

## Till statsrådet och chefen för finansdepartementet

Genom beslut den 25 juni 1998 (dir. 1998.58) bemyndigade regeringen chefen för finansdepartementet att tillkalla en särskild utredare för att utreda organisationen av Nämnden för offentlig upphandling (NOU) och vilken roll samt vilka uppgifter nämnden bör ha i framtiden med hänsyn till behovet av tillsyn av offentlig upphandling. I uppdraget innefattades också att göra en översyn av reglerna i 6 kap. lagen om upphandling (LOU) samt bestämmelserna om skadestånd i 7 kap. 6 § LOU. Genom beslut den 2 september 1998 förordnades generaldirektören för Kammarkollegiet Sture Johansson till särskild utredare. Den 12 maj 1999 beslutade regeringen att ge utredningen tilläggsdirektiv (Fi 1999:34) samt en parlamentarisk sammansättning. Generaldirektören Sture Johansson har därefter lett utredningen som ordförande.

I arbetet med detta delbetänkande har som ledamöter deltagit kommunalrådet Gunnel Bengtsson, f.d. vice talmannen Christer Eirefelt, sjuksköterskan Gunvor G Ericson, kommunalrådet Mats Ericson, direktören Allan Eriksson, riksdagsledamoten Anne Ludvigsson, adm. chefen Brita Ullman samt riksdagsledamoten Sven-Erik Österberg.

Som experter har deltagit från den 23 september 1998 kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, Kammarrätten i Göteborg tillika ordförande i NOU, kanslirådet Astrid Nensén Uggla, Justitiedepartementet, kanslirådet Charlotte Hedberg, Finansdepartementet, departementssekreteraren Göran Grén, Utrikesdepartementet, förbundsjuristen Ulf Palm, Svenska Kommunförbundet, affärsjuristen Thomas Hjörning (entledigad den 15 juni 1999), Region Skåne, direktören Anders Stenlund, Industriförbundet, inköpsdirektören Lennart Borghagen, Försvarets materielverk, från den 12 oktober 1998 förbundsjuristen Lars-Olof Eklöf, Svensk Handel och juris kandidaten Jens Karlsson, Företagarnas riksorganisation. Från den 15 februari 1999

har departementsrådet Gunvor Engström, Näringsdepartementet samt från den 1 juli 1999 juristen Eva Sveman, Landstingsförbundet deltagit som experter.

Från och med den 22 september 1999 förordnades kammarrättslagmannen Lisbet Edlund, kanslirådet Charlotte Hedberg, förbundsjuristen Ulf Palm och juristen Eva Sveman att vara sakkunniga i kommittén.

Utredningens huvudsekreterare har varit förbundsjuristen Thomas Hallgren. Biträdande sekreterare har varit jur. kand. Åsa Edman. Utredningen har antagit namnet Upphandlingskommittén.

Reservationer har avgivits av ledamöterna Gunnel Bengtsson, Gunvor G. Ericsson, Mats Ericson, Allan Eriksson, Christer Eirefelt och Brita Ullman

Särskilda yttranden har avgivits av ledamöterna Gunnel Bengtsson, Gunvor G. Ericsson, Mats Ericson, Allan Eriksson och Christer Eirefelt. Särskilda yttranden har därutöver lämnats av sakkunniga Lisbeth Edlund, Ulf Palm och Eva Sveman samt av experterna Lars-Olof Eklöf, Anders Stenlund och Jens Karlsson.

Reservationer och särskilda yttranden återges sist i betänkandet.

Kommittén får härmed överlämna delbetänkandet "Effektivare offentlig upphandling – för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt".

Utredningens arbete går vidare.

Stockholm i december 1999

## Sture Johansson

Gunnel Bengtsson

Christer Eirefelt

Allan Eriksson

Anne Ludvigsson

Gunvor G Ericson

Brita Ullman

Mats Ericson

Sven-Erik Österberg.

/ Thomas Hallgren, Åsa Edman

## Innehållsförteckning

<b>Förkortningar .....</b>	<b>11</b>
<b>Sammanfattning .....</b>	<b>13</b>
<b>Summary .....</b>	<b>19</b>
<b>1 Inledning .....</b>	<b>43</b>
1.1 Utredningens uppdrag .....	43
1.2 Uppdraget.....	43
1.2.1 Den statliga tillsynen.....	43
1.2.2 6 kap. lagen om offentlig upphandling .....	44
1.2.3 Skadestånd (7 kap. LOU).....	45
1.2.4 Branschsaneringsutredningens förslag .....	45
1.2.5 Utredningsarbetet.....	45
1.3 Avgränsningar .....	46
1.4 Uppläggning och inriktning .....	47
1.5 Frågornas tidigare behandling .....	47
1.5.1 Den statliga tillsynen.....	47
1.5.2 6 kap. lagen om offentlig upphandling .....	50
1.5.3 Skadeståndsreglerna (7 kap.).....	50
1.5.4 Branschsanering .....	51
<b>2 Bakgrund .....</b>	<b>53</b>
2.1 Den offentliga upphandlingen i Sverige.....	53
2.1.1 Inledning.....	53
2.2 Utvecklingstendenser inom den offentliga sektorn .....	57
<b>3 Gemenskapsrättsliga och internationella upphandlingsregler .....</b>	<b>59</b>
3.1 EG-fördraget och grundläggande EG-rättsliga principers inverkan på svensk rätt.....	59
3.2 EG-direktiven om offentlig upphandling .....	61
3.3 Skadestånd enligt rättsmedelsdirektiven .....	62
3.4 Gemenskapsrätten i förhållande till svensk rätt .....	63
3.5 Kommissionens arbete med offentlig upphandling.....	64

3.5.1	Grönboken om offentlig upphandling.....	64
3.5.2	Regeringen yttrande över kommissionens grönbok om offentlig upphandling .....	65
3.5.3	Kommissionens meddelande med anledning av grönboken om offentlig upphandling.....	65
3.5.4	Pågående direktivändringsarbete inom EU avseende offentlig upphandling .....	66
3.6	Government procurement agreement (GPA) inom världshandelsorganisationen (WTO).....	67
<b>4</b>	<b>Svenska regler som styr den offentliga upphandlingen.....</b>	<b>69</b>
4.1	Lagen om offentlig upphandling .....	69
4.1.1	Inledning.....	69
4.1.2	Konkurrens, affärsmässighet och likabehandling (icke-diskriminering).....	71
4.1.3	När är lagen tillämplig för en upphandlande enhet?.....	72
4.1.4	Tröskelvärden.....	76
4.1.5	Annonseringsregler, rapportering.....	77
4.1.6	Upphandlingsformer .....	78
4.1.7	Förfrågningsunderlaget .....	80
4.1.8	Mottagande och öppnande av anbud.....	81
4.1.9	A- och B-tjänster .....	82
4.2	Upphandling enligt 6 kap. LOU.....	83
4.2.1	Upphandlingsformerna .....	84
4.2.2	Vad skall förfrågningsunderlaget innehålla ?.....	84
4.2.3	Utvärderingskriterier .....	85
4.2.4	Anbudsinfordran.....	86
4.2.5	Mottagande och öppnande av anbud.....	87
4.2.6	Anbud skall ha kommit in i rätt tid .....	87
4.2.7	Anbudsprovning .....	88
4.2.8	Kvalificering av leverantörerna .....	88
4.2.9	Anbudsutvärdering.....	89
4.2.10	Dokumentation och förvaring av handlingar .....	90
4.2.11	Meddelande till europeiska gemenskapernas officiella tidning .....	91
4.3	Överprovning.....	91
4.4	Skadestånd .....	91
4.5	Laglighetsprovning .....	92
4.6	Lag om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling (LIU) .....	92

4.7	Konkurrenslagen.....	94
4.7.1	Lagens syfte och tillämpningsområde .....	94
4.7.2	Två förbudsregler .....	95
<b>5</b>	<b>Statlig tillsyn, påverkan och samordning av den offentliga upphandlingen.....</b>	<b>97</b>
5.1	Nämnden för offentlig upphandling .....	97
5.2	Konkurrensverket.....	101
5.3	Riksrevisionsverket .....	103
5.4	Konkurrensrådet .....	104
5.5	Kammarkollegiet/Statlig inköpssamordning .....	105
5.6	Kommerskollegium.....	107
5.7	Delegationen för ekologisk hållbar upphandling.....	108
5.8	Exportrådet.....	108
<b>6</b>	<b>Internationell utblick.....</b>	<b>111</b>
6.1	Sammanfattning.....	111
6.2	Material och metod .....	112
6.2.1	Enkäter till representanter för EU:s medlemsländer .....	112
6.2.2	Kartläggning av hur skadeståndsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsländer	113
6.3	EU:s medlemsländer.....	116
6.3.1	Finland.....	116
6.3.2	Danmark .....	117
6.3.3	Norge .....	118
6.3.4	Tyskland.....	119
6.3.5	Österrike.....	121
6.3.6	Nederländerna.....	122
6.3.7	Storbritannien.....	123
6.3.8	Irland.....	124
6.3.9	Frankrike.....	125
6.3.10	Belgien .....	126
6.3.11	Luxemburg.....	127
6.3.12	Spanien .....	128
6.3.13	Italien.....	128
<b>7.</b>	<b>Problembilden vid offentlig upphandling.....</b>	<b>131</b>
7.1	Inledning.....	131
7.2	Material och metod .....	132
7.2.1	NOU:s kartläggning .....	132
7.2.2	Offentligt tryck .....	137

7.2.3	Rapporter, undersökningar m.m. i ämnet .....	138
7.2.4	Upphandlingskommitténs hearingar .....	139
7.2.5	Upphandlingskommitténs erfarenheter från möten med upphandlare och leverantörer m.fl. ....	139
7.3	Problemområden .....	140
7.3.1	Allmänt om offentlig upphandling och LOU .....	140
7.3.2	Otillåten direktupphandling .....	147
7.3.3	LOU:s tillämplighet - omfattas en organisation av LOU eller inte.....	156
7.3.4	Annonsering av förenklade upphandlingar .....	158
7.3.5	Utformningen av förfrågningsunderlaget.....	160
7.3.6	Anbudsprövningen .....	167
7.3.7	Avbruten upphandling.....	171
7.3.8	Fler taleberättigade .....	178
7.3.9	Överprövning en svårframkomlig väg för leverantörerna?181	
7.3.10	Skadestånd vid offentlig upphandling .....	183
7.3.11	Dokumentation och öppenhet .....	185
<b>8</b>	<b>Allmänna utgångspunkter för våra förslag.....</b>	<b>189</b>
8.1	Effektivare offentlig upphandling för fortsatt välfärd och trygghet .....	189
8.1.1	Lagen om offentlig upphandling efterlevs bättre än tidigare upphandlingsregler .....	189
8.1.2	Lagen om offentlig upphandling har lett till förbättrad kvalitet och goda ekonomiska effekter .....	190
8.1.3	Potential för kvalitetsförbättringar och besparingar om den offentliga upphandlingen effektiviseras ytterligare ...	191
8.2	Effektivare offentlig upphandling ger ökat skydd för leverantörerna och flera anbud .....	193
8.3	Effektivare offentlig upphandling leder till ökad hållbar tillväxt och fler arbetstillfällen.....	194
8.4	Effektivare offentlig upphandling kan bidra till genomförande av sociala, arbetsmarknadspolitiska och miljöpoltiska mål .....	197
8.5	Effektivare offentlig upphandling minskar risken för bedrägeri och korrupktion .....	198
8.6	Effektivare offentlig upphandling förutsätter ökad regelefterlevnad.....	198
8.7	Stödköp från lokala leverantörer.....	200

8.8	Ökad regelefterlevnad underlättas av förenklingar av regelsystemet .....	201
8.9	Effektivare upphandling förutsätter bibehållen respekt för den kommunala självstyrelsen och statliga myndigheters självständighet .....	203
8.9.1	Den kommunala organisationen.....	203
8.9.2	Egentillsyn.....	203
<b>9</b>	<b>Allmänna överväganden och förslag beträffande upphandlingstillsynen.....</b>	<b>205</b>
9.1	Vad är tillsyn? .....	205
9.1.1	Det allmänna tillsynsbegreppet .....	205
9.1.2	Egentillsyn.....	209
9.1.3	Den statliga tillsynens inriktning.....	209
9.1.4	Vad måste den statliga tillsynen över offentlig upphandling omfatta ?.....	212
9.2	Begreppet tillsyn över offentlig upphandling .....	213
9.2.1	Den nuvarande avgränsningen.....	213
9.2.2	NOU:s nuvarande verksamhet .....	215
9.2.3	Konkurrensverket, Kammarkollegiet och Kommerskollegium och RRV .....	215
9.2.4	Omfattningen och inriktningen av tillsynen är avhängigt målen för den offentliga upphandlingen .....	217
9.2.5	Godtyckliga bedömningar får inte förekomma.....	218
9.2.6	Avgränsning mellan tillsyn över offentlig upphandling och annan tillsyn .....	219
9.2.7	Förslag till definition.....	220
9.2.8	Vad är kärnan i den statliga tillsynsverksamheten på upphandlingsområdet ? .....	221
9.2.9	Vilka uppgifter som främjar en effektiv offentlig upphandling bör statliga tillsynsmyndigheter inte ägna sig åt ?.....	223
9.3	Behovet av en förstärkt tillsyn över offentlig upphandling.....	223
9.3.1	Antalet upphandlande enheter.....	224
9.3.2	Kritiken mot NOU .....	225
9.3.3	Kommitténs bedömning.....	227
9.3.4	Central tillsyn respektive egentillsyn.....	228
<b>10</b>	<b>Överväganden och förslag beträffande den statliga tillsynens uppgifter.....</b>	<b>229</b>
10.1	Inledning.....	229
10.2	Kontrollfunktionen.....	229

10.2.1	Allmänt .....	229
10.2.2	Strategier och metoder .....	230
10.2.3	Handläggning av klagomålsärenden.....	230
10.2.4	Egeninitierad tillsyn .....	231
10.3	Utvecklingsfunktionen.....	232
10.3.1	Strategier och metoder .....	232
10.3.2	Bevakning av svensk och internationell offentlig upphandling m.m. ....	232
10.3.3	Regeringsuppdrag, remisser, yttranden till domstolar och utreda klagomål från EG-kommissionen m.m. ....	233
10.3.4	Allmänna råd .....	233
10.3.5	Ickediskrimineringsklausuler och miljöfrågor m.m. ....	234
10.3.6	Elektronisk handel.....	234
10.4	Informationsfunktionen .....	235
10.4.1	Allmänt .....	235
10.4.2	Statistikinsamling .....	236
10.4.3	Samverkan med den upphandlande enhetens revisionsorgan.....	236
10.4.4	Främja forskning och högre utbildning .....	237
10.5	Marknadsfunktionen .....	237
10.5.1	Allmänt .....	237
10.5.2	Samordning av upphandlingskompetens.....	237
10.5.3	Upphandlings- och konkurrensstrategier .....	238
10.5.4	Samordning av ramavtal.....	238
10.5.5	Åtgärder för att främja små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling .....	239
10.5.6	Tredjepartslogistikprojekt.....	239
<b>11</b>	<b>Organiseringen av den statliga tillsynen över offentlig upphandling .....</b>	<b>241</b>
11.1	Inledning.....	241
11.2	Den förvaltningspolitiska propositionen.....	242
11.2.1	Renodling .....	242
11.2.2	Kvalitets- och kompetensutveckling.....	243
11.2.3	Resultatstyrning .....	244
11.2.4	Verksamhetsanpassad myndighetsledning .....	244
11.2.5	Renodlad användning av nämndmyndigheter.....	247
11.3	Samlat grepp om upphandlingstillsynen.....	247
11.3.1	Samordning .....	247
11.3.2	Samverkan.....	249



