

Finansdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

### **Statskontorets rapport 2004:24 – Bättre konkurrens med kommunala bussbolag? En utvärdering av försökslagen inom busslinjetrafiken**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i skrivelse daterad den 1 oktober 2004 av Finansdepartementet uppmanats att yttra sig över rubricerad rapport. NOU begränsar sitt yttrande till de aspekter i rapporten som berör lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

NOU, som inte har tillsyn över konkurrensen på den svenska marknaden, yttrar sig inte över huruvida den rubricerade försökslagen bör permanentas, utvidgas eller avskaffas.

För det fall lagen skulle permanentas, vill dock NOU uppmärksamma regeringen på att det är av stor vikt att de bolag som är verksamma på de aktuella marknaderna tillåts tävla på lika villkor. Av Statskontorets rapport framgår att det inte är möjligt att konstatera att så skett vad avser de bolag som tillämpat försökslagen.

NOU anser att de åtgärder Statskontoret föreslår vad gäller redovisning och uppföljning i det fall lagen förlängs eller permanentas är en nödvändig förutsättning för att säkerställa att konkurrensen gentemot privata anbudsgivare inte snedvrids då offentlighetsliga organ lämnar anbud i ett förfarande för offentlig upphandling.

#### **Omfattningen av LOU**

LOU och de bakomliggande direktiven syftar inte till att öka konkurrensen mellan aktörer på den ekonomiska marknaden i sig. Sådana hänsyn omfattas av reglerna i konkurrenslagen (1993:20), över vilken Konkurrensverket har tillsyn. I 1 kap. 4 § LOU anges att upphandlande enheter vid offentlig upphandling skall utnyttja *befintlig* konkurrens, men alltså inte verka för en ökad sådan. Det arbetet faller istället på Konkurrensverket.

Andrea Sundstrand

I Statskontorets rapport anges inte att undantaget i försökslagen för kommunala bussbolag från självkostnadsprincipen och lokaliseringsprincipen i kommunallagen (1991:900) innebär att trafikhuvudmännen vid upphandling av olika typer av busstransporter skall göra något avsteg från LOU. Då kommunalägda bolags möjligheter att konkurrera med privata bolag på en annan marknad än sin egen inte i sig påverkar tillämpningen av lagstiftningen om offentlig upphandling, har NOU från upphandlingssynpunkt inget att erinra mot att försökslagen permanentas.

### Lika villkor?

LOU och de EG-direktiv om offentlig upphandling som lagen bygger på<sup>1</sup> syftar dels till att skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och som önskar erbjuda varor eller tjänster till de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat, dels till att undanröja risken för såväl att nationella anbudsgivare ges företräde vid tilldelning av kontrakt som att en upphandlande enhet låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska<sup>2</sup>.

NOU vill här uppmärksamma regeringen på att det nya direktivet om offentlig upphandling för den klassiska sektorn särskilt betonar att i de fall ett offentligt organ lämnar ett anbud i ett förfarande för offentlig upphandling, bör medlemsstaterna se till att konkurrensen gentemot privata anbudsgivare inte snedvrids.<sup>3</sup>

Av Statskontorets rapport framgår att de fyra bussbolag som tillämpat försökslagen inte följt reglerna i lagen vad avser särredovisning av den konkurrensutsatta verksamheten. Det är därför inte möjligt vare sig för kommunerna själva eller för utomstående att kontrollera huruvida korssubventioneringar eller otillåtna statsstöd har förekommit. Detta är naturligtvis extra allvarligt när de kommunala bolagen konkurrerar med privata bolag. Bara risken för att tveksamheter kan uppstå vad gäller frågan om offentligt understödda bolag konkurrerar ut privata med stöd av olagliga ekonomiska bidrag skadar den upphandlande enhet som genomför en upphandling i form av minskat förtroende med färre anbud i upphandlingen som följd och en ökad risk för överprövning av upphandlingsförfarandet.

---

<sup>1</sup> Direktiv 92/50/EEG, 93/36/EEG, 93/37/EEG och 93/38/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, respektive offentlig upphandling av varor, offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten samt upphandling inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, på vilka LOU bygger. Dessa direktiv har den 30 april 2004 ersatts av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, varor och tjänster och av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling inom vatten-, energi-, transport- och posttjänstsektorerna.

<sup>2</sup> Se bl.a. de förenade målen C-285/99 och C-286/99, *Impresa Lombardini mot ANAS*, dom av den 27 november 2001, punkt 36 eller mål C-380/98 *The Queen och H.M. Treasury ex parte The University of Cambridge* (2000), REG I-8035, punkterna 16 – 17.

