

Finansdepartementet
103 33 Stockholm

Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet (Ds 2009:30)

Fi2009/4872

1. SAMMANFATTNING

Den offentliga upphandlingen omsätter mycket höga belopp inom EU-området. Volymen av de offentliga inköpen i Sverige under 2006 bedömdes i en forskningsrapport uppgå till mellan 450 och 535 miljarder kronor, motsvarande mellan 15 och 18 procent av bruttonationalprodukten (BNP). Det är därför av största betydelse att det skapas konkurrens inom den offentliga sektorn. En förutsättning för detta är att det upphandlingsrättsliga regelverket åtföljs, vilket är syftet med Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG som nu ska genomföras i den svenska rättsordningen. Rättsmedlen behöver utvecklas för att säkerställa regelverkets tillämpning och Konkurrensverket måste därvid kunna rikta effektiva sanktioner mot upphandlande myndigheter och enheter som inte följer lagarna.

Konkurrensverket ställer sig mot denna bakgrund mycket positivt till promemoriens förslag att sanktionen marknadsskadeavgift införs på upphandlingsområdet, vilket ska ses som ett viktigt första steg i arbetet med att skapa förutsättningar för en effektiv tillsyn. Föreliggande förslag är dock inte tillräckligt. Konkurrensverket anser att avgiftens maximibelopp om fem miljoner kronor inte är högt nog för att avhålla från otillåtna direktupphandlingar. Det förekommer upphandlingar där kontraktsvärdet uppgår till mycket höga belopp, det kan röra sig om flera miljarder kronor, och avgiftens preventiva effekt skulle i dessa fall bli försumbar. Marknadsskadeavgift bör också kunna påföras vid andra överträdelser än de i förslaget angivna, exempelvis vid domstolstrots och då otillbörligt styrande kravspecifikationer används. Förslaget riskerar också att bli svårtillämpat då möjlighet saknas att vid vite förelägga de upphandlande myndigheterna och enheterna, eller de som kan antas vara detta, att lämna uppgifter och handlingar. Konkurrensverket bör även kunna föra fastställsetalan angående upphandlingsrättslig status samt rikta ålägganden vid vite till upphandlande myndigheter och enheter om att upphöra med eller inte upprepa visst beteende. Dessa olika sanktioner och

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

åtgärder kompletterar varandra och skulle sammantaget möjliggöra en i alla avseenden effektiv tillsyn.

Konkurrensverkets inställning till förslaget kan punktvis anges enligt följande.

Genomförande av ändringsdirektivet

Konkurrensverket tillstyrker förslaget om införande av avtalsspärr och tidsfrister för denna. Vidare tillstyrks att reglerna även ska gälla för icke-direktivstyrda upphandlingar.

Konkurrensverket tillstyrker förslaget om införande av överprövning av avtal samt att dessa även ska gälla för icke-direktivstyrda upphandlingar.

Konkurrensverket delar promemorians bedömning att allmänna avtals- och skadeståndsrättsliga principer ska gälla avseende följderna av att ett avtal bedöms ogiltigt.

Konkurrensverket avstyrker förslaget att rätten vid bifall till en leverantörs talan enbart kan besluta om upphävande av det beslut som överprövningen avser. Nuvarande ordning är väletablerad och välfungerande. Förslaget bedöms bland annat innebära en försämring avseende leverantörernas rättsskydd.

Konkurrensverket anser att ordet "beslut" inte bör användas i 16 kap. 5 § LOU eftersom detta kan ge en felaktig uppfattning om att endast mer kvalificerade moment, såsom tilldelningsbeslut, i upphandlingsprocessen kan överprövas.

Rättsmedel för Konkurrensverket

Konkurrensverket ställer sig positivt till förslaget att marknadsskadeavgift införs.

Konkurrensverket anser dock att även andra typer av överträdelser än de i förslaget angivna ska kunna leda till marknadsskadeavgift samt att något beloppsmässigt avgiftstak inte bör finnas utan endast begränsningen att avgiften maximalt får uppgå till 10 procent av kontraktsvärdet.

Mål om påförande av marknadsskadeavgift bör i första instans endast prövas av en domstol i Sverige, förslagsvis Förvaltningsrätten i Stockholm. Detta med hänvisning till vikten av en enhetlig och konsekvent rättstillämpning.

Konkurrensverket avstyrker förslaget om föreläggande att lämna uppgift eller handling i dess nuvarande utformning. Enligt Konkurrensverkets uppfattning bör ett föreläggande om att tillhandahålla upplysningar kunna förenas med vite för att vara effektivt.

Konkurrensverket bör ges möjlighet att föra fastställsetalan angående upphandlingsrättslig status.

Konkurrensverket bör ges möjlighet att rikta ålägganden vid vite mot upphandlande myndigheter och enheter att upphöra med eller inte upprepa ett visst beteende.

Konkurrensverket anser att sanktioner bör kunna riktas mot upphandlande myndigheter och enheter vid domstolstrots. Detta föreslås kunna ske genom påförande av marknadsskadeavgift.

Regelförenkling

Konkurrensverket tillstyrker förslaget att upphandlande myndigheter och enheter själva ska ansvara för att begära in uppgifter från Skatteverket och Kronofogdemyndigheten om en leverantör sköter sina skatter och socialförsäkringsavgifter.

Konkurrensverket tillstyrker förslaget att kontrollen av intyg, certifikat, betyg och andra handlingar får begränsas till den anbudsgivare som man valt att tilldela kontraktet.

Konkurrensverket delar bedömningen i promemorian att man inte bör införa någon särskild lag för upphandlingar som inte omfattas av direktiven.

Konkurrensverket tillstyrker förslagen avseende definitionen av direktupphandling samt värdegränserna för direktupphandling. Konkurrensverket avstyrker förslaget att kravet på att upphandlande myndigheter och enheter ska fastställa riktlinjer vid direktupphandling tas bort.

Konkurrensverket tillstyrker förslaget om att det i både LOU och LUF införs bestämmelser om inköpscentraler.

Konkurrensverket avstyrker förslaget att det införs en särskild nationell databas för förhandsinsyn avseende upphandlingar enligt 15 kap. LOU och LUF.

Innehållsförteckning

1. SAMMANFATTNING	1
2. GENOMFÖRANDE AV ÄNDRINGSDIREKTIVET	6
2.1 Avtalsspärr m.m.....	7
2.1.1 Avtalsspärr efter underrättelse om tilldelningsbeslut (avsnitt 6.1.1 i promemorian)	7
2.1.2 Undantag från avtalsspärr (avsnitt 6.1.3)	7
2.1.3 Förlängd avtalsspärr (avsnitt 6.1.4).....	7
2.1.4 Tiodagarsfrist (avsnitt 6.1.5).....	8
2.2 Överprövning av avtal	9
2.2.1 Avtal som kan förklaras ogiltigt (avsnitt 6.2.1)	9
2.2.2 Domstolsprövning	9
2.2.3 Följden av att ett avtal förklaras ogiltigt	9
2.2.4 Skadestånd vid ogiltighet av avtal	10
2.2.5 Undantag från ogiltighet (avsnitt 6.2.2)	10
2.3 Domstolsavgörandet i mål om överprövning (avsnitt 6.3.1)	11
2.4 Preklusionsfrist (avsnitt 6.4)	14
2.5 Underrättelse om ansökan om överprövning (avsnitt 6.5).....	14
2.6 Tidsfrister för ansökan om överprövning.....	15
2.6.1 Tidsfrist för ansökan om överprövning av beslut om upphandling (avsnitt 6.7.1)	15
2.6.2 Tidsfrist för ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling (avsnitt 6.7.2).....	15
2.7 Prövning av en ansökan om överprövning av beslut om upphandling (avsnitt 6.9)	15
2.8 Övriga förslag	16
3. RÄTTSMEDEL FÖR KONKURRENSVERKET	16
3.1 Särskild avgift.....	17
3.1.1 Överträdelser som ska kunna leda till marknadsskadeavgift (avsnitt 6.11.2)	17
3.1.2 Strikt ansvar kontra uppsåt eller oaktsamhet (avsnitt 6.11.4)	19
3.1.3 Beräkning av marknadsskadeavgiftens storlek (avsnitt 6.11.5).....	19
3.1.4 Överträdelsens sanktionsvärde	21
3.1.5 En ansökan om marknadsskadeavgift prövas av allmän förvaltningsdomstol (avsnitt 6.11.9).....	22
3.2 Föreläggande att lämna uppgift eller handling m.m. (avsnitt 6.12).....	22
3.3 Talerätt för tillsynsmyndigheten och branschorganisationer i mål om överprövning (avsnitt 6.10).....	24
3.4 Ytterligare möjligheter för tillsynsmyndigheten att ingripa vid upphandlingar (avsnitt 6.13).....	25
3.4.1 Fastställelsetalan	25
3.4.2 Åläggande vid vite att en upphandlande myndighet eller enhet ska upphöra med ett visst beteende	26
3.5 Åtgärder mot domstolstrots (avsnitt 6.14).....	27
3.6 Övriga förslag	28

4. REGELFÖRENKLING M.M.	28
4.1 Regelförenklning	29
4.1.1 Uppgifter från offentliga register om skatter och socialförsäkringsavgifter (avsnitt 6.15.3).....	29
4.1.2 Bevis på leverantörens lämplighet (avsnitt 6.15.4)	31
4.2 Upphandling som inte omfattas av direktiven	33
4.2.1 En särskild lag för upphandlingar som inte omfattas av direktiven (avsnitt 6.16.1)	33
4.2.2 Beloppsgränser för direktupphandling (avsnitt 6.16.2).....	33
4.2.3 Principer för beräkning av kontraktets värde (avsnitt 6.16.3)	34
4.2.4 Direktupphandling när förhandlat förfarande utan föregående annonsering är tillämpligt (avsnitt 6.16.4)	35
4.2.5 Rätt att återöppna annans kapacitet (avsnitt 6.16.5).....	35
4.2.6 Uppgifter från offentliga register om skatter och socialförsäkringsavgifter (avsnitt 6.16.6).....	35
4.2.7 Bevis på leverantörens lämplighet (avsnitt 6.16.7)	36
4.2.8 Ramavtal (avsnitt 6.16.8).....	36
4.2.9 Upphandling enligt 15 kap. som rör rikets säkerhet eller försvarsupphandling (avsnitt 6.16.9).....	36
4.2.10 Några mindre regelförenklingsåtgärder och lagtekniska ändringar (avsnitt 6.16.10) .	37
4.3 Inköpscentraler m.m.	37
4.3.1 Inköpscentraler (avsnitt 6.18)	37
4.3.2 Förtydligande av begreppet skriftlig (avsnitt 6.17)	38
4.3.3 Nationell databas för förhandsinsyn – 15 kap. 5 a § LOU och LUF	39
4.4 Övriga förslag	39

2. GENOMFÖRANDE AV ÄNDRINGSDIREKTIVET

Upphandlingslagstiftningen bygger i huvudsak på EG-direktiv. Syftet med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna angående offentlig upphandling är fri rörlighet för varor och tjänster och att området ska öppnas för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater. Upphandlingsreglerna innebär att upphandlande myndigheter och enheter på bästa sätt ska använda de offentliga medel som finansierar offentliga upphandlingar genom att uppsöka och dra nytta av konkurrensen. Samtidigt ger regelverket leverantörerna möjlighet att tävla på samma villkor i varje upphandling. Otillåtna direktupphandlingar medför att dessa syften inte kan uppnås och har av EG-domstolen ansetts vara den allvarligaste överträdelse mot det upphandlingsrättsliga regelverket som en upphandlande myndighet och enhet kan begå. Bekämpas inte otillåtna direktupphandlingar kan respekten för regelverket urholkas, konkurrensen snedvridas och allmänna medel inte användas på bästa möjliga sätt. Det är mot den bakgrunden som de regler som följer av ändringsdirektivet 2007/66/EG bör förstås.

Bestämmelserna i ändringsdirektivet är komplicerade och svåröverskådliga. Utifrån dessa givna och inte helt gynnsamma förutsättningar, anser Konkurrensverket att föreliggande förslag i promemorian är ett i stort sett väl utfört genomförande av ändringsdirektivet. Konkurrensverket har svårt att se att de föreslagna bestämmelserna är möjliga att utforma på ett enklare sätt utan att det riskerar att medföra ett felaktigt eller ofullständigt genomförande av ändringsdirektivet.

Konkurrensverket anser däremot att det är otillfredsställande att dessa regler inte kommer att kunna införas i svensk rätt innan den i ändringsdirektivet angivna genomförandefristen löpt ut. Enligt verkets mening är det angeläget att det fortsatta lagstiftningsarbetet inte ytterligare fördröjs.

