

Socialdepartementet
103 33 Stockholm

Delbetänkande På jakt efter den goda affären (SOU 2011:73) – analys och erfarenhet av den offentliga upphandlingen

Sammanfattning

Konkurrensverket instämmer i utredningens bedömning att det finns behov av insatser beträffande de delar av en inköpsprocess som i viss utsträckning ligger vid sidan av upphandlingsreglerna. Genom en ökad prioritering av upphandlingsfrågorna skapas också bättre förutsättningar för uppföljning och utvärdering av kontrakt samt av att mål och principer som satts upp för verksamheten får genomslag i praktiken. Adekvat stöd och vägledning till upphandlande myndigheter kombinerat med uppföljning och utvärdering av ingångna avtal samt förbättrad kunskap om upphandlingsregelverket kan medföra att myndighetens behov på ett tydligare sätt definieras och möjligheten till att nå den goda affären stärks.

Konkurrensverket anser att försiktighet bör iaktas med införa en ny ordning eller nya förutsättningar för prövning av överprövningsmål. Utredningen bör istället inrikta det fortsatta arbetet på att utreda möjligheter för att komma tillrätta med önskade konsekvenser med nuvarande ordning och även mildra de negativa följder som kan uppkomma till följd av ett överprövningsmål. Konkurrensverket lämnar i sitt yttrande ett antal förslag till fortsatt utredningsarbete.

Utredningens fortsatta arbete vad gäller bestämmandet av en beloppsgräns för direktupphandling bör enligt Konkurrensverket inriktas på att i möjligaste mån utvärdera vilken effekt en eventuell höjning av beloppsgränserna kan få för både upphandlande myndigheter och leverantörer för att försöka säkerställa att en eventuell förändring verkligen innebär en förenkling eller förbättring för de inblandade parterna utan att försämra konkurrensen. Konkurrensverket har i denna fråga tidigare föreslagit en höjning av gränsen till 600 000 kr vilken föreslogs kombineras med krav på dels viss dokumentation av den genomförda direktupphandlingen, dels konkurrensutsättning genom obligatorisk inhämtande av anbud från minst tre leverantörer för kontrakt vars värde beräknades överstiga rena småinköp.

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

Konkurrensverket ser positivt på att utredningens direktiv vad gäller samhällspolitiska perspektiv omfattar såväl miljöhänsyn som sociala och etiska hänsyn. Förekomsten av olika typer av miljökrav och sociala krav i olika länder leder dock till svårigheter för leverantörer att anpassa sina produkter på ett effektivt sätt. Därmed finns risk att den gränsöverskridande handeln begränsas, vilket skulle strida mot ett av upphandlingsreglernas primära syften. Konkurrensverket instämmer i utredningens slutsats om att kommissionen bör ta fram en vägledning eller en rapport som tydliggör i vilka sammanhang offentlig upphandling är ett samhälls-ekonomiskt effektivt styrmedel i arbetet för hållbar utveckling.

Konkurrensverket anser att det av flera skäl är önskvärt att förbättra statistiken om offentliga upphandlingar i Sverige. Konkurrensverket instämmer i utredningens bedömning att omfattningen av statistiken måste avgöras genom en avvägning av nyttan av statistiken mot kostnaderna för insamling och förvaltning. Enligt Konkurrensverkets erfarenhet finns möjligheter att samla in en omfattande statistik till relativt låga kostnader. Konkurrensverket lämnar förslag på vilka uppgifter som minst bör samlas in.

Allmänt

Utredningens delbetänkande sammanställer på ett överskådligt sätt omfattningen av den offentliga upphandlingen i Sverige och de problem som olika intressenter upplever vid arbetet med regelverket. Avsikten med inhämtande av remissvar nu är mer en avstämning inför ett fortsatt arbete för slutbetänkandet än att framställa konkreta förslag. Konkurrensverkets remissvar inriktas därför på att betona vilka delar som är viktigast att ta med i det fortsatta arbetet. Samtliga avsnitt i betänkandet kommer därför inte att beröras.

I många frågor har Konkurrensverket uttalat sig tidigare genom bl.a. rapporter, varför Konkurrensverkets ståndpunkt i de flesta avseenden framgår av dessa tidigare uttalanden. Det kan noteras att utredningen har använt flera av Konkurrensverkets egna rapporter vid sitt arbete, varför Konkurrensverkets ståndpunkt i flertalet frågor redan har kommit utredningen till del. Det kan även glädjande noteras att flera rapporter från Konkurrensverkets uppdragsforskning har kunnat bidra till utredningens arbete.

Det upphandlingsrättsliga regelverket är för närvarande föremål för åtskilligt utredningsarbete utöver det som nu aktuell utredning bedriver. Vad gäller det direktivstyrda området pågår ett omfattande förändringsarbete och förslag till nya direktiv offentliggjordes den 20 december 2011. Enligt Konkurrensverkets mening är det därför inte effektivt att på nationell nivå fortsätta utreda förslag som berör upphandlingar som ligger inom det direktivstyrda området. Här bör man istället avvakta resultatet av de förhandlingar som kommer att ske vid framtagandet av de slutliga direktiven.

Den svenska regleringen under tröskelvärdena kan med hänsyn till behov av för-
enkling skilja sig åt från regleringen över tröskelvärdena i de fall det bedöms som
nödvändigt eller önskvärt. Så långt som möjligt bör enhetlighet i regelverket efter-
strävas, dock utan att onödigtvis betunga upphandlingar under tröskelvärdena
med alltför sträng reglering. Det skulle därför inte heller vara effektivt att nu i
ljuset av pågående förändringsarbete som pågår på EU-nivå utreda förslag av-
sedda enbart för upphandlingar utanför det direktivstyrda området för det fall en
förändring av motsvarande reglering kan förutses av reglerna gällande över trös-
kelvärdena.

I Sverige kan vidare andra utredningar komma att påverka utredningens fortsatta
arbete, t.ex. den nyligen avslutade Hjälpmedelsutredningen (Hjälpmedel - ökad
delaktighet och valfrihet, SOU 2011:77) och Upphandlingsstödsutredningen (Ett
samordnat och effektivare statligt upphandlingsstöd, dir 2011:78). Det kan således
förutses att stora förändringar av upphandlingsregelverket och angränsande re-
gelverk kommer äga rum inom en relativt nära framtid.

Strategisk betydelse av upphandling

Utredningen lyfter fram behovet av en förändrad syn på upphandlingsverksam-
heten och betonar att stora delar av den offentliga sektorns kärnverksamheter är
starkt beroende av upphandlade varor och tjänster vars kvalitet och standard di-
rekt berör medborgarna. Offentlig upphandling uppgår vidare till uppskattnings-
vis 480-580 miljarder kronor per år i Sverige. Det är således av stor vikt att inkö-
pen utmärks av hög kvalitet till förmånliga priser. Offentlig upphandling har så-
ledes en strategisk betydelse vilket ställer höga krav på en myndighetslednings
intresse och ansvar för dessa frågor samt kompetensen hos upphandlarna.

