

Näringsdepartementet
103 33 STOCKHOLM

Remiss av Konkurrensverkets skrifter angående lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling samt av Näringsdepartementets promemoria Gruppundantagens rättsliga ställning

Nämnden för offentlig upphandling (NOU), som med stöd av 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen, har anmodats att inkomma med yttrande över rubricerade skrift och promemoria.

Sammanfattning

NOU har alltsedan mitten av 1990-talet förordat – och förordar alltjämt – att lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling upphävs och att tillsynen på upphandlingsområdet förbättras genom att införa sanktioner och möjligheter för tillsynsmyndigheten att väcka talan rörande tillämpning av LOU vid domstol.

NOU har ingen erinran mot vad som föreslås i Näringsdepartementets promemoria Gruppundantagens rättsliga ställning.

1. Lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling (LIU)

Förslaget

- 1.1. Konkurrensverket föreslår att LIU omgående bör upphävas. Verket bedömer att lagen inte är ändamålsenlig, bl.a. eftersom den har mycket begränsad räckvidd samt är komplicerad och oklar på flera punkter. Lagens oklarheter och ineffektiva sanktionssystem anses vara en viktig förklaring till att mycket få klagomål kommit in till verket och att inget av dessa föranlett ett ingripande. Konkurrensverket anser istället att tillsynen

på upphandlingsområdet bör förbättras genom att det införs sanktioner och möjligheter för tillsynsmyndigheten att väcka talan rörande tillämpning av LOU vid domstol.

Bakgrund

- 1.2. Tanken att upphäva LIU och att ge tillsynsmyndigheten talerätt vid domstol är inte ny. Frågorna har behandlats i ett flertal utredningar och rapporter alltsedan mitten av 1990-talet. NOU har såväl vid dessa tillfällen som i andra sammanhang framhållit det som Konkurrensverket nu anför i sin skrivelse.
- 1.3. LOU infördes 1993 och samma år bildades NOU. I prop. 1992/93:88 betonades särskilt att talerätt för tillsynsmyndigheten inte ansågs lämpligt inledningsvis, men att behovet av sådan senare skulle övervägas.
- 1.4. LIU infördes 1994. NOU anförde i sitt remissvar till utredningen som föregick lagförslaget att en sådan reglering borde inordnas i LOU.
- 1.5. NOU framhöll 1995 i en skrivelse till regeringen att det krävdes nya rättsmedel för att effektivare komma till rätta med åsidosättande av upphandlingsreglerna. Det borde bl.a. göras möjligt att ingripa mot otillåtna direktupphandlingar och andra allvarliga beteenden, så som förlängning och omförhandling av avtal och bibehållande av avtal som löper tills vidare utan någon konkurrensutsättning. NOU påtalade, att även frågan om fastställande av vilka organisationer som är upphandlande enheter borde utredas.
- 1.6. I Riksdagens revisorers rapport 1997/98:3, Offentlig upphandling, föreslogs bl.a. att LOU och LIU skulle sammanföras till en lag så att alla aspekter på upphandlingsförfaranden täcks av samma lag, att rättsmedel skulle skapas som i praktiken möjliggör ingripande i de fall när upphandlingsreglerna åsidosätts, t.ex. otillåten direktupphandling, otillåten förlängning av avtal eller bristande annonsering samt att NOU och branschorganisationer skulle ges talerätt i domstol, i vart fall såvitt avser överprövning. I sitt remissvar i februari 1998 tillstyrkte NOU dessa förslag.
- 1.7. NOU uppmärksammade 1999 regeringen på att vissa kommunala bolag inte ansåg sig vara upphandlande enheter i LOU: s mening trots att NOU ansåg detta. I skrivelsen framhöll NOU sitt behov av att kunna identifiera tillsynsobjekt och att kunna utöva en effektiv tillsyn över de organisationer som omfattas av LOU. NOU erinrade även om att Sveriges internationella åtaganden kräver att de upphandlande enheterna kan identifieras.
- 1.8. I Upphandlingskommitténs delbetänkande Effektivare offentlig upphandling – för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt (SOU 1999:139) föreslogs bl.a. att LOU borde förse med ett förstärkt sanktionssystem och att till-

synsmyndigheten borde ges ökade befogenheter, framför allt talerätt i överprövnings- och marknadsskademål. NOU tillstyrkte ånyo dessa förslag i sitt remissvar den 10 mars 2000.