De regler som nu kommer att införas kan få stor betydelse för den offentliga upphandlingen. Ogiltigförklaring av avtal är en mycket ingripande åtgärd. Reglernas avskräckande effekt torde bidra till att såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer i större utsträckning än tidigare avhåller sig från att ingå avtal som inte upphandlats enligt regelverket. Incitamenten för att ta upphandlingsreglerna på allvar och att följa dessa torde öka. Likaså kan incitamenten öka bland upphandlande myndigheter och enheter att betrakta upphandlingsverksamheten som en strategisk resurs och se till att det finns en god affärsmässig och upphandlingsrättslig kompetens knuten till organisationen. Det bidrar till en förbättrad konkurrens och en bättre hushållning av allmänna medel.

Då de föreslagna reglerna är komplexa och kan medföra mycket allvarliga konsekvenser för såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer, kommer det utan tvivel att finnas ett stort behov av information och vägledning.

Vad avser de förslag som lämnas i promemorian får Konkurrensverket anföra följande.

2.1 Avtalsspärr m.m.

2.1.1 Avtalsspärr efter underrättelse om tilldelningsbeslut (avsnitt 6.1.1 i promemorian)

Konkurrensverket tillstyrker förslaget att införa de i direktivet angivna minimifristerna. Det bör redan av lagtexten framgå att tidsfristen om 15 dagar ska gälla när elektroniska kommunikationsmedel används i kombination med andra kommunikationsmedel.

Enligt Konkurrensverket innebär direktivets tidsfrister en god avvägning mellan effektivitet och rättssäkerhet.

Konkurrensverket tillstyrker också förslaget att avtalsspärr ska gälla även för upphandlingar som inte omfattas av direktiven.

Enligt beaktandesats 5 i ändringsdirektivet har medlemsstaterna rätt att besluta om vilken tidsfrist som bör gälla om både elektroniskt medel och annat kommunikationsmedel används samtidigt. Denna situation har lämnats oreglerad i den föreslagna lagtexten till 16 kap. 6 § LOU och LUF. Däremot anges i promemorians författningskommentar att den längre tidsfristen ska iaktas om en kombination av olika kommunikationsmedel används. Konkurrensverket anser att detta bör framgå redan av lagtexten, eftersom det inte bör råda något tvivel om hur lång avtalsspärr som gäller i en viss typsituation.

2.1.2 Undantag från avtalsspärr (avsnitt 6.1.3)

Konkurrensverket tillstyrker förslaget.

Konkurrensverket tillstyrker förslaget att avtalsspärr inte ska gälla vid de i 16 kap. 7 § angivna situationerna.

Konkurrensverket delar bedömningen i promemorian att tilldelningsbeslut vid upphandlingar av B-tjänster inte bör undantas från bestämmelsen om avtalsspärr.

2.1.3 Förlängd avtalsspärr (avsnitt 6.1.4)

Konkurrensverket tillstyrker förslaget att den förlängda avtalsspärren endast bör införas i första instans.

Konkurrensverket delar bedömningen i promemorian. I överinstans bör leverantörer även fortsättningsvis vara hänvisade till att yrka att rätten interimistiskt ska

förordna att avtal inte får ingås. En ordning med förlängd avtalsspärr i kammarrätt och Regeringsrätten skulle, som uttalas i promemorian, kunna leda till oskäliga fördröjningar i upphandlingsprocessen. Det kan finnas skäl att i propositionen särskilt ange att den förlängda avtalsspärren ska anses inträda per automatik så snart en ansökan om överprövning kommit in i rätt tid till förvaltningsrätten. Det uppstår därigenom i formellt hänseende inget tomrum mellan tidpunkten för avtalsspärrens utgång och tidpunkten för när den förlängda avtalsspärren träder in.

För att överprövningsförfarandet i detta avseende även i praktiken ska fungera smidigt, krävs att den upphandlande myndigheten får vetskap om att en ansökan om överprövning inkommit till förvaltningsrätten och att den förlängda avtalsspärren därigenom inträtt. Detta blir särskilt viktigt i de situationer då ansökan om överprövning inkommer till förvaltningsrätten i nära anslutning till att den ordinarie avtalsspärren löper ut. Vid tidpunkten då den ordinarie avtalsspärren löpt ut, har upphandlande myndighet annars möjlighet att teckna ett civilrättsligt bindande avtal. För den leverantör som ansökt om överprövning av tilldelningsbeslutet står förvisso möjligheten öppen att ändra sin talan och istället ansöka om överprövning av avtalet. Oaktat detta är det av vikt att den upphandlande myndigheten så snart som möjligt får kännedom om att en förlängd avtalsspärr har inträtt. Det kan anmärkas att domstolarna enligt idag gällande ordning synes hantera administrationen effektivt. Det kan därför antas att en upphandlande myndighet även sedan de nu föreslagna reglerna trätt i kraft skyndsamt kommer att underrättas av domstolarna om att en ansökan om överprövning inkommit.

2.1.4 Tiodagarsfrist (avsnitt 6.1.5)

Konkurrensverket tillstyrker förslaget om införande av en tiodagarsfrist men anser att lagtextens ordalydelse bör ändras.

Konkurrensverket vill uppmärksamma om att ordalydelsen i 16 kap. 10 § första stycket LOU kan behöva revideras. Enligt nuvarande lydelse "(...) får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från det att länsrätten har *avgjort* målet." Den föreslagna formuleringen kan ge intrycket att endast avgöranden efter prövning i sak omfattas av bestämmelsen, och således inte när rätten har *skiljt sig från* ett mål genom att avvisa eller avskriva en ansökan.

Av skälen till förslaget om förlängd avtalsspärr på s. 140 i promemorian framgår att avsikten är att avtalsspärren ska gälla till dess att domstolen förordnat interimistiskt eller till dess rätten har *skiljt sig från* målet. Formuleringen "skiljt sig från målet" framstår enligt Konkurrensverket som mer lämplig och kan förslagsvis användas i den aktuella bestämmelsen.

2.2 Överprövning av avtal

2.2.1 Avtal som kan förklaras ogiltiga (avsnitt 6.2.1)

Konkurrensverket tillstyrker förslaget.

Konkurrensverket bedömer att förslaget på ett ändamålsenligt sätt genomför ändringsdirektivets bestämmelser om ogiltighet av avtal. Konkurrensverket delar bedömningen i promemorian att reglerna om ogiltigförklaring även ska gälla utanför det direktivstyrda området, dvs. för upphandlingar enligt 15 kap. LOU och LUF.

De punkter för ogiltigförklaring av ett avtal som angetts säkerställer att principerna om transparens och likabehandling samt de nya bestämmelserna om avtals-spärr upprätthålls.

2.2.2 Domstolsprövning

Konkurrensverket tillstyrker förslaget.

Med hänsyn till att prövningen sker utifrån det upphandlingsrättsliga regelverket bedöms det lämpligt att låta prövningen av ett avtals giltighet ske i allmän förvaltningsdomstol.

2.2.3 Följden av att ett avtal förklaras ogiltigt

Konkurrensverket delar bedömningen i promemorian.

Konkurrensverket ser inte skäl att frångå de enligt svensk rätt gällande allmänna avtalsrättsliga principerna som innebär att ogiltighet medför att prestationer som redan utförts ska gå åter. I och med denna ordning kan komplicerade återbärings-situationer uppstå.

Konkurrensverket vill därför peka på att de ekonomiska konsekvenserna av en ogiltigförklaring av ett avtal där alla utförda prestationer ska gå åter även kan utsätta leverantören för en betydande ekonomisk påfrestning. En sådan ordning kan vara problematisk, särskilt för små och medelstora leverantörsföretag, med tanke på de långtgående verkningar denna bestämmelse kan få och de höga krav som därmed ställs på leverantörernas upphandlingskunskaper. Möjligheten att undvika ogiltighet av avtal genom att använda sig av förhandsinsyn innebär dock att upphandlande myndigheter ges utrymme att minska sådana verkningar.

Sammantaget anser dock Konkurrensverket att de avskräckande effekterna av ogiltighet samt det förväntade ökade incitamentet för åsidosatta leverantörer att

väcka talan överväger de negativa konsekvenser som en ogiltigförklaring av ett avtal med retroaktiv verkan kan få.

2.2.4 Skadestånd vid ogiltighet av avtal

Konkurrensverket delar bedömningen i promemorian att någon särskild lagstiftning inte behöver införas.

Som en följd av de nya reglerna om ogiltigförklaring kan det förväntas att en ny typ av skadeståndsanspråk kommer att uppstå. Det rör sig om krav från de leverantörer som haft ett avtal med en upphandlande myndighet eller enhet som efter överprövning förklarats ogiltigt av domstol. Konkurrensverket anser att den avvägning som ska göras vid bedömningen av sådana krav bör kunna ske utifrån allmänna skadeståndsrättsliga principer, varför någon särreglering inte är nödvändig i det upphandlingsrättsliga regelverket.

Konkurrensverket förordar att det tydliggörs i propositionen att den leverantör som till en början tilldelats kontraktet, men som sedermera förlorat det pga. en ogiltigförklaring, inte har möjlighet att ansöka om skadestånd enligt LOU utan enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer i skadeståndslagen. Det framgår inte av ordalydelsen i den föreslagna 16 kap. 19 § att sådana situationer inte omfattas av upphandlingslagstiftningens skadeståndsregler. En sådan oklarhet kan enligt Konkurrensverket möjligen framstå som mindre ändamålsenlig, eftersom det finns betydande skillnader mellan allmän skadeståndsrätt och upphandlingslagstiftningens bestämmelser härom, bl.a. rörande preskriptionsfrist och subjektiva rekvisit.

2.2.5 Undantag från ogiltighet (avsnitt 6.2.2)

2.2.5.1 Tvingande hänsyn till ett allmänintresse

Konkurrensverket tillstyrker förslaget.

Konkurrensverket instämmer i bedömningen i promemorian att bestämmelser om ogiltigförklaring av avtal måste införas med möjlighet till undantag vid tvingande hänsyn till allmänintresset. En bestämmelse om ogiltigförklaring av avtal utan möjlighet till undantag kan få långtgående negativa konsekvenser.

2.2.5.2 Övriga undantag

Konkurrensverket tillstyrker förslaget men noterar att den föreslagna lagtexten synes innehålla en felaktig hänvisning och därutöver bör tydliggöras.

Undantagen ökar förutsebarheten i och med att de innebär att upphandlande myndigheter eller enheter kan vara säkra på att ett ingånget avtal inte ogiltigförklaras i de angivna situationerna.

Konkurrensverket vill emellertid uppmärksamma om att hänvisningen till 7 § som görs i 16 kap. 16 § punkt 1 torde vara felaktig. I 7 § anges de omständigheter som föranleder undantag från avtalsspärr. I 6 § däremot anges huvudregeln för avtalsspärr. Den avtalsspärr som ska iaktas enligt 16 kap. 16 § punkt 1 torde således åsyfta sådan avtalsspärr som anges i 6 §.

Enligt den nu föreslagna lydelsen i 16 kap. 16 § LOU fordras att den upphandlande myndigheten – för att undantas från bestämmelserna om ogiltighet – i den situation som anges i punkt 1 har "(...) iakttagit en avtalsspärr enligt 7 §" samt i den situation som anges i punkt 2 har "(...) iakttagit avtalsspärren vid förhandsinsyn enligt 8 §". Även om det av denna lydelse får anses följa att den upphandlande myndigheten likaledes måste iaktta en sådan förlängd avtalsspärr enligt 9 och 10 §§ som automatiskt inträder vid en ansökan om överprövning av beslut, bör detta förhållande tydliggöras. Som jämförelse kan nämnas den föreslagna lydelsen i 16 kap. 14 § punkt 2, vari föreskrivs att rätten ska besluta att ett avtal är ogiltigt om det har slutits "(...) när avtal inte får ingås enligt 4, 6 eller 8-10 § (...)".

2.2.5.3 Förhandsinsyn

Konkurrensverket tillstyrker förslaget om förhandsinsyn inom det direktivstyrda området samt enligt 15 kap. LOU och LUF.

I ändringsdirektivets artikel 3a beskrivs ingående vilket innehåll det annonserade meddelandet ska ha. Enligt förslag från EU-kommissionen ändras förordning (EG) nr 1564/2005 i fråga om standardformulär till att innehålla särskilda bilagor där en upphandlande myndighet eller upphandlande enhet kan ange en motivering för att kontraktet tilldelats utan föregående offentliggörande i EUT.

Vad avser förhandsinsyn enligt 15 kap. 5a § LOU och LUF anser Konkurrensverket att det bör framgå att upphandlande myndigheter och enheter på liknande sätt ska motivera skälen för att tilldela ett kontrakt utan föregående offentliggörande i en allmänt tillgänglig databas eller liknande. Det kan också övervägas om särskilt upprättade formulär ska finnas för detta ändamål.