Utredningen har funnit att den offentliga sektorn ofta inte ser den offentliga upp-
handlingens strategiska värde för de offentliga verksamheternas kvalitet. Vikten
av att ledningen för respektive myndighet tar ansvar genom en aktiv roll i den
egna organisationens upphandlingsverksamhet understryks. En bristande led-
ningsförankring riskerar att mynna ut i att upphandlarens uppdrag blir oklart,
vilket kan skapa konflikter i förhållande till andra delar av verksamheten och i
slutändan att upphandlingarna riskerar att resultera i misslyckade leveranser.

Konkurrensverket delar utredningens bedömning att den offentliga upphandling-
en skulle gagnas av att upphandlingsfunktionen på myndigheter integreras i
verksamheten på ett konkret sätt. Att placera upphandlingsfrågorna på en sär-
skild enhet som rapporterar till ledningen verkar ha visat sig lyckat i flera kom-
muner. Genom en ökad prioritering av upphandlingsfrågorna skapas också bättre
förutsättningar för uppföljning och utvärdering av kontrakt samt av att mål och
principer som satts upp för verksamheten får genomslag i praktiken.

Konkurrensverket stödjer utredningens avsikt att närmare utreda de offentliga upphandlingsfunktionernas strategiska ställning, belysa goda exempel och analysera framgångsfaktorer.

Uppföljning och utvärdering

Utredningen konstaterar att det finns stort behov av vägledning och förbättrade verktyg för att hjälpa upphandlande myndigheter att genomföra uppföljning och utvärdering av upphandlade kontrakt och leverantörer.

Konkurrensverket delar denna slutsats och anser att en av de viktigare frågorna för en genomtänkt upphandlingsstrategi är att fokusera även på de delar av en inköpsprocess som ligger i tiden efter det att upphandlingen genomförts. Genom uppföljning kan upphandlande myndigheter kontrollera att skattemedlen används på ett effektivt sätt. För att nå detta syfte måste den upphandlande myndigheten ha kontroll över samtliga inköp som sker i organisationen, såväl de som genomförs genom upphandlingskontrakt som de som sker genom ingående av avtal utan tillämpning av upphandlingsreglerna. En ökad kontroll över den egna upphandlingsorganisationen innebär vidare att efterlevnaden av reglerna på området säkerställs. Vidare ökar möjligheterna att kvalitetssäkra att rätt typ av upphandlingsförfarande valdes, att kravställningen svarade adekvat mot organisationens behov och att konkurrensen på marknaden kunde tillvaratas effektivt genom att ett tillräckligt antal lämpliga anbud kom in. Sådan information är till stor nytta i en framtida upphandling.

För att uppföljning och utvärdering ska kunna genomföras krävs att den upphandlande myndigheten, särskilt de personer som använder avtalen i det dagliga arbetet, faktiskt kan kontrollera att beställningar och leveranser baserade på upphandlande kontrakt inte avviker från de villkor som fastslås i kontrakten. En ökad samordning vad gäller olika ekonomisystem kan möjligen användas för uppföljning genom att mer automatiserat knyta samman kontrakt med faktura och/eller beställning. På så sätt skulle det synliggöras för en upphandlande myndighet exempelvis huruvida kontraktsvillkor har följts. En sådan uppföljning kan vara än mer viktig för de kontrakt som inte har annonserats enligt upphandlingsreglerna, eftersom dessa kontrakt är frekvent förekommande och även skulle öka i antal för det fall direktupphandlingsgränsen höjs.

Redan i dag finns ett flertal redovisningsmässiga regleringar för upphandlande myndigheter. För uppfyllande av dessa regleringar har utvecklats en rad olika system. En utredning om huruvida dessa system skulle kunna användas för en förbättrad uppföljning skulle således enligt Konkurrensverkets mening kunna vara en del av utredningens fortsatta arbete vad gäller frågan om konkreta åtgärder för förbättrad uppföljning och utvärdering. Frågor rörande sammanlänkandet av system kan även eventuellt inkorporeras i det arbete för ökad användning av olika lösningar av e-upphandling som pågår.

Vidare kan övervägas huruvida det centrala upphandlingsstödet kan bidra till en ökad uppföljning genom en central uppföljning av genomförda inköp, i syfte att upphandlande myndigheter ska kunna ta del av hur andra upphandlande myndigheter har agerat i likartade situationer såsom goda exempel.

Kompetenshöjning

För att samhällsekonomin ska kunna dra nytta av offentlig upphandling krävs förutom effektiv konkurrens att de upphandlande myndigheterna och enheterna besitter nödvändig kompetens. Utredningen har noterat att upphandlande tjänstemän ofta har otillräckliga kunskaper om hur marknader och produkter utvecklas samt hur upphandlingar och förfrågningsunderlag ska utformas för att nå den goda affären. I många fall verkar det som att upphandlande myndigheter och enheter fokuserar för mycket på pris på bekostnad av varornas och tjänsternas kvalitativa aspekter.

Konkurrensverket anser att en offentlig upphandlare bör försöka skapa sig en god kännedom om aktuella produkter på marknaden, hur de utvecklas liksom marknadens funktionssätt. För att bygga upp denna kunskap kan det krävas att en bättre dialog mellan upphandlande myndigheter och marknadsaktörer etableras. Med förbättrad kunskap kan myndighetens behov på ett tydligare sätt definieras och möjlighet till att nå den goda affären stärks.

Konkurrensverket noterar att i förslaget till nytt direktiv¹ (artikel 39) föreslås att upphandlande myndigheter och enheter ska få genomföra marknadskonsultationer i avsikt att bedöma strukturen, förmågan och kapaciteten på marknaden förutsatt att detta inte hindrar konkurrensen och inte innebär att principerna kring en upphandlingsprocedur överträds. Detta pekar i riktningen att upphandlare ska uppmuntras att öka sin kunskap om marknaden och vad den kan erbjuda vilket i sig själv är kompetenshöjande.

Frågan om förstärkning av den statliga upphandlingsstödjande verksamheten ligger mycket nära den genomgång som Upphandlingsstödsutredningen just nu gör av hur upphandlingsfrågorna generellt ska organiseras i Sverige, vilket också kan komma att påverkas av förslaget till nytt direktiv som föreslår att det ska finnas en struktur för assistans, rådgivning och vägledning om offentlig upphandling i varje medlemsland (artikel 87). Som Konkurrensverket tidigare sagt är möjligheterna till att förbättra upphandlingen i hög grad beroende av bl.a. de resurser som avsätts för kompetensutveckling av offentliga inköpare och kvalitetssäkring vid upphandling.²

¹ Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement, COM (2011) 896 final

² Konkurrensverkets remissyttrande över *Nya upphandlingsregler 2*, slutbetänkande av Upphandlingsutredningen 2004 (SOU 2006:28).

En ytterligare återkommande punkt i översynen av upphandlingsregelverket och dess användning är behovet av vägledning. För att upphandling ska kunna leda till den goda affären för myndigheter och enheter är det viktigt att det finns kunskap om hur verktygen som finns för detta används effektivt och ändamålsenligt. Konkurrensverket delar utredningens bedömning att det finns behov av upphandlingsstödjande åtgärder på flertalet områden.

