RÅ 2009 ref. 43 – Finspångs taxi, har upphandlande myndigheter och enheter rätt att avbryta en upphandling sedan utvärderingen av inkomna anbud visat att myndighetens/enhetens budget för tjänsten i fråga skulle överskridas.

Tysta förlängningsavtal

Konkurrenskommissionen har iakttagit fall där upphandlande enheter genom tyst förlängning vidmakthåller avtalsförhållanden som kan var mycket långa och sträcka sig över femtio år. De aktuella avtalsförhållandena kännetecknas av att föreliggande kontrakt innehåller klausuler om automatisk förlängning vid utebliven uppsägning eller bara löper tills vidare. Något beslut om förlängning av avtalen behöver således inte fattas av de upphandlande myndigheterna och enheterna, utan detta sker automatiskt om uppsägning inte sker inom föreskriven tid.

Av rättspraxis framgår att dylika s.k. tysta förlängningar inte kan överprövas i allmän förvaltningsdomstol (RÅ 2004 ref. 24 – Långseletvätten). Dåvarande Nämnden för offentlig upphandling (NOU) yttrade i målet att medlemsstaterna inom EU har en allmän skyldighet enligt gällande rättsmedelsdirektiv att vidta nödvändiga åtgärder för att garantera, att de upphandlande myndigheternas och enheternas beslut om upphandling prövas effektivt. Det unionsrättsliga kravet på effektivitet måste rimligen anses innefatta att myndigheter och enheter utan att för den skull tvingas bryta mot redan ingångna avtal, kunna åläggas att bringa avtal som regelmässigt förlängts i flera omgångar till att slutligt upphöra. Det kan inte vara affärsmässigt motiverat att vidmakthålla tio- eller tjugoföråriga avtal utan mellankommande upphandling. Konkurrensen riskerar dessutom att allvarligt snedvridas vid sådana förhållanden.

I fråga om avtalstidens längd har EU-domstolen genom dom av den 9 mars 2006 i mål C-323/03, kommissionen mot Spanien, REG 2006, s. I-2161, fastslagit att en avtalstid på 20 år vid en administrativ tjänstekoncession avseende sjötransporter inte kunde anses förenlig med EU-rätten. Eftersom tjänstekoncessioner huvudsakligen regleras utifrån en tolkning av EU-fördragets grundläggande principer, bör man härifrån kunna sluta sig till att en motsvarande begränsning även gäller för offentlig upphandling.

Regeringsrätten har i ett tidigare avgörande, RÅ 1999 not. 1 – Kronobergstandvård, bedömt att en avtalstid på totalt sex (6) år i samband med upphandling av folktandvårdstjänster är alltför lång. I fråga om ramavtal inom den klassiska sektorn har det numera inskrivits en bestämmelse i 5 kap. 3 § LOU vilken som huvudregel förbjuder ramavtal som löper mer än fyra (4) år om det inte föreligger några ”särskilda skäl”. Som exempel på särskilda skäl nämner lagförarbetena (prop. 2006/07:128 s. 334) upphandling som avser ett avgränsat projekt som beräknas pågå en något längre tid än fyra år och inte har någon naturlig fortsättning när projektet avslutas samt avtal där föremålet för upphandlingen är av sådant slag att det medför behov av stora investeringar för leverantören vilka ska kunna avskrivas under avtalstiden. Från svensk praxis kan nämnas att Kammarrätten i Stockholm i två mål har uttalat att, ramavtal där det saknades en fördelningsnyckel eller mekanism för tilldelning för avrop, inte utgör upphandlingskontrakt (se Kammarrätten i Stockholm, dom av den 17 mars 2004 i mål 2591-04 jämte dom av den 10 november 2008 i mål 5365-08). Avrop på dylika ”avtal” måste således rättsligt betraktas som otillåtna direkttilldelningar.

Eftersom svensk nationell rättspraxis inte medger att tysta avtalsförlängningar prövas rättsligt måste rättsmedelsbestämmelserna i LOU och LUF kompletteras så att domstol kan ålägga en upphandlande myndighet eller enhet att avbryta ramavtal

som har kommit att vara i mer än fyra år och där det inte föreligger särskilda skäl för en längre löptid.

EU-domstolen har i ett avgörande nyligen uttalat att unionsrätten på området för offentlig upphandling ska tillämpas även ifråga om kontrakt som har ingåtts av en medlemsstats upphandlande myndigheter innan den berörda medlemsstaten anslöt sig till Europeiska unionen. Detta torde i belysning av bl.a. kammarrättens ovan redovisade praxis medföra att svenska upphandlande myndigheters kontrakt som hänför sig till tiden före Sveriges medlemskap i EU inte kan undantas från nu gällande upphandlingsbestämmelser, exempelvis från förbudet mot ramavtal på mer än fyra år.