2.3 Domstolsavgörandet i mål om överprövning (avsnitt 6.3.1)

Konkurrensverket avstyrker förslaget att rätten vid bifall till en leverantörs talan endast kan besluta om upphävande av det beslut som överprövningen avser. Konkurrensverket anser vidare att förslaget att införa ordet "beslut" i 16 kap. 5 § kan medföra oklarheter.

Konkurrensverket saknar ett bredare perspektiv och en djupare analys i promemorian om skälen till förslaget att ändra nuvarande ordning. Någon ändring av reglerna om domslutets utformning i LOU och LUF krävs inte för att genomföra ändringsdirektivet. Konkurrensverket har i sitt arbete med tillsyn och information avseende den offentliga upphandlingen inga erfarenheter av missnöje med nuvarande regler, som innebär att rätten vid bifall i överprövningsmål antingen ska besluta om rättelse eller att upphandlingen ska göras om. Den befintliga ordningen har funnits i 15 år och är väletablerad hos både domstolar, ombud, leverantörer och upphandlande myndigheter. Att nuvarande regler enligt promemorian skulle gå längre än minimikraven i rättsmedelsdirektiven är i sig inget argument för att ta bort en väl fungerande ordning. Förhållandet att det i och med införlivandet av ändringsdirektivet införs en stor mängd nya bestämmelser i LOU och LUF som knappast kan sägas göra överprövningsreglerna enklare för aktörerna, talar också enligt Konkurrensverket för att de befintliga reglerna i kapitlet som inte måste reformeras i och med införlivandet av direktivet bör behållas oförändrade.

Utöver dessa synpunkter finns flera skäl mot att införa en ordning där domstolsavgörandet vid bifall endast ska kunna leda till att beslut om upphandling ska upphävas.

När en domstol i dagens system överväger att bifalla en ansökan om överprövning har rätten att ställa sig frågan – och finna svar på – vilka eventuella fel i upphandlingen som har begåtts samt om dessa kan rättas på något sätt eller om upphandlingen ska göras om. Denna prövning innebär att rätten måste ta ställning till alla påstådda felaktigheter i upphandlingen som leverantören har gjort gällande samt den upphandlande myndighetens invändningar mot dessa. Rättens prövning innefattar således mycket konkreta moment av juridiska – inte ekonomiska eller andra ickerättsliga – bedömningar av vad parterna har gjort gällande. I och med detta borgar nuvarande reglers utformning enligt Konkurrensverkets mening för en hög kvalitet både vid domstolens bedömning och formulering av domskälen. Dessutom leder nuvarande ordning till begripliga domslut som för upphandlande myndigheter är lätta att antingen efterkomma eller angripa genom överklagande.

Om rätten endast kan upphäva beslut om upphandling behöver rätten inte på samma sätt redogöra för i vilka delar och på vilket sätt upphandlingen varit felaktig. Den föreslagna ordningen medför alltså en risk att upphandlande myndigheter i vissa mål kan sväva i ovisshet om hur de ska agera i en eventuell efterföljande upphandling, eller hur argumentationen i ett eventuellt överklagande bäst bör utformas.

I promemorian anförs att det skulle vara mer ändamålsenligt att överlåta till den upphandlande myndigheten att närmare besluta om hur den ska agera vid en

bifallsdom, eftersom förhållandena kan ha ändrats när domen meddelas och att den upphandlande myndigheten av dessa skäl ibland saknar möjlighet att verkställa domen (s. 166). Konkurrensverket delar inte denna bedömning. En upphandlande myndighet har möjlighet att avbryta en pågående upphandling, under förutsättning att det föreligger sakliga skäl, även när de skäl som föranlett myndigheten att avbryta upphandlingen är hänförliga till ett domstolsavgörande där det föreskrivs att rättelse ska vidtas på visst sätt av den upphandling som sedermera avbryts (jfr RÅ 2008 ref 35). Regeringsrättens avgörande får anses innebära att det finns en ventil för upphandlande myndigheter och enheter i situationer där det framstår som orimligt eller omöjligt att efterkomma ett domstolsavgörande.

Vidare kan anmärkas att den upphandlande myndigheten har möjlighet att när som helst under målets handläggning göra rätten uppmärksam på förhållanden som innebär att rättelse respektive ny upphandling kan vara den lämpligaste rättsföljden vid ett eventuellt bifall. Eftersom överprövningsprocesser typiskt sett får anses vara tämligen komplicerade i sig, kan det knappast anses särskilt betungande att den upphandlande myndigheten – om den vill vinnlägga sig om att en eventuell bifallsdom inte medför ett åläggande som inte kan efterkommas – har att uppmärksamma rätten på förhållanden av betydelse för domslutets formulering vid ett eventuellt bifall. Sådana påpekanden framstår som ett naturligt inslag i processföringen i mål om offentliga kontrakt, som emellanåt rör mycket stora ekonomiska värden. Sådana påpekanden från upphandlande myndigheter förekommer frekvent i överprövningsprocesser redan idag.

Det ska också anföras att den föreslagna ordningen medför en ökad ovisshet om följderna av en potentiellt framgångsrik talan. Det måste framstå som mer osäkert för en leverantör om denne i slutändan verkligen kommer att erhålla ett upphandlingskontrakt efter en framgångsrik överprövning, vilket torde medföra att en del leverantörer som har lidit skada till följd av att den upphandlande myndigheten eller enheter brutit mot LOU/LUF ändå avstår från att ansöka om överprövning. Sådana minskade incitament att inleda befogade domstolsprocesser kan befaras få negativa effekter för upphandlingsreglernas efterlevnad.

Konkurrensverket anser att ordet "beslut" bör ersättas i 16 kap. 5 §. Enligt Konkurrensverket kan ordvalet felaktigt ge sken av att det endast är mer kvalificerade moment i en upphandling, såsom tilldelningsbeslut, som kan angripas genom överprövning, när de beslut som kan bli föremål för överprövning i själva verket omfattar varje åtgärd som den upphandlande myndigheten vidtar och som kan ha rättslig verkan. Det torde inte vara självklart att de beslut som kan bli föremål för överprövning enligt upphandlingsrätten omfattar långt fler åtgärder än vad som enligt traditionell svensk förvaltningsrätt anses utgöra överklagbara beslut. Att införa begreppet beslut i 16 kap. LOU/LUF framstår därför som mindre ändamålsenligt och skulle kunna leda till missförstånd, oavsett om det i förarbetena poängteras att begreppet ska tolkas extensivt och att någon förändring av rättslä-

get inte är avsedd. Om rätten ska "upphäva" ett "beslut" varje gång en ansökan om överprövning bifalls kan det också leda till att domstolen nödgas använda språkligt konstruerade, mindre lämpliga formuleringar i domsluten.

Konkurrensverket delar den bedömning som görs i promemorian att en ogiltigförklaring av ett avtal får anses innebära att ett tilldelningsbeslut inte längre gäller. Denna rättsföljd torde kunna tydliggöras i propositionen.

2.4 Preklusionsfrist (avsnitt 6.4)

Konkurrensverket tillstyrker förslaget.

Konkurrensverket delar bedömningen i promemorian att någon preklusionsfrist för ansökningar om överprövning avseende de inledande momenten i en upphandling inte bör införas. Erfarenhetsmässigt är det vanligt att det först i samband med tilldelningsbeslutet står klart för en leverantör att det funnits felaktigheter i förfrågningsunderlaget. Om en preklusionsfrist införs skulle överprövningsmöjligheten gå förlorad för leverantören i dessa situationer.

2.5 Underrättelse om ansökan om överprövning (avsnitt 6.5)

Konkurrensverket tillstyrker förslaget.

Konkurrensverket delar bedömningen i promemorian att det inte ska införas krav på att leverantören ska underrätta den upphandlande myndigheten eller enheten om sin avsikt att begära överprövning.

Enligt artikel 1.4 i ändringsdirektivet får medlemsstaterna föreskriva att den som vill utnyttja ett prövningsförfarande ska underrätta den upphandlande myndigheten om den påstådda överträdelsen och om sin avsikt att ansöka om prövning, under förutsättning att detta inte påverkar den minimiperiod under vilken avtal inte får ingås eller några andra tidsfrister för ansökan om överprövning.

Det finns dock betänkligheter med att uppställa en sådan underrättelseskyldighet för leverantören. Innebörden av ett sådant krav är att leverantören tvingas ta en aktiv del i den administration som annars ankommer på domstol. Den idag gällande ordningen där domstolen ombesörjer underrättelsen till motparten skulle därmed delvis frångås. Därutöver kan ifrågasättas vilken verkan en ej iakttagen underrättelseskyldighet från leverantörens sida får för överprövningen. Det vore inte önskvärt om frågan huruvida underrättelsen kommit upphandlande myndighet till del eller inte i sig blir föremål för tvist i domstolen.

2.6 Tidsfrister för ansökan om överprövning

2.6.1 Tidsfrist för ansökan om överprövning av beslut om upphandling (avsnitt 6.7.1)

Under förutsättning att bestämmelsen om avtalsspärr klargörs på lämpligt sätt tillstyrker Konkurrensverket förslaget i promemorian att en ansökan om överprövning av ett beslut om upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av avtalsspärren.

Såsom Konkurrensverket har anfört i avsnittet om avtalsspärr (avsnitt 2.1 i yttrandet) bör det framgå av lagtexten i 16 kap. 6 § LOU och LUF att den längre avtalsspärren om femton dagar gäller om underrättelse om tilldelningsbeslut har skickats både med ett elektroniskt medel och på annat sätt. Det är i vart fall viktigt att detta tydliggörs i lagens förarbeten. Om tidsfristen för överprövning kopplas till avtalsspärren är det av avgörande vikt att det inte råder några tvivel kring vilken av de två alternativa avtalsspärrarna som gäller i en viss typsituation.

2.6.2 Tidsfrist för ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling (avsnitt 6.7.2)

Konkurrensverket tillstyrker förslaget.

Konkurrensverket delar bedömningen i promemorian att det finns ett behov av att införa en tidsfrist för ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling, och att denna tidsfrist bör beräknas utifrån den underrättelse om beslutet som ska skickas ut till anbudssökande och anbudsgivare. Vid beslut att avbryta en upphandling finns inte någon förestående affärsrelation mellan upphandlande myndighet/enhet och leverantör som inte får påbörjas förrän tillämpliga frister har iakttagits. De samhällsekonomiska kraven på skyndsamhet som föreligger vid överprövning av icke avslutade upphandlingar görs inte på samma sätt gällande vid beslut att avbryta en upphandling. Konkurrensverket anser emellertid att behovet av enhetliga tidsfrister för överprövningar får anses väga tyngre än ett något utökat rättsskydd för leverantörer i dessa situationer, varför övervägande skäl får anses tala för att den föreslagna fristen införs.

2.7 Prövning av en ansökan om överprövning av beslut om upphandling (avsnitt 6.9)

Konkurrensverket tillstyrker förslaget, men ifrågasätter om domstolens materiella processledningskyldighet inte bör tydliggöras vid taleändring till överprövning av avtal.

Konkurrensverket delar bedömningen i promemorian att en överprövning av ett beslut om upphandling inte ska prövas efter den tidpunkt då avtal har slutits mel-

lan upphandlande myndighet eller enhet och leverantör. Konkurrensverket delar också bedömningen i promemorian att pågående mål om överprövning av beslut, på leverantörs yrkande bör kunna övergå till en överprövning av avtal när den upphandlande myndigheten eller enheten har ingått avtal trots förbud härom, samt att de materiella förutsättningarna för ett ingripande i form av ogiltighet inte får försämrats vid en sådan taleändring. Det är viktigt att det inte kan uppstå situationer där en upphandlande myndighet eller enhet kommer i en bättre position genom att ingå avtal i strid med bestämmelserna.

Konkurrensverket efterfrågar ett närmare angivande av omfattningen av domstolens processledningsskyldighet. Det kan eventuellt tydliggöras i lagtexten att domstolen är skyldig att bereda leverantören tillfälle att ändra sin talan till att avse överprövning av avtal.

2.8 Övriga förslag

Konkurrensverket har inget att erinra mot övriga förslag i promemorian angående genomförande av ändringsdirektivet.

3. RÄTTSMEDEL FÖR KONKURRENSVERKET

I föreliggande promemoria föreslås att Konkurrensverket så som tillsynsmyndighet över den offentliga upphandlingen ska kunna föra talan om marknadsskadeavgift i förvaltningsdomstol. Detta är ett av de förslag som Konkurrensverket framförde i sin rapport "Åtgärder för bättre konkurrens" till regeringen. Införandet av marknadsskadeavgift är ett viktigt första steg i strävandet mot en effektiv tillsyn av den offentliga upphandlingsmarknaden.

Tanken att ge tillsynsmyndigheten talerätt vid domstol är inte ny. Frågan har behandlats i ett flertal utredningar och rapporter alltsedan mitten av 1990-talet. Likaså har Konkurrensverket och den tidigare tillsynsmyndigheten, Nämnden för offentlig upphandling (NOU), vid upprepade tillfällen efterfrågat talerätt.