11.4	Personalbehov.....	249
11.5	Finansiering.....	250
11.6	Lokalisering.....	251
11.7	Valet av organisationsmodeller.....	252
11.8	Modell 1: Nollalternativet .....	252
11.8.1	Beskrivning .....	252
11.8.2	Kollektivt beslutsfattande.....	253
11.8.3	Renodling .....	254
11.8.4	Styrning och ledning .....	254
11.8.5	Kort analys.....	255
11.9	Modell 2: Myndigheter och organisationer i samverkan. 256	
11.9.1	Beskrivning .....	256
11.9.2	Renodling .....	257
11.9.3	Samlat grepp om upphandlingstillsynen.....	258
11.9.4	Styrning och ledning .....	259
11.9.5	Kort analys.....	259
11.10	Modell 3: Samordning i Konkurrensverket.....	260
11.10.1	Beskrivning .....	260
11.10.2	Renodling och ett samlat grepp om upphandlingstillsynen.....	261
11.10.3	Styrning och ledning .....	264
11.10.4	Kort analys .....	264
11.11	Modell 4: Upphandlingsverket.....	265
11.11.1	Beskrivning .....	265
11.11.2	Renodling och samlat grepp om upphandlingstillsynen.....	266
11.11.3	Styrning och ledning .....	266
11.11.4	Kort analys .....	267
11.12	Kommitténs överväganden .....	268
11.12.1	Modellerna representerar olika alternativ .....	268
11.12.2	Hur utvärderar vi modellerna?.....	269
11.12.3	Vilket är det bästa organisationsalternativet? .....	270
<b>12</b>	<b>Överväganden och förslag beträffande 6 kap. LOU.....</b>	<b>277</b>
12.1	Inledning.....	277
12.2	Allmänna överväganden om 6 kap. LOU .....	278
12.3	Sjätte kapitlets tillämpningsområde .....	279
12.3.1	Skall privata företag undantas från sjätte kapitlets tillämpningsområde ? .....	279
12.3.2	Upphandling av telefonitjänster .....	280
12.4	Upphandlingsförfaranden i 6 kap.....	282
12.4.1	Direktupphandling .....	283

12.4.2	Förenklad selektiv upphandling .....	285
12.4.3	Förenklad upphandling med anbudsinfordran från endast en leverantör .....	293
12.4.4	Formgivningstävlingar .....	295
12.5	Förfrågningsunderlagets innehåll .....	296
12.5.1	Samla regler om förfrågningsunderlaget i en paragraf ....	296
12.5.2	Förfrågningsunderlagets huvudsakliga innehåll .....	297
12.5.3	Anbud per e-post .....	298
12.5.4	Implementeringstid .....	298
12.5.5	Form för prövning av anbud .....	299
12.5.6	Rangordning av utvärderingskriterierna .....	299
12.6	Obligatorisk publicering i elektronisk databas .....	300
12.6.1	Inledning .....	300
12.6.2	Elektronisk databas för offentlig upphandling godkänd av tillsynsmyndigheten .....	302
12.6.3	Annonsen .....	302
12.6.4	Undantag från annonseringsplikt .....	302
12.7	Fixerade anbudstider .....	303
12.8	Ändringar så att vissa regler över respektive under tröskelvärdena blir lika .....	303
12.9	Branschsaneringsutredningens förslag till ändringar i 6 kap. ....	305
12.9.1	Sammanfattning .....	305
12.9.2	Förkasta orimligt låga anbud .....	306
12.9.3	Kontroll av registrering i utländska företagsregister .....	307
12.9.4	Kontroll av registrering i utländska register för skatter- och avgifter .....	308
12.9.5	Uteslutningsgrunder skall även omfatta den juridiska personens företrädare .....	309
12.9.6	Kontroll av teknisk förmåga och kapacitet samt finansiell och ekonomisk ställning .....	310
12.9.7	Ange underleverantörer .....	311
12.10	Tvåstegsförfarande: leverantörskvalifikation och anbudsprövning .....	312
12.11	Avbruten upphandling .....	312
12.12	Jäv, muta och bestickning .....	313
12.12.1	Inledning .....	314
12.12.2	Jäv .....	314
12.12.3	Muta och bestickning .....	314

12.13	Obligatorisk dokumentation .....	315
12.14	Särskilda bestämmelser .....	316
<b>13</b>	<b>Överväganden och förslag beträffande ändringar i 7 kap. LOU317</b>	
13.1	Inledning.....	317
13.2	Rättsmedelsdirektiven .....	318
13.3	De svenska skadeståndsreglerna .....	319
13.4	Det positiva kontraktsintresset.....	320
13.5	Preskription .....	325
13.6	Skärpta sanktioner mot upphandlande enheter som inte följer reglerna.....	326
13.6.1	Marknadsskadeavgift .....	326
13.6.2	Föreläggande att inte upprepa en viss regelöverträdelse.	329
13.7	Vitessanktionerad upplysningsplikt.....	329
13.8	Talerätt i överprövningsmål .....	330
13.8.1	Talerätt för Konkurrens- och upphandlingsverket .....	330
13.8.2	Talerätt för branschorganisationer.....	331
13.8.3	Talerätt i marknadsskademål och mål om föreläggande med förbud att upprepa ett visst beteende .....	331
13.9	Förebyggande av regelöverträdelse .....	332
<b>14</b>	<b>Författningskommentar .....</b>	<b>333</b>
	<b>Reservationer och särskilda yttranden.....</b>	<b>353</b>
	<b>Bilagor</b>	
	Kommittédirektiv .....	377
	Questionnaire .....	383



## Förkortningar

<b>AB 92</b>	Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader
<b>Dir</b>	Kommittédirektiv-serien
<b>Ds</b>	Departementsstencil-serierna
<b>EES</b>	Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet
<b>EG</b>	Europeiska Gemenskaperna
<b>EGT</b>	Europeiska gemenskapernas tidning
<b>EU</b>	Europeiska Unionen
<b>FiU</b>	Finansutskottet
<b>FL</b>	Förvaltningslagen
<b>HD</b>	Högsta Domstolen
<b>JT</b>	Juridisk tidskrift
<b>KL</b>	Kommunallagen
<b>LIU</b>	Lagen om ingripande mot otillbörligt beteende vid offentlig upphandling
<b>LOU</b>	Lag om offentlig upphandling
<b>NJA</b>	Nytt juridisk arkiv
<b>NOU</b>	Nämnden för offentlig upphandling
<b>OJ</b>	Official Journal
<b>Prop.</b>	Proposition
<b>RegR</b>	Regeringsrätten
<b>RF</b>	Regeringsformen
<b>Rskr</b>	Riksdagsskrivelse
<b>SCB</b>	Statistiska centralbyrån
<b>SekrL</b>	Sekretesslagen
<b>SFS</b>	Svensk författningssamling
<b>SOI</b>	Sveriges offentliga inköpare
<b>SOU</b>	Statens offentliga utredningar
<b>SvJT</b>	Svensk Juristtidning
<b>Swedac</b>	Styrelsen för svensk ackreditering
<b>TED</b>	Tender Electronic Daily
<b>UF</b>	Upphandlingsförordningen
<b>UR</b>	Upphandlingsreglementet



## Sammanfattning

Den sammanlagda offentliga upphandlingsvolymen uppgår till omkring 400 miljarder kronor per år. Det motsvarar drygt 23 procent av värdet av den samlade produktionen av varor och tjänster i Sverige, dvs. brutonationalprodukten (BNP). Merparten av alla upphandlingar som görs av regering, riksdag, statliga myndigheter, kommuner och landsting och offentligt ägda företag regleras sedan 1994 i lagen om offentlig upphandling (LOU).

### *Upphandlingskommitténs uppdrag*

Upphandlingskommitténs uppdrag har varit att se över behovet av statlig tillsyn över den offentliga upphandlingen. En viktig fråga har varit att utreda om den framtida tillsynsmyndigheten skall ges rätt att väcka talan vid domstol. Kommittén har haft till uppgift att formulera en definition av begreppet tillsyn inom upphandlingsområdet och föreslå hur tillsynsrollen skall utvecklas och ges större tyngd.

Kommittén har haft att se över bestämmelserna i 6 kap. LOU. Dessa bestämmelser har Sverige infört trots att detta inte krävs enligt EG-direktiven om offentlig upphandling. Detta beror huvudsakligen på att Sverige har haft liknande regler även före inträdet i EU. Flera andra medlemmar i EU och EES-länder har också regler för upphandling under de s.k. tröskelvärdena och för s.k. B-tjänster (hälso- och sjukvård, omsorg, utbildning m.m.).

Kommittén har även haft att se över bestämmelserna om skadestånd vid offentlig upphandling och undersöka hur andra medlemsländer i EU genomfört rättsmedelsdirektiven i denna del. Kommittén har slutligen haft att beakta branschsaneringsutredningens förslag till åtgärder för att komma till rätta med oseriösa leverantörer och ekonomisk brottslighet genom en noggrannare leverantörskontroll vid offentlig upphandling (SOU 1997:111).

### ***Problembilden vid offentlig upphandling***

Varje år görs cirka 3 500 direktivstyrda upphandlingar, s.k. EG-upphandlingar. Både antals- och värdemässigt domineras dock den svenska upphandlingen av s.k. förenklade upphandlingar som styrs av 6 kap. LOU. Ungefär 200 000 förenklade upphandlingar görs årligen. Därutöver tillkommer mängder med direktupphandlingar.

Ett inte obetydligt antal av de omkring 10 000 upphandlande enheterna saknar tillräckliga resurser och kompetens att följa reglerna om offentlig upphandling. Även i sådana upphandlande enheter där man har tillgång till kunniga medarbetare och byggt upp väl fungerande inköpsrutiner hanteras en stor del av den offentliga upphandlingen utanför de professionella inköpsavdelningarna. Detta går till en del att åtgärda med program för kompetenshöjning och kvalitetsarbete hos de som svarar för den offentliga upphandlingen.

De upphandlande enheter som mer eller mindre uppsåtligt eller av oaktsamhet sätter sig över regelverket och tillämpar "egna regler" är en svårare nöt att knäcka. Det paradoxala är att den som försöker följa lagen men gör fel kan drabbas av höga skadestånd medan den som inte har en tanke på att följa lagen inte behöver oroas sig nämnvärt för eventuella sanktioner.

### ***Allmänna utgångspunkter för våra förslag***

Lagen om offentlig upphandling har under de sex år den varit i kraft lett till förbättrad kvalitet och goda ekonomiska effekter. Kommitténs bedömning är att det finns en stor potential för kvalitetsförbättringar och besparingar om den offentliga upphandlingen effektiviseras ytterligare. Därmed kan den offentliga upphandlingen bidra till fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt. En effektivare offentlig upphandling torde även kunna användas som verktyg för att bidra till genomförande av olika samhälls- och miljöpolitiska mål såsom sociala, arbetsmarknadspolitiska och miljöpolitiska mål.

### ***Konkurrens- och upphandlingsverket***

Kommittén föreslår att den nuvarande statliga tillsynsmyndigheten Nämnden för offentlig upphandling (NOU) slås samman med Konkurrensverket som ombildas till en ny myndighet benämnd Konkurrens- och upphandlingsverket. Det nya verkets tillsynsverksamhet över offentlig



upphandling utökas betydligt. Verket förses med ”muskler” och nya resurser så att allvarliga överträdelser mot reglerna i lagen om upphandling kan förhindras.

### **Marknadsskadeavgift**

Kommittén föreslår att Konkurrens- och upphandlingsverket, en branschorganisation eller en enskild leverantör skall kunna föra talan om marknadsskadeavgift vid länsrätt om en upphandlande enhet vid anskaffning av vara, tjänst eller byggtreprenad uppsåtligen eller av oaktsamhet i väsentligt hänseende brutit mot LOU. Kommittén pekar på åtta typfall när marknadsskadeavgift skall kunna komma i fråga. Marknadsskadeavgift skall vara reserverad för allvarliga regelöverträdelser. Ett sådant beteende är typiskt sett skadligt för tilltron till den offentliga upphandlingen.

Det är inte möjligt att exakt ange de olika situationer då marknadsskadeavgift skall kunna utgå. Vissa typsituationer kan dock anges.

- 1) Den upphandlande enheten har uppsåtligen eller av oaktsamhet gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling och det står klart att den organisation som genomfört upphandlingen är en upphandlande enhet och att det inte föreligger något legalt undantag från skyldighet att infordra anbud.
- 2) Den upphandlande enheten har uppsåtligen eller av oaktsamhet tagit fram en otillbörligt styrande kravspecifikation så att bara den leverantör som man velat gynna kunnat komma i fråga.
- 3) Den upphandlande enheten har uppsåtligen eller av oaktsamhet utformat godtyckliga och oprecisa utvärderingskriterier utan rangordning så att endast en viss leverantör kunnat komma ifråga.
- 4) Den upphandlande enheten har uppsåtligen eller av oaktsamhet manipulerat anbudsprövningen genom att ändra på kvalifikationskrav eller utvärderingskriterier jämfört med vad som angivits i förfrågningsunderlaget.
- 5) Den upphandlande enheten har uppsåtligen eller av oaktsamhet antagit ett anbud som har kommit in för sent och anbudsgivaren har inte kunnat visa att förseningen inte berott på anbudsgivarens vållande.
- 6) Den upphandlande enheten har uppsåtligen eller av oaktsamhet antagit ett anbud som har lämnats av någon som är jävig och det funnits risk för otillbörlig särbehandling.
- 7) Den upphandlande enheten har uppsåtligen eller av oaktsamhet antagit ett anbud från någon som lämnat, utlovat eller erbjudit muta eller annan otillbörlig belöning till den som beslutar eller delar i handläggningen av upphandlingsärendet.

- 8) Den upphandlande enheten har uppsåtligen eller av oaktsamhet underlåtit att annonsera en aktuell upphandling som enligt bestämmelserna i 2-6 kap. LOU skall annonseras.

### ***Ändrade skadeståndsregler***

Kommittén föreslår att det skadestånd som kan utgå till en förfördelad leverantör skall beräknas med utgångspunkt från det positiva kontrakt-sintresset. En leverantör skall med andra ord få full ersättning för den förlust som drabbat honom till följd av han gått miste om ett kontrakt som rätteligen borde ha tilldelats honom. I förhållande till den nuvarande lydelsen av skadeståndsbestämmelsen föreslås emellertid att möjligheterna att erhålla skadestånd begränsas till ett med hänsyn till kostnader och utebliven vinst, skäligt belopp. I såväl skadeståndsmål som marknads-skademål föreslås att preskriptionstiden förlängs från ett till två år från det att avtal slöts eller upphandlingsärendet slutförts på annat sätt.

