

Ökad konkurrens ger bättre offentliga upphandlingar

Anförande av generaldirektör Dan Sjöblom, Konkurrensverket vid Upphandlingsdagarna den 4 februari 2010 i Kista.

Det talade ordet gäller

Tack för denna fantastiska möjlighet att få komma hit och träffa så många professionella upphandlare vid ett och samma tillfälle.

Ni utför alla ett mycket viktigt arbete när ni på bästa möjliga sätt använder våra skattepengar för att köpa vård, vägar, skolböcker och konsulttjänster av allehanda slag. Som ni antagligen redan vet så köper ni, som arbetar med offentlig upphandling, varor och tjänster för omkring 500 miljarder kronor om året. Det motsvarar omkring 17 procent av BNP i Sverige. Det är mycket pengar, och det ligger ett stort ansvar på er upphandlare att inköpen ger bästa valuta för minsta möjliga kostnad. Det är inte alltid lätt, men jag vet att ni gör ett fantastiskt arbete när ni hushållar med mina och andras gemensamma pengar. Jag ska idag tala om Konkurrensverkets arbete som tillsynsmyndighet över den offentliga upphandlingen, hur denna roll kommer att förändras med rättsmedel, samt om att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar.

Det är nu nästan ett år sedan jag började som generaldirektör för Konkurrensverket, och därmed för den myndighet som ansvarar för tillsyn av lagarna om offentlig upphandling. Jag har ju min bakgrund i konkurrensrättsliga frågor och har därför gjort en mycket intressant resa in i upphandlarvärlden. Jag har haft möjlighet att ytterligare notera hur de offentliga upphandlingarna påverkar konkurrensen på marknader på flera olika sätt och hur offentliga upphandlingar och andra konkurrensfrågor därför intimt hör samman.

Ett fungerande regelverk för hur de offentliga upphandlingarna ska göras är nödvändigt för en väl fungerande konkurrens. Och utan konkurrens har företagen ingen stark drivkraft som pressar dem att bli effektivare, ta fram bättre

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

produkter och pressa priserna. Och det är ju genom dessa drivkrafter som konkurrensens fördelar kommer hela samhället tillgodo.

Det kan framstå som ett cirkelresonemang, men erfarenheterna visar att fungerande offentlig upphandling stimulerar konkurrensen, som i sin tur ger möjlighet till bättre upphandlingar och bättre hushållning med samhällets resurser.

.....

Upphandlingsmarknader, oavsett om det handlar om offentliga upphandlingar eller privata, är frekvent utsatta för karteller. Så är det historiskt och internationellt, och vi måste tyvärr räkna med att det är så även i Sverige år 2010. Det allra tydligaste exempel på en anbudskartell som drabbade staten och kommunerna var asfaltkartellen. Konkurrensverket startade utredningen redan år 2001, men det var först i maj 2009, som Marknadsdomstolens slutliga besked kom: De nio byggföretagen i kartellen skulle betala totalt närmare en halv miljard kronor i böter. Detta är den största anbudskartellen hittills i Sverige.

För Konkurrensverkets del är asfaltkartellen nu avslutad, men inte för kartellföretagen och inte för de drabbade kommunerna. Just nu pågår domstolsförhandlingar om skadestånd där de kommuner som betalat överpriser på grund av kartellen nu kräver rättmätig kompensation.

Ni som upphandlare har en nyckelroll i att beivra anbudskarteller. I detta ingår självklart att hantera anbudsgivare på sådant sätt att de inte onödigtvis får insyn i varandras budgivning. Vidare är vi på Konkurrensverket mycket beroende av att ni är alerta och aktivt utvärderar upphandlingar för att finna eventuellt förekommande tecken på konstiga anbud. Det kan till exempel vara att vissa företag alltid ligger lägst – eller högst – år efter år i upphandlingarna, eller att något företag oförklarligt avstår att lämna anbud i just er kommun. Vid misstankar om oegentligheter vill jag gärna att ni tar kontakt med oss på Konkurrensverket. Det är viktigt att understryka att ni inte alls behöver sitta på bevisningen. Nej, er uppgift är att upplysa oss om de tecken ni noterat. Att lägga det pussel som kan behövas är Konkurrensverkets uppgift, men just du kan sitta på en viktig pusselbit. Så tveka inte att kontakta oss vid misstankar om oegentligheter.

.....

Just nu pågår ett viktigt förändringsarbete av upphandlingsreglerna. Jag tänker givetvis på de nya regler som vi räknar med att få till halvårsskiftet i år. Det är många förändringar som då träder ikraft, men jag avser idag att fokusera på rättsmedelsaspekterna. Det har ju länge varit så att Konkurrensverkets tillsyn över den offentliga upphandlingen inte kunnat backas upp med adekvata rättsmedel.