Det faktum att tillsynsmyndigheten alltsedan dess att LOU infördes 1993 saknat talerätt vid domstol, har utan tvivel försvårat myndighetens möjligheter att verka för regelefterlevnad och en effektiv upphandling. Eftersom tillsynsmyndigheten inte har kunnat få sina bedömningar rörande överträdelser av det upphandlingsrättsliga regelverket prövade i domstol, har vissa upphandlande myndigheter och enheter struntat i dessa bedömningar.

De mest flagranta exemplen rör bolag som i strid mot tillsynsmyndighetens bedömning inte anser sig vara upphandlande myndigheter eller enheter. Avsaknaden av talerätt gör att svenska staten genom sin tillsynsmyndighet inte kan fast-

ställa huruvida dessa är upphandlande enheter enligt LOU och gemenskapsrätten. Sverige riskerar därmed att brista i uppfyllelsen av sina skyldigheter enligt EG-direktiven (jfr t.ex. Mål C-283/00 Kommissionen mot Spanien).

Om överträdelser mot det upphandlingsrättsliga regelverket inte kan angripas av tillsynsmyndigheten riskerar det att medföra att respekten för regelverket urholkas, att konkurrensen snedvrids och att allmänna medel inte används på bästa möjliga sätt.

Förslaget att nu ge Konkurrensverket talerätt i mål om marknadsskadeavgift är mot denna bakgrund välkommet. Men det är angeläget att de rättsmedel för tillsynsmyndigheten som nu, ca. 17 år efter det att LOU infördes i svensk rätt, kommer att införas också är effektiva och ändamålsenliga.

Konkurrensverket anser att marknadsskadeavgiftens maximibelopp om fem miljoner kronor är alltför lågt samt att förslaget riskerar att bli svårtillämpat utan möjlighet att vid vite kunna förelägga upphandlande myndigheter och enheter, eller de som kan antas vara detta, att lämna uppgifter och handlingar. Likaså bör Konkurrensverket ges möjlighet att föra fastställsetalan och att rikta vitesföreläggande mot upphandlande myndigheter och enheter att upphöra med eller inte upprepa ett visst beteende. Slutligen anser Konkurrensverket att sanktioner bör kunna riktas mot upphandlande myndigheter och enheter vid domstolstrots. Detta föreslås kunna ske genom påförande av marknadsskadeavgift.

3.1 Särskild avgift

3.1.1 Överträdelser som ska kunna leda till marknadsskadeavgift (avsnitt 6.11.2)

Konkurrensverket ställer sig positivt till att marknadsskadeavgift införs, men anser att även andra typer av överträdelser ska kunna leda till påförande av avgift. Konkurrensverket tillstyrker förslaget att även upphandlingar som inte är direktivstyrda ska omfattas av reglerna om marknadsskadeavgift.

Otillåtna direktupphandlingar utgör enligt Konkurrensverkets uppfattning den vanligaste och allvarligaste överträdelsen av det upphandlingsrättsliga regelverket. Verket har i sin tillsynsverksamhet erfarit att det är frekvent förekommande att upphandlande myndigheter eller enheter ingår avtal med ekonomiska villkor med leverantörer utan den föregående konkurrensutsättning som föreskrivs i LOU och LUF. Utöver de situationer som återges i promemorian kan bland annat nämnas direkttilldelning av kontrakt under felaktigt åberopande av något av de undantag för upphandlingsskyldighet som finns i lagen, till exempel genom att hävda att endast en viss leverantör på grund av ensamrätt eller av tekniska eller konstnärliga skäl kan fullgöra kontraktet i fråga. Det förekommer också att kontrakt som egentligen är att anse som byggentreprenader anges vara hyresavtal, att

reglerna om kompletterande byggtreprenader eller tilläggsleveranser tillämpas felaktigt samt att offentliga organ som uppfyller kriterierna för att betraktas som upphandlande myndigheter eller enheter inte anser sig vara detta och därmed hävdar att man inte omfattas av LOU eller LUF. Till dessa typsituationer måste även läggas de mer flagranta fall där upphandlingsskyldigheten helt enkelt non-chaleras. Mörkertalet torde här vara betydande.

För en effektiv efterlevnad av reglerna på upphandlingsområdet krävs att tillsynsmyndigheten har möjlighet att föra talan om marknadsskadeavgift vid sidan av leverantörernas möjlighet att begära överprövning av bl.a. tilldelningsbeslut och ingångna avtal. Kännetecknande för otillåtna direktupphandlingar är bland annat att de ofta sker i det fördolda, varför överprövning av sådana upphandlingar inte är vanligt förekommande. En marknadsskadeavgift som kan påföras upphandlande myndigheter eller enheter efter ansökan från tillsynsmyndigheten utgör därmed ett viktigt komplement till de nuvarande överprövningsreglerna.

I promemorian görs bedömningen att det för närvarande inte finns skäl att införa marknadsskadeavgift vid andra överträdelse än vid de angivna situationerna. Enligt Konkurrensverkets uppfattning skulle dock denna sanktion även kunna tillgripas som ett verkningfullt medel vid andra allvarliga överträdelse och mot domstolstrots.

Vad gäller domstolstrots kan anmärkas att marknadsskadeavgift till sin natur är ett reaktivt rättsmedel och därför väl lämpat som en åtgärd mot upphandlande myndigheter och enheter som inte efterkommer domstolarnas beslut. Medlemsstaterna har enligt rättsmedelsdirektiven en skyldighet att se till att de beslut som fattas av prövningsorganen kan verkställas effektivt. Att det finns tydliga bestämmelser och effektiva sanktioner mot domstolstrots är en förutsättning för detta. Konkurrensverkets uppfattning är att föreliggande förslag i promemorian inte är tillräckligt för att fullt ut leva upp till rättsmedelsdirektivens krav i detta avseende, se vidare avsnitt 3.5 i detta yttrande.

Marknadsskadeavgift bör även införas som ett medel för att motverka andra överträdelse än de ovan angivna. Det kan exempelvis röra sig om fall där den upphandlande myndigheten eller enheten tillämpat styrande kravspecifikationer som otillbörligt gynnar endast en eller ett fåtal leverantörer, fall där godtyckliga utvärderingskriterier använts eller situationer där anbudsprövningen manipulerats genom att kvalifikationskrav eller utvärderingskriterier ändrats jämfört med vad som angetts i förfrågningsunderlaget. En möjlighet att påföra marknadsskadeavgift vid grova åsidosättanden av de grundläggande EG-rättsliga principerna framstår som angelägen.

3.1.2 Strikt ansvar kontra uppsåt eller oaktsamhet (avsnitt 6.11.4)

Konkurrensverket tillstyrker förslaget att strikt ansvar ska gälla för att marknadsskadeavgift ska kunna påföras.

Enligt Konkurrensverkets mening skulle ett krav på uppsåt eller oaktsamhet starkt begränsa möjligheten att beivra allvarliga överträdelse av upphandlingsreglerna. I ett sådant läge skulle den positiva effekt för upphandlingslagstiftningens efterlevnad som marknadsskadeavgiften kan antas få påtagligt försvagas. Både vid överprövnings- och skadeståndsmål enligt LOU och LUF gäller strikt ansvar vid överträdelse av upphandlingsreglerna, varför det då framstår som främmande att införa subjektiva rekvisit vid ansökningar om utdömning av marknadsskadeavgift.

3.1.3 Beräkning av marknadsskadeavgiftens storlek (avsnitt 6.11.5)

Konkurrensverket avstyrker förslaget i den del som avser en övre gräns om fem miljoner kronor för marknadsskadeavgiftens storlek. Något beloppsmässigt avgiftstak bör inte finnas. Konkurrensverket tillstyrker förslaget att avgiften maximalt ska kunna uppgå till tio procent av kontraktsvärdet.

För att marknadsskadeavgiften ska uppnå sitt syfte, att avhålla upphandlande myndigheter och enheter från att genomföra otillåtna direktupphandlingar, måste den kunna bestämmas till ett sådant belopp att den effektivt motverkar ett kringgående av regelverket.

Ändringsdirektivet föreskriver också att alternativa sanktioner ska vara effektiva, proportionella och avskräckande.

Även om majoriteten av alla upphandlingar avser värden som understiger de gällande tröskelvärdena måste det beaktas att offentliga upphandlingars kontraktsvärde i vissa fall kan uppgå till flera miljarder kronor. Som exempel kan nämnas upphandlingar som rör kollektivtrafik, infrastruktursatsningar och större byggtreprenader, försvarsupphandlingar och upphandlingar inom energiområdet. Det kan nämnas att en svensk upphandling av kollektivtrafik under år 2009 omfattade, inklusive optionsavtal, ett sammanlagt kontraktsvärde om ca 35 miljarder kronor. Vid så stora upphandlingar blir en avgift upp till maximalt fem miljoner kronor en närmast försumbar kostnad. Konsekvensen av förslaget är att marknadsskadeavgiften endast framstår som ett effektivt rättsmedel vid upphandlingar som rör relativt låga kontraktsvärden. Vad gäller de största upphandlingarna, där sanktionsvärdet generellt kan anses mycket högt, innebär det låga maximibeloppet att hotet om marknadsskadeavgift inte är tillräckligt avskräckande. Följden blir därmed att de upphandlingar som omfattar de högsta kontraktsvärdena relativt sett behandlas lindrigare jämfört med mindre och normal-

stora upphandlingar, vilket inte är rimligt. Mot denna bakgrund anser Konkurrensverket att en övre gräns för marknadsskadeavgiften om fem miljoner kronor är ett alltför lågt belopp för att det ska vara tillräckligt avskräckande vid alla upphandlingar.

Konkurrensverket anser också att det föreslagna beloppsintervallet om 10 000 kr – 5 000 000 kr måste anses vara ett alltför smalt spann, detta med hänvisning till att upphandlingarnas kontraktsvärde, där LOU eller LUF ska tillämpas, kommer att variera från cirka 285 000 kronor och upp till belopp om tiotals miljarder kronor. Följden av det smala avgiftsintervallet blir att alla otillåtna direktupphandlingar som överstiger ett värde om 50 miljoner kronor, i vart fall där omständigheterna inte är förmildrande, riskerar att behandlas likartat avseende avgiftens storlek. Detta är inte tillfredsställande.

Konkurrensverket delar i och för sig den uppfattning som framförs i promemorian, att det är viktigt att sanktionssystemet är tydligt och förutsebart för upphandlande myndigheter och enheter. Detta uppnås dock genom att avgiften maximalt får uppgå till tio procent av kontraktsvärdet. Genom att avgiftens storlek knyts till upphandlingens värde blir de eventuella konsekvenserna av en otillåten direktupphandling därigenom tillräckligt lätta att förutse för den upphandlande myndigheten eller enheten. Att avgiftens storlek sätts i relation till kontraktsvärdet eliminerar också risken för orimligt höga avgifter i det enskilda fallet då avgiften är proportionell till det aktuella avtalet.

I promemorian framförs att marknadsskadeavgiften ska kunna bestämmas till ett sådant belopp att det inte är möjligt att medvetet ådra sig en sanktionsavgift med ett lägre belopp än kostnaden för upphandlingen. Kostnaden för att genomföra en korrekt upphandling varierar från fall till fall men torde normalt inte uppgå till höga belopp. Den fördel en upphandlande myndighet eller enhet kan ha av att kringgå regelverket handlar inte så mycket om att undgå de faktiska kostnaderna för att upphandla utan snarare om att kunna favorisera en viss leverantör, att spara tid eller att söka undgå risken för en eventuell överprövning. Avgiftens storlek bör därför inte sättas i relation till vad det skulle kostat att genomföra en upphandling utan till ett betydligt högre belopp, vilket ska reflektera den förmodade marknadsskada som den otillåtna direktupphandlingen kan anses ha inneburit.

Ändringsdirektivet föreskriver att prövningsorganen får ges stort utrymme för en egen bedömning där hänsyn tas till alla relevanta omständigheter. Det finns således ett ytterligare skydd för de upphandlande myndigheterna och enheterna genom domstolarnas möjlighet att jämka avgiften till ett belopp som, utifrån omständigheterna i det enskilda fallet, bedöms vara skäligt. Det är också i praktiken vanligt förekommande inom den svenska förvaltningsprocessen att domstolarna korrigerar beloppens storlek i mål om utdömmande av vite och sanktionsavgifter.

Konkurrensverket vill även erinra om det system med marknadsskadeavgift som finns i Norge. Där kan tillsynsmyndigheten utdöma en avgift om maximalt 15 procent av kontraktsvärdet. Någon beloppsmässig övre gräns för avgiftens storlek finns inte.