- 1.9. NOU yttrade sig den 28 augusti 2001 över Upphandlingsutredningens slutbetänkande "Mera värde för pengarna" (SOU 2001:31). NOU framhöll särskilt vikten av skyndsamma åtgärder vad gäller tillsynsmyndighetens organisation och befogenheter. Likaså framhöll NOU att frågan om de i delbetänkandet föreslagna nya sanktionsformerna marknadsskadeavgift och vite var brådskande att lösa.
- 1.10. I sitt yttrande den 17 februari 2005 över Tillsynsutredningens slutbetänkande Tillsyn – förslag om en tydligare och effektivare offentlig upphandling (SOU 2004:100) framhöll NOU likaså att bristen på effektiva sanktioner har försvårat en effektiv tillsyn.
- 1.11. Den 9 maj 2006 uppmärksammade NOU ånyo regeringen på att vissa kommunala och statliga bolag inte anser sig vara upphandlande enheter enligt LOU och därmed enligt nämndens bedömning bryter mot svensk lag och vid upphandlingar över tröskelvärdena även mot EG:s upphandlingsdirektiv.
- 1.12. Frågorna om att upphäva LIU och att införa effektiva sanktioner och talerätt för tillsynsmyndigheten har tagits upp vid flera tillfällen än de ovan nämnda. Frågorna har som framgår ovan utretts flera gånger under de senaste tolv åren. I inget fall har emellertid dessa utredningar och förslag lett till någon lagändring.

Överväganden

- 1.13. Den offentliga upphandlingen omsätter ca. 400 – 500 miljarder kronor per år. Upphandlingsmarknaden utgör därmed en väsentlig del av den totala svenska ekonomin. Under de senaste åren har antalet överprövningar vid förvaltningsdomstol ökat väsentligt. Trots detta framgår det av Konkurrensverkets skrivelse att verket under åren 2003 – 2007 endast haft nio skriftliga klagomål som rört LIU och att inget av dessa kunnat leda till ett ingripande. Det kan redan mot den bakgrunden inte råda någon tvekan om att LIU är en ineffektiv lag.
- 1.14. NOU har under hela sin 14-åriga verksamhetstid saknat talerätt vid domstol. Det har tvivelsutan försvårat dess möjligheter att verka för regelbunden och en effektiv upphandling. Eftersom NOU inte har kunnat få sina bedömningar rörande överträdelse av LOU prövade i domstol, har vissa upphandlande enheter struntat i dessa bedömningar. De mest flagranta exemplen rör bolag som i strid mot NOU:s bedömning inte anser sig vara upphandlande enheter, såsom exempelvis AB Svenska Spel och Framtidenkoncernen i Göteborg. Avsaknaden av talerätt gör att svenska staten genom sin tillsynsmyndighet inte kan fastställa 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).

- 1.15. Enligt NOU: s uppfattning är sålunda effektiva sanktioner och talerätt nödvändiga förutsättningar för att tillsynsverksamheten skall kunna bedrivas effektivt. Tillsynsmyndighetens talerätt får framför allt anses ha betydelse vid allvarigare överträdelse, främst frågeställningar som rör vilka juridiska personer som omfattas av LOU och vilka typer av transaktioner som är upphandlingspliktiga. Det mesta talar dock mot att tillsynsmyndigheten i någon större utsträckning verkligen skulle behöva tillgripa sin möjlighet att driva domstolsprocesser rörande överträdelse mot LOU. Tillsynsmyndigheten i Danmark – Konkurrencestyrelsen – har talerätt men behöver, såvitt NOU förstår, relativt sällan använda sig av denna möjlighet. Redan det förhållandet att tillsynsmyndigheten har talerätt synes istället medföra att upphandlande enheter visar större beredvillighet att följa dess bedömningar rörande enskilda regelöverträdelse.
- 1.16. Sammanfattningsvis vidhåller NOU sin uppfattning att LIU bör upphävas och att tillsynen bör förstärkas genom sanktioner och talerätt för tillsynsmyndigheten. Det senare kan med fördel utredas inom ramen för Sveriges ställningstagande till nya rättsmedelsdirektiv som förväntas bli antagna inom den närmaste tiden.

2. Gruppundantagens rättsliga ställning

Förslaget

- 2.1. Näringsdepartementet föreslår att bestämmelserna om gruppundantag bör behållas men att dessa bestämmelser, som idag finns i förordningar, bör ersättas med särskilda lagar till vilka konkurrenslagen hänvisar.

Överväganden

- 2.2. Förslaget att ersätta förordningarna om gruppundantag med lagar med samma innehåll har föranletts av att det har ifrågasatts huruvida regeringen enligt grundlagen haft kompetens att utfärda dessa förordningar. Förslaget berör inte direkt någon fråga som ligger inom NOU: s tillsynsansvar. NOU har ingen erinran mot förslaget.

Beslutet om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 23 augusti 2007, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, teknologie doktor Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingschefen Lisbeth Johnson, verkställande direktören Anna Lefevre Skjöldebrand och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze efter föredragning av jur. kand. Anders Svenson. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Anders Svenson