### ***Förenklingar och förtydliganden***

Kommittén föreslår också en rad förenklingar och lättnader för de upphandlande enheterna. Möjlighet införs för upphandlande enheter att begära in anbud från endast en leverantör utan annonsering. Det förutsätts dock att särskilda skäl föreligger. Det införs en möjlighet att anordna formgivningstävlingar i förenklad form. Med formgivningstävling förstås en tävling om arkitekttjänster m.m. som genomförs i syfte att arrangören ges möjlighet att från de tävlande förvärva en teknisk ritning eller dylikt till grund för utförande av en bestämd uppgift.

Krav på obligatorisk annonsering i elektronisk databas införs. Samtidigt införs möjlighet till ett selektivt förfarande i 6 kap. Huvudtanken är att det skall bli lättare för de små och medelstora företagen att få reda på vilka upphandlingar som pågår. Ett ökat deltagande av dessa företag i offentlig upphandling medför ökad konkurrens och tillväxt.

Det föreslås även en rad bestämmelser som syftar till att komma till rätta med oseriösa leverantörer. En leverantör som är en juridisk person får uteslutas från deltagande i upphandling om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brott i näringsverksamheten eller gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Vidare införs förbud mot att anta anbud från någon som försökt att muta en företrädare för en upphandlande enhet. Anbud får inte heller antas som avgivits av någon

som är jävig och det finns risk för otillbörlig särbehandling. Slutligen införs ett krav på att det skall finnas sakliga skäl för att en påbörjad upphandling skall få avbryta.



## Summary

Sweden's annual volume of total public procurement amounts to about 400,000 million crowns. This is equivalent to more than 23 % of the aggregate production of goods and services in Sweden, i.e. the gross national product (GNP). Most procurement carried out by the government, the parliament, public agencies, municipal governments, county councils and state-owned businesses has been regulated since 1994 in the Public Procurement Act (LOU).

### *Task of the Procurement Committee*

The task of the Procurement Committee was to study the need for state supervision of public procurement. One important issue was to determine whether the future supervisory agency should have the right to take legal action. The Committee was instructed to devise a definition for the concept 'supervision' in the procurement field and propose ways for developing a supervisory function with greater 'weight'.

The Committee was to review all the regulations in chapter 6 of the LOU. Sweden introduced these regulations, even though they are not required by EU directives on public procurement. This is mainly because Sweden already had similar regulations prior to its membership in the EU. Several other EU and EES countries also have rules for procurement according to 'threshold values' and for 'B' services (health, medical care, social services, education etc.)

The Committee also had the task of reviewing regulations on damages in public procurement and studying the way other EU member countries have implemented directives on appeals procedures in this area. The Committee, finally, was to consider the Sector Reform Study's proposals for measures for dealing with disreputable suppliers (SOU 1997:111.)

### ***Problems in public procurement***

About 3,500 directive-controlled procurements operations, i.e. EU procurements, are carried out each year. In Sweden, however, simplified procurements, governed by chapter 6 in the LOU, predominate in terms of volume and value. About 200,000 simplified procurement procedures are carried out each year. Direct procurement also occurs to a considerable extent.

Many of the country's approximately 10,000 procurement units lack the resources and skills to follow the rules on public procurement. Even when these skills do exist, a large percentage of public procurements is pursued outside professional procurement departments. This can be remedied to some extent by programmes for skills enhancement and quality control measures at units responsible for public procurement.

Procurement units which neglect the rules, more or less deliberately or through negligence, and operate by their own rules are more difficult 'nuts to crack'. Paradoxically, anyone who attempts to follow the law but who makes an error may incur heavy damages, whereas someone who has no intention of following the law need not be greatly concerned about possible sanctions.

### ***General starting points for our proposals***

The Public Procurement Act has resulted in improved quality and good economic effects in the six years it has been in force. The Committee's view is that the potential for additional improvements in quality and savings is considerable if public procurement procedures could be improved even further. More efficient public procurement could therefore contribute to enhanced welfare, security and growth. More efficient public procurement could also contribute to the implementation of other social objectives, such as labour market and environmental policies.

### ***Competition and Public Procurement Authority***

The Committee proposes that the present state supervisory authority, the National Board for Public Procurement (NOU) will be merged with the Swedish Competition Authority to form a new agency, the Swedish Competition and Public Procurement Authority. The new Authority's supervision of public procurement would be greatly expanded. The Authority would be

supplied with the 'muscle' and resources needed to prevent serious infringement of the rules in the Public Procurement Act.

### *Market damage fee*

The Committee proposes that the Competition and Public Procurement Agency, a trade organisation or an individual supplier shall have the right to file a suit with a county court and demand the imposition of a 'market damage fee' if a procurement unit deliberately or negligently commits a serious infringement of provisions in the LOU in its procurement of goods, services or construction work. The Committee cites eight typical cases in which a market damage fee could be imposed. The market damage fee should be restricted to serious infringement. Such infringement normally undermines confidence in public procurement.

Specifying every situation in which a market damage fee should be imposed would be impossible. However, the following are some typical situations:

- 1) A procurement unit has deliberately or negligently been guilty of prohibited direct procurement, it is obvious that the organisation which carried out the procurement is a procurement unit and there is no legal exemption from the obligation to invite tenders.
- 2) A procurement unit has deliberately or negligently prepared improperly 'slanted' specifications, so only one supplier it wishes to favour 'fits the bill.'
- 3) A procurement unit has deliberately or negligently drawn up arbitrary and imprecise evaluation criteria, without any ranking, so only one supplier 'fits the bill.'
- 4) A procurement unit has deliberately or negligently manipulated the tender evaluation procedure by changing qualification stipulations or evaluation criteria, compared to those set forth in the tender invitation.
- 5) A procurement unit has deliberately or negligently accepted a tender which arrived after the deadline, and the tenderer is unable to show that the delay was not the tenderer's fault.
- 6) A procurement unit has deliberately or negligently accepted a tender submitted by someone who is disqualified, and improper special treatment is a risk.
- 7) A procurement unit has deliberately or negligently accepted a tender from someone who gave, promised or offered a bribe or some other improper recompense to someone deciding on or participating in the resolution of a procurement matter.



- 8) A procurement unit has deliberately or negligently neglected to advertise a current procurement which must be advertised, according to chapters 2-6 of the LOU.

### *Changed rules on damages*

The Committee proposes that the damages which may be awarded to an injured supplier shall be calculated on the basis of delictual damages. In other words, a supplier shall receive full compensation for the loss she/he sustains if she/he loses out on a contract which should rightfully have gone to her/him. In contrast to the wording of the present regulation on damages, however, the Committee proposes that the possibility of receiving damages be limited to an amount which is reasonable in relation to costs and lost profit. The Committee also proposes that the statute of limitations in actions for damages and actions for market damage be extended from one to two years from the date a contract was signed or a procurement matter was resolved in some other way.

### *Simplifications and clarifications*

The Committee also proposes a number of simplifications and reliefs for procurement units. The right for a procurement unit to invite a tender from only one supplier without advertising the procurement has been introduced. However, this right assumes that there are special reasons for this procedure. The possibility of holding simplified design contests has also been introduced. A 'design contest' refers to a contest for architectural services etc. carried out to give the arranger an opportunity to obtain a technical drawing or the like from contestants as input for the performance of a particular task.

A demand for mandatory advertising in an electronic database has been introduced. A selective procedure option is also being introduced in chapter 6 at the same time. The main idea is to make it easier for small and medium-sized companies to find out which procurement matters are in progress. Increased participation by these companies in public procurements will increase competition and growth.

A number of regulations are also proposed whose aim is to deal with disreputable suppliers. A supplier who is a legal entity can be barred from participation in procurement if a representative of that legal entity has been convicted of a business crime or been found guilty of serious dereliction in the pursuit of his trade. Acceptance of a tender

from anyone who has attempted to bribe a representative of a procurement unit is prohibited. Nor may a tender be accepted from anyone who is disqualified, and improper special treatment is a risk. Finally, an initiated procurement may not be broken off unless there are objective reasons for so doing

## Förslag till lag om ändring i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (1992:1528) om offentlig upphandling<sup>1</sup>

*dels* nuvarande 6 kap. 5, 7, 9-14 och 16-17 §§ skall betecknas 6 kap. 7, 12-15, 18-20 och 22-23 §§.

*dels* att den nya 6 kap. 7, 13-15, 18-19 och 22 §§ skall ha följande lydelse,

*dels* att 1 kap. 5 §, 6 kap. 1-6, 8-11 och 16-17 §§, 7 kap. 1, 3, 6 och 8-10 §§ samt rubrikerna närmast före 7 kap. 1 § skall ha följande lydelse,

*dels* att rubrikerna närmast före 6 kap. 7, 9, 13, 17 §§, skall sättas närmast före 6 kap. 12, 13, 19 respektive 23 §§

*dels* att rubrikerna närmast före 6 kap. 3, 11, 16 §§, skall sättas närmast före 6 kap. 6, 15 respektive 22 §§ och skall ha följande lydelse

*dels* att det i lagen skall införas nya bestämmelser i 6 kap. 21 och 24 §§, 7 kap. 2 a-c, 10 a-b och 16 §§ samt nya rubriker närmast före 6 kap. 10 §, 7 kap. 10 b och 16 §§ samt övergångsbestämmelser av följande lydelse.

*Nuvarande lydelse*

*Föreslagen lydelse*

### 1 kap.

5 §<sup>2</sup>

I denna lag används följande termer med den betydelse som här anges:

*Upphandling*: köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster.

*Upphandlande enhet*: statliga, kommunala och andra myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och landsting, sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som anges i 6 § och, såvitt avser upphandling enligt 4 och 6 kap., sådana enheter som avses i 4 kap. 1 § andra stycket och 6 kap. 1 § tredje stycket, sammanslutningar av sådana myndigheter, beslutande församlingar, bolag, föreningar, samfälligheter, stiftelser och enheter samt Svenska kyrkans församlingar och kyrkliga samfälligheter i fråga om verksamhet som bedrivs enligt begravningslagen (1990:1144).

<sup>1</sup> Lagen omtryckt 1997:1068.

<sup>2</sup> Senaste lydelse 1999:309.

*Upphandlingskontrakt:* skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt denna lag.

*Byggtreprenad:* utförande eller både projektering och utförande av ett arbete, som kan hänföras till en verksamhet som anges i avdelning C i bilagan till denna lag, eller ett byggnads- eller anläggningsarbete i sin helhet, vars resultat självständigt kan fullgöra en teknisk och ekonomisk funktion.

*Koncession:* ett upphandlingskontrakt avseende byggtreprenad där ersättning för arbetet utgår i form av en rätt att utnyttja anläggningen eller i form av dels en sådan rätt, dels betalning.

*Leverantör:* den som tillhandahåller varor eller utför arbeten eller tillhandahåller tjänster även om han inte varit den som i det särskilda fallet tillhandahållit eller utfört det som upphandlats.

*Leverantör:* den som tillhandahåller varor eller utför arbeten eller tillhandahåller tjänster även om han inte varit den som i det särskilda fallet tillhandahållit eller utfört det som upphandlats samt beträffande 7 kap. 1- 2 b och 10 a-b §§ även en sammanlutning av leverantörer.

*Ramavtal:* avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period.

*Formgivningstävling:* sådan tävling som avses i 5 kap. 28 §.

*Formgivningstävling:* sådan tävling som avses i 5 kap. 28 § och i en förenklad form i 6 kap. 5 §.

*Förfrågningsunderlag:* underlag för anbud, som en upphandlande enhet tillhandahåller en leverantör.

*Påskyndat förfarande:* sådant förfarande som avses i 2 kap. 15 §, 3 kap. 20 § och 5 kap. 22 §. Anbudsgivare: den som lämnar anbud.

*Anbudssökande:* den som ansöker om att få lämna anbud vid selektiv eller förhandlad upphandling.

*Anbudssökande:* den som ansöker om att få lämna anbud vid selektiv, förhandlad eller förenklad selektiv upphandling.

*Ansökningsinbjudan:* underlag varigenom den upphandlande enheten inbjuder leverantörer att ansöka om att få lämna anbud i förenklad selektiv upphandling.

*Öppen upphandling:* upphandling där alla leverantörer får lämna anbud.

*Selektiv upphandling:* upphandling där en upphandlande enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud.

*Förhandlad upphandling:* upphandling där en upphandlande enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och tar upp förhandling med en eller flera av dem.

*Förenklad upphandling:* upphandling där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer skall lämna skriftligt anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

*Förenklad selektiv upphandling:* upphandling där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud och den upphandlande enheten inbjuder ett begränsat antal av dem att lämna anbud.

*Direktupphandling:* upphandling utan infordrande av skriftligt anbud.

*Direktupphandling:* upphandling utan krav på annonsering och infordrande av skriftliga anbud.

## 6 kap.

### 1 §

Bestämmelserna i detta kapitel tillämpas på

1. upphandling som avses i 2, 3 och 4 kap. och understiger de tröskelvärden som anges där,

2. upphandling av tjänster som avses i avdelning A i bilagan och understiger det tröskelvärde som anges i 5 kap.,

3. upphandling av tjänster som avses i avdelning B i bilagan, oavsett värde, och

4. upphandling som avses i 1 kap. 3 § andra stycket, oavsett värde.

2. upphandling av tjänster som avses i 5 kap. 1 § andra stycket 3 och understiger det tröskelvärde som anges i 5 kap.,

3. upphandling av tjänster som avses i avdelning A i bilagan och understiger det tröskelvärde som anges i 5 kap.,

4. upphandling av tjänster som avses i avdelning B i bilagan, oavsett värde, och

5. upphandling som avses i 1 kap. 3 § andra stycket, oavsett värde.

Vid upphandling som avses i detta kapitel gäller 1 kap. 1-6 §§.

Vid upphandling som avses i detta kapitel gäller 1 kap. 1-6, 16, 21 första och andra styckena, 23 första stycke och 24 §§.

Vid upphandling för verksamhet som anges i 4 kap. innefattar termen "upphandlande enhet" de företag som framgår av 4 kap. 1 § andra stycket.

Vid upphandling av tjänster enligt detta kapitel för verksamhet som avses i 4 kap. gäller 4 kap. 4 a §.

## 2 §

Upphandling skall göras genom förenklad upphandling. Direktupphandling får dock användas om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten.

Den upphandlande enheten skall *vid behov* fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling.

Upphandling skall göras genom förenklad upphandling, *förenklad selektiv upphandling eller formgivningstävling*. Direktupphandling får dock användas om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten.

Den upphandlande enheten skall *om det inte är uppenbart onödigt*, fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling.