Från halvårsskiftet får Konkurrensverket betydligt bättre möjligheter att ta itu med upphandlande enheter som väljer att inte följa de lagar och regler som finns för hur våra gemensamma resurser ska användas.

En lagrådsremiss på närmare 400 sidor kom från regeringen strax före jul. En proposition ska, enligt planerna, komma den 23 mars. Riksdagen ska sedan fatta beslut senare i vår. Och den 1 juli i år ska förändringarna i LOU och LUF vara i kraft. Förändringarna är en följd av ett EU-direktiv som nu införlivas i svensk lagstiftning.

Men det är inte bara för att rätta sig efter EU som vi nu får möjlighet att ta i hårdare mot lagtrotsare och lagbrytare. Det är orimligt att ha ett regelverk som det idag, där den som kanske gör sitt yttersta för att göra allting rätt och riktigt i en upphandling – men råkar göra någon miss med en mindre detalj kan drabbas av överprövning och står inför risken att få göra om hela upphandlingen från början med allt vad det innebär av kostnader och besvär av olika slag. Och detta samtidigt som en annan flermiljonaffär genomförs som en otillåten direktupphandling och de ansvariga inte riskerar någon annan påföljd än att – möjligen – få skämmas lite om det kommer fram i medierna.

Det är därför bra att vi nu får ett regelverk som ska förhindra felaktiga och otillåtna upphandlingar. Jag vet att de allra flesta upphandlingar följer alla de regler som finns på området. Men i de fall det förekommer slarv, oförstånd eller dumdristighet så får vi nu en möjlighet att ingripa. Bara kunskapen om att det nu finns möjlighet till påföljd kommer förhoppningsvis att vara självsanerande i sig.

I går var statsrådet Mats Odell här, och han menade bland annat att vi nu kommer att kunna göra bättre offentliga upphandlingar med de nya reglerna. Jag delar hans uppfattning. De nya reglerna kommer att leda till färre otillåtna direktupphandlingar, och därmed kommer fler affärer att konkurrensutsättas och kontrakt skrivas med de leverantörer som ger bäst villkor.

.....

Jag ska inte dra detaljerna i de förslag som presenterats i lagrådsremissen, men i korthet handlar det bland annat om följande:

- Det blir möjligt för förvaltningsdomstol att döma ut marknadsskadeavgift (böter) för den upphandlande myndighet som till exempel gjort en otillåten direktupphandling. Marknadsskadeavgiften föreslås vara lägst 10 000 kronor och högst 10 miljoner kronor, men samtidigt högst 10 procent av kontraktsvärdet. Detta ska förmå fler att avstå från till exempel otillåtna direktupphandlingar.

- En avtalsspärr införs som innebär att inget tilldelningsbeslut kan leda till avtal innan det gått en tidsfrist om 10 eller 15 dagar. Detta för att stärka rättsäkerheten och skapa möjlighet för överprövning. Om den upphandlande myndigheten eller enheten bryter mot denna avtalsspärr kan man också åläggas att betala en marknadsskadeavgift.
- En förvaltningsdomstol ska kunna ogiltigförklara ett avtal som ingåtts utan att upphandlingen annonserats. Denna regel har kommit till för att sätta stopp för otillåtna direkttilldelningar.

Detta är en tuff regel som kan komma att slå hårt. Upphandlande myndigheter och enheter – liksom leverantörer – kan komma att drabbas hårt om det träffat otillåtna avtal som i efterhand förklaras ogiltiga av domstol. Och ogiltighetsförklaringen kan ju komma efter att leveranser har inletts.

Räkna med att leverantörer i fortsättningen kan komma att kräva annonsering och upphandlingsförfarande innan de skriver på avtal.

- Den upphandlande myndigheten får uppgiften att begära in vissa intyg som leverantören i dag ska ta fram. Detta ska underlätta för små och medelstora företag.
- Så kallad konkurrenspräglad dialog – ett helt nytt upphandlingsförfarande – införs. Tanken är att mer komplicerade upphandlingar ska kunna tillämpa detta.
- Nuvarande gräns för "lågt värde" för direktupphandlingar kan variera mellan olika upphandlande myndigheter. Nu föreslås ett fast belopp på cirka 287 000 kronor enligt LOU och 577 000 kronor enligt LUF. Detta ska sätta stopp för godtycke och skapa tydlighet i alla upphandlingar.