3.1.4 Överträdelsens sanktionsvärde

Det är viktigt att utgångspunkterna för bedömningen av sanktionsvärdet tydliggörs i lagens förarbeten så att den framtida tillämpningen blir förutsägbar. Enligt Konkurrensverkets uppfattning ger inte promemorian tillräcklig vägledning i detta avseende.

Enligt Konkurrensverkets uppfattning bör utgångspunkten vid bedömningen av avgiftens storlek vara den aktuella upphandlingens kontraktsvärde. Därefter ska en bedömning göras huruvida det i det enskilda fallet föreligger försvårande eller förmildrande omständigheter och i vilken utsträckning dessa omständigheter ska påverka avgiften.

Avtalstidens längd är en viktig faktor vid denna bedömning. Avtal som sträcker sig över flera år leder till att de potentiella leverantörer som inte tilldelats kontrakt utestängs från marknaden under lång tid. Långa avtalstider måste därför betraktas som en försvårande omständighet, vilken påkallar ett högre sanktionsvärde. Ett upprepat överträdande av de upphandlingsrättsliga reglerna bör också ses som en försvårande omständighet och därför medföra en högre avgift än i normalfallet. Upphandlingar som rör stora värden kan med goda skäl ofta anses medföra ett högre sanktionsvärde, t.ex. kan de inte sällan ha ett gränsöverskridande intresse och beröra ett stort antal leverantörer, varför de marknadsskadande effekterna typiskt sett torde bedömas som mer betydande än vid mindre upphandlingar. Utrymmet för att tillmäta upphandlingar som rör stora kontraktsvärden ett högt sanktionsvärde blir dock i praktiken obefintligt enligt nuvarande förslag, detta eftersom marknadsskadeavgiften maximalt kan uppgå till fem miljoner kronor. Som ett sista exempel på försvårande omständigheter kan nämnas upphandlingar som rör varor eller tjänster där det finns en mångfald av potentiella leverantörer, den upphandlande myndigheten kan därigenom anses ha underlåtit att utnyttja den rådande konkurrenssituationen.

Det kan förekomma att rättsläget på vissa delar av upphandlingsområdet är oklart. Det kan exempelvis föreligga en divergerande kammarrättspraxis, vilken i avsaknad av vägledande avgöranden från Regeringsrätten och EG-domstolen medför en osäkerhet om vad som är tillåtet. Om det kan konstateras att rättsläget varit oklart kan detta anses som en förmildrande omständighet vid bedömningen av överträdelsens sanktionsvärde.

3.1.5 En ansökan om marknadsskadeavgift prövas av allmän förvaltningsdomstol (avsnitt 6.11.9)

Konkurrensverket tillstyrker förslaget. Konkurrensverket anser dock att mål om marknadsskadeavgift i första instans bör handläggas i endast en förvaltningsrätt i landet, förslagsvis Förvaltningsrätten i Stockholm.

Enligt Konkurrensverkets bedömning kan antalet mål per år om utdömning av marknadsskadeavgift inte antas bli särskilt stort i relation till det totala antalet överprövningar av offentliga upphandlingar som görs i landets förvaltningsrätter. Om målen om påförande av marknadsskadeavgift sprids ut på samtliga tolv förvaltningsrätter och fyra kammarrätter finns en risk att tillämpningen inte blir enhetlig och konsekvent ifråga om marknadsskadeavgiftens storlek. En ordning med specialforum i första och andra instans i dessa mål skulle bidra till att sådana problem undviks. Det skulle också överensstämma med ordningen för andra måltyper som rör förvaltningsrättsliga sanktionsavgifter och som idag handläggs vid en och samma länsrätt respektive kammarrätt, ofta som en konsekvens av i vilken domkrets besluts- eller tillsynsmyndigheten har sitt säte, men ibland även på grund av särskilda forumregler i de materiella författningarna. Det kan i sammanhanget nämnas att mål om påförande av särskild avgift enligt radio- och TV-lagen (1996:844) handläggs av Länsrätten i Stockholms län (kommande Förvaltningsrätten i Stockholm) på ansökan av Granskningsnämnden för radio och TV samt att Finansinspektionens beslut om straffavgifter enligt författningar som reglerar bank-, finans- och försäkringssektorernas verksamheter även dessa överklagas till Länsrätten i Stockholms län.

Konkurrensverket delar bedömningen i promemorian att mål i domstol om ogiltighet inte ska kunna gälla även marknadsskadeavgift. Att Konkurrensverket skulle intervensera med yrkande om avgift i ett pågående mål om överprövning bedöms inte som lämpligt. Att en förvaltningsdomstol ex officio ska kunna ta upp frågan om marknadsskadeavgift skulle, vad det gäller domstolens roll, innebära ett stort avsteg från den svenska förvaltningsprocessen och avstyrks därför.

3.2 Föreläggande att lämna uppgift eller handling m.m. (avsnitt 6.12)

Konkurrensverket avstyrker förslaget i dess nuvarande utformning. Enligt Konkurrensverkets uppfattning bör ett föreläggande om att tillhandahålla upplysningar kunna förenas med vite för att vara effektivt.

Konkurrensverket är i sin tillsynsverksamhet beroende av att kunna erhålla handlingar och upplysningar från offentliga organ. Såväl Konkurrensverket som den tidigare tillsynsmyndigheten, Nämnden för offentlig upphandling, har vid upprepade tillfällen haft problem med att upphandlande myndigheter eller enheter inte efterkommit myndighetens begäran om information, detta gäller såväl statli-

ga som kommunala myndigheter och bolag. Det faktum att tillsynsmyndigheten nu föreslås kunna föra talan om påförande av marknadsskadeavgift torde inte öka upphandlande myndigheters benägenhet att tillhandahålla information, snarare tvärtom.

Det kan befaras att vissa upphandlande myndigheter och enheter kommer att sakna intresse att överklaga osanktionerade förelägganden. Konkurrensverket bör ges möjlighet att kunna förelägga upphandlande myndigheter eller enheter, eller de som kan antas vara detta, att vid äventyr av vite inkomma med sådana uppgifter och handlingar som är nödvändiga för att tillsynen ska kunna bedrivas effektivt.

För att ingripa mot otillåten direktupphandling, som av EG-domstolen har betecknats som den allvarligaste överträdelsen som en upphandlande myndighet kan begå, krävs enligt ändringsdirektivets beaktandesats 13 samt artikel 1.1 att medlemsstaterna vidtar nödvändiga åtgärder för att garantera att upphandlande myndigheters förfaranden i detta avseende kan prövas skyndsamt och effektivt. En möjlighet till vitesföreläggande skulle bidra till att EG-rättens krav på Sverige uppfylls på ett praktiskt, effektivt och proportionerligt sätt.

En sådan möjlighet innebär också att tillsynen över den offentliga upphandlingen motsvarar vad som gäller för Konkurrensverket vid tillämpningen av konkurrenslagstiftningen samt andra myndigheters befogenheter på många olika områden, såsom Socialstyrelsen inom hälso- och sjukvården, Finansinspektionen inom bank-, finans- och försäkringssektorerna och länsstyrelserna på miljöområdet. En möjlighet till att döma ut vite i upphandlingsärenden vid underlåtenhet att inkomma med begärda handlingar finns såväl i Finland (80 § lag om offentlig upphandling [2007:348]) som i Danmark (5 och 13 §§ Lov om Klagenævnet for Udbud [lov nr 415 av den 31 maj 2000]).

Det har framförts argument om att ett föreläggande gentemot offentliga och privata rättssubjekt vid äventyr av vite att lämna uppgift eller handling i vissa situationer skulle kunna vara tveksamt med hänsyn till skyddet mot självangivelse i Europakonventionen eller rätten till försvar i EG-rätten. Av praxis från Europadomstolen och EG-domstolen följer emellertid att skyldighet med tvång för företag att tillhandahålla skriftlig och muntlig dokumentation är förenligt med skyddet mot självangivelse, så länge företaget därigenom inte tvingas *erkänna* förekomsten av en lagöverträdelse som det ankommer på tillsynsmyndigheten att bevisa.¹ En tillsynsmyndighet har följaktligen rätt att vid vite ålägga ett företag att lämna alla nödvändiga upplysningar om *faktiska omständigheter* som företaget kan ha kännedom om samt överlämna därtill hörande dokumentation som företaget

¹ Se bl.a. EG-domstolens domar C-407/04P *Dalmine SpA mot Europeiska kommissionen*, mål C-301/04P *Europeiska kommissionen mot SGL Carbon*, p. 34, mål 374/87 *Orkem mot Europeiska kommissionen* och Europadomstolens dom *Funke mot Frankrike*, dom den 25 februari 1993, p. 44.

innehar, även om den utlämnade informationen kan användas i ett senare ärende om lagöverträdelse.²

De handlingar som Konkurrensverket har behov av att vitesförelägga för sin tillsyn är sådana som styrker att ett avtal med ekonomiska villkor om vara, tjänst eller byggtreprenad ingåtts av en upphandlande myndighet eller enhet samt att detta avtal skulle ha föregåtts av en offentlig upphandling enligt bestämmelserna i LOU eller LUF. Det rör sig således om handlingar av bokförings- och avtalskaraktär för att få utrett det *faktiska förloppet* och de *faktiska omständigheterna* i ett enskilt ärende. Det är utifrån dessa handlingar som Konkurrensverket kan få utrett huruvida en upphandling, i objektiv mening, har förekommit samt om avtalet ifråga är av ett sådant slag som medger undantag från upphandlingsreglerna. Utan att ha tillgång till handlingar som visar att en upphandlande myndighet eller enhet ingått ett avtal med ekonomiska villkor med en leverantör torde utsikterna vara mycket små för Konkurrensverket att driva en framgångsrik talan om påförande av marknadsskadeavgift.

Konkurrensverket ser inte något behov av att vitesförelägga upphandlande myndigheter att inkomma med vare sig förklaringar till valt förfarande, handlingar till styrkande av att ett undantag från reglerna är tillämpligt eller upplysningar i övrigt av subjektiv natur. Ett vitesföreläggande skulle således inte ta sikte på handlingar eller upplysningar som tvingar den upphandlande myndigheten att utveckla sin inställning eller på annat sätt riskera att medge eller erkänna en överträdelse.

Det är sammanfattningsvis en grundläggande förutsättning för tillsynsarbetet att uppgifter eller handlingar kan inhämtas från upphandlingsmarknadens aktörer och läggs till grund för olika beslut och – i framtiden – talan i domstol om marknadsskadeavgift. För att inte riskera att de nya förslagen om rättsmedel blir verkninglösa, anser Konkurrensverket att det är av avgörande vikt att ett föreläggande om att lämna ut handlingar eller uppgifter kan förenas med vite.

3.3 Talerätt för tillsynsmyndigheten och branschorganisationer i mål om överprövning (avsnitt 6.10)

Konkurrensverket har inget att erinra mot förslaget i promemorian att verket och branschorganisationer inte ska ges talerätt i överprövningsmål.

Tillsynsmyndighetens möjligheter till ingripande i syfte att förbättra upphandlingsreglernas efterlevnad bör enligt Konkurrensverkets mening i princip vara av det slaget att de kan leda till offentlighetsrättsliga sanktioner och förbud för upphand-

² Ibid. Se även Andersson, Torbjörn och Cameron, Iain, *Rättsutlåtande på uppdrag av Konkurrensverket*, s. 12 f samt Bernitz, Ulf, *Förslag till ny lag om uppgiftsskyldighet rörande marknads- och konkurrensförhållanden – en rapport skriven av Ulf Bernitz på uppdrag av Konkurrensverket*, mars 2009, s. 20.

lande myndigheter eller enheter och således hållas isär från leverantörers rättsmedel på upphandlingsområdet. Så länge Konkurrensverkets ingripandemöjligheter är inriktade på allvarliga överträdelser och principiellt viktiga frågor samt är verkningsfulla och praktiskt genomförbara, torde det inte vara påkallat att Konkurrensverket kan föra talan i överprövningsmål.

En talerätt i överprövningsmål för Konkurrensverket kan även antas kunna medföra förväntningar hos leverantörer som inte står i överensstämmelse med vad som skulle vara praktiskt möjligt att tillgodose.

3.4 Ytterligare möjligheter för tillsynsmyndigheten att ingripa vid upphandlingar (fastställsetalan samt ålägganden vid vite riktat mot otillbörligt beteende, avsnitt 6.13)

Konkurrensverket bör ges möjlighet att föra fastställsetalan samt möjlighet att vid vite kunna ålägga en upphandlande myndighet eller enhet att upphöra med eller inte upprepa ett visst beteende. Konkurrensverket delar således inte bedömningen i promemorian att ytterligare rättsmedel än de som föreslagits inte bör införas.

3.4.1 Fastställsetalan

Konkurrensverket anser att tillsynsmyndigheten ska kunna föra en fastställsetalan i frågan om ett visst organs upphandlingsrättsliga status.