## 3 §

*Den upphandlande enheten får tillämpa förenklad selektiv upphandling om enheten publicerar en ansökningsinbjudan i en elektronisk databas som godkänts av Konkurrens- och upphandlingsverket.*

*Vid val av vilka leverantörer som skall få lämna anbud skall den upphandlande enheten pröva om sökanden uppfyller de krav som ställts på leverantören*

*i ansökningsinbjudan. Om fler leverantörer kvalificerar sig än vad som angivits i ansökningsinbjudan, skall den upphandlande enheten genom ett objektivet förfarande välja ut vilka leverantörer som får lämna anbud.*

#### 4 §

*Om särskilda skäl föreligger får den upphandlande enheten vid förenklad upphandling utan annonsering, genom skrivelse infordra anbud från endast en leverantör. Enheten skall särskilt beakta att huvudregeln i 1 kap. 4 § efterlevs.*

#### 5 §

*Den upphandlande enheten får genomföra en formgivningstävling i förenklad form med iakttagande av 1 kap. 4 §.*

*Med formgivningstävling förstås en sådan upphandling som beskrivs i 5 kap. 28 § första stycket.*

(rubrik närmast före 3 §)

*Förfrågningsunderlag, infordrande av anbud*

*Förfrågningsunderlag, ansökningsinbjudan, infordrande av anbud*

#### 6 §

*Förfrågningsunderlaget skall vara så tydligt som möjligt och innehålla de krav och villkor som avses gälla för upphandlingen.*

(3 § tredje stycket)

*Därutöver skall det av förfrågningsunderlaget framgå om*

*Därutöver skall det av förfrågningsunderlaget framgå*

ett anbud kan komma att antas utan föregående förhandling. *Vidare skall anges att anbud skall lämnas skriftligt och att anbud som lämnas genom telegram eller telefax skall bekräftas omgående genom en egenhändigt undertecknad handling.*

(5 § första stycket första meningen)

*I annonsen eller skrivelsen enligt 4§ eller förfrågningsunderlaget enligt 3§ skall anges den dag då anbud senast skall ha kommit in.*

(5 § andra stycket)

*Vidare skall det i annonsen, skrivelsen eller förfrågningsunderlaget anges den dag till och med vilken anbudet skall vara bindande.*

(12 § andra stycket, andra och tredje meningen)

*Enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.*

1. om ett anbud kan komma att antas utan föregående förhandling,

2. att anbud skall lämnas skriftligt och att anbud som lämnas genom telefax eller elektronisk post skall bekräftas omgående genom en egenhändigt undertecknad handling,

3. den dag då anbud senast skall ha kommit in,

4. den dag till och med vilken anbudet skall vara bindande

5. den tid som beräknas löpa från det att avtal om upphandlingen sluts till det att leverans av tjänst eller vara skall påbörjas,

6. vilken form för prövning av anbud som kommer att tillämpas,

7. vilka kriterier som den upphandlande enheten avser tillmäta betydelse vid prövning av anbud. Den upphandlande enheten får endast om särskilda skäl föreligger underlåta att ange kriteriernas angelägenhetsgrad, med det viktigaste först.



(5 § första stycket andra mening-  
en)

*Denna dag skall bestämmas så att anbudsgivare ges skälig tid att lämna anbud.*

(9 § fjärde stycket)

*En upphandlande enhet som av leverantören begär upplysningar om förhållanden som avses i första och tredje styckena skall i förfrågningsunderlaget, annonsen eller skrivelsen ange på vilket sätt leverantören kan lämna upplysningarna.*

7 §

*Den dag då anbud senast skall ha kommit in skall bestämmas så att anbudsgivare ges skälig tid att lämna anbud.*

8 §

*Av förfrågningsunderlag, annons, ansökningsinbjudan eller skrivelse skall framgå på vilket sätt leverantören kan lämna upplysningar om*

*1. de förhållanden som avses i 13 § första, andra och fjärde styckena och*

*2. hur han uppfyller de krav som i övrigt kommer att tillmätas betydelse vid prövning av leverantörerna.*

9 §

*Av ansökningsinbjudan vid förenklad selektiv upphandling skall framgå*

*1. den dag då ansökan om att få lämna anbud senast skall ha kommit in och*

*2. hur många leverantörer som skall få lämna anbud.*

*Tiden för mottagande av ansökan om att lämna anbud skall vara skälig men får aldrig vara kortare än femton dagar från den dag då ansökningsinbjudan avsändes för publicering.*

*Antalet leverantörer som får lämna anbud skall bestämmas med hänsyn till arten av det som*

*upphandlas och vara tillräckligt stort för att uppnå effektiv konkurrens.*

*Publicering av annons i elektronisk databas*

*10 §*

*En upphandlande enhet som använder förenklad upphandling skall infordra skriftliga anbud genom publicering av annons i en av Konkurrens- och upphandlingsverket godkänd elektronisk databas. Enheten får därutöver infordra anbud genom skrivelse eller på annat sätt. Detta får dock tidigast göras samma dag som annonsen publiceras.*

*Annonsen skall utformas med beaktande av 1 kap. 4 §.*

*Konkurrens- och upphandlingsverket skall tillhandahålla en förteckning över godkända elektroniska databaser.*

*Första och andra styckena gäller inte vid förenklad selektiv upphandling.*

*11 §*

*Alla leverantörer har rätt att förutom vid selektiv förenklad upphandling, lämna anbud.*

*9 §*

En leverantör kan uteslutas från deltagande i upphandling om han

1. är i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare har inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud,

2. är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande,

*13 §*

3. är dömd för brott avseende yrkesutövningen enligt lagakraftvunnen dom,

4. har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen,

5. inte har fullgjort sina åligganden avseende *svenska skatter eller socialavgifter*.

En upphandlande enhet har rätt att av en leverantör begära upplysningar om förhållanden som avses i första *stycket*.

Innan ett skriftligt anbud antas skall den upphandlande enheten, om det inte är onödigt, kontrollera om leverantören är

1. registrerad i aktiebolags-, handels- eller föreningsregistret,
2. registrerad för redovisning och inbetalning av mervärdesskatt, innehållen preliminär A-skatt och arbetsgivaravgifter, och
3. fri från skulder för svenska skatter och socialavgifter.

*En upphandlande enhet som av leverantören begär upplysningar om förhållanden som avses i första och tredje styckena skall i förfrågningsunderlaget, annonsen eller skrivelsen ange på vilket sätt leverantören kan lämna upplysningarna.*

#### 10 §

En upphandlande enhet får inte anta ett anbud, om leverantören inte är registrerad i register som avses i 9§ *tredje stycket*, under förutsättning att registrerings-

4. har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen *och den upphandlande enheten kan visa detta*,

5. inte har fullgjort sina åligganden avseende *socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i Sverige*.

*Första stycket 3 och 4 gäller även den juridiska personens företrädare eller såvitt det har betydelse för den enskilda upphandlingen, någon som handlar på leverantörens vägnar.*

En upphandlande enhet har rätt att av en leverantör begära upplysningar om förhållanden som avses i första *och andra styckena*.

#### 14 §

En upphandlande enhet får inte anta ett anbud om leverantören inte är registrerad i register som avses i 13 § *fjärde stycket*, under förutsättning att registrerings-

skyldighet föreligger.

(rubriken närmast före 11 §)  
*Prövning av anbud*

(11 § första stycket första meningen)

En upphandlande enhet får inte pröva ett anbud *som har kommit in efter den dag som angetts som sista dag för lämnande av anbud.*

(11 § första stycket andra meningen)

*Däremot skall enheten pröva alla andra anbud om inte annat följer av andra stycket eller 10§.*

(11 § andra stycket)

Enheter får förkasta ett anbud

1. om leverantören i väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar om förhållanden som avses i 9 § första stycket, eller

34

skyldighet föreligger.

*Prövning av anbud och ansökningar*

15 §

En upphandlande enhet får inte pröva ett anbud *eller en ansökan om att få lämna anbud som har kommit in för sent. Enheten får dock pröva ett för sent inkommet anbud eller en ansökan om det är uppenbart att förseningen skett utan leverantörens vållande.*

*Enheten skall pröva alla anbud och ansökningar om att få lämna anbud om inte annat följer av tredje stycket, 14, 16 andra stycket eller 17 §.*

*Enheten får inte pröva ett anbud om leverantörens ansökan inte uppfyller de krav som ställts i ansökningsinbjudan.*

16 §

*En upphandlande enhet skall, om inte särskilda skäl föreligger, pröva om anbudsgivare uppfyller de krav som ställts på leverantören (kvalificering) innan den börjar pröva anbuden.*

Enheter får förkasta ett anbud *eller en ansökan*

1. om leverantören i väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar om förhållanden som avses i 13 § första eller andra stycket, eller

2. om förhållanden som anges i 9 § första stycket 1-5 föreligger.

2. om förhållanden som anges i 13 § första eller andra stycket föreligger.

17 §

*En upphandlande enhet får inte anta ett anbud*

1. om det har lämnats av en fysisk person eller juridisk persons ställföreträdare som hos den upphandlande enheten beslutar eller deltar i handläggningen av upphandlingsärendet och det finns risk för otillbörlig särbehandling eller

2. om anbudsgivaren eller någon på hans vägnar har lämnat, utlovat eller erbjudit muta eller annan otillbörlig belöning till den som beslutar eller deltar i handläggningen av upphandlingsärendet.

12 §

En upphandlande enhet skall anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller
2. det anbud som har lägst anbudspris.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m.

*Enhetsen skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.*

*Föreligger det fallet att en upphandlande enhet skall anta det anbud som har lägst an-*

18 §

*budspris, får enheten förkasta anbud som den anser vara orimligt lågt, dock först sedan enheten begärt förklaring till det låga anbudet och inte fått tillfredsställande svar. Förklaringen skall begäras skriftligt.*

*13 §*

Hos den upphandlande enheten skall finnas dokumenterat *de skäl på vilka ett anbud antagits* och vad som i övrigt förekommit av betydelse vid *anbudsprövningen*.

*19 §*

Hos den upphandlande enheten skall finnas dokumenterat *skälen för beslut* och vad som i övrigt förekommit av betydelse vid *upphandlingsförfarandet*.

*21 §*

*En upphandlande enhet får inte avbryta en upphandling enligt detta kapitel utan att sakliga skäl föreligger.*

(rubriken närmast före 16 §)  
*Särskilda bestämmelser för upphandling som avses i avdelning B i bilagan*

*Särskilda bestämmelser*

*16 §*

Om en upphandling av tjänster som avses i avdelning B i bilagan överstiger de tröskelvärden som anges i 4 och 5 kap. skall den upphandlande enheten

1. tillämpa bestämmelserna i

1 kap. 12-16 §§ och 5 kap. 1-10 §§, samt

*22 §*

1 kap. 12-16 §§, 4 kap. 1-13 §§ och 5 kap. 1-10 §§, samt

2. i fråga om upphandling enligt 5 kap. senast inom 48 dagar efter det att upphandlingen avslutats skicka ett meddelande därom till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer. I meddelandet skall anges om den upphandlande enheten godkänner att meddelandet publiceras.

I fråga om upphandling enligt 4 kap. som överstiger de tröskelvärden som anges där skall enheten inom 60 dagar efter det att upphandlingen

avslutats skicka ett meddelande därom till Europeiska gemenskapernas kommission. I meddelandet skall enheten ange

1. om den har tillämpat bestämmelserna i 1 kap. 13§,
2. de uppgifter vars offentliggörande skulle motverka befogade af-färs- och konkurrensintressen, och
3. om den godkänner att meddelandet publiceras.

#### 24 §

*En upphandlande enhet får överenskomma med en leverantör om ändring i avtalade villkor efter det att avtal tecknats. Därvid skall enheten iaktta 1 kap. 4 §.*

### 7 kap.

#### Överprövning

#### 1 §

En leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2§ får i en framställning till länsrätten ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

En ansökan enligt första stycket får inte prövas efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts.

#### Överprövning och marknads-skadeavgift

En leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § *eller Konkurrens- och upphandlingsverket* får i en framställning till länsrätten ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

#### 2 a §

*Konkurrens- och upphandlingsverket får i en framställning till länsrätten ansöka om åtgärder enligt 2 b §.*

*Om Konkurrens- och upphandlingsverket för ett visst fall beslutar att inte göra ansökan, får ansökan göras av en berörd leverantör.*

*En ansökan enligt första och*

*andra styckena skall göras inom två år efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts eller upphandlingsärendet på annat sätt slutförts.*

*2 b §*

*Länsrätten får besluta att en upphandlande enhet skall betala en särskild avgift (marknadsskadeavgift) om enheten vid anskaffning av vara, tjänst eller byggentreprenad uppsåtligen eller av oaktsamhet i väsentligt hänseende brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag.*

*Riktas talan mot flera upphandlande enheter skall talan prövas för var och en av dem.*

*2 c §*

*Marknadsskadeavgift skall fastställas till lägst fem tusen kronor och högst fem miljoner kronor eller till ett högre belopp dock inte överstigande 20 procent av anskaffningens värde.*

*När marknadsskadeavgift påförs skall särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är och om det är fråga om ett upprepat beteende. Avgift får inte påföras för åtgärder som omfattas av ett föreläggande som har meddelats vid vite enligt denna lag.*

*Avgiften tillfaller staten.*

*3 §*

*Ett mål som avser åtgärder enligt 2§ får inte avgöras slutligt*

*Ett mål som avser åtgärder enligt 2 eller 2 b § får inte avgö-*



så länge medlingsförfarande enligt 12 och 13 §§ pågår.

#### 6 §

En upphandlande enhet som inte följt bestämmelserna i denna lag skall ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör.

*Skadeståndet skall omfatta, ett med hänsyn till kostnader och utebliven vinst, skäligt belopp till följd av att den skadelidande leverantören felaktigt gått miste om ett upphandlingskontrakt.*

#### 8 §

Talan om skadestånd skall väckas vid allmän domstol inom ett år från den dag då avtal om upphandlingen slöts. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

Talan om skadestånd skall väckas vid allmän domstol inom två år från den dag då avtal om upphandlingen slöts. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

#### 9 §

*En särskild nämnd, Nämnden för offentlig upphandling, utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt denna lag.*

*Konkurrens- och upphandlingsverket utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt denna lag. Tillsynen utövas genom kontroll av regelefterlevnad och främjande av förutsättningarna för en effektiv offentlig upphandling.*

Vid sin tillsyn får nämnden inhämta alla nödvändiga upplysningar från upphandlande enheter.

Vid sin tillsyn får verket inhämta alla nödvändiga upplysningar från upphandlande enheter.

Upplysningarna skall i första hand inhämtas genom skriftligt förfarande. Om det på grund av materialets omfång, brådska eller något annat förhållande är lämpligare, får upplysningarna inhämtas genom besök hos den upphandlande enheten.

## 10 §

En upphandlande enhet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som *Nämnden för offentlig upphandling* begär för sin tillsyn.

En upphandlande enhet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som *Konkurrens- och upphandlingsverket* begär för sin tillsyn.

## 10 a §

*Konkurrens- och upphandlingsverket* får föra talan vid länsrätten om att förelägga en upphandlande enhet att inte upprepa ett beteende som bedöms stå i strid med 1 kap. 4 § eller annan bestämmelse enligt denna lag.

Om *Konkurrens- och upphandlingsverket* för ett visst fall beslutar att inte föra talan, får talan föras av en berörd leverantör.

Talan enligt första och andra stycket skall föras inom två år efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts eller upphandlingsärendet på annat sätt slutförts.

## Vite

## 10 b §

Länsrätten får förena ett föreläggande enligt 10 a § med vite.

*Konkurrens- och upphandlingsverket* får förena ett föreläggande enligt 10 § med vite.