Kompetenshöjning hos upphandlarna är även viktigt för att de ska kunna och våga använda hela den upphandlingsrättsliga verktygslådan. I förslaget till nya direktiv (artikel 27) anges som en utökning av denna verktygslåda att medlemsstaterna ska kunna ge de upphandlande myndigheterna möjlighet att använda ett konkurrenspräglat förfarande med förhandling på samma villkor som öppet eller selektivt förfarande. Förhandlat förfarande med föregående annonsering kan redan idag användas under vissa omständigheter men används för närvarande inte i så stor utsträckning som skulle vara möjligt. Vissa upphandlande myndigheter avstår helt enkelt från att utnyttja det verktyg som förhandling utgör, i vissa fall eftersom de på grund av bristande vägledning om vad som är tillåtet i en förhandlingssituation inte känner sig bekväma med att använda sig av förhandling ens då det är tillåtet. En ökad möjlighet att använda förhandling riskerar således att inte påverka de upphandlande myndigheternas arbetssituation, om den inte kombineras med stödjande och kompetenshöjande åtgärder. Konkurrensverket har i sitt svar till regeringen på kommissionens grönbok³ ställt sig positivt till ökade möjligheter till förhandling som en väg att förenkla och förbättra de upphandlande myndigheternas möjlighet att uppnå bättre resultat både ekonomiskt och kvalitetsmässigt i sina upphandlingar. Detta kräver dock att kompetensen avseende förhandling ökar.

Det är sammanfattningsvis glädjande att utredningen har lagt stor tyngd vid frågor som inte nödvändigtvis omfattas direkt av upphandlingsreglerna, utan mer rör det arbete som sker i anslutning till en upphandling. Konkurrensverket ser gärna att denna del av utredningen fördjupas och att mer konkreta förslag läggs fram i denna del.

Prövningen av upphandlingsmål i allmän förvaltningsdomstol

Utredningen har i delbetänkandet (avsnitt 4.5, s. 79 ff.) anfört att en övervägande majoritet av upphandlande myndigheter, företag och intresseorganisationer har framfört synpunkter på antalet överprövningsmål, på förvaltningsdomstolarnas hantering av överprövningsprocessen samt på de konsekvenser ett överprövningsförfarande får för inblandande aktörer. Konkurrensverket noterar att utredningen själv anför att det inte ingår i dess uppdrag att se över de rättsmedel som gäller enligt LOU och LUF.

³ Konkurrensverkets remissvar, ärende dnr 141/2011

Överprövningsförfarandet medför en kontroll över myndigheters ekonomiska förehavanden och att skattemedel används på ett korrekt sätt. Detta perspektiv synes inte ha berörts av de intressenter som lämnat synpunkter till utredningen. Möjligheten – risken – att upphandlingen blir föremål för en oberoende granskning av domstol torde dock medföra att upphandlande myndigheter i än större utsträckning än vad som annars vore fallet vinnlägger sig om att upphandlingen genomförs på ett öppet och juridiskt korrekt sätt.

Konkurrensverket erinrar om att möjligheten till överprövning av upphandlingsmål i praktiken endast funnits i mindre än tio år.⁴ Därtill har rättsområdet präglats av en snabb rättsutveckling under samma tid genom bl.a. införandet av 2004 års upphandlingsdirektiv. Ändringar gällande rättsmedlen införlivades i svensk rätt så sent som sommaren 2010 och den fulla verkan av dessa ändringar har ännu inte utvärderats. Den nya rättspraxis som gäller talerätt i överprövningsmål kan också förväntas påverka domstolarnas handläggning av dess mål.⁵ Dessutom har förvaltningsdomstolarnas organisation nyligen varit föremål för översyn och förändring där antalet underinstanser minskats från 23 länsrätter till 12 förvaltningsrätter.⁶ Samtliga dessa omständigheter har medfört att överprövningsinstitutet kommit att utvecklas mycket snabbt på kort tid men också att den materiella upphandlingsrätten varit föremål för en mängd vägledande avgöranden från förvaltningsdomstolar under ungefär samma tid. Upphandlingsrätten kommer förmodligen även framöver att vara föremål för förändring och utveckling genom att EU kommer anta nya upphandlingsdirektiv m.m. Mot denna bakgrund anser Konkurrensverket, i linje med tidigare ställningstagande⁷, att försiktighet bör iaktas med införa en ny ordning eller nya förutsättningar för prövning av överprövningsmål.

Problem med motstridig praxis?

Rättsområdets snabba och omfattande rättsutveckling under relativt kort tid har sannolikt medfört att förvaltningsdomstolarnas rättspraxis kan framstå som oöverskådlig och motsägelsefull. Även de särskilda processuella förutsättningarna för domstolarnas prövning av upphandlingsmålen kan påverka utvecklingen av rättspraxis. Upphandlingsmålen har stora likheter med sådana mål i allmän domstol där man tillämpar förhandlingsprincipen.⁸ Det får till konsekvens att två mål, där omständigheterna rörande den påstådda regelöverträdelsen – till exempel ett

⁴ Jämför EU-domstolens dom i mål C-81/98 Alcatel, prop. 2001/02:142 och SFS 2002:594, ändringar som införlivas i den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling från och med den 1 juli 2002.

⁵ HFD 2011 ref. 29 och efterföljande rättspraxis.

⁶ Prop. 2008/09:165. Den nya organisationen trädde i kraft den 15 februari 2010.

⁷ Konkurrensverkets remissvar avseende Mål och medel – särskilda åtgärder för vissa måltyper i domstol (SOU 2010:44), dnr 505/2010

⁸ RÅ 2009 ref. 69.

förment rättstridigt krav i ett förfrågningsunderlag – är identiska, kan bedömas olika av förvaltningsrätterna därför att parterna utformar sin talan i de två målen på olika sätt i fråga om ingiven bevisning, rättslig argumentation eller medgivna omständigheter. Det bör understrykas att sådana bedömningar inte är exempel på motstridig rättspraxis utan en naturlig följd av de processuella förutsättningarna för prövning av upphandlingsmål.

I den utsträckning rättspraxis ändå innehåller oförenliga avgöranden är detta delvis en naturlig följd av domstolsväsendets organisation, och det har inte framkommit – eller ens påståtts – att detta problem är mer omfattande inom upphandlingsområdet än andra rättsområden. Konkurrensverket håller i och för sig med om att det vore önskvärt att Högsta förvaltningsdomstolen avgjorde fler upphandlingsmål i sak än vad som hitintills varit fallet. Denna synpunkt torde dock gälla även för många rättsområden, och antalet avgjorde mål i högsta instans måste naturligtvis ses mot bakgrund av Högsta förvaltningsdomstolens begränsade resurser och det omfattande antal måltyper som instansen har att pröva. Det förhåller sig även på det viset att det är relativt få mål som faktiskt överklagas ända till högsta instans.

