

Finansdepartementet

103 33 Stockholm

Remiss över ny upphandlingslag på försvars- och säkerhetsområdet (SOU 2010:13)

Fi 2010/1230/OFA/UR

Sammanfattning

Konkurrensverket utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen i Sverige. Konkurrensverket välkomnar en ny upphandlingslag på försvars och säkerhetsområdet.

Den nya lagen utgör en implementering av direktiv 2009/81/EG, om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG¹ och 2004/18/EG² (fortsättningsvis angiven som försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet). Lagen överensstämmer i stora delar med lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF).

Lagen har en rad särdrag som är unika för försvars- och säkerhets upphandlingar bl.a. upphandlande myndigheters möjlighet att ställa långtgående krav på informations säkerhet och försörjningstrygghet, vidare möjliggör den nya lagen att medlemsstaten eller den upphandlande myndigheten kan ålägga leverantören att tillämpa vissa delar av den föreslagna lagen eller att denne lägger ut viss del av kontraktet på underentreprenad.

¹ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet).

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det klassiska direktivet).

Konkurrensverket tillstyrker förslaget om att införa en ny upphandlingslag anpassad till de särskilda förhållanden som råder på försvars- och säkerhetsmarknaden. Konkurrensverket anser att det är viktigt att konkurrensutsätta all anskaffning av varor och tjänster. Konkurrensverket vill framhålla vikten av att de undantag som finns i författningsförslaget ska utnyttjas restriktivt för att inte syftet med regleringen ska gå förlorat.

Konkurrensverket delar utredningens bedömning att försvars- och säkerhetsupphandlingslagen så långt det är möjligt bör överensstämma med LOU och LUF. Detta under förutsättning att det inte är direkt olämpligt eller en avvikelse är påkallat utifrån försvars- och säkerhetsområdets speciella förutsättningar.

Det framgår varken av direktivet eller författningsförslaget vad som avses med begreppet underrättelseverksamhet. Konkurrensverket anser att det finns ett behov av att tydliggöra vilka aktiviteter som avses omfattas av begreppet.

Konkurrensverket tillstyrker förslaget om att införa upphandlingsförfarandet konkurrenspräglad dialog samt komplementen elektronisk auktion och inköpscentraler i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen. Konkurrensverket anser emellertid att lagen innehållsmässigt bör harmonisera med direktivet om detta inte är direkt olämpligt. Konkurrensverket föreslår därför att ett tillägg motsvarande artikel 27.3 tredje stycket bör föras in i lagen.

Med hänsyn till att det vid försvars- och säkerhetsupphandlingar ställs högre krav på leverantörer än i traditionella upphandlingar vad gäller sekretess, säkerhet och försörjningstrygghet, tillstyrker Konkurrensverket att bestämmelser avseende informationssäkerhet och försörjningstrygghet införs i lagen.

Bestämmelserna om underentreprenad väntas få positiva effekter för konkurrensen på försvars- och säkerhetsmarknaden genom att antalet leverantörer förväntas öka och bidra till ett ökat konkurrenstryck. Mot bakgrund av detta ställer sig Konkurrensverket positivt till införandet av bestämmelserna om underentreprenad och tillstyrker förslaget.

Konkurrensverket tillstyrker utredningens förslag om att införa en upphandlings-skadeavgift. Konkurrensverket är emellertid av den uppfattningen att ett takbelopp om tio miljoner kronor inte kan anses tillräckligt högt för att avhålla upphandlande myndigheter och enheter från att genomföra otillåtna direktupphandlingar, i synnerhet inte med tanke på de betydande kontraktsvärden det ofta är fråga om vid försvarsupphandling. Konkurrensverket anser att ett beloppsmässigt avgiftstak om tio miljoner kronor inte bör införas, utan förordar istället att upphandlings-skadeavgiften maximalt ska kunna uppgå till tio procent av kontraktsvärdet. Vidare anser Konkurrensverket att upphandlings-skadeavgift inte endast bör begränsas till att gälla för otillåtna direktupphandlingar utan även

omfatta andra allvarliga överträdelser än de som anges i förslaget, såsom domstolstrots.