Verket eller berörd leverantör får vid länsrätten föra talan om utdömande av vite som förelagts med stöd av denna paragraf.

*Överklagande**16 §*

*Konkurrens- och upphandlingsverkets beslut enligt 10 § och sådant godkännande som avses i 6 kap. 3 och 10 §§ får överklagas till länsrätten.*

**Övergångsbestämmelser**

**Denna lag träder ikraft den 1 januari 2001.**

**Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får föreskriva de avvikelser från denna lag som behövs fram till år 2002 med hänsyn till övergången till obligatorisk annonsering vid förenklad upphandling.**



# 1 Inledning

## 1.1 Utredningens uppdrag

Regeringen beslutade den 25 juni 1998 att tillkalla en särskild utredare (dir. 1998:58) för att utreda organisationen av Nämnden för offentlig upphandling (NOU), vilken roll samt vilka uppgifter nämnden bör ha i framtiden med hänsyn till behovet av tillsyn av offentlig upphandling. I uppdraget innefattades en översyn av reglerna i 6 kap. lagen (1992:1528) om upphandling (LOU), bestämmelserna om skadestånd i 7 kap. 6 § LOU samt att beakta branschsaneringsutredningens förslag med betydelse för upphandling under tröskelvärdena.<sup>3</sup> Den 12 maj 1999 beslutade regeringen att ge utredningen en parlamentarisk sammansättning, tilläggsdirektiv (Fi 1999:34) och förlängd utredningstid t.o.m. december år 2000. Enligt tilläggsdirektiven skall kommittén lämna ett delbetänkande omfattande det uppdrag som kommittén fått genom dir. 1998:58.

## 1.2 Uppdraget

### 1.2.1 Den statliga tillsynen

NOU är en nämndmyndighet. Sådana myndigheter kännetecknas av ett begränsat och avgränsat ansvarsområde, organisationens ringa storlek samt en kollektiv beslutsform. I sådana nämnd- och småmyndigheter finns svårigheter med styrning. Bristande administrativ och ekonomisk kompetens kan göra det svårt att tillämpa de administrativa regelverk som är gemensamma för statsförvaltningen. Organisationen är sårbar på grund av att den har få anställda. Ett särskilt problem när det gäller NOU är att effekterna av verksamheten är svåra att mäta och överblicka. Resurserna har enligt

<sup>3</sup> SOU 1997:111, Branschsanering och andra metoder mot ekobrott.

regeringen i för stor utsträckning använts för informationsverksamhet på bekostnad av tillsynsverksamheten.

Kommittén skall se över behovet av statlig tillsyn över offentlig upphandling. Kommittén skall vidare lägga fram förslag om styrning, stöd och organisering av den offentliga upphandlingen och NOU:s verksamhet, bl.a. med utgångspunkt i vad som sägs i den förvaltningspolitiska propositionen, "Statlig förvaltning i medborgarnas tjänst".<sup>4</sup> Regeringen gör där bedömningen att nämmyndighetsformen bör användas sparsamt. Kommittén skall överväga om en vanlig förvaltningsmyndighet, t.ex. Kammarkollegiet, Statskontoret eller Konkurrensverket, kan hantera NOU:s uppgift eller om NOU bör slås samman med någon eller några andra myndigheter.

Kommittén skall se över de framtida uppgifterna för den nya organiseringen av den statliga tillsynen. En fråga som skall utredas är om den framtida tillsynsfunktionen eller andra organisationer skall ges rätt att väcka talan vid domstol. Kommittén skall följa det övergripande arbetet med översynen av den statliga tillsynen av statliga myndigheter, kommuner, landsting och offentligt ägda företag. Kommittén skall formulera en definition av begreppet tillsyn inom upphandlingsområdet och föreslå hur tillsynsrollen skall utvecklas och ges större tyngd. Kommittén skall pröva hur informationsverksamheten vid NOU kan avgränsas i förhållande till andra aktörer och precisera de informationsinsatser som utgör ett offentligt åtagande.

### 1.2.2 6 kap. lagen om offentlig upphandling

I direktiven anges att kommittén skall se över bestämmelserna i 6 kap. LOU. Kommittén skall utreda om annonsering bör göras i större utsträckning, överväga en beloppsgräns för direktupphandling, överväga om privata företag som omfattas av reglerna över tröskelvärdena bör omfattas av 6 kap. samt undersöka hur andra medlemsländer i EU reglerat upphandlingar som inte omfattas av upphandlingsdirektiven

<sup>4</sup> Prop. 1997/98:136, Statlig förvaltning i medborgarnas tjänst.

### 1.2.3 Skadestånd (7 kap. LOU)

Kommittén skall se över bestämmelserna om skadestånd vid offentlig upphandling och undersöka hur andra medlemsländer i EU genomfört rättsmedelsdirektiven i denna del.

### 1.2.4 Branschsaneringsutredningens förslag

Kommittén skall beakta branschsaneringsutredningens förslag ifråga om upphandling under tröskelvärdena. Dessa innebär bland annat att en upphandlande enhet skall få begära in upplysningar om en leverantörs tekniska förmåga och kapacitet samt finansiella och ekonomiska ställning. Leverantör skall kunna uteslutas från en upphandling om en företrädare har begått brott i yrkesutövningen. En upphandlande enhet föreslås få begära att anbudsgivaren redovisar vilka delar av upphandlingskontraktet som han avser att lägga ut på någon annan. Vidare föreslås att en upphandlande enhet skall förkasta anbud som den anser vara orimligt lågt, dock först sedan den upphandlande enheten skriftligen begärt förklaring och ej fått tillfredsställande svar. Kommittén skall överväga remissinstansernas synpunkter och utarbeta författningsförslag.

### 1.2.5 Utredningsarbetet

Kommittén skall, i sitt arbete med de framtida uppgifterna och organiseringen av tillsynsverksamheten, följa regeringens arbete med en generell översyn av den statliga tillsynen.<sup>5</sup> Vidare skall kommittén bedöma vilka konsekvenser regeringens översyn får för tillsynen över den offentliga upphandlingen.

Kommittén skall redovisa ekonomiska och verksamhetsmässiga konsekvenser av sina förslag samt visa hur förslag som innebär utgiftsökningar skall finansieras.

Centrala arbetstagarorganisationer skall hållas informerade och beredas tillfälle att framföra synpunkter på utredningsarbetet.

Kommittén skall beakta direktiven till samtliga kommittéer och särskilda utredare om att pröva offentliga åtaganden (dir. 1994:23), om att redovisa regionalpolitiska konsekvenser, om att redovisa jämställdhets-

<sup>5</sup> Prop. 1997/98:136, s. 45 ff.

politiska konsekvenser (dir. 1992:50) samt redovisa konsekvenser för brottsligheten och det brottsförebyggande arbetet (dir. 1996:49).

Vidare skall samråd ske med Svenska kommunförbundet och Landstingsförbundet.

Kommittén är oförhindrad att ta upp andra frågor som kan bli aktuella under utredningens gång.

### 1.3 Avgränsningar

I detta delbetänkande behandlas främst de frågor som omfattas av direktiv 1998:58. Vid arbetet med ursprungsdirektivet måste dock viss hänsyn tas till de frågor som skall utredas enligt tilläggsdirektiven. Ytterligare arbete med miljö, sociala frågor som t.ex. antidiskrimineringsklausuler måste ges plats bland den framtida tillsynsmyndighetens uppgifter.

Utredningsarbetet innefattar ingen total översyn av LOU. Kommittén har trots detta tvingats att ta upp principiella frågor som påverkar den offentliga upphandlingen i sin helhet. Dessa frågor rör huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 §, främjandet av små och medelstora företags medverkan i offentlig upphandling, krav på kvalitetsarbete hos de upphandlande enheterna samt om försvarsupphandlingar skall omfattas av 6 kap. LOU eller regleras i särskild ordning. Kommittén avser att i sitt slutbetänkande återkomma med överväganden och förslag i dessa frågor.

Utöver detta kommer kommittén först i och med arbetet med tilläggsdirektivet (1999:34) att behandla möjligheterna att ta hänsyn till miljö-, sociala och arbetsmarknadspolitiska krav samt antidiskrimineringsklausuler vid offentlig upphandling. Vidare skall möjligheterna till lokal upphandling analyseras. I detta arbete kommer t.ex. frågor om avknoppningsstöd och trygghetssystem med värdebevis (kundval) att behandlas. Kommittén kommer även att återkomma till skadeståndsbestämmelserna, såtillvida att skadeståndsersättning för det negativa kontraktsintresset i förenklade upphandlingar skall övervägas.

Enligt tilläggsdirektiven skall kommittén även ta fram riktlinjer för det svenska arbetet med upphandlingsfrågor inom EU. Kommittén skall slutligen bedöma vilka närmare avvägningar som en upphandlande enhet bör göra, när enheten skall anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.



## 1.4 Uppläggning och inriktning

Ordföranden och sekreterarna har träffat ett stort antal företrädare för statliga myndigheter, kommuner, landsting, näringslivsorganisationer och företag. Vi har gjort studiebesök i Danmark, Holland, Norge och Storbritannien. Vi har haft möten med Ekonomistyrningsverket, Konkurrensrådet, Konkurrensverket, Glesbygdsverket, Statskontoret, Kommerskollegium, NOU, Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet. Vi har haft möten med EKU-delegationen och utredningen om sjukvårdsupphandling. Utredningen har även genomfört två hearingar med inköpare och leverantörer. Vi har lagt ut sju uppdrag till konsulter: en analys av arbetsrättsliga aspekter vid offentlig upphandling, en sammanställning av fel och brister vid offentlig upphandling, en utredning om försvarsuphandlingar, en kartläggning av hur rättsmedelsdirektivet har implementerats i EU:s medlemsländer, en analys om den svenska regleringen överensstämmer med gemenskapsrätten samt en analys av affärsmässighetsbegreppet samt en analys av de regler om offentlighet och sekretess som gäller vid offentlig upphandling.

## 1.5 Frågornas tidigare behandling

### 1.5.1 Den statliga tillsynen

Vid arbetet med den nya upphandlingslagstiftningen aktualiserades frågan om behovet av en tillsynsfunktion. I propositionen konstaterades att det fanns ett mycket stort behov av en särskild myndighet på upphandlingsområdet som utövade tillsyn över att upphandlingslagens regler följs och kan följas.

Tillsynsfunktionens uppgift skulle inte endast vara att bevaka lagens efterlevnad. I och med de nya upphandlingsreglerna ökade främst regel mängden men också antalet upphandlande enheter markant. Med anledning av detta skulle en av tillsynsmyndighetens viktigaste uppgifter vara att sprida information samt ge ut allmänna råd och rekommendationer.<sup>6</sup>

Beträffande definitionen av tillsyn ansåg regeringen i den förvaltningspolitiska propositionen att: ”Den statliga tillsynen av myndigheter, kommuner och företag bör ses över i syfte att få till stånd en mer ända-

<sup>6</sup> Prop. 1992/93:88 s. 43.

målsenlig statlig tillsyn. Den statliga tillsynen bör ges en tydligare innebörd.” Det kan enligt regeringen ske t.ex. genom definition av ”begreppet tillsyn i förhållande till andra snarlika verksamheter som utvärdering, uppföljning, kontroll, information etc.”<sup>7</sup>

Riksdagens revisorer har också behandlat vikten av att definiera och förstärka tillsynen.<sup>8</sup> Revisorerna efterlyser också andra funktioner som inte nödvändigtvis behöver ligga inom samma myndighet som tillsynsfunktionen. I Riksdagens revisorers förslag till riksdagen betonas tillsynsfunktionens betydelse för den offentliga upphandlingen. Revisorerna är dock kritiska mot att regeringen inte bestämt vad tillsynen skall omfatta och hur den skall genomföras. Revisorerna anser inte att det är tillsynsmyndighetens uppgift att sätta dessa ramar. Innehållet i tillsynsfunktionen bör enligt revisorerna avgöras av ett oberoende organ. Revisorerna förespråkar också att tillsynsmyndigheten ägnar mer tid till egeninitierad tillsyn.

Vidare saknar revisorerna en expertfunktion som driver utvecklingsprojekt och tar fram nationell policy i olika frågor som rör offentlig upphandling.<sup>9</sup>

Vid tillsynsmyndighetens tillkomst diskuterades dess ställning såsom självständig myndighet. Tillsynsmyndigheten skulle enligt prop. 1992/93:88 vara en självständig myndighet som dock skulle dela administration med Riksrevisionsverket (RRV). Regeringen ansåg att tillsynsmyndigheten kunde dra nytta av de erfarenheter som RRV vunnit genom sin verksamhet på upphandlingsområdet. Till fördel för tillsynsmyndigheten var också tillgången till den större myndighetens organisation, såväl avseende vissa speciella expertfunktioner som administrativt bistånd. Anknytningen till RRV innebar dock inte att verket skulle få bestämmanderätt över tillsynsmyndighetens ställningstaganden. I praktiken fick aldrig NOU någon självständig ställning gentemot RRV så en tid efter NOU:s bildande upplöstes banden med RRV.

Valet av nämndmyndighetsformen finns inte ytterligare dokumenterat i förarbetena till LOU. I den förvaltningspolitiska propositionen har däremot regeringen gjort bedömningen att nämndmyndighetsformen bör användas i begränsad omfattning. Regeringen vill minska antalet nämndmyndigheter. Endast när det är en förutsättning för den aktuella verksamheten bör nämndmyndighetsformen användas. I sådana fall bör först prövas om inte en vanlig förvaltningsmyndighet kan hantera upp-

<sup>7</sup> Prop. 1997/98:136, s. 46.

<sup>8</sup> Förslag till riksdagen, 1997/98:RR10, Offentlig upphandling, s. 11 f. och s. 17 f.

<sup>9</sup> Förslag till riksdagen, 1997/98:RR10, s. 4 f.

giften, eventuellt i kombination med att myndigheten för den aktuella uppgiften endast är beslutför i viss sammansättning.

När nämndmyndighetsformen ändå framstår som lämpligast skall styrning, stöd, organisation och finansiering ordnas så att nämndmyndigheten kan utföra sina uppdrag effektivt och med gott resultat. Regeringen ansåg det olämpligt med alltför många olika myndighetsmodeller. Därför förespråkades att nämndmyndigheter bör ges en mycket självständig roll eller hårt knytas upp till en värmyndighet. Vid skapande av nya eller omprövning av gamla nämndmyndigheter ansåg regeringen att det är fördelaktigt om värmyndighetsskapet kan koncentreras till färre myndigheter. På så sätt förbättras, enligt regeringen, möjligheterna för gemensam kompetensuppbyggnad och resursplanering.<sup>10</sup>

Riksdagens revisorer riktar kritik mot att det råder osäkerhet omkring arbetsfördelningen mellan nämnd respektive kansli på NOU. Avgörande frågor beträffande nämndens ledning har inte klarlagts och arbetsfördelningen mellan nämnd och kansli är oklar.

Eventuellt är detta ett utslag av att nämndorganisationen fungerar dåligt för en myndighet som NOU.