I det här sammanhanget kan det vara på sin plats att nämna att det som kallas otillåten direktupphandling inte enbart är sådana upphandlingar som gjorts utan annonsering till belopp som ligger över det som fastställts som "lågt värde". En otillåten upphandling kan också vara att man delar upp inköp i mindre delar med avsikten att komma under gränsen för lågt värde. Det kan också handla om att man förlänger ingångna avtal utan att det fanns en sådan option, eller att man fullföljer en upphandling trots att en domstol har beslutat att den ska rättas eller göras om. Att använda sig av en annan myndighets ramavtal är inte heller tillåtet om man inte själv är part i avtalet, liksom att avropa varor och tjänster som inte omfattas av ramavtalet.

Som tillsynsmyndighet kommer Konkurrensverket att få en delvis förändrad roll i och med den nya lagstiftningen. Hittills har vårt mandat sträckt sig till att påtala

om ett visst agerande varit förenligt med upphandlingsreglerna eller inte. Ibland har de som fått detta påtalat för sig också rättat sig efter våra beslut. I andra fall har man struntat i våra beslut och fortsatt som tidigare. I fortsättningen kommer vi att kunna ta de som genomför olagliga upphandlingar till domstol och kräva att det döms ut en marknadsskadeavgift.

I Sverige annonseras och genomförs drygt 4 000 offentliga upphandlingar över tröskelvärdena årligen. Ytterligare tusentals offentliga upphandlingar under tröskelvärdena annonseras också. Antalet direktupphandlingar som genomförs utan annonsering har vi ingen tillförlitlig statistik på. Hur många av alla dessa direktupphandlingar som är otillåtna vet vi inte heller. Det ligger i sakens natur att de som vet med sig att en upphandling är genomförd utan en föregående annonsering – trots att reglerna föreskriver detta – inte söker publicitet om detta.

Från Konkurrensverket kommer vi inte att kunna ta alla otillåtna direktupphandlingar till domstol. Vi kommer att behöva prioritera. Av den prioriteringspolicy som Konkurrensverket nyligen lagt fast framgår att vi i vårt arbete kommer att väga in följande tre faktorer:

- Hur allvarligt problemet eller företeelsen är.
- Hur viktigt det är att få ett vägledande avgörande.
- Om någon annan myndighet eller aktör är bättre lämpad att agera i frågan eller om den bättre tas om hand med hjälp av ett annat regelverk.

Hela policyn finns att läsa på vår webbplats, och den gäller såväl för upphandlingsfrågor som för alla andra typer av ärenden som vi hanterar.

Vi kommer alltså att rikta in oss på de mest allvarliga och de största ärendena som omfattar mycket pengar eller många medborgare. I våra prioriteringar kommer vi att väga in till exempel vilka negativa effekter ett agerande har för konsumenterna och det allmänna. Vi ser särskilt allvarligt på vissa typer av beteenden, till exempel samverkan om priser, begränsning av marknader, marknadsdelning, utestängande dominansmissbruk och otillåtna direktupphandlingar. Dessutom kommer vi att prioritera sådan konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet som strider både mot konkurrenslagen och mot annan lag eller där man blandat ihop myndighetsutövning och säljverksamhet.

Om vi märker att ett visst beteende upprepas från en upphandlande myndighet eller enhet kan frågan vara värd att prioriteras. Ett exempel på upphandlingsområdet är organisationer eller myndigheter som omfattas av upphandlingsreglerna, men som konsekvent låter bli att följa dessa.

Vi kommer också att rikta in oss på principiellt viktiga ärenden där det är viktigt att få fram domstolsbeslut och rättspraxis. Det kan till exempel gälla problem som i sig kanske är litet, men som är mycket vanligt förekommande, och där det därför kan vara viktigt med vägledning i form av rättspraxis.

Det kan vara på sin plats att poängtera att Konkurrensverket efter att de nya reglerna trätt i kraft inte omedelbart kommer att kunna gå till domstol. De föreslagna reglerna anger nämligen att vi måste vänta in alla eventuella överprövningar från leverantörer innan Konkurrensverket kan ansöka om marknadsskadeavgift. Leverantörerna har som huvudregel sex månader på sig från avtalstidpunkten att få en direktupphandling prövad i domstol. Först efter att denna tidsfrist löpt ut kan vi gå till domstol.

Men det innebär inte att vi kommer att sitta med armarna i kors fram till dess. Vi håller som bäst på att bygga upp en organisation inom Konkurrensverket för att hantera de nya möjligheterna som lagändringarna ger oss. Just nu annonserar vi efter erfarna jurister till vår juridiska avdelning som kan upphandlingslagstiftning och som ska hjälpa oss att driva processer i domstol. När det är dags att tillämpa de nya reglerna efter halvårsskiftet kommer vi att vara beredda att göra det.