Sammanfattningsvis är Konkurrensverket av uppfattningen att frågan om motstridig rättspraxis i överprövningsmål måste ses mot bakgrund av rättsområdets snabba rättsutveckling under senare år samt de processuella förutsättningarna för prövningen av sådana mål. Vidare bör det utredas om motstridiga avgöranden, i den utsträckning sådana faktiskt förekommer, är fler vad gäller överprövningsmålen än vad gäller andra måltyper.

En domstolsliknande nämnd?

Ett förslag som förespråkats av flera intressenter är att Sverige skulle ersätta de allmänna förvaltningsdomstolarnas prövning med en domstolsliknande nämnd med förebild i den i Danmark. Konkurrensverket anser att en rad argument talar emot en förändring i denna riktning.

För det första kan påpekas att handläggningstiden i svenska förvaltningsdomstolar av många intressenter har nämnts som ett av de största problemen med överprövningsförfarandet. Det bör därför i sammanhanget påpekas att det följer av de redovisade uppgifterna i utredningen att handläggningstiden i svenska förvaltningsdomstolar klart understiger den danska överklagandenämndens handläggningstid.

Vidare får Konkurrensverket påpeka att det är oundvikligt att handläggningen av en överprövning innebär en viss handläggningstid hos den handläggande myndigheten. Utredning av komplicerade frågor och genomgång av omfattande processmaterial kommer ofrånkomligen att medföra en fördröjning av den tid som förflyter mellan utvärdering och ingående av avtal. Detta gäller oavsett vilken

myndighet som handlägger dem och även oavsett vilka resurser denna myndighet tillförs och oavsett den slutliga utgången. Vidare är det Konkurrensverkets uppfattning att det stora flertalet överprövningsmål handläggs skyndsamt och avgörs så snart det kan ske under ovan nämnda rådande förutsättningar. Möjligen kan utredas huruvida det inom ramen för förvaltningsprocesslagen går att förmå parterna att mer koncentrerat fastställa sin talan och därigenom minska antalet gånger parterna bereds möjlighet att yttra sig till domstol innan målet avgörs.

Det kan vidare diskuteras om en leverantörs benägenhet att ansöka om överprövning till viss del är kulturellt betingad och i så fall om en leverantörs benägenhet att ansöka om överprövning – allt annat lika – påverkas av till vilket organ en sådan ansökan ges in. Det kan tänkas att en överföring av de allmänna förvaltningsdomstolarnas uppgifter enligt LOU och LUF till en överklagandenämnd i viss fall skulle föranleda leverantörerna att i större utsträckning än i dagsläget ta till vara sin rätt genom att påkalla nämndens prövning. Detta eftersom sannolikt en del leverantörer i dagsläget drar sig för att dra sin potentiella avtalspart inför domstol. I sådant fall skulle antalet överprövningsmål vid införande av en nämnd öka istället för att minska. Det bör även påpekas att antalet överprövningsmål i Sverige förmodligen föranleds av den omständighet att fler upphandlingar (s.k. icke-direktivstyrda upphandlingar) annonseras än i exempelvis Danmark och att det således finns fler upphandlingar som kan bli föremål för överprövning.

Mot denna bakgrund avråder Konkurrensverket från att utredningen inriktar sitt fortsatta arbete på att formulera ett förslag med innebörd att de allmänna förvaltningsdomstolarnas handläggning av överprövningsmål förs över till en domstolsliknande nämnd.

Avgift m.m. för överprövningsmål?

Flera intressenter har till utredningen uppgett att införandet av avgifter för domstolsprövning skulle vara ett sätt att begränsa antalet överprövningsmål. I andra sammanhang har även en skyldighet för domstolen att förordna att den part som förlorar överprövningsmålet ska ersätta den vinnande partens rättegångskostnader framförts som ett sätt att avstyra leverantörer från ansöka om överprövning.

Konkurrensverket anser att en sådan ordning inte vore lämplig. För det första kan principiella skäl anföras emot att lagstiftaren ska söka begränsa möjligheten för de leverantörer som anser att den upphandlande myndigheten genomför en upphandling på ett felaktigt sätt att ta till vara sin rätt. Andelen bifall⁹ i överprövningsmål talar för att det övervägande antalet överprövningsmål föranleds av välgrundade invändningar från de leverantörer som ansöker om överprövning.

⁹ Andelen bifallsdomar uppgick år 2010 till ca 30 procent av det totala antalet mål om överprövning, se Konkurrensverkets rapport 2011:1, s. 25.

För det andra bör framhållas att en ansökan om överprövning även i dag är förknippad med kostnader för den sökande leverantören. Antingen anlitar sökanden advokat- eller annan experthjälp vars arvode ska betalas av sökanden oavsett utgången i målet. Eller så för sökanden sin egen talan i domstolen, vilket även det är förknippat med kostnader i form av nedlagd arbetstid. Detta torde i vilket fall vara särskilt betungande för mindre leverantörer.

För det tredje kan påpekas att storleken på de avgifter som domstolarna i vissa fall har möjlighet och skyldighet att ta ut för sin prövning av andra typer av mål är av storleksordningen 450-500 kronor. Det kan ifrågasättas om en avgift av motsvarande storlek i någon större utsträckning skulle påverka leverantörers benägenhet att ansöka om överprövning. Det gäller sannolikt även om en eventuell avgift skulle fastställas till ett betydligt högre belopp. Den administrativa kostnaden för domstolarna att hantera en ordning med ansökningsavgifter skulle dessutom förmodligen närma sig avgiftens storlek. I den utsträckning en avgift faktiskt skulle verka avhållande på leverantörer skulle detta troligen närmast uteslutande gälla småföretagare.

Rättegångskostnader?

Vad gäller en eventuell skyldighet för domstolen att förordna att förlorande part ska ersätta motpartens rättegångskostnader skulle detta, utöver den avhållande effekt detta skulle kunna ha på främst mindre leverantörer, dessutom kunna få till följd att tappande part i större utsträckning än i dag skulle överklaga domen i syfte att befrias från en sådan skyldighet. I någon utsträckning skulle alltså en sådan ordning kunna få till följd att flera avgöranden överklagas till överinstans med en längre total handläggningstid som följd.

Preklusionsfrist?

Frågan om införande av en preklusionsfrist har åter förts fram av olika intressenter. Konkurrensverket har förståelse för den frustration många upphandlande myndigheter känner över att leverantörer först efter att det står klart att man inte tilldelas kontrakt i en upphandling ansöker om överprövning och först då framför invändningar som varit kända sedan förfrågningsunderlaget publicerades.

Konkurrensverket har tidigare ansett att en preklusionsfrist inte bör införas.¹⁰ Det finns både fördelar och nackdelar med en sådan frist, men enligt Konkurrensverkets uppfattning saknas alljämt bärande argument för en motsatt ståndpunkt. Därtill kommer att en sådan frist är förknippad med praktiska juridiska tillämp-

¹⁰ Konkurrensverkets remissvar avseende Nya upphandlingsregler 2, slutbetänkande av Upphandlingsutredningen 2004 (SOU 2006:28) samt Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet (Ds 2009:30).

ningssvårigheter, eftersom det bl.a. inte alltid är möjligt att skilja felaktigheter i till exempel förfrågningsunderlaget från felaktigheter vid utvärderingen.