Konkurrensverkets uppfattning är att ett av tillsynsmyndigheten meddelat föreläggande måste kunna förenas med möjlighet till vite för att det ska vara effektivt. Konkurrensverket avstyrker därför förslaget i denna del.

Konkurrensverket anser att det inte finns skäl att undanta försvarsupphandlingar från de möjligheter som ges enligt EU-rätten att beakta miljö- och sociala aspekter i samband med upphandling och fullgörande av kontrakt. Konkurrensverket tillstyrker förslaget. Konkurrensverket ifrågasätter emellertid lämpligheten av att införa en bestämmelse avseende miljömärken vid försvars- och säkerhetsupphandling, med hänsyn till att en sådan bestämmelse främst är anpassad för konsumentområdet och inte torde vara lämpad för försvars- och säkerhetsupphandlingar. Konkurrensverket avstyrker förslaget i denna del.

Konkurrensverket tillstyrker de förslag som inte särskilt kommenteras.

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

Införandet av försvars- och säkerhetsupphandlingslagen

Konkurrensverket tillstyrker förslaget om att införa en ny upphandlingslag anpassad till de särskilda förhållanden som råder på försvars- och säkerhetsmarknaden.

Konkurrensverket anser att det är viktigt att konkurrensutsätta all anskaffning av varor och tjänster. Konkurrensverket vill framhålla vikten av att de undantag som finns i författningsförslaget ska utnyttjas restriktivt för att inte syftet med regleringen ska gå förlorat.

Försvars och säkerhetsrelaterad upphandling uppgår årligen till stora belopp inom såväl EU som Sverige. Av regeringens skrivelse 2008/09:114 framgår att den totala försäljningen av svensk krigsmateriel såväl nationellt som internationellt för 2008 uppgick till 20,7 miljarder kronor. Det finns således ett behov av ett väl anpassat och fungerande regelverk som främjar en effektiv konkurrens inom försvars- och säkerhetsindustrin men som samtidigt tar om hand de specifika krav som är förknippade med denna typ av upphandling. Försvars- och säkerhetsrelaterad upphandling är av förklarliga skäl av mycket specifik karaktär då de ofta innehåller sekretessbelagd och känslig information. Det ställs därför högre och mer långtgående krav på att de leverantörer som deltar i en upphandling har kapacitet att hantera sekretessbelagd information. Inte sällan finns också ett behov från medlemsstatens sida att försäkra sig om att den eller de leverantörer som tilldelas ett kontrakt även i kristid kan trygga en medlemsstats försörjning avseende den vara, tjänst eller byggtreprenad som upphandlats.

Vidare är försvars- och säkerhetsprodukter ofta tekniskt komplicerade och förknippade med höga utvecklingskostnader. Detta ökar medlemsstaternas behov av att samarbeta med varandra och försvars- och säkerhetsföretag för att kunna utveckla ny teknik och materiel.

Medlemsstaterna har olika intressen att värna om bl.a. sin suveränitet, försvars- och säkerhetspolitiken, behovet av att samarbeta med andra stater samt stärka den egna och den europeiska försvarsindustrin i syfte att ha en konkurrenskraftig försvarsindustri på den globala marknaden. För att skapa förutsättningar för en konkurrenskraftig försvars- och säkerhetsindustri antogs försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet anpassat för de särskilda villkor som gäller för upphandling på dessa marknader. Direktivet trädde i kraft den 20 augusti 2009 och ska ha införlivats i nationell rätt senast den 21 augusti 2011. Författningsförslaget utgör implementeringen av direktivet i nationell rätt.

EU-fördraget har som syfte att säkerställa fri rörlighet för varor tjänster och samtidigt säkra en rättvis och effektiv konkurrens för försvarsmateriel mellan medlemsstaterna och undvika snedvriden konkurrens på icke-militära marknader.

Försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivets huvudsakliga syfte är att öka rörligheten av försvars- och säkerhetsmateriel och tjänster inom EU. Enligt Kommissionens tolkningsmeddelande³ om tillämpningen av artikel 296 i fördraget på området för försvarsupphandlingar framgår att många medlemsstater nästan automatiskt undantagit försvarskontrakt från gemenskapsreglerna, oavsett om de uppfyller villkoren för tillämpning av artikel 296 i EG-fördraget eller ej. Genom att många medlemsstater i stor utsträckning har undantagit försvarsupphandlingar från direktivets tillämpningsområde med hänvisning till den nationella säkerheten, har den inhemska industrin fram till nu gynnats på bekostnad av en konkurrenskraftig och effektiv europeisk försvarsmarknad.

Konkurrensverket anser att det är viktigt att konkurrensutsätta all anskaffning av varor och tjänster. Syftet med upphandlingsreglerna är att upphandlande myndigheter på bästa sätt ska använda de offentliga medel som finansierar offentliga upphandlingar, genom att uppsöka och dra nytta av konkurrensen på aktuell marknad. Samtidigt syftar regelverket till att ge leverantörerna möjlighet att tävla på samma villkor i varje upphandling.

Konkurrensverket vill framhålla vikten av att de undantag som finns i författningsförslaget, bland annat för upphandling som omfattas av särskilda förfaranderegler, forskning och utveckling och underrättelseverksamhet, ska användas restriktivt för att inte syftet med regleringen ska gå förlorat.

Konkurrensverket vill särskilt poängtera vikten av att tillsynsmyndigheten har tillräckliga instrument för att avskräcka från missbruk av lagstiftningen. Konkurrensverket vill utöver att i detta yttrande föra fram sina synpunkter kring bestämmelserna avseende rättsmedel hänvisa till Konkurrensverkets remissyttrande över departementspromemorian *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet m.m.* (Ds 2009:30). Konkurrensverket vill bl.a. framföra att ytterligare överträdelser av det upphandlingsrättsliga regelverket än de föreslagna bör kunna leda till upphandlingsskadeavgift, att beloppstaket bör utgå samt att tillsynsmyndigheten bör kunna kräva in handlingar av upphandlande myndigheter och enheter vid äventyr av vite. Konkurrensverket efterfrågar även en preskriptionsfrist om två år, istället för den föreslagna om ett år.

Av artikel 13 c i direktivet (1 kap. 8 § 3 p. författningsförslaget) framgår att forskning och utveckling mellan minst två medlemsstater även kan innefatta efterkommande produktion under hela eller delar av produktens livslängd. Detta till skillnad från artikel 13 j i direktivet (1 kap. 8 § 10 p. författningsförslaget) som

³ KOM (2006) 779 slutligt.

endast omfattar forskning och utveckling. Konkurrensverket anser att detta bör förtydligas, lämpligen kan detta ske i förarbetena.

I författningsutredningen föreslås att lagens direktivstyrda bestämmelser ska tillämpas på kontrakt vilkas värde beräknas uppgå till minst de belopp (tröskelvärden) som kommissionen vid varje tid har beslutat eller lämnat meddelande om. Motsvarande bestämmelse finns i 3 kap. 1 § LUF.4 I författningsförslagets 15:e kapitel tas direktupphandlingsgränsen upp i 3 §. Det föreslagna kontraktsvärdet får högst vara 15 % av det tröskelvärdet som avses i 3 kap. 1 § första stycket. Konkurrensverket tillstyrker förslagen med hänsyn till att Konkurrensverket anser att det är viktigt att upphandlingslagarna överensstämmer med varandra om detta inte är direkt olämpligt eller påkallat utifrån försvars- och säkerhetsområdets speciella förutsättningar.

Konkurrensverket vill framföra vikten av att kunna beakta miljö- och sociala hänsyn i offentlig upphandling. Det framgår av beaktandesats 12 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet att den upphandlande myndighetens behov ska omfatta hela produktens livslängd. Det finns ingen anledning att undanta försvarsupphandlingar från att använda de möjligheter som finns enligt EU-rätten att beakta miljö- och sociala aspekter i samband med upphandling och fullgörande av kontrakt. Det framgår även av beaktandesats 6 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet att en samordning av tilldelningen av kontrakt inom försvars- och säkerhetsområdet avsevärt kan bidra till att reducera sektorns påverkan på miljön. Det framgår också av bilaga 3, definition av tekniska specifikationer, att "miljöprestanda" ska vara en del i den tekniska specifikationen vilket ytterligare förstärker detta.

