

Kristian Pedersen

DATUM
2005-04-12
ERT DATUM
2005-02-04

DIARIENR
2005/0028-22
ER BETECKNING
N2004/10314/NL

1 (3)

Näringsdepartementet
Näringslivsenheten
103 33 STOCKHOLM

Remissyttrande över SOU 2004:131 Konkurrensbrott – En lagstiftningsmodell

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar, med stöd av 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), tillsyn över den offentliga upphandlingen.

NOU begränsar sitt remissyttrande till de frågor som har beröring med offentlig upphandling.

Kort om uteslutning av leverantörer

Vid öppen upphandling och förenklad upphandling är huvudregeln att alla leverantörer har rätt att delta. På motsvarande sätt har alla leverantörer rätt att ansöka om att få lämna anbud vid selektiv upphandling, förhandlad upphandling och urvalsupphandling. Av 1 kap. 17 § 1 st. LOU framgår dock att en leverantör kan uteslutas från deltagande i upphandling om vissa förutsättningar (uteslutningsgrunder) är för handen. Så är bl.a. fallet om leverantören är dömd för brott avseende yrkesutövningen enligt lagakraftvunnen dom, eller om han har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande enheten kan visa detta (punkterna 3 och 4 i ovan nämnda lagrum). Tillämpningsområdet för dessa två uteslutningsgrunder är till viss del överlappande, eftersom ett brott avseende yrkesutövningen i flertalet fall även torde utgöra ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Bevisbördan för att leverantören på ett allvarligt sätt brustit i sin yrkesutövning åvilar den upphandlande enheten.

LOU och en kriminalisering av överträdelser av bestämmelserna i 6 § konkurrenslagen och artikel 81 i EG-fördraget

NOU anser att en effektiv och långsiktigt trovärdig offentlig upphandling, utöver tydliga upphandlingsregler med effektiva sanktioner mot dem som

Kristian Pedersen

åsidosätter reglerna, är beroende av väl fungerande marknader med rättvis och effektiv konkurrens mellan olika leverantörer. Detta förutsätter såväl tydliga och effektiva konkurrensregler, som en effektiv övervakning och lagföring av överträdelser av konkurrensreglerna. NOU anser det särskilt betydelsefullt att regelsystemet utformas så att anbudskarteller kan avslöjas och beivras. Det kan dock, enligt NOU:s mening, ifrågasättas om en kriminalisering av den typ som utredningen haft i uppdrag att föreslå är en effektiv metod för att uppnå detta.

NOU noterar att utredningen i betänkandets konsekvensanalys (kapitel 10 Konsekvenser av förslagen) pekar på flera negativa konsekvenser av en kriminalisering av överträdelser av bestämmelserna i 6 § konkurrenslagen (KL) och artikel 81 i EG-fördraget. Bland dessa nämns bl.a. att effekten av det svenska programmet för eftergift och nedsättning av konkurrens-skadeavgift (det s.k. leniencyssystemet) till stor del kommer att gå förlorad om en kriminalisering genomförs, och att Sveriges möjligheter att få del av uppgifter inom nätverkssamarbetet med EG-kommissionen och de andra medlemsstaternas konkurrensmyndigheter kommer att begränsas. NOU noterar också att sakkunnige Nils Wahl och experten Ylva Qvarnström i särskilda yttranden framför kritik av sådan dignitet att det närmast får uppfattas som att de avstyrker utredningens förslag. Nils Wahl anser t.ex. att det "... vore förödande för konkurrensövervakningen i Sverige om Utredningens förslag kom att genomföras." Även experten Anders Stenlund betonar i sitt särskilda yttrande de problem som skulle uppstå om en kriminalisering genomfördes. NOU noterar även att utredningens sekreterare advokaten Per Karlsson i en artikel i Dagens Industri den 21 februari 2005 ställt sig tveksam till en kriminalisering och uttryckt att en sådan till och med skulle kunna visa sig vara kontraproduktiv.

NOU vill mot denna bakgrund anföra följande. En kriminalisering av överträdelser av bestämmelserna i 6 § KL och artikel 81 i EG-fördraget skulle inte heller tillföra den offentliga upphandlingen några väsentliga fördelar. En upphandlande enhet som vill utesluta en leverantör från en upphandling för att denne överträtt bestämmelserna i KL eller EG-fördraget kan enligt NOU:s mening redan idag göra detta, eftersom en sådan överträdelse får anses utgöra allvarligt fel i yrkesutövningen i den mening som avses i 1 kap. 17 § 1 st. 4 p. LOU. Detta torde för övrigt inte endast gälla överträdelser av 6 § KL eller artikel 81 i EG-fördraget utan även överträdelser av andra konkurrensrättsliga bestämmelser såsom förbuden mot missbruk av dominerande ställning i 19 § KL och artikel 82 i EG-fördraget. En kriminalisering skulle därför i praktiken inte innebära utökade möjligheter för upphandlande enheter att utesluta leverantörer som överträtt bestämmelserna i KL eller EG-fördraget. Att avvakta en lagakraftvunnen

Kristian Pedersen

dom för uteslutning enligt 1 kap. 17 § 1 st. 3 p. LOU innebär oftast att en uteslutning kan ske först långt efter den begångna överträdelsen.

NOU kan inte heller se att en kriminalisering som den föreslagna skulle gagna den offentliga upphandlingen i något annat avseende. NOU anser tvärtom att de försämrade möjligheter att upptäcka anbudskarteller, vilka kan befaras bli en följd av att det s.k. leniencyssystemet sätts ur spel, på sikt kan komma att påverka den offentliga upphandlingen negativt.

Mot bakgrund av de problem som den föreslagna kriminaliseringen skulle medföra och då den inte skulle innebära några fördelar för den offentliga upphandlingen avstyrker NOU utredningens förslag till kriminalisering av överträdelser av bestämmelserna i 6 § konkurrenslagen och artikel 81 i EG-fördraget.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 12 april 2005 i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, chefsjuristen Hans Ekman, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, verkställande direktören Merit Israelsson, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Kristian Pedersen. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Kristian Pedersen