Enligt Konkurrensverkets uppfattning kan de negativa konsekvenserna av nuvarande ordning delvis mildras genom en ökad dialog mellan upphandlande myndigheter och leverantörer. Vidare kan möjligen den fortsatta rättsutvecklingen efter Högsta förvaltningsdomstolens (dåvarande Regeringsrättens) dom i mål RÅ 2009 ref 69 medföra att parterna i en upphandlingsprocess i högre grad kommer behöva precisera sin talan, vilket kan medföra såväl en mer uppstramad process som kortare handläggningstider. För det fall frågan om preklusionsfrist ska utredas vidare bör enligt Konkurrensverkets mening en sådan utredning innefatta en genomgång av utvecklingen i de länder som redan tillämpar en sådan frist, för att utröna huruvida en frist kan få den eftersträvade effekten avseende antalet överprövningsmål.

Förslag till alternativa åtgärder

För att komma tillrätta med oönskade konsekvenser med nuvarande ordning anser Konkurrensverket att utredningen bör undersöka följande alternativ.

Enligt Konkurrensverket åsikt saknas i diskussionen avseende överprövningsmål en närmare analys av de juridiska grunderna som åberopas i ansökningar om överprövning i förhållande till utfallet. Med andra ord är det oklart vilka invändningar leverantörer i huvudsak har mot upphandlingar samt i vilken utsträckning olika kategorier av invändningar medför att förvaltningsdomstolarna förordnar om ingripande eller rättelse. Ur de upphandlande myndigheternas synvinkel skulle en sådan undersökning kunna påvisa kategorier av invändningar som medför att domstolarna förordnar om ingripande. Detta skulle kunna medföra att särskild omsorg kan visas dessa delar av upphandlingsförfarandet i syfte att minska antalet fel. Vidare skulle undersökningen förmodligen utvisa att vissa kategorier av invändningar sällan föranleder att domstolen förordnar om rättelse eller att upphandlingen ska göras om, t.ex. för att invändningen förutsätter sådana avvägningar som inte lämpar sig för domstolsprövning.¹¹ För leverantörer som anser att upphandlingen i sådana delar är förknippad med brister skulle en sådan undersökning klargöra i vilken utsträckning en ansökan om överprövning framstår som en framkomlig väg att komma till rätta med de upplevda bristerna. I båda fallen skulle analysen kunna leda till att antalet överprövningsmål minskar utan att möjligheterna att begära överprövning begränsas genom lagstiftning.

En ytterligare åtgärd som skulle kunna minska antalet överprövningsmål är att upphandlande myndigheter i större utsträckning än i dag efter att tilldelnings-

¹¹ Jämför till exempel Kammarrätten i Jönköpings dom den 4 februari 2009 i mål nr 5-09 samt Kammarrätten i Stockholms domar den 23 oktober 2008 i mål nr 3706-08 och den 6 mars 2009 i mål nr 534-09.

beslut meddelats kontaktar de anbudssökande eller anbudsgivare som inte kommer i fråga för kontrakt för att förklara myndighetens ställningstagande. Konkurrensverket har kännedom om fall där upphandlare som regel kontaktar förlorande anbudsgivare i nära anslutning till att tilldelningsbeslut meddelats i syfte att förklara hur utvärderingen gått till, varför anbudsgivarens anbud inte antagits samt i övrigt svara på frågor. En sådan ordning tenderar att medföra att anbudsgivare accepterar myndighetens ställningstagande. Självfallet får ett sådant initiativ inte tas i syfte att avhålla anbudsgivaren från att begära överprövning av upphandlingen.

Konkurrensverket erfar vidare att det finns en del osäkerhet kring vad som gäller överprövning av upphandlingar som är uppdelade på flera avtalsområden. Osäkerhet uppkommer främst i den situationen att en ansökan om överprövning ges in till förvaltningsrätten inom avtalsspärren men inte omfattar samtliga avtalsområden. I den situationen är det oklart om den förlängda avtalsspärren börjar löpa för samtliga avtalsområden, eller endast avseende de som omfattas av ansökan om överprövning. Detta kan föranleda den upphandlande myndigheten att avvakta med att ingå avtal även vad gäller de avtalsområden som inte omfattas av ansökan om överprövning för att inte riskera att ingå avtal i strid med reglerna om avtalsspärr. Motsvarande problematik gäller för samordnade upphandlingar där en ansökan om överprövning endast gäller en eller flera, men inte alla, de deltagande upphandlande myndigheterna.

Eftersom dessa typer av upphandlingar är vanliga skulle ett klagörande i lagtexten förmodligen leda till att överprövningsförfarandet uppfattades som mindre besvärande av de upphandlande myndigheterna, utan att möjligheterna att ansöka om överprövning begränsas. Här skulle reglerna om överprövning lämpligen kunna förtydligas så att det framgår att om en ansökan om överprövning endast avser ett eller flera – men inte alla – avtalsområden, den förlängda avtalsspärren endast träder i kraft vad gäller de avtalsområden som är föremål för prövning i målet.

Utredningen bör även utreda vilka möjligheter som finns för att mildra de negativa följder som kan uppkomma för såväl leverantörer som upphandlande myndigheter som en följd av ett överprövningsmål.

Förändrad direktupphandlingsgräns

Utredningen anger att de överväger att införa ett förslag avseende höjd beloppsgräns för när direktupphandling ska vara tillåten. Konkurrensverket har tidigare¹² föreslagit en höjd beloppsgräns på 600 000 kr vilken föreslogs kombineras med krav på dels viss dokumentation av den genomförda direktupphandlingen, dels konkurrensutsättning genom obligatorisk inhämtande av anbud från minst tre

¹² Konkurrensverkets PM i ärende dnr 574/2007, daterad 14 december 2007.

leverantörer för kontrakt vars värde beräknades överstiga rena småinköp. Genom krav på dokumentation och konkurrensutsättning motverkas risken för en ökning av felaktigheter och osakliga tilldelningar.

Konkurrensverket noterar att det bland de intressenter som utredningen har talat med finns vitt skilda åsikter om på vilken nivå beloppsgräns bör ligga. Utredningens fortsatta utredning i denna del bör därför enligt Konkurrensverket inriktas på att fortsätta arbetet med att i möjligaste mån utröna vilken effekt en eventuell höjning av beloppsgränserna kan få för både upphandlande myndigheter och leverantörer för att försöka säkerställa att en eventuell förändring verkligen innebär en förenkling eller förbättring för de inblandade parterna utan att försämra konkurrensen. Vid dessa överväganden bör särskilt transaktionskostnader för båda sidor för att genomföra eller delta i en upphandling vägas mot de besparingar som kan göras genom att genomföra en formaliserad upphandling enligt reglerna. En sådan granskning av transaktionskostnader bör inkludera en jämförelse med kostnaderna för inköp utanför regelverket, varvid även transaktionskostnader i privat sektor kan vara av särskilt intresse. En granskning kan även inkludera en mer generell genomgång av konkurrensutsättning inom privat sektor.