Med anledning av den framtida tillsynsfunktionens uppgifter har Småföretagardelegationen uttryckt att det behövs ett samlat grepp om upphandlingsproblematiken. Det krävs för att de grundläggande principerna om affärsmässighet, likabehandling och konkurrens skall kunna realiseras.<sup>11</sup>

Frågan om talerätt för tillsynsfunktionen och andra parter har knapphändigt beaktats i förarbetena till LOU. Vid remissförfarandet av prop. 1992/93:88 framställdes önskemål om att tillsynsmyndigheten skulle ha initiativrätt i domstol gentemot felande part. Med anledning av leverantörernas möjlighet att föra talan i domstol ansågs detta inte vara nödvändigt. Departementschefen ansåg att vetskapen om denna möjlighet skulle förhindra felaktigt agerande från de upphandlande enheternas sida. Skulle det senare visa sig att så inte var fallet fick frågan om talerätt, för annan än de inblandade parterna, aktualiseras i ett senare sammanhang.

Riksdagens revisorer föreslår att tillsynsmyndigheten ges talerätt och att även frågan om andra organs talerätt övervägs, t.ex. branschorganisationer. Som främsta skäl anförs att den berörda leverantörens beroendeförhållande, gentemot den felande upphandlande enheten, kan leda till att felaktigt beteende aldrig beivras i domstol.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Prop. 1997/98:136 s. 38 f.

<sup>11</sup> SOU 1998:94, rapport 7 "Förslagskatalog", s. 16.

<sup>12</sup> Förslag till riksdagen, 1997/98:RR10, s. 17 f.

Även småföretagardelegationen föreslår i sitt betänkande att det bör övervägas om också tredje part skall ges tillfälle att väcka talan vid överträdelser av LOU. Delegationen framför samma skäl för detta som Riksdagens revisorer.<sup>13</sup>

### 1.5.2 6 kap. lagen om offentlig upphandling

De överväganden som förelåg vid införandet av 6 kap. LOU anges i prop. 1993/94:78 (s. 15 ff.). Det ansågs bl.a. fördelaktigt att vissa enkla generella regler gällde såväl över som under tröskelvärdena. Enligt propositionen uppgår upphandling under tröskelvärdena till ett omfattande samlat värde och är till antalet fler än de som görs över tröskelvärdena. Därför ansågs det angeläget att reglerna utformades så att onödig detaljreglering undveks. Vidare underströks vikten av att iaktta de grundläggande reglerna om affärsmässighet, likabehandling och konkurrens. Utöver detta skulle reglerna utformas så att de är praktiska att använda även i internationellt hänseende.

Riksdagens revisorer anser i sitt förslag till riksdagen att det behövs en samlad svensk policy för den offentliga upphandlingen. En sådan policy skulle bl.a. klargöra vad som gäller vid upphandling under tröskelvärdena. Det är enligt revisorerna inte säkert att dessa regler skall överensstämma med de som gäller över tröskelvärdena. Det viktigaste är att upphandlingsresurserna används effektivt. Enkla regler som leder till effektiv upphandling, för såväl inköpare som leverantör, bör eftersträvas.<sup>14</sup>

I prop. 1993/94:78 (s. 15 ff.) ansågs det praktiskt och enhetligt att samma enheter som omfattades av reglerna över tröskelvärdena även skulle omfattas av reglerna under tröskelvärdena. Någon ytterligare anledning till att privata företag inom försörjningssektorn ska omfattas av 6 kap. LOU angavs inte.

### 1.5.3 Skadeståndsreglerna (7 kap.)

I prop. 1992/93:88 behandlades bl.a. frågan om skadeståndets omfattning och frågan om vilken domstolsorganisation som var bäst lämpad att handlägga skadeståndsmål. Det positiva skadeståndsintresset förespråkades av departementschefen för att det ansågs stå bäst i överensstäm-

<sup>13</sup> SOU 1998:94, s. 16.

<sup>14</sup> Förslag till riksdagen, 1997/98:RR10, s. 4 f.

melse med direktivtexten. Hänvisning gjordes till Stockholms universitets remissvar där universitetet påpekade att det var möjligt att erhålla fullt skadestånd i flera EG-länder. Dessutom underströks den avskräckande effekt som ett fullt skadestånd kunde förväntas ha.

Beträffande utökande av sanktionsmöjligheterna i LOU anser riksdagens revisorer i sitt förslag att sanktioner beträffande otillåten direktupphandling borde övervägas. Idag kan den som helt åsidosätter upphandlingsreglerna undkomma sanktioner.<sup>15</sup>

#### 1.5.4 Branschsanering

Utredningen om Branschsanering och andra metoder mot ekobrott (SOU 1997:111) har sett över LOU i syfte att minska möjligheterna för oseriösa företag att konkurrera ut seriösa företag vid offentlig upphandling. De förslag som utredningen lagt fram berör både de direktivstyrda reglerna och kap. 6 i LOU vilket i vissa fall innebär att EG-direktiven måste ändras. Vidare ger utredningen rekommendationer till upphandlande enheter och leverantörer.

*Såväl över som under tröskelvärdena* föreslås att den upphandlande enheten skall förkasta låga anbud som anbudsgivaren inte kan ge någon förklaring till. Flera av remissinstanserna var positiva till förslaget (RRV, RSV).

Vid upphandling *under tröskelvärdena* (läs upphandling enligt 6 kap.) föreslås att kontrollen av om en leverantör är registrerad i företagsregister även skall avse utländska näringsidkares registrering i sådant register. Vidare föreslås att kontrollen av om en leverantör är restförd för skatter och socialavgifter även skall avse utländska skatter och avgifter om näringsidkaren är registrerad i utlandet. Branschsaneringsutredningen anser också att de krav som får ställas på en leverantör även skall omfatta den juridiska personens företrädare (verkställande direktör och styrelseledamöter). De leverantörskrav som avses är när det gäller att dels inte ha dömts för brott i näringsverksamheten, dels inte ha gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

Vidare föreslår utredningen att enheten skall få kontrollera en leverantörs tekniska förmåga och kapacitet samt finansiella och ekonomiska ställning.

<sup>15</sup> Förslag till riksdagen, 1997/87:RR10, s. 19.

Därutöver bör enligt utredningens förslag den upphandlande enheten få kräva att leverantören skall redovisa vilka delar av kontraktet som denna avser att anlita annan (underleverantör).

## 2 Bakgrund

### 2.1 Den offentliga upphandlingen i Sverige

#### 2.1.1 Inledning

Uppgifter avseende omfattningen av den offentliga upphandlingen vilar på osäker grund. Varken Nämnden för offentlig upphandling (NOU), Statistiska centralbyrån (SCB) eller någon annan myndighet har till uppgift att föra någon fullständig statistik över de upphandlingar som styrs av lagen om offentlig upphandling (LOU). NOU skall enligt sin instruktion samla in och bearbeta ett begränsat antal uppgifter för statistikändamål. I instruktionen avses främst de direktivstyrda upphandlingarna, dvs. upphandlingar över tröskelvärdena av varor, s.k. A-tjänster<sup>16</sup>, bygg- och anläggningsentreprenader. Även om det skulle ha ålegat någon myndighet att föra en fullständig upphandlingsstatistik och det därför skulle ha funnits resurser att begära in och bearbeta statistiskt material om offentlig upphandling, kan konstateras att upphandlingsstatistik är ett område med många potentiella felkällor och avsevärda risker för felslut.

Med hjälp av olika statistikkällor skattade Upphandlings- och miljöutredningen den sammanlagda volymen till minst 280 miljarder kronor för år 1995 (SOU 1995:23). I denna summa fanns inte medräknade de statliga och privata företagen vars upphandlingar faller under LOU.

Många upphandlande enheter har inte någon central instans med överblick över de upphandlingar som görs och kan därför inte redovisa några totala volymer. Även om en sådan central instans finns är upphandlingarna likväl ofta bristfälligt redovisade. Detta gäller såväl direktivstyrda upphandlingar som upphandlingar under tröskelvärdena och B-tjänster.

<sup>16</sup> Se bilaga till LOU. Förteckning av tjänster. Avd A

Vissa upphandlande enheter underlåter konsekvent att fullgöra den annonseringsskyldighet i Europeiska gemenskapens tidskrift (EGT) som föreskrivs i LOU. I vissa fall saknas insikter om att uppdrag som ges till externa producenter faller under LOU:s tillämpningsområde och därför skall föregås av ett upphandlingsförfarande. När det gäller offentliga och privata företags upphandlingar finns inte sällan fel och brister på grund av att de på felaktiga grunder inte anser sig vara upphandlande enheter.

En ytterligare omständighet som gör det vanskligt att kartlägga den offentliga upphandlingen är att de redovisningssystem som tillämpas i den offentliga sektorn ofta inte gör det möjligt att på ett enkelt sätt särskilja de kostnader som avser verksamhet som bedrivs av externa producenter från de totala kostnaderna. Enkätundersökningar som tillställs upphandlande enheter kräver därför i regel en omfattande arbetsinsats av respondenten och har därmed ofta en låg svarsfrekvens.

Trots de svårigheter som föreligger till följd av den bristande eller obefintliga statistiken gör kommittén den bedömningen att den totala upphandlingsvolymen är betydligt större än vad som tidigare antagits. Följande skattningar kan göras om upphandlingens storlek i olika sektorer. Skattningarna bygger på tillgängligt statistiskt material och avstämningar med sektorsföreträdare.

### ***Staten***

Statliga myndigheter upphandlar enligt Ekonomistyrningsverket (ESV) sannolikt för omkring 80 miljarder kronor per år. De statliga ramavtalen svarar enligt Kammarkollegiet för omkring sex miljarder kronor eller knappt 7,5 procent av den statliga upphandlingsvolymen. Det största ramavtalet är Statskontorets avtal avseende datorutrustning (stationära PC, bärbara PC och skrivare) vilket omsatte cirka 2,75 miljarder kronor. Sammanlagt omsätter de av Statskontoret upphandlade ramavtalen omkring 4,5 miljarder kronor per år.

Till följd av krav på rationaliseringar och ökad effektivitet har en allt större del av de statliga myndigheternas medel kommit att användas för köp av tjänster.

### ***Kommuner och landsting***

Kommuner och landsting kan beräknas upphandla för 170 miljarder kronor per år. Kommunerna svarar för omkring 100 miljarder kronor och landstingen svarar för omkring 70 miljarder kronor. De s.k. mjuka verk-



samheterna: skola, vård och omsorg svarar för omkring 80 procent av de totala kostnaderna och de tekniska verksamheterna svarar för omkring 20 procent. Andelen upphandlade varor och tjänster i de mjuka verksamheterna kan enligt Svenska Kommunförbundet skattas till omkring 30 procent av de totala kostnaderna för dessa verksamheter. Motsvarande siffra i de tekniska verksamheterna kan skattas till omkring 60 procent.

### *Statliga, kommunala och landstingsägda företag*

Storleken av de statliga företagens upphandling är mycket svårbedömd. De majoritetsägda statliga företagen hade 1997 en omsättning på 225 miljarder kronor.<sup>17</sup> En försiktig skattning är att de upphandlar för omkring 90 miljarder kronor per år. Några av de statliga företagen är sannolikt inte att betrakta som upphandlande enheter enligt LOU.

Kommun- och landstingsägda företag omsatte 117 miljarder kronor 1997. De kommun- och landstingsägda företagen upphandlar sannolikt för omkring 50 miljarder kronor per år.<sup>18</sup> Dessa företag bedriver definitionsmässigt kommunal verksamhet. Endast de företag som bedriver handel med av elektricitet och sannolikt de företag som omfattas av lagen (1986:753) om kommunal tjänsteexport är inte upphandlande enheter enligt LOU.

Tendensen mot privatisering av offentliga företag kommer sannolikt att medföra att de offentliga företagens sammanlagda upphandlingsvolym kommer att minska.

### *Privata företag inom försörjningssektorerna*

LOU reglerar även upphandlingar som görs av privata företag inom försörjningssektorerna, dvs. vatten, energi-, transport- och telekommunikationsområdena. Här återfinns t.ex. Sydkraft, Graningeverken, Swebus, Linjebuss, Tele2, Comviq m.fl. Privata företag som är upphandlande enheter inom försörjningssektorerna torde upphandla för omkring 10 miljarder kronor per år.

<sup>17</sup> Regeringens skrivelse 1988/99:20, 1988 års redogörelse för företag med statligt ägande.

<sup>18</sup> NOU:s rapport 248/98-29 s 1

***Fördelningen mellan varor, tjänster och bygg- och anläggningsarbeten***

Omkring 50 procent av den totala upphandlingen avser tjänster. Upphandling av varor står för omkring 20 procent. Upphandling av bygg- och anläggningsarbeten står för omkring 25 procent av den totala upphandlingen.

***Fördelningen mellan direktivstyrda upphandlingar och upphandlingar som styrs av 6 kap. LOU***

Endast omkring 3 500 eller 5 procent av det *antal* upphandlingar som görs är direktivstyrda<sup>19</sup>. Nittiofem procent eller omkring 200 000 upphandlingar avser upphandlingar under tröskelvärdet av varor, bygg- och anläggningsentreprenader, samt B-tjänster (bl.a. tjänster avseende äldre- och handikappomsorg, hälso- och sjukvård, skola m.m.) oavsett värde. Därtill kommer direktupphandlingar. Enligt skattningar som redovisats av NOU torde 20 procent av det totala *värdet* av den offentliga upphandlingen avse direktivstyrda upphandlingar och 80 procent avse upphandlingar som styrs av 6 kap.<sup>20</sup>. Inom försvarssektorn är t.ex. merparten av upphandlingarna reglerade i 6 kap. LOU.

***Den sammanlagda upphandlingsvolymen***

Den sammanlagda upphandlingsvolymen som regleras i LOU uppgår med ovanstående skattningar till omkring 400 miljarder kronor per år. Det motsvarar drygt 23 procent av värdet av den samlade produktionen av varor och tjänster i Sverige, dvs. bruttonationalprodukten (BNP). Denna uppgick till 1 739 miljarder år 1997.

<sup>19</sup> Förslag till riksdagen, 1997/98:RR10, Offentlig upphandling, Riksdagens revisorer s. 4.

<sup>20</sup> NOU-info mars 98

## 2.2 Utvecklingstendenser inom den offentliga sektorn

I kommuner, landsting och statliga myndigheter pågår ett omfattande förändrings- och förnyelsearbete. Detta arbete har resulterat i

- 1) förnyelse av den traditionella förvaltningsformen genom nya styrformer, decentralisering och brukarinflytande m.m.,
- 2) en ökad andel alternativa driftformer med fortsatt offentlig finansiering,
- 3) privatisering, dvs. avveckling av det allmännas driftmässiga och finansiella engagemang inom vissa verksamhetsområden t.ex. energidistribution.