Sverige har som medlemsstat en skyldighet att tillse att upphandlande myndigheter och enheter följer det upphandlingsrättsliga regelverket. Om det kan påvisas brister i detta avseende föreligger ytterst en risk för att en talan om fördragsbrott riktas mot Sverige. Mot bakgrund av dessa åtaganden är det otillfredsställande att Sverige genom sin tillsynsmyndighet inte har möjlighet att ingripa mot bolag som helt struntar i reglerna.

Enligt vad som anförts i promemorian (s. 240) kommer frågan om ett visst organ är att betrakta som en upphandlande myndighet/enhet, om detta är tvistigt, att kunna prövas av domstol i mål om överprövning eller marknadsskadeavgift. Konkurrensverket noterar härvid att mycket få prövningar har skett i domstol av ett visst organs upphandlingsrättsliga status enligt det överprövningssystem som gäller idag. Vidare kan det i överprövningsmål uppstå en situation där en domstol bedömer att ett visst rättssubjekt är att betrakta som en upphandlande myndighet, men att ansökan om överprövning ska avslås av andra skäl. I ett sådant läge kan den upphandlande myndigheten inte överklaga domen eftersom den inte har gått myndigheten emot. Rättsverkningarna av en sådan dom ifråga om subjektets upphandlingsrättsliga status får anses vara tämligen oklara. En annan situation är att ett subjekt, som av domstol i första instans bedömts utgöra en upphandlande

myndighet och ansökan om överprövning bifallits, avstår från att överklaga domen för att sedan hävda att avgörandet inte utgör något prejudikat ifråga om subjektets generella skyldighet att följa upphandlingslagstiftningen. En möjlighet till formellt fastställande av ett organs upphandlingsrättsliga status kan avhjälpa dylika brister i det nuvarande och föreslagna överprövningssystemet.

En fastställelseprocess skulle bli av renodlat rättslig karaktär och därmed innebära processekonomiska fördelar. Vidare skulle rättsverkningarna bli tydliga, även vid lagakraftvunnen dom i första instans – antingen utgör ett visst subjekt en upphandlande myndighet/enhet eller inte. Därmed skulle de organ som fastställts utgöra upphandlande myndigheter eller enheter kunna inrätta sig efter detta och således undvika att bli föremål för talan om utdömmande av marknadsskadeavgift. Leverantörer skulle också veta vad som gäller. Fördelarna med och nödvändigheten av en fastställelseprocess får således anses vara betydande, både ur effektivitets- och rättssäkerhetssynpunkt. Införande av en fastställsetalan skulle således utgöra ett viktigt komplement till de övriga föreslagna rättsmedlen och på så sätt bidra till att ändringsdirektivet genomförs på ett verkningfullt sätt i Sverige.

Eventuella svårigheter till följd av att ett visst organ som tidigare fastställts utgöra en upphandlande myndighet genomgår förändringar som är av betydelse för den upphandlingsrättsliga statusen kan undvikas genom att organ ges en generell rätt att föra en negativ fastställsetalan avseende sin egen status där Konkurrensverket uppträder som motpart.

3.4.2 Åläggande vid vite att en upphandlande myndighet eller enhet ska upphöra med ett visst beteende

Ett åläggande vid vite kan vara ett effektivt medel för att motverka överträdelser på upphandlingsområdet och skulle enligt Konkurrensverket utgöra ett verkningfullt komplement till marknadsskadeavgiften. Förbudsvite är till skillnad från marknadsskadeavgift ett framåtsyftande rättsmedel och har en omedelbar handlingsdirigerande effekt i det enskilda fallet, vilket med största sannolikhet även innebär positiva effekter för upphandlingsreglernas efterlevnad i allmänhet. En fördel med åläggande vid vite är att det kan ges en mer generell formulering, som ett ingripande mot ett beteende snarare än mot enskilda beslut.

Situationer när ett förbudsvite skulle kunna aktualiseras är exempelvis när en upphandlande myndighet eller enhet vid upprepade tillfällen använder sig av otillbörligt styrande kravspecifikationer som i praktiken innebär att endast en viss leverantör eller kategori av leverantörer kan komma ifråga eller tillämpar godtyckliga och oprecisa utvärderingskriterier som inte motsvarar kraven på likabehandling och transparens. Det förekommer också att upphandlande myndigheter i upphandlingar tillämpar tidigare antagna policy- eller inriktningsbeslut som står i uppenbar strid med upphandlingslagstiftningen. Vid sådana situationer kan det

vara av stor vikt för upphandlingsreglernas efterlevnad och ett reellt genomförande av ändringsdirektivet att Konkurrensverket kan förelägga en upphandlande myndighet eller enhet vid vite att upphöra med eller inte upprepa ett visst beteende.

Olika former av åläggande vid vite är ett vanligt förekommande sanktionsmedel vid myndigheters tillsynsverksamhet. Enligt Konkurrensverkets mening finns goda möjligheter att vid ett framtida lagstiftningsarbete avhjälpa och undvika de brister som fanns i den numera upphävda lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende vid upphandlingar (LIU). Det faktum att LIU inte var ett effektivt instrument utgör enligt Konkurrensverkets uppfattning inte skäl för slutsatsen att åläggande vid vite i sig är en olämplig sanktion för att komma till rätta med överträdelse av upphandlingslagstiftningen.

3.5 Åtgärder mot domstolstrots (avsnitt 6.14)

Konkurrensverket anser att marknadsskadeavgift ska kunna dömas ut även när en upphandlande myndighet eller enhet underlåter att efterkomma ett lagakraftvunnet domstolsavgörande i mål enligt 16 kap. LOU/LUF.

Konkurrensverket noterar att samtliga situationer av domstolstrots inte kommer att kunna angripas med de i promemorian föreslagna rättsmedlen ogiltighet av avtal eller marknadsskadeavgift. Ett exempel på detta är följande. En upphandlande myndighet använder sig av ett skall-krav som i en överprövning som inleds innan tilldelningsbeslut har fattats bedöms som oproportionerligt av domstolen och ansökan bifalls. Den upphandlande myndigheten fortsätter trots domen upphandlingen med användande av det otillåtna skall-kravet. I en sådan situation är det fråga om domstolstrots som vare sig utgör en otillåten direktupphandling eller överträdelse av en avtalsspärr.

Eftersom medlemsstaterna enligt artikel 2.8 ändringsdirektivet ska se till att alla beslut som fattas av de behöriga prövningsorganen kan verkställas effektivt, kan det ifrågasättas om Sverige uppfyller direktivets krav härvid om en generell sanktionsmöjlighet vid domstolstrots inte införs.

Utöver dessa skäl framstår det enligt Konkurrensverket som angeläget ur ett allmänt rättsstatligt perspektiv att ha en sanktionsbestämmelse som tar sikte på att beivra domstolstrots på upphandlingsområdet. Såsom har redogjorts för i promemorian är det högst otillfredsställande att en upphandlande myndighet eller enhet väljer att inte följa domstols dom, och behovet av ytterligare sanktionsmöjligheter har i flera sammanhang tidigare påtalats av Konkurrensverket och NOU samt andra instanser såsom JO och Riksrevisionen. En sanktionsbestämmelse vid domstolstrots skulle sända ut en tydlig signal om att det även i upphandlingsmål är oacceptabelt att inte efterkomma domstolsavgöranden, och skulle utgöra ett

principiellt viktigt komplement till övriga bestämmelser om marknadsskadeavgift enligt den föreslagna modellen i promemorian. Konkurrensverket har svårt att se att det över huvud taget finns några bärande skäl som talar mot att införa en sådan regel på upphandlingsområdet.

Det kan framstå som oskäligt att marknadsskadeavgift påförs vid alla situationer av domstolstrots. Det kan dock förväntas att tillsynsmyndigheten avstår från att föra talan om avgift när det av praktiska eller ekonomiska skäl framstår som orimligt eller rentav omöjligt för en upphandlande myndighet att efterkomma ett domstolsavgörande.³ Här ska även erinras om det utrymme domstolen har att helt efterge avgiftsskyldigheten om synnerliga skäl föreligger.

3.6 Övriga förslag

Konkurrensverket har inget att erinra mot övriga förslag i promemorian angående rättsmedel för Konkurrensverket.

4. REGELFÖRENKLING M.M

Konkurrensverket har i rapporten *Åtgärder för bättre konkurrens* nr 2009:1 lämnat ett antal regelförenklingsförslag. Förslagen konkretiserades i promemorian *Effektivisering och regelförenklning av offentlig upphandling* (dnr 383/2008). Konkurrensverket noterar att regeringen i denna promemoria beaktat de förslag som enligt verkets samlade bedömning är lämpliga för att uppnå det avsedda syftet att förenkla den offentliga upphandlingen.

Konkurrensverket noterar vidare att ett arbete med regelförenklning för offentlig upphandling pågår inom EU med Europeiska Kommissionen som initiativtagare. Detta arbete avser bland annat att minska administrativa pålagor i de olika medlemsstaterna och därmed öka förutsättningarna för konkurrens och gränsöverskridande anbud. Bland det material som kommissionen tagit fram kan nämnas en checklista med olika förslag på regelförenklningar tillägnat procedurregler på nationell nivå, sex stycken konsultrapporter med olika rekommendationer för att minska administrativa kostnader i samband med offentlig upphandling och en "Best Practice" för att underlätta små och medelstora företags tillträde till offentlig upphandling.

Flera av de förslag som återfinns i regeringens promemoria har också sin motsvarighet i EU:s arbetsdokument. Utöver dessa förslag anser Konkurrensverket att det kan finnas andra förslag från kommissionen som regeringen bör uppmärksamma som tänkbara lämpliga åtgärder, t.ex. att en leverantör inte ska behöva

³ Denna problematik har även berörts i yttrandet till avsnitt 6.3.1

lämna intyg etc. mer än en gång till samma upphandlande myndighet/enhet under en viss tidsperiod (t.ex. ett år) och en ökad användning av s.k. självdeklarationer.

Konkurrensverket finner sålunda inte skäl att framhålla att fler av de av verket tidigare framförda förslagen i promemorian *Effektivisering och regelförenkling av offentlig upphandling* (dnr 383/2008) ska vara föremål för lagstiftning. Vad avser de förslag som lämnas i promemorian får Konkurrensverket anföra följande.

4.1 Regelförenkling

4.1.1 Uppgifter från offentliga register om skatter och socialförsäkringsavgifter (avsnitt 6.15.3)

Konkurrensverket tillstyrker förslaget att upphandlande myndigheter och enheter själva ska ansvara för att begära in uppgifter från Skatteverket och Kronofogdemyndigheten om en leverantör sköter sina skatter och socialförsäkringsavgifter. Verket förordar dock att det i vart fall i förarbetena klargörs hur likabehandlingsprincipen med föreliggande förslag ska upprätthållas gentemot leverantörer som är verksamma i annan medlemsstat. Vad avser ramavtal bör det likaså av tydlighets skull lämnas nedan angivna förtydliganden i förarbetena.

Att alla leverantörer redan vid anbudsgivningen ska ge in uppgifter om att de sköter sina skatter och socialförsäkringsavgifter medför en onödig administrativ belastning. Då upphandlande myndigheter och enheter ofta ställer upp s.k. skalkrav om detta i sina förfrågningsunderlag kan dessutom konkurrenskraftiga anbud komma att förkastas bara på grund av att leverantören av förbiseende missat att bifoga dessa efterfrågade handlingar. Regelverket bör så långt som möjligt utformas på så sätt att sådana administrativa belastningar och onödiga effekter inte uppstår.

Förslaget undanröjer denna problematik beträffande leverantörer verksamma här i landet. Det kan noteras att Skatteverket avser att lansera en elektronisk hantering av SKV 4820⁴, "e4820", vilket sannolikt kommer att underlätta ytterligare för leverantörer och upphandlande myndigheter och enheter. Enligt Skatteverket kommer denna tjänst att lanseras omkring den 1 mars 2010 och då enbart finnas tillgänglig för myndigheter. Förslaget att de upphandlande myndigheterna och enheterna själva inhämtar uppgifterna kan dock av praktiska skäl knappast tillämpas avseende leverantörer som är verksamma i andra medlemsstater. Enligt vad Konkurrensverket erfar är det problematiskt och många gånger omöjligt för en svensk upphandlande myndighet eller enhet att få tillgång till motsvarande in-

⁴ Blanketten SKV 4820 anger om en angiven person är registrerad i "organisationsnummerregister", registrerad som arbetsgivare och registrerad för mervärdesskatt samt eventuella skulder avseende skatter och avgifter.

formation hos myndigheter i andra länder. Enligt direktiv 2004/18/EG beaktandesats 43 kan samarbete mellan myndigheter i olika länder vara möjligt då det gäller de obligatoriska uteslutningsgrunderna, dock inte för frivilliga uteslutningsgrunder.