Enligt Konkurrensverkets uppfattning bör det av enkelhetsskäl inte införas flera olika gränser. Beträffande byggtreprenader kan det dock med hänsyn till dessa upphandlingars beloppsmässiga storlek övervägas om det är lämpligt att införa en särskild gräns. I detta sammanhang kan emellertid nämnas att just byggbranschen har varit föremål för ett flertal granskningar från Konkurrensverkets sida beträffande överträdelse av upphandlingsregelverket samt även granskningar av andra myndigheter. De missförhållanden som uppdragats vid dessa granskningar tyder möjligen på att konkurrensen inom just denna sektor inte skulle främjas av en höjning av beloppsgränsen eftersom detta skulle innebära att fler byggtreprenader kunde kontrakteras utan styrning av formella regler, vilket i sin tur medför en ökad risk för missbruk och osaklig hantering av dessa kontrakt.

En eventuell förändring av beloppsgränsen bör enligt Konkurrensverket även följas upp på längre sikt.

Centraliserad och samordnad upphandling

Utredningen anför att flera intressenter har beskrivit att framför allt samordnade ramavtal medför problem för mindre leverantörer. Vidare har kritik framförts som den statliga inköpssamordningen vars avtal anses svårtillämpade och oförmanliga. Vidare har önskemål framkommit om att införa upphandlingsdirektivens regler om dynamiska inköpssystem i Sverige.

Konkurrensverket ser med oro på den utveckling som finns mot alltmer centraliserade former av upphandling.

Rapporter publicerade av Konkurrensverket med flera tyder på att stora ramavtal inte medför bättre villkor för de upphandlande myndigheterna än individuellt upphandlade avtal. Företrädare för mindre leverantörer gör återkommande gällande att samordnade ramavtal minskar möjligheterna för deras medlemmar att framgångsrikt delta i offentlig upphandling. Stora samordnade ramavtal medför också att upphandlingarna riskerar att genomföras i strid med förbudet mot att använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.¹³

Konkurrensverket erfar vidare att olika former av centraliserade och samordnade upphandlingar ofta föranleds av brist på resurser, kompetens och framförhållning hos de medverkande myndigheterna snarare än att de avtal som dessa upphandlingar resulterar i framstår som särskilt förmånliga för de deltagande upphandlande myndigheterna. Detta medför sannolikt sämre avtalstrohet och att direkttilldelningar görs vid sidan av avtalen i strid med såväl upphandlingslagarna som villkoren i många av de ingångna avtalen. För många – särskilt mindre – leverantörer föranleder osäkerhet kring avropsmängder och avtalstrohet att man antingen garderar sig för osäkerheten genom högre anbudspriser eller helt avstår från att lämna anbud i upphandlingen.

Konkurrensverket anser emellertid att dessa problem snarare bör lösas genom rättstillämpningen och omprioriteringar hos de upphandlande myndigheterna än genom lagstiftning.

Vad särskilt gäller reglerna om dynamiska inköpssystem noterar Konkurrensverket att detta förfarande generellt anses svårtillämpat och används i mycket liten utsträckning inom EU. Kommissionen har omarbetat förfarandet i förslaget till de nya upphandlingsdirektiven. Konkurrensverket anser därför att man bör avvakta med ett eventuellt förslag att införa dynamiska inköpssystem i den svenska upphandlingslagstiftningen tills det står klart hur detta förfarande kommer att vara närmare utformat i de nya upphandlingsdirektiven.

Former för valfrihet och ramavtalsreglerna¹⁴

Utredningen beskriver att det finns ett önskemål från flera aktörer att införa en möjlighet till valfrihetsförfarande även inom upphandlingslagstiftningen. Dessa behov har visat sig svåra att tillgodose inom ramen för upphandlingsregelverken. Utredningen anför vidare att för att ett valfrihetsförfarande ska fungera måste även rättsmedlen ses över, och att utredningen har för avsikt att närmare utreda förutsättningarna för att införa ett valfrihetsförfarande i 15 kap. LOU.

¹³ Artikel 32.2 sista stycket i direktiv 2004/18/EG.

¹⁴ S. 117-188 och 152-155.

Konkurrensverket konstaterar att det under senare år har blivit allt vanligare med olika typer av valfrihetsförfaranden¹⁵ i Sverige. I vissa fall sker detta genom sådana valfrihetssystem som införs med stöd av lagen (2008:962) om valfrihetssystem. I andra fall har valfrihetsförfarandet utformats som ramavtal som upphandlats med stöd av LOU eller möjligen som tjänstekoncessioner. I det nyligen presenterade betänkandet från Hjälpmedelsutredningen har utredaren föreslagit att Sverige inför ett system liknande LOV som möjliggör införandet av "varukoncessioner".¹⁶

Konkurrensverket ser positivt på en utveckling som medför att enskilda ges större möjligheter att påverka vem som ska utföra för honom eller henne ofta nödvändiga och intima tjänster. Samtidigt har valfrihetsförfaranden potential att ge fler leverantörer möjlighet att leverera till offentlig sektor och därigenom skapa bättre konkurrens och för det allmänna mer förmånliga villkor.

Valfrihetsförfarandena riskerar dock att utformas på ett sådant sätt att de inte överensstämmer med bestämmelserna om ramavtal i upphandlingsdirektiven. Det bör erinras om att valfrihetssystem i den ovan beskrivna modellen är en avtalskonstruktion som närmast uteslutande används i Sverige eller i vart fall i de nordiska länderna. Upphandlingsdirektiven syftar till att reglera upphandlande myndigheters tilldelning av upphandlingspliktiga kontrakt. Det kan mot denna bakgrund ifrågasättas om tilldelning av kontrakt som sker genom enskildas bestämmande inflytande inom ramen för sådana valfrihetsförfarande över huvud faller inom upphandlingsdirektivens tillämpningsområde. Med anledning därav är inte upphandlingsdirektivens regler, särskilt de som reglerar ramavtal med flera leverantörer med alla villkor fastställda, avpassade för sådana förfaranden. Detta har bl.a. såsom utredningen påpekar föranlett regeringen att i Sveriges svar på kommissionens grönbok argumentera för att valfrihetssystem införs som ett nytt upphandlingsförfarande i upphandlingsdirektiven.

Konkurrensverket får mot denna bakgrund understryka vikten av att utredningen noga utreder de upphandlingsrättsliga aspekterna av valfrihetsförfarandena vad gäller valfrihetssystem som inte avser tjänstekoncessioner eller B-tjänster i syfte att tillse att dessa överensstämmer med upphandlingsdirektiven. Detta framstår som särskilt angeläget mot bakgrund av att Sverige kan förväntas införa ytterligare valfrihetsförfaranden. Med anledning av att utredningen särskilt har angett att man har för avsikt att närmare utreda förutsättningarna för att införa ett valfrihetsförfarande i 15 kap. LOU vill Konkurrensverket erinra om att omfattningen av upphandling som sker med stöd av de icke direktivstyrda reglerna kan komma att förändras. Detta på grund av de föreslagna upphandlings- och tjänstekoncess-

¹⁵ I detta kapitel används termen "valfrihetsförfarande" med en vidare innebörd än de valfrihetssystem som åsyftas i lagen (2008:962) om valfrihetssystem – LOV.