<sup>3</sup> P. 4 i ingressen till av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, varor och tjänster.

Andrea Sundstrand

NOU anser att införandet av de åtgärder Statskontoret föreslår vad gäller redovisning och uppföljning i det fall lagen förlängs eller permanentas är en nödvändig förutsättning för att säkerställa att konkurrensen gentemot privata anbudsgivare inte snedvrids då offentligrättsliga organ lämnar in ett anbud i ett förfarande för offentlig upphandling. Det "smörgåsbord" som Statskontoret dukar upp avseende vilka åtgärder de upphandlande enheterna kan vidta för att öka konkurrensen är tillämpligt vid all upphandling av kapitalintensiv verksamhet.

NOU vill även betona att det i EG-rätten hävdas att varje åtgärd, oavsett om den är avtalsgrundad eller ensidig, varigenom en offentlig enhet anförtror tredje man genomförandet av en ekonomisk verksamhet, skall undersökas i ljuset av fördragets bestämmelser och principer, framför allt när det gäller etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster (artiklarna 43 och 49 i EG-fördraget). Vad som sagts gäller bl.a. principerna om insyn, likabehandling, proportionalitet och ömsesidigt erkännande<sup>4</sup>.

## Övriga synpunkter

### *Dålig uppföljning*

I rapporten konstaterar Statskontoret på ett flertal ställen att uppföljningen av ingångna avtal varit bristfällig. NOU vill ta tillfället i akt och påpeka att uppföljning av ingångna avtal är av mycket stor betydelse. De upphandlande enheterna kan dra slutsatser av sitt agerande inför nästa upphandling och kontrollera att det som upphandlats verkligen är det som behövs och som åsyftats i förfrågningsunderlaget. På samma gång säkerställs att den antagne leverantören lever upp till de krav han sagt sig kunna uppfylla. Särskilt allvarligt är om en upphandlande enhet inte upptäcker eller åtgärdar de fall när en anbudsgivare sagt sig kunna uppfylla vissa långtgående krav, vilka det senare visar sig att han i praktiken inte uppfyller. Sådana långtgående krav kan ha inneburit att andra anbudsgivare förlorat upphandlingsförfarandet eller helt avstått från att lämna anbud. Det är inte heller avsikten att en myndighet skall betala för bättre kvalitet än den som levereras eller nöja sig med sämre prestationer än de som efterfrågats i förfrågningsunderlaget och avtalats i kontraktet.

### *Oproportionella krav*

På några ställen i rapporten framkommer att vissa trafikhuvudmän ställer mycket långtgående krav på t.ex. färg och utrustning på de bussar som ska användas i trafiken. På ett annat ställe anges att trafikhuvudmännen reglerar hur vinsten för anbudsgivaren ska fördelas. Statskontoret påpekar att detta är ett problem för de mindre anbudsgivarna.

---

<sup>4</sup> Se Europeiska kommissionens Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner, sid. 5.

Andrea Sundstrand

Varje krav i en offentlig upphandling har ett pris och innebär en extra kostnad för kommuninnevånarna. Mest allvarligt är ändå att de upphandlande enheterna genom att ställa alltför långtgående krav försvarar för små och medelstora bolag att lämna anbud. Sådana krav kan även innebära att de upphandlande enheterna bryter mot proportionalitetsprincipen.

#### *Kompetensen hos de upphandlande enheterna*

Statskontoret påpekar vikten av hög kompetens hos de upphandlande enheterna. NOU delar Statskontorets syn. Utbildning i regelverket för de personer som genomför offentliga upphandlingar är viktig. Samtidigt, vilket framgår av rapporten, är det också betydelsefullt att dessa personer känner till och förstår den marknad på vilken upphandlingarna sker. Det i rapporten redovisade ökade informationsutbudet och gemensamma dialogen mellan parterna ser NOU som en bra utveckling av den offentliga upphandlingen, så länge detta sker inom ramen för tillåten teknisk dialog, före det att en upphandling påbörjats samt att dialogen sker på objektiva grunder utan att någon av leverantörerna ges otillbörliga fördelar.

I det nya direktivet för den klassiska sektorn återfinns en ny upphandlingsform, konkurrenspräglad dialog, vilken möjliggör en diskussion mellan parterna även efter det att upphandlingen påbörjats, men inte efter det att anbuden lämnats in. Denna nya upphandlingsform, vilken förväntas införas i LOU, kan vara till hjälp för att förtydliga den upphandlande enhetens behov och anbudsgivarens möjligheter att uppfylla dessa, till nytta för bägge parter.

---

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 21 januari 2005, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, chefsjuristen Hans Ekman, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur.kand. Andrea Sundstrand. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Andrea Sundstrand