⁴ Tröskelvärdet för LUF är idag för varor och tjänster 3 849 489 kr och för byggtreprenader 48 193 215 kr.

Kommentarer till de i författningskommentaren upptagna områdena

Konkurrensverket framför nedan kommentarer till de i författningskommentaren upptagna områdena.

Allmänna bestämmelser (avsnitt 4 i författningskommentaren)

Upphandling som faller inom flera tillämpningsområden och/eller dubbelt användningsområde

Konkurrensverket tillstyrker de föreslagna bestämmelserna avseende upphandling som faller inom flera användningsområden.

I 1 kap. 4-6 §§ författningsförslaget (respektive artikel 3 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet) behandlas så kallade blandade kontrakt.

En upphandling kan utformas på ett sådant sätt att den undantas lagens tillämpningsområde, så kan exempelvis vara fallet när vissa delar omfattas av artikel 346 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (fortsättningsvis angiven som FEUF).

Det framgår emellertid av författningsförslaget att beslutet att tilldela ett enda kontrakt inte får fattas i syfte att undvika att upphandlingen omfattas av försvars- och säkerhetsupphandlingslagen eller de övriga upphandlingslagarna. Således måste den upphandlande myndigheten eller enheten kunna visa ett sådant förfarande varit berättigat pga. objektiva skäl.

Tillämpningen av denna bestämmelse bör enligt Konkurrensverket följas upp på ett lämpligt sätt så att tillämpning i strid med de grundläggande principerna och lagens intentioner kan identifieras och åtgärdas.

Undantag från tillämpningsområdet - Artikel 346 FEUF

Konkurrensverket vill framhålla att bestämmelser som medger undantag från skyldigheten att tillämpa försvars- och säkerhetsupphandlingslagen ska tolkas restriktivt.

Artikel 346 FEUF har två olika funktioner, dels balansera den inre marknaden och unionens övriga intressen mot medlemsstatens behov av att skydda sina säkerhetsintressen, dels att medlemsstaterna inte ska tvingas lämna information som kan komma att skada dess väsentliga säkerhetsintressen. Artikeln behandlar gränzen mellan medlemstatens suveränitet och gemenskapens kompetens och möjligheten för medlemstaten att göra undantag från fördragsbestämmelserna och upphandlingsreglerna.

Ett sådant undantag får emellertid inte försämra konkurrensvillkoren på den inre marknaden för varor som inte är avsedda för militära ändamål.

Undantaget i artikel 346 1a FEUF hänför sig till att medlemstater inte ska vara förpliktade att lämna sådan information som strider mot väsentliga militära och civila säkerhetsintressen. Artikel 346 1b FEUF tillåter att en medlemsstat vidtar sådana åtgärder som den anser vara nödvändiga för att skydda dessa väsentliga säkerhetsintressen om den aktuella anskaffningen kan sekretessbeläggas eller om varan är särskilt avsedd för militärändamål. Tillämpningsområdet för artikel 346 1b FEUF begränsas genom begreppet "väsentliga säkerhetsintressen", samt genom listan från 1958.

Begreppet är vagt och det framgår inte vad som avses med "väsentliga säkerhetsintressen" och hur detta ska tolkas. Det är upp till medlemsstaten att definiera begreppet, utifrån försvars- och säkerhetspolitiska intressen. Vad som är ett väsentligt säkerhetsintresse i en medlemsstat är inte nödvändigtvis detta i en annan. En allt för omfattande tillämpning av artikel 346 FEUF utgör ett hinder för konkurrensen i EU och har en negativ inverkan på försvarsindustrins konkurrenskraft och på de offentliga utgifterna.