Parallella ramavtal

Konkurrenskommissionen har uppmärksammat fall där upphandlande myndigheter istället för att utse en ensam vinnande anbudsgivare valt att teckna parallella ramavtal med flera anbudsgivare på sinsemellan varierande villkor. Myndigheterna eller enheterna har i vissa fall ansett sig oförhindrade att utan någon ytterligare prövning eller jämförelse mellan anbudens priser och villkor avropa varor eller tjänster från valfri anbudsgivare. Således kan ett dyrare och/eller sämre anbud komma att utgöra det anbud utifrån vilket huvuddelen av avrop sker.

Det påtalade missbruket har enligt Konkurrenskommissionens mening varit oroande och riskerat att i praktiken sätta lagen om offentlig upphandling ur spel genom att öppna för godtycke och korrupktion. I det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EEG) har numera införts ett tydligt krav på rangordning av parallella ramavtal och att denna rangordning ska iakttas vid löpande avrop. Bestämmelsen har för svenskt vidkommande implementerats genom 5 kap. 6 § LOU, samt gjorts tillämplig även på samtliga offentliga upphandlingar, således även upphandlingar enligt de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU. Dessutom har i lagen om direktivet införts en möjlighet om s.k. förnyad konkurrensutsättning. Detta innebär att ramavtal som har ingåtts med flera leverantörer, men där inte alla avropsvillkor framgår av ramavtalet – exempelvis kan förekommande prisvillkor anges som en prisram inom vilken varje objekt senare ska bedömas – ska samtliga kvalificerade leverantörer som kan genomföra kontraktet (men enbart dessa) inbjudas att i en andra konkurrensutsättning på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Den upphandlande myndigheten ska därefter tilldela varje enskilt kontrakt till den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

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

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

Konkurrenskommissionen har tidigare uppmärksammat ett stort antal fall där kommuner inom ramarna för befintlig simhallsverksamhet, etablerar sig på nya marknader för exempelvis gym, solarier och massage, och där konkurrerar med det privata näringslivet. Konkurrensneutralitet kan i princip aldrig uppnås mellan privata och offentliga aktörer, bland annat på grund av fundamentala finansieringsförutsättningar.

Dylik verksamhet strider enligt Konkurrenskommissionens mening mot kommunallagens kompetensbestämmelser, snedvrider konkurrensen samt medför förödande effekter för de privata företag som drabbas. Konkurrensneutralitet kan i princip aldrig uppnås mellan privata och offentliga aktörer, bland annat på grund av fundamentala finansieringsförutsättningar.

Ett stort problem vid kommunernas överträdelse 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 överträdelse (beträffande kommunala bolag, se nedan). Dessutom lämnar regelverket inga eller mycket 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 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 aktiebolag). 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 eller hänvisar till 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 följer i vissa fall av sådana koncernbildningar att kommunala medel genom koncernbidrag förs mellan olika verksamhetsområden utan politiska beslut.

Kommunala beslut som fattas i bolag kan inte överklagas i domstol och tolkningen av vad bolaget får göra enligt bolagsordningen görs ytterst av bolagens styrelse, vilken ofta består av kommunala förtroendemän eller tjänstemän. Oavsett den formella lagligheten av de syften för vilket bolagen är inrättade kan kommuner och landsting utan risk för sanktioner tillåta bolagen att bedriva kompetensstridig verksamhet på den allmänna marknaden. Enligt ett färskt avgörande från Högsta domstolen, NJA 2008 s. 120 – Ystads hamn, kan efterlevnaden av de kommunala principerna åberopas enbart av de kommunala bolagens ägare, d.v.s. kommunerna. Berörda kommunmedlemmar kan således inte åberopa överträdelse från de kommunala bolagens sida, även om de kommunala principerna tydligt har inskrivits i bolagens statuter.

Genom ändringar i 3 kap. 27 § konkurrenslagen (2008:579) har numera införts en möjlighet för i första hand Konkurrensverket att föra talan i allmän domstol om förbud för kommuner och kommunala företag att bedriva säljverksamhet som snedvrider, eller är ägnad att snedvrida, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller som hämmar, eller är ägnad att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens. Kommuner och kommunala företag får enligt lagen även förbjudas att bedriva en viss säljverksamhet i andra fall. Verksamhet får dock inte förbjudas, om den är förenlig med lag eller framstår som försvarbar ur allmän synpunkt.