¹⁶ Hjälpmedel - ökad delaktighet och valfrihet, SOU 2011:77.

ionsdirektiven, men också som en följd av en eventuellt höjd direktupphandlingsgräns.

Offentlig upphandling som samhällspolitiskt styrmedel

Inledningsvis kan sägas att Konkurrensverket generellt sett ser positivt på att utredningens direktiv vad gäller samhällspolitiska perspektiv omfattar såväl miljöhänsyn som sociala och etiska hänsyn. De sociala hänsynstagandena har inte tidigare fått samma uppmärksamhet som miljöfrågor vilket kan anses ha lett till en större oklarhet om förutsättningarna att använda sådana hänsyn i offentlig upphandling.

Utredningen konstaterar att det finns många olika typer av miljökrav och sociala krav i olika länder vilket leder till svårigheter för leverantörer att anpassa sina produkter på ett effektivt sätt. Därmed finns risk att den gränsöverskridande handeln begränsas, vilket skulle strida mot ett av upphandlingsreglernas primära syften. EU-kommissionen har påbörjat ett arbete med gemensamma miljökrav för att harmonisera dessa och enligt Konkurrensverket bör Sverige verka för att dessa tillämpas i högre grad.

Konkurrensverket instämmer i utredningens slutsats om att kommissionen bör ta fram en vägledning eller en rapport som tydliggör i vilka sammanhang offentlig upphandling är ett samhällsekonomiskt effektivt styrmedel i arbetet för hållbar utveckling. Det bör samordnas med arbetet att ta fram nya upphandlingsdirektiv för att ge ett bättre underlag och säkerställa att metoderna för samhällspolitiska åtgärder är effektiva och lämpliga. Däremot bör frågan om krav i en offentlig upphandling, särskilt vad gäller miljökrav, kan vara mer långtgående än bestämmelser i dels totalharmoniserade och dels minimi-harmoniserade rättsakter i första hand klargöras genom vägledande rättspraxis från EU-domstolen. Någon entydig rättspraxis som tar upp den i Sverige högaktuella frågan om djurskyddshänsyn finns inte.

Utredningen konstaterar i avsnitt 5.2 (sid 188) att det behövs både regleringar och ekonomiska styrmedel för att uppnå bland annat energieffektiviseringar och att kompletterande styrmedel som till exempel offentlig upphandling kommer att behövas för att bidra till ett mer hållbart samhälle. Konkurrensverket anser att det är viktigt att upphandlande myndigheter överväger på vilket sätt man tar miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentliga upphandlingar eftersom det finns både för- och nackdelar med att använda olika krav som politiska styrinstrument i jämförelse med andra, till exempel ekonomiska incitament. Konkurrensverket håller med utredningen att kostnadseffektivitet är en viktig utgångspunkt, men att även andra faktorer bör beaktas.

De typfall som redovisas under avsnitt 5.3 på sid 197-198 kan mycket väl vara relevanta situationer, men Konkurrensverket anser att frågan om den offentliga upphandlingens bidrag till global rättvisa bör utredas och analyseras ytterligare.

Utredningen nämner i avsnitt 5.6 endast kortfattat den s.k. antidiskrimineringsförordningen, men omnämner i sammanhanget, utan närmare förklaring, att Konkurrensverket föreslagit att förordningen bör upphävas. Det finns anledning att kommentera vad som ligger bakom Konkurrensverkets slutsats att förordningen bör upphävas. Konkurrensverket genomförde under 2008 en utvärdering av nämnda förordning¹⁷ och kunde konstatera att förordningen inte tillämpats på ett sätt som gör att den är effektiv för att motverka diskriminering hos leverantören. Myndigheter har avstått från att använda sanktioner vid överträdelser mot anti-diskrimineringsvillkoren och i flertalet fall har myndigheterna inte följt upp villkoren. Att ställa upp villkor som inte kan följas upp torde strida mot unionsrätten och Konkurrensverket anförde att om antidiskrimineringsförordningen ska bestå krävs det att man kommer tillrätta med myndigheternas bristande uppföljning. Konkurrensverket anser att regeringen i det fortsatta utredningsarbetet återigen bör se över om förordningen fyller den funktion den är avsedd för på ett effektivt och lämpligt sätt.

De svenska domstolarna som dömer i upphandlingsmål ska tolka det legala utrymmet för att ställa olika typer av krav och döma i olika situationer där oklarheter eller meningsskiljaktigheter uppstått. Uttolkning bör ske på EU-nivå och det vore önskvärt med ett förtydligande av EU-domstolen, vilket kan inhämtas i form av ett förhandsavgörande, gällande frågan om krav i offentliga upphandlingar som går längre än EU:s minimilagstiftning och harmoniserad lagstiftning (vilket berörs i avsnitt 5.7).

Konkurrensverket håller med utredningens slutsatser i avsnitt 5.9 om att ytterligare satsningar på upphandlingsstödjande åtgärder behövs avseende miljö- och sociala hänsyn för att underlätta för såväl upphandlande myndigheter/enheter och leverantörer. Inte minst gäller det användning av nya upphandlingsformer, prestanda- eller funktionskrav eller upphandling för att främja innovationer. Frågeställningarna är många gånger starkt politiska och det är viktigt att samordna och utveckla upphandlingsstödet så att det blir så heltäckande som möjligt och i så stor utsträckning inbegriper de olika områden som utredningen identifierar.

Konkurrensverket håller med om att den offentliga sektorn kan vara en pådrivande faktor för mer långsiktigt hållbar teknik och service genom att efterfråga en service eller funktion, snarare än en färdig produkt (avsnitt 5.10). Men för att innovativa lösningar ska kunna få största effekt behöver kraven i en upphandling många gånger vara specifikt anpassad för den aktuella situationen. Det finns flera upphandlingsförfaranden till förfogande idag vilka kan användas för att främja innovationer, i synnerhet gäller det konkurrenspräglad dialog och användning av funktions- eller prestandabaserade tekniska specifikationer. Förslaget till nya

¹⁷ Konkurrensverkets rapportserie 2009:2 Utvärdering av antidiskrimineringsförordningen.

direktiv innehåller förutom möjligheten att använda förhandlat förfarande med föregående annonsering i större utsträckning också ett nytt förfarande som tar sikte på innovationer: "innovativt partnerskap".

Båda dessa förändringar innebär ökad flexibilitet och fler alternativa förfaranden för de upphandlande myndigheterna, men samtidigt innebär det att behoven av stöd och vägledning sannolikt kommer att öka. Kompetensen för enskilda upphandlare behöver också av denna anledning stärkas.