Konkurrensverket konstaterar att praxis avseende artikel 346 FEUF är mycket sparsam och bidrar till en hög osäkerhetsfaktor avseende dess tillämpningsområde och gör bedömningen att det finns ett behov av ytterligare utrednings- och informationsinsatser.

Undantag från tillämpningsområdet - Underrättelseverksamhet

Konkurrensverket anser att det bör tydliggöras vilka aktiviteter som kan antas utgöra underrättelseverksamhet i lagens förarbete eller på annat sätt.

Av 1 kap. 8 § 2 p. författningsförslaget framgår att underrättelseverksamhet är undantaget lagens tillämpningsområde. Vad som omfattas av begreppet underrättelseverksamhet är emellertid inte klart och förklaras inte närmare i lagen. Inte heller direktivet har någon definition avseende begreppet.

Av direktivets beaktandesats 27 framgår att även dold verksamhet eller annan verksamhet av lika känslig karaktär som bedrivs av polis och säkerhetsstyrkor kan vara av sådan känslig karaktär att den är att jämföras med underrättelseverksamhet och att det därför är olämpligt att tillämpa försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Det är upp till medlemsstaten att avgöra vad som faller inom begreppet underrättelseverksamhet. Vad som betraktas som underrättelseverksamhet i en medlemsstat är inte nödvändigtvis underrättelseverksamhet i en annan, vilket kan förklaras av att säkerhetsläget i medlemsstaterna skiljer sig åt.

Konkurrensverket anser att det i lagens förarbete eller på annat sätt bör tydliggöras vad som kan antas utgöra underrättelseverksamhet.

Upphandlingsförfaranden m.m. (avsnitt 5 i författningskommentaren)

Konkurrenspräglad dialog

Konkurrensverket tillstyrker förslaget om att införa förfarandet konkurrenspräglad dialog i lagstiftningen.

Försvarsupphandlingar är ofta komplexa, inte sällan har därför den upphandlande myndigheten eller enheten svårt att formulera en exakt specifikation. Den konkurrenspräglade dialogen erbjuder ett mer flexibelt förfarande men inte samma grad av konkurrensutsättning och transparens som ett selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. För att få tillämpa detta komplement till redan befintliga former av upphandlingsförfaranden ska det vara fråga om ett särskilt komplicerat kontrakt samt inte möjligt att tillämpa ett selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Konkurrensverkets anser att det bör tydliggöras att 4 kap. 15 -20 § § också avser konkurrenspräglad dialog. Som utformningen ser ut idag föreligger det en risk att förbise dessa bestämmelser.

Konkurrensverket konstaterar att det inte förts in en bestämmelse motsvarande den i artikel 27.3 tredje stycket i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet i den föreslagna lagen. Regeln tar sikte på att upphandlande myndigheter och enheter, under dialogen, inte får röja för de övriga deltagarna vilka lösningar en deltagare har föreslagit eller konfidentiell information som någon deltagare har lämnat utan dennes samtycke. Det är oklart om utredarna inte ansett det vara nödvändigt att föra in bestämmelsen i författningsförslaget, då det får antas följa av 1 kap. 10 § författningsförslaget att leverantörerna ska behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt.

Konkurrensverket anser att bestämmelserna innehållsmässigt bör överensstämma i så stor utsträckning som möjligt med direktivsbestämmelserna och föreslår därför att det införs en regel motsvarande artikel 27.3 tredje stycket eller att det på annat sätt tydliggörs.

Elektronisk auktion

Konkurrensverket tillstyrker förslaget. Konkurrensverket anser att användningen bör följas upp så att eventuella positiva eller negativa effekter kan uppmärksammas och utvärderas.

Det sker ett omfattande arbete i såväl Sverige som inom EU med att anpassa det offentliga inköp till den tekniska utvecklingen och utvecklingen inom informationsteknologin.

Användandet av elektronisk auktion förutsätter att upphandlingen avser föremål som kan specificeras och tydliggöras tillräckligt noggrant i förfrågningsunderlaget. Metoden kan emellertid vara mindre väl lämpad för vissa typer av upphandlingar, så kan vara fallet vid komplexa upphandlingar där inte pris är den enda utvärderingsgrunden och i de fall som det kan vara svårt att specificera kravspecifikationen.