En fråga som många givetvis ställer sig är hur hög marknadsskadeavgiften kommer att bli om ett ärende kommer så långt som till domstol. För det första är det värt att påpeka att det i vad som kallas "ringa fall" inte ska dömas ut någon marknadsskadeavgift alls. Men i de allvarliga fallen ska marknadsskadeavgift dömas ut. Här är det viktigt att se till att böterna blir så höga att de har avsedd effekt. Syftet med böter är i min värld inte främst att straffa felaktigt beteende, utan att på bredare front signalera att det lönar sig att följa reglerna. Detta åstadkommer man genom att de som omfattas av reglerna upplever att bara hotet att kunna drabbas av böter verkar förbyggande, både i det enskilda fallet och mer allmänpreventivt. Att lägga böter/marknadsskadeavgifter på en så låg nivå att de kan räknas in i en kalkyl, eller att de blir enbart av symbolisk betydelse, är inte verkningsfullt och inte alls syftet med den nya lagstiftningen.

Som jag ser det är det viktigt att vi i de allvarligare fallen snabbt kan få domstolar att döma ut böter på en effektiv nivå. En utgångspunkt när våra krav på marknadsskadeavgifter läggs fram till domstolen bör vara själva kontraktsvärdet i upphandlingen. Därutöver anser vi att upprepade överträdelser är försvårande. Direktupphandlingar som genomförts stick i stäv mot beslut från domstol eller tillsynsmyndighet kan också anses mer allvarliga än andra överträdelser. Samma sak om korruption eller annan liknande otillbörlig påverkan förekommit vid den olagliga upphandlingen.

De närmare detaljerna hur vi kommer att arbeta med de nya möjligheter som förändringarna av upphandlingslagarna ger oss kommer vi att återkomma till längre fram. Jag vill påpeka att vi ännu inte har sett regeringens slutliga förslag,

som ju först kommer att framgå då den kommande propositionen till Riksdagen släpps.

De nya möjligheter som vi nu får med möjlighet att gå till domstol och kräva marknadsskadeavgift innebär delvis en ny roll för Konkurrensverket. Vår roll som tillsynsmyndighet stärks när vi nu också blir part vid domstolsprövningar. Därmed blir det än mer viktigt att betona att vi inte kan ge rådgivning, förhandsbesked eller liknande i enskilda fall.

Jag vill vara tydlig i detta avseende – de som vänder sig till oss med denna typ av frågor kommer att vänligt, men bestämt, hänvisas till andra källor för sådan rådgivning. Vi kommer i enlighet med vår instruktion att fortsätta att ge generell vägledning om rättsläget – och avsikten är att ytterligare utveckla metoderna för detta. Detta arbetssätt är nödvändigt då vi ju med de nya reglerna kan komma att ta ställning i ett kommande tillsynsärende, och då är det minst sagt olämpligt om vi kan uppfattas att ha gett besked på ett tidigare preliminärt stadium. Dessutom bör vi som statlig myndighet med ansvar för den nya regeln mot konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet (konkurrenslagen, KL 3:27), givetvis inte otillbörligt konkurrera med privata näringsidkare på detta område.

Det finns många instanser som är bättre lämpade att ge enskilda råd inför upphandlingar. Jag kan till exempel nämna SKL (Sveriges kommuner och landsting) och alla de fristående konsulter och jurister som finns på detta område. Även Kammarkollegiet och Tillväxtverket kommer att ha roller i detta sammanhang.

Vi kommer från Konkurrensverket att göra vad vi kan för att sprida information om de nya reglerna. På vår hemsida, via konferenser av den här typen, och på många andra sätt ska vi framöver berätta mer om hur vi kommer att arbeta och om det aktuella rättsläget. För er upphandlare, liksom för alla leverantörer av varor och tjänster, är det av största vikt att veta hur vi tillämpar reglerna i fortsättningen. Vårt fokus kommer att ligga på att lagarna tillämpas på rätt sätt. Vi kommer inte att föra upphandlares eller leverantörers talan, utan vi kommer att agera utifrån lagstiftningen och vad som bäst främjar det allmänna – det som gynnar oss skattebetalare.

Jag tror det vore bra om alla offentliga beslutsfattare på olika nivåer funderade över vilka avtal man har idag med olika leverantörer. Det gäller givetvis särskilt de inköp man står inför framöver. Kontrollera gärna om det finns eventuella direktupphandlingar som ni tycker känns tveksamma. Se till att era arbetsgivare inte gör misstaget att direktupphandla något som man inte får. Det finns tid att rätta till eventuella felaktigheter innan de nya sanktionsreglerna träder i kraft.