Konkurrenskommissionen anser att den aktuella lagregleringen framstår som otillräcklig och förordar att bl.a. de inskränkningar som följer av lagen bör tas bort.

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 snedvridit 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. I vissa fall kan beslut om stöd eller annan subventionering också angripas som otillåtet statsstöd.

En förutsättning för att myndigheterna ska 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 iakttä av sin verksamhet är i första hand, att av kommissionen påtalade felaktigheter och övertramp ofta har fått uppmärksamhet framför allt i lokala och regionala media. 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 förhoppningsvis 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 15 års verksamhet och 576 avgjorda ärenden har vidare på olika sätt förmedlats till dem som haft eller har att utforma framtida lagstiftning på de aktuella områdena för kommissionens verksamhet.

Förändringsbehov

På grundval av erfarenheterna av kommissionens granskande verksamhet förordas förändringar framför allt på följande punkter:

Ökade insatser måste göras för att följa upp upphandlande myndigheters tillämpning av upphandlingsreglerna. På många håll råder fortfarande rent godtycke vid offentliga upphandlingar.

Rätten att föra talan vid domstol om överträdelse mot lagen om offentlig upphandling bör vidgas till att omfatta bland annat organisationer av näringsidkare.

Rättsmedelsbestämmelserna i lagen om offentlig upphandling bör kompletteras med en föreskrift om att domstol ska kunna ålägga den upphandlande myndigheten att säga upp sådana avtal som vidmakthålls i strid mot förbudet i 5 kap. 3 LOU om en längsta löptid på fyra år.

Konkurrenskommissionen förordar vidare att nödvändiga ändringar av lagen genomförs så att överträdelse genom otillåten direkttilldelning sanktioneras på ett effektivt sätt och att efterlevnaden av domstols förordanden garanteras.

Möjligheten att förena dom med vite enligt vad som följer av 16 kap. 2 § LUF bör införas även i LOU till att omfatta också den klassiska sektorn. Vitesmöjligheten bör också utvidgas till att omfatta även mål om avbrutna upphandlingar där domstol förordnar att upphandling ska genomföras eller upphandlingen ska göras om.

1. Tydliga verkställighetsbestämmelser och ett personligt ansvar för beslutande befattningshavare vid illojalt upphandlingsbeteende bör införas. Konkurrensverket bör ges möjlighet att kännbart ingripa med sanktioner mot upphandlande myndigheter och enheter som bryter mot LOU eller LUF. Föreliggande förslag om upphandlings-skadeavgift framstår som otillräckligt vad avser avgiftens storlek. Kommunalt domstolstrots bör motverkas genom sanktioner i särskild lagstiftning.

2. Upphandlingslagarna bör förtydligas så att det klart framgår 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.

3. Konkurrenslagen bör klarläggas så, att det tydligt framgår att den är fullt tillämplig på kommunal och statlig verksamhet som inte utgör myndighetsutövning.

4. 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 för kommuner mot att engagera sig i verksamhet på det egentliga näringslivets område och i spekulativ verksamhet överträds i stor omfattning och måste därför få en klarare och effektivare utformning. Möjligheter måste skapas att genom effektiva sanktioner stoppa kommunal verksamhet som inte är kompetensenlig.

I kommunallagen, aktiebolagslagen, handelsbolagslagen, lagen om ekonomiska föreningar samt i stiftelselagen bör vidare föras in särskilda bestämmelser för kommunala företag, som medger samma möjlighet till insyn och kontroll som om verksamhet hade bedrivits i kommunal förvaltningsform. Bestämmelser som bör införas är att de kommunala företagens beslut anslås på kommunens anslagstavla samt att besluten,

på samma sätt som gäller för kommunala beslut i övrigt, kan underkastas kommunal laglighetsprövning och upphävas av domstol.

De granskningar som kommissionen genomfört – hittills 575 avgjorda ärenden – understryker kraven på att förändringar på dessa punkter kommer till stånd.

Stockholm den 31 maj 2010

Inger Ridderstrand Linderoth

Sigvard Berglöf

Patrik Engellau

Erik Nerep

Lennart Palm

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp vid Den Nya Vårlden. Sedan starten 1994 har expertgruppen avgjort över 550 ärenden rörande snedvridning av konkurrensen med offentliga medel.

den
nya
vårlden

www.dnv.se | 08-545 038 10