I promemorian berörs inte vad som ska gälla beträffande dessa leverantörer som inte har sin hemvist i Sverige och för vilka det inte finns några uppgifter avseende skatter och socialförsäkringsavgifter hos svenska myndigheter.

Enligt 10 kap. 2 § 5 p LOU respektive 10 kap. 3 § 5 p LUF får *en leverantör uteslutas från att delta i en upphandling om leverantören inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land upphandlingen sker*. Bestämmelserna utgör genomförande av motsvarande bestämmelser i EG-direktiven 2004/18/EG och 2004/17/EG.

Av likabehandlingsprincipen får enligt Konkurrensverket anses följa att den kontroll som föreskrivs i bestämmelserna bör omfatta alla anbudsgivare oavsett hemvist och att skatteskulder m.m. i leverantörens hemland inte bör bedömas annorlunda än skatteskulder i det land där upphandlingen sker. Det torde enligt Konkurrensverket inte vara förenligt med principerna att endast inhämta de uppgifter om anbudsgivare som finns tillgängliga här i landet och samtidigt underlåta att inhämta sådana uppgifter avseende en anbudsgivare med hemvist i en annan medlemsstat.

Konkurrensverket gör därför den bedömningen att uppgifter avseende frågan om en leverantör fullgör sina åligganden avseende skatter och socialförsäkringsavgifter i en annan medlemsstat även fortsättningsvis måste inhämtas när sådan kontroll tillämpas och att dessa uppgifter bara kan inhämtas från den berörde leverantören själv.

Konkurrensverket kan emellertid inte finna att förslaget i sig är av sådan art att likabehandlingsprincipen träds för när. Den skillnad som görs mellan aktörer får anses vara sakligt motiverad och framstår i sig som ringa.

Däremot går det enligt Konkurrensverkets mening inte att bortse från risken att förslaget i praktiken i enskilda fall kan komma att tillämpas på ett sådant sätt att utländska leverantörer negativt särbehandlas. Det framstår exempelvis inte som lämpligt att en upphandlande myndighet eller enhet ställer upp ett krav på att alla utländska leverantörer redan vid anbudsgivningen ska ge in dessa uppgifter och förkastar anbud som saknar dessa, samtidigt som leverantörer här i landet inte behöver ge in dessa uppgifter och sålunda inte heller löper risk att på denna grund bli förkastade.

Det är enligt Konkurrensverkets mening sålunda viktigt att det tydligt framgår av i vart fall förarbetena att uppgifterna endast bör inhämtas från de utländska leverantörer som valts ut att få delta i anbudsgivning eller förhandling i selektivt eller förhandlat förfarande eller den utländske anbudsgivare som ska tilldelas kontraktet. Uppgifterna från den eller de berörda utländska leverantörerna bör hämtas in innan anbudsgivarna underrättas om tilldelningsbeslutet. Vid selektivt eller förhandlat förfarande bör uppgifterna hämtas in senast innan anbudsgivningen eller förhandlingen påbörjas.

Vidare torde det även krävas att den upphandlande myndigheten eller enheten lämnat närmare föreskrifter om denna hantering i annonsen eller förfrågningsunderlaget, bl.a. angett en skäligen frist inom vilken uppgifterna ska vara den upphandlande myndigheten eller enheten tillhanda. Detta bör likaså framgå av förarbetena på samma sätt som skett i förslaget nedan i avsnitt 6.15.4.

Konkurrensverket noterar vidare att den föreslagna lydelsen i 10 kap. 4 § andra stycket omnämner anbudsgivare och kontrakt i singularis. Det framgår inte av lagtexten att kontraktstilldelningen kan avse flera leverantörer och inte heller om upphandlingen avser ingående av ramavtal för senare tilldelning av kontrakt. Konkurrensverket anser att det i vart fall i förarbetena av tydlighetsskäl bör klargöras att inhämtande av uppgifter bör ske i samband med ingående av ramavtal och inte i samband med tilldelning av varje kontrakt som följer av ramavtalet.

4.1.2 Bevis på leverantörens lämplighet (avsnitt 6.15.4)

Konkurrensverket tillstyrker förslaget om att den upphandlande myndigheten eller enheten får begränsa kontrollen av intyg, certifikat, betyg och andra handlingar till den anbudsgivare som man valt att tilldela kontraktet i ett öppet eller selektivt förfarande och de anbudssökande eller anbudsgivare som bjudits in att delta i anbudsgivning eller förhandling i ett selektivt eller förhandlat förfarande. Konkurrensverket förordar att det i förarbetena lämnas förtydliganden enligt vad som anförs nedan, bl.a. om vad som ska gälla om det bästa anbudet visar sig inte vara kvalificerat.

Konkurrensverket anser att även detta förslag medför en administrativ lättnad för såväl leverantörer som upphandlande myndigheter och enheter. Likaså medför förslaget minskad risk för att konkurrenskraftiga anbud förkastas på grund av rena formfel.

Konkurrensverket konstaterar att förslaget stort överensstämmer med Europeiska kommissionens tjänstemannadokument med en europeisk "Code of best practice" SEC(2008) 2193. Konkurrensverket delar bedömningen att det inte är nödvändigt att i lag reglera att anbudsgivare på heder och samvete ska försäkra att de uppfyller samtliga villkor för lämpliga anbudssökande eller anbudsgivare. Likaså in-

stämmer Konkurrensverket i bedömningen att det inte är nödvändigt att införa någon särskild sanktion för det fall att en anbudssökande eller anbudsgivare inte i rätt tid ger in bevis att de uppfyller ställda krav.

Däremot ställer det föreslagna förfarandet tvivelsutan krav på att den upphandlande myndigheten eller enheten i annons eller förfrågningsunderlag tydligt specificerar de närmare förutsättningarna för ingivande av begärda certifikat, betyg och andra handlingar. Konkurrensverket understryker därför vikten av att det i förarbetena lämnas tydliga kommentarer om detta. Vad gäller övervägandena i promemorian angående "skälig tidsfrist" för att inkomma med handlingar bör det uppmärksammas att i de fall utländska anbudsgivare deltar kan postgången vara längre för dessa. Om elektroniska medel inte används bör således fristen vara sådan att leverantörer i andra medlemsstater inte försätts i en sämre situation än de leverantörer som finns här i landet.

Konkurrensverket delar vidare uppfattningen att det inte är nödvändigt att i lag reglera att det ska framgå i förfrågningsunderlaget att kontraktet tilldelas det näst bästa anbudet om det bästa anbudet visade sig inte vara kvalificerat, däremot är det viktigt att detta klart och tydligt kommenteras i förarbetena och att de närmare förutsättningarna klagörs. Konkurrensverket vill i detta sammanhang särskilt framhålla följande.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten tillämpar en relativ utvärderingsmodell och om det efter utvärderingen framkommer att det förmånligaste anbudet inte var kvalificerat, kan myndigheten eller enheten inte vända sig direkt till den anbudsgivare som kom på andra plats i utvärderingen. Istället måste hela utvärderingen göras om. Eftersom den relativa utvärderingsmodellen medför att anbuden påverkas inbördes av varandra kan rangordningen mellan de olika anbuden komma att ändras till följd av att ett anbud försvinner.

Ett potentiellt större problem vid tillämpningen av förslaget är att det i upphandlingar med relativa utvärderingsmodeller även kan finnas anbud som inte är kvalificerade, men som ligger med i utvärderingen till följd av att detta inte kontrolleras, och som därmed påverkar rangordningen mellan övriga anbud. Kontrolleras alla anbud före utvärderingsfasen, sållas dessa bort redan i kvalifikationsfasen och påverkar inte utvärderingen. Förslaget synes därmed vara mindre lämpligt att tillämpa när den upphandlande myndigheten eller enheten använder en relativ utvärderingsmodell.

Konkurrensverket noterar vidare att det, på liknande sätt som angetts i 6.15.3, är något oklart vad som gäller vid ingående av ramavtal. Det bör av tydlighetsskäl framgå att begäran om uppgifter bör ske i samband med att ramavtalet ingås, således inte i samband med tilldelning av kontrakt som följer av ramavtalet.

Konkurrensverket noterar likaså att begreppet "anbudsgivarens kapacitet och redlighet" används i promemorians överväganden och förslag. Ordet redlighet förekommer inte i lagtexten och heller inte i tidigare förarbeten och Konkurrensverket anser att detta bör undvikas i den fortsatta beredningen och att vedertagna begrepp istället används.

4.2 Upphandling som inte omfattas av direktiven

4.2.1 En särskild lag för upphandlingar som inte omfattas av direktiven (avsnitt 6.16.1)

Konkurrensverket delar bedömningen i promemorian att man inte bör införa någon särskild lag för upphandlingar som inte omfattas av direktiven.
--

Det är enligt Konkurrensverket angeläget att regelverket så långt som möjligt är överskådligt och lätt att tillämpa och förstå. Beträffande upphandlingar under tröskelvärdena är detta särskilt angeläget, eftersom dessa regler inte sällan på såväl upphandlar- som leverantörssidan tillämpas av personer som inte har någon större vana av offentliga upphandlingar. Verket kan dock inte finna att en särskild lag under tröskelvärdena och beträffande B-tjänster skulle medföra en sådan förenkling, inte minst mot bakgrund av att en sådan bedömts omfatta 80 till 100 paragrafer.

4.2.2 Beloppsgränser för direktupphandling (avsnitt 6.16.2)

Konkurrensverket tillstyrker förslagen avseende definitionen av direktupphandling samt värdegränserna för direktupphandling. Konkurrensverket avstyrker förslaget att kravet på att upphandlande myndigheter och enheter ska fastställa riktlinjer vid direktupphandling tas bort.
--

Förslaget överensstämmer i allt väsentligt med den uppfattning som Konkurrensverket redovisade i rapporten Åtgärder för bättre konkurrens 2009:1. De föreslagna värdena kan anses vara väl avvägda utifrån såväl kostnadseffektivitet som upprätthållande av konkurrens. Att direktupphandlingsgränsen blir högre i LUF än i LOU är likaså rimligt.

Ibland är det svårt att avgöra om en upphandling avser byggtreprenader, tjänster eller varor. Olika beloppsgränser för olika typer av upphandlingar kan medföra att dessa gränsdragningsproblem ställs på sin spets och kan ge upphov till domstolsprocesser rörande vilket förfarande som ska vara tillämpligt. Differentiering kan även medföra att upphandlingar utformas i syfte att kunna ske som direktupphandling. Dessa omständigheter talar mot att olika beloppsgränser införs för skilda typer av upphandlingar. Beloppsgränsen bör därför vara densamma i respektive lag oavsett om upphandlingen avser varor, tjänster eller byggtreprenader.

Om värden för direktupphandling fastställs i lag finns det inte av den anledningen ett behov av att de upphandlande myndigheterna och enheterna har riktlinjer för direktupphandling. Riktlinjerna fyller dock enligt Konkurrensverket även andra viktiga behov som kvarstår.

Direktupphandling är ett formlöst förfarande. Enligt Konkurrensverkets erfarenhet finns det en tämligen spridd uppfattning bland såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer om att man bara får vända sig till en enda leverantör vid direktupphandling. Det är emellertid fel. Det möter inga hinder att inom ramen för en direktupphandling kontakta flera leverantörer och göra pris- och kvalitetsjämförelser. Tvärtom är detta ofta lämpligt och till nytta för såväl de upphandlande myndigheterna och enheterna som för leverantörerna, inte minst små och medelstora leverantörer. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan på ett enkelt sätt försäkra sig om att få rätt kvalitet till lägsta möjliga pris och kan därigenom hushålla med allmänna medel på bästa möjliga sätt. Små och medelstora leverantörer har ofta ett intresse av just dessa mindre uppdrag som de har kapacitet att utföra och kan erhålla utan formaliserat anbuds förfarande.

Även om de kontrakt som kommer att omfattas av direktupphandlingsreglerna var för sig avser i relativt små belopp, torde dessa kontrakt ur ett nationalekonomiskt perspektiv totalt sett utgöra en icke obetydlig del av den offentliga ekonomin. Hanteringen av dessa kontrakt som avser mindre värden har därför samhällsekonomisk betydelse.

Enligt Konkurrensverkets bedömning medverkar framtagandet av riktlinjer för direktupphandling (och helst alla upphandlingar) till en större uppmärksamhet och debatt om upphandlingar, vilket i sig skulle kunna bidra till bättre upphandlingsrutiner och en mer effektiv konkurrensutsättning.

4.2.3 Principer för beräkning av kontraktets värde (avsnitt 6.16.3)

Konkurrensverket förordar att det i lagtexten tydliggörs att förlängningsklausuler och optioner ska räknas med vid beräkning av kontraktets värde.