Konkurrensverket tillstyrker förslaget men efterfrågar ett mer utförligt resonemang i vilka situationer det kan vara lämpligt att använda sig av elektronisk auktion och när detta kan antas vara mindre lämpligt. Konkurrensverket anser att användningen av elektronisk auktion efter en tid bör följas upp så att eventuella positiva eller negativa effekter kan uppmärksammas och utvärderas.

Underentreprenad och underramavtal (avsnitt 8 i författningskommentaren)

Konkurrensverket tillstyrker förslaget men vill dock belysa eventuella konkurrensrättsliga aspekter.
--

De föreslagna bestämmelserna ger upphandlande myndigheter eller enheter möjlighet att begära att den utvalda anbudsgivaren ska lägga ut viss del på av kontraktet på underentreprenad eller genom att tilldela underleverantörskontrakt genom underramavtal.

Konkurrensverket delar utredningens uppfattning att det är viktigt med en stor bredd av underleverantörer och att formen är lämplig för att underlätta för små och medelstora företag att hitta nya marknader och lägga anbud på underleverantörskontrakt. Genom att införa bestämmelser om underentreprenad kan fler leverantörer ges möjlighet att delta i försvarsupphandlingar. Detta antas leda till en förstärkning av det europeiska försvarets tekniska och industriella bas och i slutändan också öka den europeiska försvarsindustrins konkurrenskraft, samt skapa bättre förutsättningar för SME- företag att delta.

Konkurrensverket tillstyrker förslaget och ställer sig mot bakgrund av detta positivt till införandet av bestämmelserna om underentreprenad. Konkurrensverket vill dock belysa eventuella konkurrensrättsliga aspekter avseende underentreprenadkontrakt. Den vinnande anbudsgivare som ålagts att upphandla underentreprenörer kan få tillgång till långtgående information om andra leverantörernas kapacitet, kompetens, strategier m.m. och kan således komma att ge denne insyn i potentiella konkurrenters verksamhet som kan komma att utnyttjas på ett otillbörligt sätt. Vidare innebär underentreprenaden att leverantörerna sinsemellan får en kontaktyta som kan medföra en ökad risk för otillåtna samarbeten.

Endast i de fall krav på underentreprenad är lämpligt och förväntas leda till positiva effekter för konkurrensen bör krav ställas om att viss del ska läggas ut på

underentreprenad, detta för att undvika situationer som medför ökad risk för otillåtna samarbeten.

Kraven på underentreprenad och underramavtal bör inte vara mer omfattande eller mer långtgående än vad som är nödvändigt eller formuleras på ett sådant sätt att nationellt förankrade leverantörer gynnas.

Rättsmedel (avsnitt 9 i författningskommentaren)

Konkurrensverket har i sitt remissyttrande över departementspromemorian *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet m.m.* (Ds 2009:30), Fi2009/4872, KKV Dnr 410/2009 bl.a. framfört att ytterligare överträdelser av det upphandlingsrättsliga regelverket än de föreslagna bör kunna leda till upphandlingsskadeavgift, att beloppstaket bör utgå samt att tillsynsmyndigheten bör kunna kräva in handlingar av upphandlande myndigheter och enheter vid äventyr av vite.

Konkurrensverket finner inte skäl att frångå där framförda inställningar i dessa frågor.

Frist att ansöka om upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling

Konkurrensverket efterfrågar en preskriptionsfrist om två år från det att avtalet slöts för att ansöka om utdömande av upphandlingsskadeavgift i de fall ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtals giltighet.

I förslaget föreslås att tillsynsmyndigheten ska ha en ettårig frist att ansöka om upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling.