Med alternativa driftformer avses att en myndighet väljer att överföra verksamheter som tidigare bedrivits i egen regi och traditionell förvaltningsform till drift i privaträttslig form. Myndigheten upphör dock inte att helt eller delvis finansiera verksamheten och har ett fortsatt juridiskt och/eller förväntat ansvar för de som tar i anspråk verksamhetens tjänster. De alternativa driftformer som förekommer idag är

- 1) offentliga företag (bolag och stiftelser) med företaget eller det allmänna som huvudman,
- 2) offentliga driftentreprenader (köp av tjänster med sammansatt funktion, t.ex. drift av vårdcentraler, äldreboenden m.m.) med det allmänna som huvudman,
- 3) offentlig bidragsgivning till privat verksamhet (t.ex. fristående skolor, privata daghem eller idrottsanläggningar) med företag eller föreningar som enskilda huvudmän,
- 4) offentliga köp av enstaka platser på privata institutioner (t.ex. placering av äldre på privata sjukhem) med enskilda huvudmän,
- 5) trygghetssystem med värdebevis (kundval med check) med offentliga och enskilda huvudmän)

Med konkurrensutsättning avses en metod för en kommun, ett landsting eller en statlig myndighet att systematiskt pröva om ett privat företag eller en förening kan driva en helt eller delvis offentligt finansierad verksamhet som ett alternativ till drift i egen offentlig regi. Syftet med konkurrensutsättning är att få till stånd ett optimalt resursutnyttjande avseende kvalitet och kostnad, dvs. mesta möjliga värde för pengarna.

**Konkurrensutsättning**

Med konkurrensutsättning förknippas ofta ett upphandlingsförfarande där externa anbudsgivare ges möjlighet att lämna anbud i konkurrens med en egenregionhet. Konkurrensutsättning kan även innefatta en begränsad prövning där alternativen är offentlig drift eller bidrag till enskild verksamhet. Konkurrensutsättning leder i normalfallet till en större upphandlingsvolym. Bidrag till enskild verksamhet, försäljning och upplåtelse av fast och lös egendom faller utanför regleringen av den offentliga upphandlingen.

Andelen alternativa driftformer inom den samhällsfinansierade äldre- och handikappomsorgen, skolan och barnomsorgen har ökat kraftigt under 1990-talet. Även inom hälso- och sjukvården pågår en snabb utveckling mot en större andel alternativa driftformer.

Flertalet tjänster som utförs inom ramen för alternativa driftformer skall upphandlas i konkurrens enligt LOU.

**Privatisering**

Gemensamt för samtliga alternativa driftformer är att det allmänna har ett obligatoriskt eller förväntat ansvar för verksamheten som sådan. Om den alternativa utföraren av något skäl tvingas att upphöra med sin verksamhet ser t.ex. kommunen till att verksamhetens kunder eller användare får sitt behov av aktuell service/tjänster tillgodosett på annat sätt. Någon privatisering är det således inte fråga om. Privatisering föreligger först när det allmänna avhänder sig ansvaret för såväl drift som finansiering av verksamheten.

## 3 Gemenskapsrättsliga och internationella upphandlingsregler

### 3.1 EG-fördraget och grundläggande EG-rättsliga principers inverkan på svensk rätt

EG-fördraget saknar speciella regler som rör offentlig upphandling. Där-  
emot innehåller det flertalet grundläggande principer som är tillämpliga  
även vid all offentlig upphandling, *dvs. vid upphandling såväl över som  
under tröskelvärdena.*

*Solidaritetsprincipen* (art. 10) innebär att varje medlemsland är skyl-  
digt att vidta åtgärder som säkerställer EG-rättens efterlevnad i det egna  
medlemslandet. Solidaritetsprincipen innebär även att medlemsländerna  
skall arbeta för att gemenskapens uppgifter kan genomföras. Vidare skall  
varje medlemsstat övervaka tillämpningen av gemenskapsrätten och ge-  
nom avskräckande men proportionella sanktioner beivra överträdelser.

En av EG-fördragets absolut viktigaste principer är *principen om  
ickediskriminering*. I artikel 12 förbjuds all diskriminering p.g.a. natio-  
nalitet inom fördragets tillämpningsområde, vilket även innefattar of-  
fentlig upphandling. För upphandlingens del innebär detta att förfråg-  
ningsunderlag inte får innehålla krav som endast svenska leverantörer  
kan uppfylla och utföra.

EG-domstolen har i flera fall slagit fast vikten av principen om lika-  
behandling vid upphandling. I mål C-243/89 (p. 33) Kommissionen mot  
Danmark uttalade domstolen; "[a]lthough the directive  
[entreprenadirektivet] makes no express mention of the principle of equal  
treatment of tenders, the duty to observe that principle lies at the very  
heart of the directive...".

EG-domstolen har därmed slagit fast att det inom gemenskapsrätten  
gäller en allmän likabehandlingsprincip utöver de uttryckliga bestämmelser

som återfinns i fördragen.<sup>21</sup> Av 1 kap. 4 § LOU framgår att ”Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn”. Detta krav på objektivitet kan anses uppfylla de krav som gemenskapsrätten ställer på likabehandling och förbud mot icke-diskriminering. LOU kan i flertalet paragrafer anses ge uttryck för likabehandlingsprincipen. I 1 kap. 21 § LOU sägs att en upphandlande enhet endast får begära att anbud och anbudsansökningar förtydligas eller kompletteras om detta kan ske utan risk för särbehandling. I 1 kap. 16 § och 6 kap. 3 § finns ett förbud mot att utforma kravspecifikation m.m. så att endast ett varumärke kan komma ifråga. Vidare får annonsering i nationell tidning inte göras före upphandlingsannonserns avsänts till publikationskontoret och inte heller får den nationella annonserns innehålla annan information än den som skall annonseras inom EU. Den upphandlande enheten måste också se till att lämna samma information och att denna finns tillgänglig vid för alla leverantörer samtidigt (1 kap. 10 § LOU). Syftet är att leverantörerna skall ges så lika förutsättningar som möjligt att delta och lämna anbud.

En annan grundläggande princip är *proportionalitetsprincipen*. Den förutsätter att den upphandlande enheten inte ställer högre krav på leverantören eller föremålet för upphandlingen än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. En uppgift som diskvalificerar en leverantör måste vara relevant och rimlig i förhållande till det som upphandlas dvs. vad leverantören skall utföra. I 1 kap. 16 c § LOU tillgodoses detta intresse. Den upphandlande enheten får ”endast begära in sådana upplysningar om en leverantör som avses i 17 och 18 §§<sup>22</sup> och som behövs med hänsyn till vad som skall upphandlas.”

En mycket viktig princip är *transparensprincipen/principen om förutsebarhet och öppenhet*. För att uppnå konkurrens på lika villkor krävs att leverantörerna har tillgång till den information som behövs för att de skall ha en möjlighet att uppfylla den upphandlande enhetens krav. Öppenheten åstadkomms genom tämligen omfattande krav på annonsering vid upphandling över tröskelvärdena. Inte bara den aktuella upphandlingen skall annonseras utan även planerade upphandlingar. Dessutom skall även resultatet av upphandlingen publiceras.<sup>23</sup> Som ytterligare komponent i en öppen och konkurrensutsatt marknad har EG skapat regler för kontroll och insyn i

<sup>21</sup> Prop. 1993/95:19 del 1 ”Sveriges medlemskap i Europeiska unionen”, s.478

<sup>22</sup> 1 kap. 17 och 18 §§ LOU innehåller bl.a. regler om att den upphandlande enheten får begära utdrag ur bolagsregister och att en upphandlande enhet i annons eller inbjudan till upphandling endast får infordra uppgifter om en leverantörs finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet.

<sup>23</sup> Prop. 1992/93:88, s. 36 och 1 kap. 7-11 §§ LOU.

upphandlingsförfarandena. Reglernas syfte är att ge övervakningsorganen tillgång till nödvändiga uppgifter för att de skall kunna fullgöra sina uppgifter.<sup>24</sup> Den enskilde leverantören har rätt, ibland efter att ha genomgått en kvalifikationsfas, att få ut samma förfrågningsunderlag och kompletterande information som andra anbudsgivare. Vidare har anbudsgivaren rätt till en representant vid anbudsöppningen. Reglerna syftar till att ge den enskilde en rimlig chans att begära upprättelse i fall han blivit felaktigt behandlad.

*Principen om ömsesidigt erkännande* innebär att intyg, certifikat m.m. som utfärdats av en annan medlemsstats myndighet skall godtas också i de övriga medlemsländerna. I upphandlingssammanhang får en upphandlande enhet inte försvåra för en leverantör som innehar det intyg som krävs för tjänstens utförande men som är utfärdat av en myndighet i annat medlemsland. Detta framgår t.ex. av 17 § 1 kap. LOU "Enheten får begära att en leverantör visar att han är registrerad i det land där han driver verksamhet enligt landets regler om aktiebolags- eller handelsregister eller liknande register."

### 3.2 EG-direktiven om offentlig upphandling

LOU:s samtliga kapitel (exklusive kap. 6) har sin grund i sex EG-direktiv. Den "klassiska sektorns" direktiv har funnits längst och reglerar upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader för vissa typer av upphandlande enheter. Dessa enheter har någon sorts anknytning till den offentliga sektorn (jämför med engelskans "public sector") genom t.ex. ägande, ledningsinflytande eller genom tillsyn. Följande direktiv gäller inom den klassiska sektorn:

- 93/36/EEG – för upphandling av varor
- 93/37/EEG – för upphandling av bygg- och anläggningsentreprenader
- 92/50/EEG – för upphandling av s.k. A-tjänster
- 97/52/EG – ändringsdirektiv
- 89/665/EEG – rättsmedelsdirektiv I

4 kap. LOU som styr upphandling inom de s.k. försörjningssektorerna införlivar följande direktiv:

- 93/38/EEG – för upphandling av varor, entreprenader och tjänster
- 98/4/EG – Ändringsdirektiv II
- 92/13/EEG – rättsmedelsdirektiv II

<sup>24</sup>Prop. 1992/93:88, s. 36.

Upphandlande enheter inom försörjningssektorerna är offentliga och privata företag som bedriver viss verksamhet. Som exempel kan nämnas företag som producerar eller levererar el, gas, värme och dricksvatten till fasta nät och företag som tillhandahåller flygplatser, hamnanläggningar och företag som driver järnvägs-, buss- eller tunnelbanenät.

### 3.3 Skadestånd enligt rättsmedelsdirektiven

Genom de s.k. rättsmedelsdirektiven 89/665/EEG och 92/13/EEG åläggs medlemsstaterna att i sina nationella rättsordningar införa bl.a. bestämmelser om att skadestånd skall kunna utgå till den som lidit skada, p.g.a. överträdelse vid offentlig upphandling. I 7 kap. 6-8 § LOU har Sverige införlivat regler om skadeskadestånd vid offentlig upphandling.

*Rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn (89/665/EEG)* anger i preambeln bl.a. att ”det är nödvändigt att se till att lämpliga förfaranden finns inom alla medlemsstater, så att beslut i strid mot dess bestämmelser kan upphävas och ersättning kan ges till dem som skadas av överträdelserna”. Denna programförklaring konkretiseras i artikel 2 (1) punkten c där det anges att av en medlemstat införda bestämmelser om prövning av en offentlig upphandling skall innefatta behörighet att ”ge ersättning åt en person, som skadas av överträdelserna”.

I *rättsmedelsdirektivet för försörjningssektorerna (92/13/EEG)* anges i preambeln under två olika punkter dels att ”möjlighet att begära skadestånd skall alltid finnas”, dels att ”om någon har begärt skadestånd som svarar mot kostnaderna för att utarbeta anbud eller på annat sätt delta i ett upphandlingsförfarande, skall denne för att få sina kostnader täckta inte behöva visa att han skulle ha fått kontraktet om överträdelse inte skett”. Direktivet synes därför tala om två olika typer av skadestånd. I artikel 2 (1) punkten d anges att en som lidit skada av en överträdelse skall tillerkännas skadestånd. I artikel 2 (7) anger direktivet följande ”Har någon begärt skadestånd som svarar mot kostnaderna för att förbereda anbud eller delta i ett upphandlingsförfarande, skall denne för att få sina kostnader täckta behöva visa endast att en överträdelse skett av gemenskapsregler om upphandling eller av nationella regler som införlivar sådana gemenskapsregler, att han haft realistisk möjlighet att erhålla kontraktet och att överträdelserna minskat denna möjlighet.”<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Utdrag ur PM om skadestånd av hovrättsassessor Anders Heiborn/Finansdepartementet.



### 3.4 Gemenskapsrätten i förhållande till svensk rätt

EG-domstolen har i flertalet mål beaktat frågan om vad som händer när nationell rätt strider mot EG:s primärrätt t.ex. EG-fördraget.<sup>26</sup> Om bestämmelsen har s.k. direkt effekt är den allmänna tolkningen av EG-domstolens domskäl att de nationella domstolarna är skyldiga att tillämpa EG-rätten. En bestämmelse med direkt effekt skall kunna genomdrivas av en fysisk eller juridisk person i en nationell domstol.

En artikel i ett direktiv anses ha direkt effekt om bestämmelsen innehåller en individuell rättighet samt är klar, precis och ovillkorlig mål.<sup>27</sup> Därutöver skall tiden för direktivets införlivande ha gått till ända utan att medlemsstaten införlivat direktivets bestämmelser eller att bestämmelserna på ett felaktigt sätt har införlivats i nationell lagstiftning.

EG-domstolen har dock konstaterat att en bestämmelse i ett direktiv bara kan ha direkt effekt om en individ åberopar det mot staten, s.k. vertikal direkt effekt. Individer emellan saknar direktiv direktivens bestämmelser effekt.<sup>28</sup>

Regeringsrätten har tillämpat principen om direkt effekt.<sup>29</sup> Regeringsrätten gav i målet det klassiska rättsmedelsdirektivet företräde framför 7 kap. 1 § LOU. Enligt LOU fick en ansökan till länsrätten inte tas upp till prövning efter det att beslut om leverantör fattas. Rättsmedelsdirektivet tillät dock prövning fram till det att avtal om upphandlingen tecknats. Regeringsrätten gav direktivet företräde eftersom dess innebörd och mening framstod som helt klar i jämförelse med den svenska lagregeln.

Av EG-domstolens uttalande i mål C-103/88 Fratelli Costanzo<sup>30</sup>, anses framgå att skyldigheten att efterleva EG-bestämmelser med direkt effekt gäller för samtliga organ inom de nationella förvaltningarna. Detta innebär att, förutom statliga myndigheter, är även landsting och kommuner skyldiga att följa de gemenskapsrättsliga regler som har direkt effekt.<sup>31</sup> Enligt EG-domstolens dom C-31/87 (Beentjes) och Kommissionens uttalande i grönboken om offentlig upphandling, har de flesta artiklarna i upphandlingsdirektiven direkt effekt.<sup>32</sup>

<sup>26</sup> T.ex. C-106/77 Simmenthal.

<sup>27</sup> C-26/62 Van Gend en Loos.

<sup>28</sup> C-152/84 Marshall.

<sup>29</sup> RÅ 1996 ref. 50.

<sup>30</sup> Se även mål C-152/84 "Marshall".

<sup>31</sup> NOU info sammanställningen 1996, s. 11.

<sup>32</sup> Grönboken om offentlig upphandling, 1996, s. 7.

I några rättsfall har EG-domstolen utvecklats principen om fördragskonform tolkning. Principen innebär att även om en bestämmelse saknar direkt effekt så skall de nationella domstolarna tolka den nationella rätten ”i ljuset av” EG-bestämmelsen.<sup>33</sup>

## 3.5 Kommissionens arbete med offentlig upphandling

### 3.5.1 Grönboken om offentlig upphandling

Kommissionen antog under hösten 1996 den s.k. grönboken om offentlig upphandling. Grönböcker används ibland av kommissionen för att initiera eventuella åtgärder på gemenskapsnivå. Grönböcker skickas normalt ut på en remissrunda hos myndigheter och organisationer.