Förslaget innebär att kontrakt som omfattas av 15 kap. LOU och LUF ska, vid tillämpning av de föreslagna reglerna om fasta beloppsgränser, uppskattas till det totala värde som ska betalas enligt kontraktet. Det kan enligt sin lydelse uppfattas som att värdet bara omfattar kontraktets ordinarie avtalstid och dess obligatoriska delar, medan förlängningsklausuler och optioner inte behöver beaktas. Formuleringen kan missförstås och bör tydliggöras så att inte olika läsarter är möjliga.

4.2.4 Direktupphandling när förhandlat förfarande utan föregående annonsering är tillämpligt (avsnitt 6.16.4)

Konkurrensverket tillstyrker förslaget att den upphandlande myndigheten eller enheten vid upphandling enligt 15 kap. LOU eller LUF får använda direktupphandling när förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering är uppfyllda.

Konkurrensverket delar den bedömning som görs i promemorian. Enligt verkets erfarenhet har det bland såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer många gånger varit svårt att förstå skillnaderna mellan direktupphandling och förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Förslaget medför att regelverket blir lättare att tillämpa.

4.2.5 Rätt att åberopa annans kapacitet (avsnitt 6.16.5)

Konkurrensverket tillstyrker förslaget att en leverantör vid behov ska få åberopa andra företags kapacitet genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser.

Konkurrensverket har i en skrivelse den 30 juni 2008 till Finansdepartementet påpekat att möjligheten att åberopa annan leverantörs kapacitet även bör tydliggöras i 15 kap. LOU och LUF för att underlätta små och medelstora företag att delta i upphandlingar.

Det kan i detta sammanhang även nämnas att företag som inte är konkurrenter får samarbeta utan att detta strider mot konkurrenslagen. Även om samarbete sker mellan konkurrerande företag är detta förenligt med konkurrenslagen om inte något av berörda företag ensamt kan klara ett visst åtagande eller ensamt kan vinna en upphandling. Detta så kallade konsortieundantag enligt konkurrensreglerna kan vara särskilt viktigt för små företag, vilka tillsammans kan vara en motvikt mot stora aktörer på marknaden.

4.2.6 Uppgifter från offentliga register om skatter och socialförsäkringsavgifter (avsnitt 6.16.6)

Konkurrensverket tillstyrker förslaget att upphandlande myndigheter och enheter själva ska ansvara för att begära in uppgifter från Skatteverket och Kronofogdemyndigheten om en leverantör sköter sina skatter och socialförsäkringsavgifter. Verket förordar dock att det i vart fall i förarbetena klargörs hur likabehandlingsprincipen med föreliggande förslag kan upprätthållas gentemot leverantörer som är verksamma i annan medlemsstat. Vad avser ramavtal bör det likaså av tydlighetsskäl lämnas samma förtydliganden i förarbetena som angetts i 4.1.1.

Konkurrensverket hänvisar till vad som anförts ovan under 6.15.3 och konstaterar att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna är tillämpliga även vid upphandlingar under tröskelvärdena och beträffande B-tjänster.

4.2.7 Bevis på leverantörens lämplighet (avsnitt 6.16.7)

Konkurrensverket tillstyrker förslaget om att den upphandlande myndigheten eller enheten får begränsa kontrollen av intyg, certifikat, betyg och andra handlingar till den anbudsgivare som man valt att tilldela kontraktet i ett öppet eller selektivt förfarande och de anbudssökande eller anbudsgivare som bjudits in att delta i anbudsgivning eller förhandling i ett selektivt eller förhandlat förfarande. Konkurrensverket förordar att det i förarbetena lämnas förtydliganden enligt vad som anförs i 4.1.2, bl.a. om vad som ska gälla om det bästa anbudet visade sig inte vara kvalificerat.

Konkurrensverket hänvisar till vad som anförts ovan under 6.15.4.

4.2.8 Ramavtal (avsnitt 6.16.8)

Konkurrensverket tillstyrker förslaget att ändra 15 kap. så att ramavtal vid upphandlingar som inte omfattas av direktivet kan ingås med ett valfritt antal leverantörer om alla villkor är fastställda i avtalet. Konkurrensverket förordar emellertid att bestämmelsen i 15 kap. 2 § bör utformas på ett mindre komplicerat sätt.

Konkurrensverket anser att den föreslagna lagtexten är svårbegriplig. Det är inte möjligt att utläsa den föreslagna ändringen i själva lagtexten. Istället går detta endast – med vissa svårigheter – att utläsa efter det att man undersökt vad hänvisningarna till tidigare lagrum avser och vad som blir följderna av att dessa hänvisningar bara avser vissa bestämmelser avseende ramavtal och inte andra. Bestämmelsen ska kunna tillämpas och förstås av många tillämpare. Lagtexten har enligt Konkurrensverkets mening getts en olycklig utformning som knappast är i linje med regeringens ambitioner att skapa enklare och tydligare regler. Lagtexten bör enligt Konkurrensverkets mening utformas på ett mindre komplicerat sätt.

4.2.9 Upphandling enligt 15 kap. som rör rikets säkerhet eller försvarsupphandling (avsnitt 6.16.9)

Konkurrensverket tillstyrker förslaget att andra stycket i 15 kap. 22 § LOU och LUF om upphandling som rör rikets säkerhet m.m. ska upphävas samt att en justering görs som innebär att material ersätts med varor och byggentreprenader.

Konkurrensverket finner i likhet med vad som föreslagits avseende andra stycket i 15 kap. 22 § LOU och LUF inga hinder mot att upphäva stycket, då samma resul-

tat synes kunna uppnås genom en tillämpning av 15 kap. 22 § första stycket respektive lag. Den föreslagna justeringen att "materiel" ersätts med "varor och byggtreprenader" torde överensstämma med ordalydelsen i såväl LOU och LUF som de EG-rättsliga reglerna för upphandling och får anses vara en begreppsharmonisering.

4.2.10 Några mindre regelförenklingsåtgärder och lagtekniska ändringar (avsnitt 6.16.10)

Konkurrensverket tillstyrker förslaget att reglerna i fråga kan upphävas.

Konkurrensverket delar den bedömning som görs i promemorian att de ifrågavarande reglerna är obsoleta och kan utmönstras.

4.3 Inköpscentraler m.m.

4.3.1 Inköpscentraler (avsnitt 6.18)

Konkurrensverket tillstyrker förslaget om att det i både LOU och LUF införs bestämmelser om inköpscentraler.

Statskontoret har gjort bedömningen att inköpscentraler de facto förekommer här i landet och att det redan av det skälet vore en önskvärd kodifiering av de verkliga förhållandena att införa bestämmelser om inköpscentraler (PM 2008/163-5, Offentliga inköpscentraler i Sverige?).

Konkurrensverkets uppfattning är att samverkan inom upphandlingsområdet är av stor vikt, inte minst för mindre upphandlande myndigheter och enheter med begränsade resurser. Samverkan mellan olika offentliga aktörer förekommer dessutom idag i relativt stor omfattning, vilket kan innebära minskade administrativa kostnader, bättre inköpsvillkor samt att rätt kompetens säkerställs. Behovet av juridisk och affärsmässig kompetens kommer knappast att minska när de nya rättsmedlen på upphandlingsområdet införs.

Konkurrensverket har emellertid i ett samrådsyttrande till Statskontoret (som bifogats rapporten "En effektivare statlig inköpssamordning" 2009:12) framfört att det kan vara svårt att beräkna kostnadsbesparingar till följd av inköpssamordningar och att det inte går att dra alltför långtgående slutsatser av de studier som gjorts.

Mindre företags möjligheter att delta i upphandlingar som genomförs av inköpscentraler måste beaktas och konkurrensen måste upprätthållas. Stora volymer, brett sortiment, omfattande avtal och många involverade myndigheter kan göra det svårt för en mindre leverantör att delta även om det finns möjlighet att lägga anbud på enbart vissa delar. Det finns således en risk att samordnade upphand-

lingar kan påverka konkurrensen negativt genom att försämra möjligheterna för små och medelstora företag att delta. Emellertid kan samordnade upphandlingar som avser stora värden vara av större intresse för marknadens aktörer, vilket bidrar till att skärpa konkurrensen.

Vid en sammantagen bedömning förhåller sig Konkurrensverket positivt till införande av direktivens bestämmelser om inköpscentraler. Konkurrensverket föreslår att det bör framgå av åtminstone förarbetena att inköpscentraler inte får användas så att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids (jämför bestämmelserna om ramavtal i artikel 32 i direktiv 2004/18). Konkurrensverket vill vidare framföra – i syfte att värna mångfald och konkurrens – att statliga inköpscentraler inte bör få samordna inköp för den kommunala sektorn och vice versa.

Vad gäller frågan om vilken myndighet som är ansvarig för att regelverket följs och därmed blir motpart i en eventuell process delar Konkurrensverket den uppfattning som framförs i promemorian, det är således den myndighet som tecknat ramavtalet som ska bära ansvaret. Vid den fortsatta processen, det vill säga vid avrop från ingångna ramavtal, bör den avropande myndigheten ha ansvaret för att tilldelningsbeslutet är i linje med upphandlingsreglerna. I de rena ombudsfallen bör den upphandlande myndighet eller enhet som anlitat en inköpscentral vara ansvarig.

Konkurrensverket delar uppfattningen att det inte finns skäl att införa bestämmelser om inköpscentraler som innebär en grossistverksamhet för vidareförsäljning av varor och tjänster. Det bör också framgå av förarbetena att denna typ av grossistverksamhet inte är avsikten med inköpscentraler.

I samband med att bestämmelserna införs kan det finnas behov av riktlinjer eller allmänna råd för hur en inköpscentral ska vara organiserad och hur beslut, ansvarsfrågor etc. bör hanteras.

4.3.2 Förtydligande av begreppet skriftlig (avsnitt 6.17)

Konkurrensverket tillstyrker förslaget att med begreppet skriftlig i LOU och LUF ska avses även uppgifter i läsbar form som går att överföra och lagra med elektroniska medel.

Förslaget främjar små och medelstora företags möjligheter att delta i upphandlingar och effektiviserar upphandlingsprocedurerna på ett tidsenligt sätt. Regeringsrätten har i mål 1571-09 funnit att ett tilldelningsbeslut som tillhandahållits på Internet uppfyllde kravet på skriftlighet.

4.3.3 Nationell databas för förhandsinsyn – 15 kap. 5 a § LOU och LUF

Konkurrensverket avstyrker förslaget att det införs en särskild nationell databas för förhandsinsyn avseende upphandlingar enligt 15 kap. LOU och LUF. Verket förordar istället att marknadsaktörer tillhandahåller dessa tjänster.

Av den föreslagna bestämmelsen i 15 kap. 5 a § LOU och LUF framgår att annonsering om förhandsinsyn ska ske i en nationell databas som upprättas för detta ändamål hos en myndighet. Förhandsinsyn enligt 7 kap. 4 § LOU och LUF ska annonseras i EUT (Simap). Den hänger samman med förslaget om regler om ogiltighetstalan (överprövning av avtal) enligt 16 kap. 14 § LOU och LUF vilket i promemorian föreslås gälla även för upphandlingar enligt 15 kap. i nämnda lagar. Hur omfattande tillämpningen av förhandsinsyn kommer att bli för upphandlingar enligt 15 kap. LOU och LUF är svårt att uppskatta.

I Sverige sker annonsering av upphandlingar som inte omfattas av direktiven i databaser som tillhandahålls av privata aktörer, vilket har konstaterats fungera bra i många avseenden. Varför detta inte skulle fungera för annonsering av förhandsinsyn är inte klart utrett och motiverat i promemorian. Enligt verket finns det inte anledning att misstro marknadsaktörernas förmåga att tillhandahålla denna information.

Följden av den föreslagna regeln blir att leverantörer som hittills behövt ha regelbunden kontroll över upphandlingsannonser i olika databaser (Allego, Opic m.fl.) nu måste ha uppsikt över ytterligare en. Många gånger prenumererar leverantörer på annonser inom visst eller vissa upphandlingsområden och får på så vis information om pågående upphandlingar. Annonserarna delar dessutom viss information med varandra. På samma sätt borde en upphandlande myndighet och enhet kunna använda sig av en och samma annonsdatabas för samtliga sina annonser, både öppna upphandlingar, upphandlingar enligt 15 kap. och nu också för eventuell förhandsinsyn. Risken är annars att det leder till ökad administrativ hantering för både leverantörer och upphandlande myndigheter.

4.4 Övriga förslag

Konkurrensverket har inget att erinra mot övriga förslag i promemorian angående regelförenkling.

YTTRANDE

2009-09-15 Dnr 410/2009 40 (40)

Detta remissyttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit Magnus Ehn. I den slutliga handläggningen av ärendet har chefsjuristen Charlotte Zackari och avdelningschefen Peter Lindblom deltagit.

Dan Sjöblom

Magnus Ehn