I praktiken uppgår tillsynsmyndighetens tid att ansöka om utdömande av upphandlingsskadeavgift vid ett års preskription till endast sex månader. Skälet till detta är att leverantörer ska ha möjlighet att ansöka om överprövning under sex månader efter det att ett avtal har slutits. Leverantörer kan därför under den första sexmånadersperioden ha incitament att bevaka tillsynsmyndighetens upphandlingsrättsliga inställning till en viss direktupphandling. En egentlig utredningstid om endast sex månader är inte tillräcklig för att bedriva en effektiv tillsyn. I synnerhet då tillsynsmyndigheten saknar möjlighet att kräva in handlingar från upphandlande myndigheter och enheter vid vite.

Konkurrensverket bedömer att den föreslagna fristen om ett år är alltför kort för att tillsynsmyndigheten ska ha tillräckligt med tid att upptäcka, utreda och ansöka om utdömande av upphandlingsskadeavgift på grund av otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

Konkurrensverket tillstyrker utredningens förslag och ställer sig positiv till att en särskild avgift införs även för försvarsupphandlingar. Avgiften bör benämnas upphandlingsskadeavgift för att överensstämma med de föreslagna ändringarna i LOU och LUF. Konkurrensverket anser emellertid att utgångspunkten vid beräkning av avgiftens storlek ska vara kontraktsvärdet samt att maximalt tio procent av detta värde ska kunna åläggas i avgift.

Enligt utrednings förslag ska maximalt ett belopp om tio miljoner kronor kunna dömas ut i upphandlingsskadeavgift, vilket får till följd att överträdelser i samband med mindre och medelstora upphandlingar proportionellt sett drabbas hårdare än vid större upphandlingar.

Enligt Konkurrensverket är emellertid maximibeloppet på tio miljoner kronor för lågt för att sanktionen ska vara effektiv och verka avskräckande på upphandlingar med betydande kontraktsvärden. Upphandlingsskadeavgiften bör ges en sådan utformning som gör det möjligt att döma ut kraftfulla och avskräckande avgifter för förfaranden som är särskilt skadliga för konkurrensen.

Föreläggande att lämna uppgift eller handling m.m.

Konkurrensverket avstyrker förslaget i dess nuvarande utformning. Det är Konkurrensverkets uppfattning att föreläggandet måste förenas med möjlighet till vite för att det ska vara effektivt.

Konkurrensverket har yttrat sig över denna fråga i sitt yttrande, Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet (Ds 2009:30), Fi2009/4872, KKV Dnr 410/2009.

Konkurrensverket vidhåller sin ståndpunkt att föreläggandet måste förenas med möjlighet till vite för att det ska vara effektivt.

Åtgärder mot domstolstrots

Konkurrensverket anser att fler överträdelser än de i förslaget angivna bör kunna leda till upphandlingsskadeavgift. Det bör särskilt framhållas att upphandlingsskadeavgift kan vara ett effektivt rättsmedel för att komma tillrätta med domstolstrots.

Konkurrensverket har yttrat sig över denna fråga i sitt yttrande, Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet (Ds 2009:30), Fi2009/4872, KKV Dnr 410/2009.

Konkurrensverkets vidhåller sin ståndpunkt att det är av stor betydelse att kunna avskräcka från domstolstrots. Om denna typ av beteenden inte kan angripas av tillsynsmyndigheten med hjälp av effektiva sanktioner, är risken att regelverket urholkas och att konkurrensen snedvrids vilket försvårar ett optimalt resursutnyttjande av de offentliga medlen.

Särskilda kommentarer till författningsförslaget

Konkurrensverket framför nedan kommentarer till de särskilda avsnitt i författningsförslaget som inte kommenteras särskilt i författningskommentaren

Uteslutning av leverantör (11 kap. i författningsförslaget)

Omständighet som kan medföra uteslutning av leverantör

Konkurrensverket tillstyrker men efterfrågar en tydligare beskrivning av vad som avses i p. 5.

Enligt författningsförslagets 11 kap. 2 § 5 p. får den upphandlande myndigheten eller enheten utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om leverantören har, på grundval av någon form av bevis som även kan bestå av skyddade uppgiftskällor, kunnat konstateras inte vara så tillförlitlig som krävs för att inte riskera en EES-stats säkerhet. Denna nya uteslutningsgrund beskrivs ej i utredningen, vad det kan innebära, vilken typ av bevis som krävs eller vilken typ av säkerhet den tar sikte på.