.....

En fråga som varit aktuell under hösten är om, och i så fall hur, man i en offentlig upphandling kan ställa krav på djurskydd, miljö och liknande krav. Vi på Konkurrensverket har fått viss kritik för att vi skulle hindra kommuner från att köpa in kött från glada grisar till skolmatsalar. Inget kan vara mer fel. Men samtidigt ingår det i vårt uppdrag att verka för att inköpen ska gå till på rätt sätt.

Det är just genom att ställa hårda krav på leverantörer som vi kan få fram nya produkter av högre kvalitet. Och det går – med dagens regler – att ställa höga krav på kvalitet, till exempel miljökrav eller krav på hur kött har producerats, utan att bryta mot upphandlingsreglerna. Jag har den största förståelse och respekt för de kommuner som vill köpa in de bästa råvarorna till den mat som serveras i skolmatsalar eller på äldreboenden. Sådant engagemang ska uppmuntras.

Dessa frågor kommer att behandlas i mer detalj i ett senare seminarium idag.

.....

För ett år sedan fick vi lagen om valfrihetssystem, LOV. Med stöd av den ska kommuner och landsting lättare kunna genomföra valfrihet för medborgarna när det gäller vård i hemmet, fotvård, sjukgymnastik och en lång rad andra tjänster. De företag som uppfyller kraven på kvalitet m.m. ingår i systemet, och sen kan brukarna själva välja vem som ska utföra tjänsterna.

Nu från årsskiftet är valfriheten obligatorisk inom primärvården. Det innebär att vi medborgare har möjlighet att välja till vilken husläkare eller vårdcentral vi vill gå om vi behöver hjälp. Alla landsting är inte riktigt klara ännu, men inom kort ska detta vara på plats överallt.

LOV och vårdvalet innebär en hel del förändringar. I stället för att som tidigare utföra verksamheter i egen regi, eller upphandla någon annan som utför tjänsterna, så ska nu brukarna själva välja bland de vårdgivare eller utförare som är godkända.

Regeringen har också föreslagit att det ska bli valfrihet inom vissa verksamheter som Arbetsförmedlingen utför i dag. Även för dessa verksamheter ska LOV, lagen om valfrihetssystem, gälla. Konkurrensverket föreslås bli tillsynsmyndighet även för den verksamheten.

.....

Under våren har regeringen lovat att komma med förslag om regler som gör det möjligt för kommuner och myndigheter att i vissa fall göra inköp från egna bolag utan att använda sig av upphandlingsförfarande. Jag har förståelse för att denna möjlighet kan förefalla rimlig. Men samtidigt vill jag understryka att det förslag

som regeringen hittills presenterat inte automatiskt innebär undantag från upphandlingsreglerna för alla inköp från egna bolag. Det måste, även om förslagen genomförs, avgöras från fall till fall om ett inköp kan ske under detta undantag från huvudregeln, det vill säga att upphandling ska ske.

I och med Regeringsrättens så kallade SYSAV-domar för cirka två år sedan har det varit helt förbjudet för kommuner och andra myndigheter att köpa varor och tjänster från egna bolag utan upphandling.

De kommande reglerna måste, enligt min mening, vara utformade på ett sådant sätt att de inte kan missbrukas. Bevisbördan, om undantagsregeln får användas eller inte, ligger enligt EU-domstolens praxis hos den som gör inköpen. Jag har stora förhoppningar att den utredning som just nu tittar på hur den här frågan ska lösas på lång sikt ska komma fram till ett bra resultat.

.....

Jag vill avsluta med att upprepa att Konkurrensverkets tillsynsroll inom den offentliga upphandlingen står inför stora och viktiga förändringar. Dessa är i grunden positiva då de innebär att vikten av att följa det gemensamma regelverket uppgraderas. Detta i sin tur bör ha positiva återspeglings på alla er duktiga upphandlare genom att det framöver blir allt mer strategiskt att se den goda affären och att följa de regler där ni sitter på expertisen i era respektive organisationer.

Sist, men viktigast: Jag är övertygad om att ett ökat fokus på den offentliga upphandlingens centrala roll för ekonomin är till nytta för marknadernas funktion, för konkurrensen och för oss skattebetalare som står för notan.

Det är min förhoppning att detta regimskifte kommer att ske på ett ansvarsfullt sätt från alla parter och att den inneboende spänning som ligger i att det framöver kan bli fråga om domstolsprövning inte tillåts att på ett negativt sätt frånta oss möjligheterna till fortsatt konstruktiv debatt och vidareutveckling inom detta för statsfinanserna viktiga område.

./.