Konkurrensverket delar utredningens bedömning (avsnitt 5.12) att det finns möjlighet att ställa krav på minimilöner enligt svenska kollektivavtal och vissa andra arbetsvillkor (enligt utstationeringsdirektivet) då en tjänst eller entreprenad utförs i Sverige. Rättspraxis är emellertid knapphändig och Konkurrensverket välkomnar utredningens bedömning att både djupare analyser och upphandlingsstödjande åtgärder kan behövas i denna fråga.

Ur Konkurrensverkets perspektiv är det viktigt att det är tydligt när regelverket för offentlig upphandling ska tillämpas eller inte. Inte minst riskerar en upphandlande myndighet att drabbas av upphandlingsskadeavgift om inte reglerna följs vid en tilldelning av kontrakt där så skulle skett. Konkurrensverket välkomnar därför ytterligare klarlägganden vad avser bidragsgivning i förhållande till offentlig upphandling (avsnitt 5.16).

Utredningen överväger (avsnitt 5.17) att föreslå att direktivens bestämmelser (artikel 19 direktiv 2004/18) om reserverade kontrakt till skyddade verkstäder eller program för skyddade anställningar införs. Konkurrensverket ser positivt på det förslaget. Konkurrensverket har i kontakter med bl.a. kommuner tagit emot önskemål att man saknar möjlighet att kunna tillämpa dessa regler. Bestämmelsen är vidare införd i många andra av EU:s medlemsstater.

Bestämmelsen innebär att medlemsstaterna kan reservera vissa kontrakt för "skyddade verkstäder", dvs. företag där arbetstagarna till minst hälften är personer med funktionshinder och på grund av det inte kan utöva yrkesverksamhet på normala villkor. I Sverige finns omkring 200 så kallade sociala företag som bedriver näringsverksamhet i kombination med olika rehabiliterings- och arbetsmarknadsinriktade tjänster. Det bör utredas ytterligare i vilken omfattning dessa uppfyller bestämmelserna i direktivet.

Andra medlemsstater som infört bestämmelser om reserverade kontrakt har i kontakt med Konkurrensverket framfört att det finns tillämpningsproblem, såsom dålig kvalitet på utförda uppdrag och sena leveranser. Innan bestämmelser införs i Sverige bör det utredas i vilka sammanhang som sådana på lämpligast sätt kan tillämpas, t.ex. där det finns en fungerande konkurrens.

Den andra delen av bestämmelsen ("föreskriva att kontrakten ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddade anställningar") är otydlig och bör definieras. Innebär bestämmelsen ett åläggande för en vinnande leverantör att anlita viss typ av underleverantörer? Är ett sådant åläggande förenligt med principen om etableringsfrihet och friheten att tillhandahålla tjänster?

Den aktuella bestämmelsen återfinns i upphandlingsdirektiven vilket innebär att de ska kunna tillämpas vid gränsöverskridande upphandlingar. Det kan eventuellt uppstå problem om det finns olika definitioner eller kriterier för "skyddade verkstäder" i olika länder. Det bör därmed också utredas om bestämmelsen i så fall ska införas för upphandlingar över tröskelvärdet eller enbart för upphandlingar enligt 15 kap. LOU/LUF.

Som en avslutande notering kan sägas att utredningen i delbetänkandet endast översiktligt berör frågan om åtgärder inom den offentliga upphandlingen för att bekämpa arbetslöshet. Det omnämns bland annat under beskrivningen av särskilda kontraktsvillkor. Vid kontakter med andra medlemsstater har Konkurrensverket uppmärksammat att olika åtgärder för att bekämpa arbetslöshet vidtas genom offentlig upphandling i till synes större utsträckning än i Sverige. Det förekommer emellertid i Sverige, men det verkar finnas en osäkerhet om hur sådana villkor kan tillämpas. Konkurrensverket vill understryka att såväl förtydligande av rättsläget som tydliga definitioner och upphandlingsstödjande åtgärder kan behövas i denna fråga. Det bör därvid klarläggas om arbetslöshetsåtgärder i samband med offentlig upphandling kan riktas mot vissa grupper av arbetslösa.

Nationell upphandlingsstatistik

Utredningen har i uppdrag att se över systemet för insamling av upphandlingsstatistik och vilka uppgifter som ska samlas in. Utredningen menar också att frågan om omfattning måste ställas mot nyttan av statistiken i förhållande till resursåtgång för insamling och handhavande. Enligt Konkurrensverket är denna del av betänkandet en av de mest väsentliga. Den statistik om offentliga upphandlingar i Sverige som finns idag bör av flera skäl förbättras.

Konkurrensverket instämmer i utredningens bedömning att omfattningen av statistiken måste avgöras genom en avvägning av nyttan av statistiken mot kostnaderna för insamling och förvaltning. För att kunna göra en sådan bedömning krävs emellertid ett eller flera förslag till metoder för hur insamlingen kan gå till och vilka kostnader som kan förväntas. Enligt Konkurrensverkets mening kan utredningen beträffande denna fråga finna underlag till fortsatt arbete genom att söka lösningar rörande insamling av uppgifter internationellt, exempelvis inom flera av de nyare medlemsstaterna inom EU samt även Ryssland och Georgien.

Enligt Konkurrensverkets erfarenhet finns möjligheter att samla in en omfattande statistik till relativt låga kostnader. Konkurrensverket har redovisat ett förslag till metod i rapporten *Bättre statistik om offentliga upphandlingar*. Det finns naturligtvis

även andra sätt att samla in statistiken men vi anser att de uppgifter som redovisades i rapporten bör ses som en miniminivå för vilka uppgifter den framtida upphandlingsstatistiken ska omfatta. Följande utgångspunkter bör därför gälla:

- Upphandlingsstatistiken bör innehålla uppgifter om upphandlingar både över och under tröskelvärdena.
- Statistiken bör innehålla uppgifter om vilka leverantörer som lämnar anbud i varje upphandling och vilka som tecknar kontrakt.
- Uppgifter om upphandlande myndigheter och leverantörer bör innefatta organisationsnummer för att möjliggöra kopplingar till andra databaser.
- Det bör vara möjligt att koppla uppgifter om överprövningar till kontrakt/annonser.

Den metod som föreslogs i rapporten hade vissa svagheter. Bland annat följande förbättringar önskvärda:

- Statistiken bör även omfatta kontrakt som inte omfattas av upphandlingsreglerna (t.ex. LOV, LOL/LOS, LASS, koncessioner, forskningsbidrag, friskolor etc.) samt direktupphandlingar.
- Tydliga definitioner bör utvecklas för de uppgifter som samlas in, t.ex. vad som avses med upphandlingarnas värde.
- Den metod som används för insamling av de uppgifter som ska ligga till grund för statistiken bör innehålla mekanismer för uppföljning och kontroll av att uppgifter verkligen lämnas in och att de är rimliga.

Om möjligt bör skyldigheten att lämna statistikuppgifter samordnas med myndigheternas dokumentations- och redovisningsskyldighet i övrigt.

Konkurrensverket har i övrigt inte någon ståndpunkt avseende med vilken metod insamlingen ska ske.

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit upphandlingssakkunnig Malin de Joungé.

Dan Sjöblom

Malin de Joungé