Konkurrensverket anser att det inte är tydligt vad som avses med punkten och när någon inte bedöms vara tillförlitlig och hur en sådan bedömning bör ske.

Upphandling som inte omfattas av direktivet (15 kap. i författningsförslaget)

E-auktion under tröskelvärdet

Konkurrensverket anser det bör införas en bestämmelse alternativt en hänvisning om att elektronisk auktion även kan tillämpas under tröskelvärdena.

Konkurrensverket anser att det bör förtydligas att elektronisk auktion även kan användas för upphandling utanför det direktivstyrda området. Detta kan lämpligen ske genom införande av en särskild bestämmelse alternativt hänvisning i 15 kapitlet.

Inhouse undantaget

Konkurrensverket föreslår att motsvarande bestämmelse om Teckal-kriterierna i LOU även bör införas i författningsförslaget.

Frågan om kontraktstilldelningar till egenregiverksamhet har inte behandlats i utredningen. Konkurrensverket finner emellertid anledning att kort kommentera frågan för att inventera problemställningen.

Staten kan välja att organisera sin verksamhet i egen regi, i dessa fall regleras inte anskaffning av varor och tjänster av LOU, LUF eller den nya lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. I ett sådant fall anses den beställande och den utförande enheten utgöra ett och samma rättssubjekt. I egenregi fallet är det inte fråga om ett avtal med ekonomiska villkor med en i förhållande till den upp-

handlande myndigheten fristående juridisk person, således föreligger inte något upphandlingskontrakt i upphandlingsrättslig mening. Om den upphandlande myndigheten valt att organisera viss verksamhet i ett av staten hel eller delägt bolag så kan anskaffning från bolaget undantas upphandlingslagarnas tillämpningsområde under förutsättning att de så kallade Teckal- kriterierna är uppfyllda.⁵

Sverige saknar, så vitt Konkurrensverket känner till, ägarintressen i svenska försvarsindustriföretag. Det finns inte heller anledning att tro att detta kommer att förändras inom en snar framtid. Verkligheten ser dock annorlunda ut i andra medlemsstater.

I dagsläget finns enligt Konkurrensverket ingen anledning att aktualisera en tillämpning av detta undantag då försvarsmakten inte har några väsentliga intressen i bolag som kan komma att medföra avtalstilldelningar med stöd av lagstiftningen som föreslås träda i kraft den 1 juli 2010. Frågan kan dock komma att aktualiseras i framtiden och bör därför möjligen vara en aspekt att beakta vid utformandet av författningsförslaget.

Konkurrensverket föreslår att motsvarande bestämmelse om Teckal-kriterierna i LOU även bör införas i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen.

Miljö- och sociala hänsyn

Miljömärkning

Konkurrensverket ifrågasätter lämpligheten i att införa en bestämmelse om miljömärken. Konkurrensverket avstyrker förslaget.
--

Konkurrensverket ifrågasätter om det kan vara ändamålsenligt att införa en särskild bestämmelse om användning av miljömärkningskriterier (se 7 kap. 7 § respektive 15 kap. 9 § i författningsförslaget). Miljömärkning är främst anpassad för konsumentområdet och så vitt Konkurrensverket erfar förekommer inga miljömärkningskriterier inom de områden som skulle höra till tillämpningsområdet för försvars- och säkerhetsupphandlingslagen. Upphandlande myndigheter eller enheter kan på ett effektivt sätt beakta miljö- och sociala hänsyn genom bestämmelserna om tekniska specifikationer (se 7 kap. 3 § i författningsförslaget).

⁵ Lagändringen som kommer att införa de så kallade Teckal- kriterierna i LOU och LUF förelås träda i kraft den 1 juli 2010 (Prop. 2009/10:134, *Upphandling från statliga och kommunala företag*).

YTTRANDE

2010-05-05 Dnr 173/2010 15 (15)

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit Angelo Skog. I den slutliga handläggningen har även Peter Carlberg och Charlotta Frenander deltagit.

Dan Sjöblom

Angelo Skog