Grönboken om offentlig upphandling behandlar två huvudproblem; dels det otillräckliga och ofullständiga införlivandet av upphandlingsreglerna i medlemsstaterna, dels den relativt begränsade ekonomiska effekt som direktiven hittills har medfört.

De ämnesområden som grönboken behandlar är främst:

- Målen för EU:s upphandlingspolicy och hur dessa uppnåtts fram till nu.
- Införlivandet av upphandlingsdirektiven i nationell lagstiftning.
- Tillämpningen av upphandlingsreglerna.
- Hur tillgången till marknaden kan underlättas genom information, utbildning och elektronisk utveckling.
- Hur upphandlingspolicyen kan förenas med annan EU-policy, t.ex. beträffande små och medelstora företag, standardiseringsarbetet, transeuropeiska nätverk, strukturfonder, EU-finansierade uppdrag, sociala frågor, miljöfrågor, försvarsfrågor.
- Tillgången till andra länders upphandlingsmarknader.

Kommissionens avsikt med grönboken är inte att initiera några grundläggande förändringar av reglerna eftersom man önskar en period av stabilitet efter skapandet av ett juridiskt ramverk åt den offentliga upphandlingen.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> C-14/83 von Colson och C-157/86 Murphy.

<sup>34</sup> NOU info sammanställningen 1996, s. 73 f.

### 3.5.2 Regeringen yttrande över kommissionens grönbok om offentlig upphandling

I mars 1997 lämnade regeringen sitt yttrande till kommissionen med anledning av grönboken om offentlig upphandling. Regeringen betonar vikten av att EU:s medlemsländer och EES-länderna snarast genomför upphandlingsdirektiven i sina nationella rättsystem och att tillämpningen blir likartad i respektive medlemsland. Regeringen menar att efterlevnaden torde bli mycket större om det står klart för upphandlande enheter och leverantörer att direktiven har genomförts i samtliga medlemsstater.

Elektronisk handel förutspås ge den offentliga upphandlingen fördelar såsom exempelvis snabbhet, effektivitet och kostnadsbesparingar. Regeringen anser att utvecklingsarbetet med ett helt igenom elektroniskt upphandlingsförfarande bör prioriteras.

Regeringen anser också att behovet av att utreda vilka miljökrav som får ställas i upphandlingssammanhang är mycket stort. Samtidigt måste man se till att upphandlingen sker under tillräcklig konkurrens.

En ökad liberalisering av den internationella upphandlingsregimen anser regeringen vara av stor vikt eftersom det handlar om stora ekonomiska värden och området endast delvis är reglerat av internationella avtal.

### 3.5.3 Kommissionens meddelande med anledning av grönboken om offentlig upphandling

Kommissionen drar två slutsatser av den debatt som förts med anledning av grönboken. Dels måste åtgärder vidtas från EU:s sida för att se till att upphandlingsdirektiven ger de förväntade ekonomiska fördelarna, dels måste de befintliga instrumenten anpassas till de ändrade ekonomiska villkoren. Kommissionen kommer i stora drag att arbeta med följande uppgifter:

- Förenkling av upphandlingsreglerna, dvs. dels ett förtydligande av otydliga regler, dels en ”justering” av gällande regler, då problemen inte kan lösas genom tolkning av reglerna. Kommissionen ämnar lägga fram ett förslag till lagstiftningspaket som syftar till justeringar av gällande regelverk på områden där en dynamisk tolkning inte räcker för att lösa de påvisade problemen. Kommissionen avser också lämna vissa efterfrågade tolkningar av direktiven (i väntan på EG-domstolens dom) t.ex. vilka miljö-, social- och arbetsmarknads-politiska krav som får ställas vid offentlig upphandling. På sikt vill

kommissionen sammanfoga de tre ”klassiska direktiven” till en enda text.

- Ett bättre genomförande av den offentliga upphandlingspolitiken genom förbättrade kontroller på såväl EU-nivå som på nationell nivå. Kommissionen förslår, bl.a. inrättandet av oberoende nationella myndigheter med offentlig upphandling som specialitet. Vidare understryks vikten av insamling av upphandlingsstatistik för att framförallt ur ett ekonomiskt perspektiv kunna kontrollera den förda upphandlingspolitikens effekter. ”Attesting”, som är en sorts en sorts frivillig granskning av den upphandlande enheten, skall vidareutvecklas. Vidare understryks vikten av att bekämpa korruption m.m.
- Skapa ett företagsvänligt klimat främst för små och medelstora företag. Information om offentlig upphandling och utbildning av både inköpare och leverantörer där också hänsyn tas till åtgärder som syftar till att införa miljö-, social- och arbetsmarknadspolitiska samt konsumentskyddspolitiska målsättningar. Vidare ämnar kommissionen ägna tid åt att utforma kvalifikationssystem för leverantörer inom olika områden.
- Kommissionen tror och vill satsa mycket på elektronisk handel. Här inbegripes bl.a. ändringar av regelverket för att stimulera användning elektronisk handel.
- Målet om bästa värde för pengarna behöver inte utesluta att hänsyn också skall tas till sociala eller miljömässiga kriterier eller till konsumenthänsyn. Kommissionen avser att komma med ett tolkningsdokument för att möjliggöra att bästa hänsyn tas till miljön vid offentlig upphandling. Liknade tolkningsdokument kommer att utformas i syfte att förtydliga gällande principer som tillåter beaktande av sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn.
- Öppnande av den offentliga upphandlingsmarknaden i tredje land för europeiska företag. Kommissionen tänker aktivt delta i GPA-arbetet inom WTO för att göra det möjligt för den europeiska industrin att stärka sin konkurrenskraft och öka sina affärsmöjligheter. Vidare arbetar kommissionen med integrering av ansökarländernas ekonomier i EU:s politik för offentlig upphandling. Slutligen betonas vikten av att EU-finansierade projekt upphandlas enligt direktiven.

### 3.5.4 Pågående direktivändringsarbete inom EU avseende offentlig upphandling

EG-kommissionen arbetar med förslag till ändringar i direktiven avseende såväl den klassiska sektorn som försörjningssektorerna. Förslagen för den klassiska sektorn gäller ett nytt förfarande; "competitive dialogue", bestämmelser om ramavtal samt ändringar för att underlätta elektronisk upphandling. Med "Competitive dialogue" avses ett mer flexibelt upphandlingsförfarande som möjliggör diskussion med anbudsgivare om vilka tekniska lösningar som står till buds när det gäller den upphandlande enhetens specifika behov.

Vidare arbetar kommissionen med vissa ändringar i försörjningsdirektivet som rör upphandlande enheter inom telekommunikationsområdet.

### 3.6 Government procurement agreement (GPA) inom världshandelsorganisationen (WTO)

Inom ramen för Världshandelsorganisationen har slutits avtal om offentlig upphandling (Government procurement agreement). Avtalsparter är förutom EU även USA, Kanada, Japan, Israel, Sydkorea, Norge, Schweiz och Singapore. Marknaden för offentlig upphandling inom GPA bedöms omfatta ca 450 miljarder ecu vilket motsvarar nästan 5 000 miljarder kronor. Huvudsyftet med GPA är att minska antalet handels hinder och diskriminerande bestämmelser. GPA-bestämmelserna är införlivade i LOU. Genom att tillämpa LOU efterlevs därmed Sveriges åtaganden gentemot WTO/GPA.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> SOU 1997:111, s. 459 f.



## 4 Svenska regler som styr den offentliga upphandlingen

### 4.1 Lagen om offentlig upphandling

#### 4.1.1 Inledning

Lagen om offentlig upphandling (LOU) trädde i kraft den 1 januari 1994<sup>36</sup>. Genom lagens första till och med femte och det sjunde kapitlet har de regler

<sup>36</sup> Förarbetena till upphandlingslagen utgörs bl.a. av två betänkanden, Ds 1992:4 Offentlig upphandling - ett lagförslag och Ds 1992:62 Offentlig upphandling och EES-del II, tjänsteupphandling m.m. Promemoriorna låg till grund för prop. 1992/93:88, bet. 1992/93:FiU5, SFS 1992:1528; omtryckt senast 1993:1468. Lagen kompletterades med regler om formgivningstävlingar, prop. 1992/93:209, bet. 1992/93:FiU24, SFS 1993:924. Lagen kompletterades därefter med regler för B-tjänster, varor, byggtreprenader och A-tjänster under tröskelvärdena, 1993/94:78, bet. 1993/94:FiU4, SFS 1993:1468. Med anledning av ändrade upphandlingsdirektiv och medlemskapet i EU har lagen ändrats genom prop. 1993/94:227, bet. 1993/94:FiU18, SFS 1994:614 samt prop. 1994/95:153, bet. 1994/95:FiU22, SFS 1995:705. På grund av Sveriges anslutning till den nya världshandelsorganisationen (World Trade Organisation, WTO) och den däri ingående överenskommelsen om offentlig upphandling (Government Procurement Agreement; GPA) har lagen ändrats genom prop. 1995/96:165, bet. 1995/96:FiU13, SFS 1996:433. I syfte att göra lagens innehåll och ordalydelse mer i överensstämmelse med EG:s upphandlingsdirektiv har lagen ändrats fr.o.m. den 1 januari 1998, prop. 1996/97:153, 1997/98:FiU17, rskr 1997/98:61, SFS 1997:1068. Genom lagändring med ikraftträdande 1 januari 1999 justerades bl.a. anbudstider vid förhandsannonsering, prop. 1997/98:170, bet. 1998/99:FiU6, rskr. 1998/99:13. Genom lagändring med ikraftträdande den 1 januari 1999 ändrades lagens tillämpningsområde med avseende på kyrkliga kommuner, prop. 1998/99:38, bet. 1998/99:KU18, rskr. 1998/99:176.

som gäller för offentlig upphandling inom den inre marknaden införlivats i svensk rätt. Avsikten är att de upphandlande enheterna genom att följa LOU också följer EG:s upphandlingsdirektiv. LOU går längre än EG-direktiven genom att lagens sjätte kapitel även innehåller bestämmelser om upphandlingarna under tröskelvärdena och s.k. B-tjänster oavsett värde samt försvarsupphandlingar (1 kap. 3 §). Sådana upphandlingar regleras dock inte lika ingående. LOU är indelad i sju kapitel:

- 1 kap. gemensamma regler och definitioner,
- 2 kap. varuupphandling över tröskelvärdena,
- 3 kap. upphandling av byggtreprenörer över tröskelvärdena,
- 4 kap. upphandling inom försörjningssektorerna (vatten-, energi, transport- och telekommunikationer) över tröskelvärdena,
- 5 kap. upphandling av A-tjänster över tröskelvärdena,
- 6 kap. upphandling under tröskelvärdena, B-tjänster oavsett värde och s.k. försvarsupphandlingar samt
- 7 kap. överprövning och skadestånd.

Den största förändringen för kommuner och landsting jämfört med de upphandlingsreglementen, som t.o.m. 1993 tillämpats vid kommuners och landstings upphandling, är att lagen är tvingande. Statliga myndigheters upphandling omfattades även före LOU:s tillkomst av tvingande lagstiftning, närmast upphandlingsförordningen (1986:366). LOU gäller även för de offentliga bolagen och vissa privata bolag (4 kap. 1 § LOU) vilka tidigare vare sig omfattats av frivilliga eller tvingande upphandlingsregler.

Bestämmelserna garanterar samma upphandlingsprocedur i de olika medlemsländerna så att även mer avlägsna leverantörer ges en reell chans att vara med i en anbudstävlan.

Trots att lagen i vissa avseenden är mycket detaljerad finns en rad viktiga frågor som överlämnats till rättstillämpningen. Det råder till exempel osäkerhet om hur man skall avgränsa en s.k. upphandlande enhet.

Med begreppet upphandlingsförfarande avses en procedur som är tänkt att leda fram till en anskaffning. Förfarandet startar genom att den upphandlande enheten via annons eller på annat sätt tillkännager sin avsikt att anskaffa något till enheten. Det kan gälla en vara, en byggtreprenad eller en tjänst.

LOU är huvudsakligen en förfarandelag som behandlar olika delar av upphandlingsprocessen. Syftet är därvid att söka garantera bl.a. att förfarandet går till på ett sådant sätt att alla som deltar i upphandlingen har en chans att få sina anbud korrekt hanterade. I detta ingår regler för hur värderingen av dessa anbud skall gå till. Dessa har kommit till i syfte att



främja att prövningen av anbuden sker utan ovidkommande hänsyn. LOU innehåller därutöver en del andra regler avseende formalia m.m.

#### 4.1.2 Konkurrens, affärsmässighet och likabehandling (icke-diskriminering)

I 1 kap. 4 § LOU, som gäller vid all upphandling oavsett värde, föreskrivs att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. LOU utgår, liksom EG-direktiven om offentlig upphandling, från att upphandlingar skall ske på marknadens villkor och att det är marknaden som genom konkurrens kan ge de bästa och billigaste villkoren.

I samma bestämmelse föreskrivs också att anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Detta framgår även av 1 kap. 9 § regeringsformen där det stadgas att domstolar samt förvaltningsmyndigheter och andra som fullgör uppgifter inom den offentliga förvaltningen skall i sin verksamhet beakta allas likhet inför lagen samt iakttaga saklighet och opartiskhet. EG-domstolen har slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen.<sup>37</sup> Likabehandlingsbehandlingsprincipen eller principen om icke-diskriminering gäller även vid förenklad upphandling och direktupphandling.

Likabehandlingsprincipen i LOU syftar, förutom allmänna rättssäkerhetsskäl, till att förhindra att en snedvriden konkurrens uppkommer. Detta innebär t.ex. att upphandlingen inte får gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt sätt, eftersom detta skulle snedvrیدا konkurrensen.

Hänsyn måste även tas till leverantörer som valt att inte lämna anbud. Dessa kan ha valt att avstå på grund av att de inte anser sig kunna klara den upphandlande enhetens krav. EG-domstolen har förklarat att om en upphandlande enhet godtar ett anbud trots att detta inte uppfyller kraven i kravspecifikationen och att förfrågningsunderlaget inte medger rätt att frångå kraven innebär detta ett brott mot principen om likabehandling av anbudsgivare.<sup>38</sup>

Det är inte tillåtet att vid anbudsprövningen ge några favörer till en anbudsgivare enbart på grund av att anbudet är fördelaktigt med hänsyn till

<sup>37</sup> Prop. 1993/95:19 del 1 ”Sveriges medlemskap i Europeiska unionen”, s. 478

<sup>38</sup> Mål C-243/89 Kommissionen mot Danmark, REG 1993, s. 3353, NOU info sammanställningen 1996, s. 56

sysselsättning eller skatteunderlag. Lokala leverantörer får inte ges favörer vid anbudsprövningen. Inget hindrar dock att man anpassar upphandlingarnas omfattning så att lokala leverantörer inte missgynnas genom alltför stora volymer. Det är givetvis tillåtet för en upphandlande enhet att verka för att konkurrensen och mångfalden på marknaden bibehålls eller stärks. En kommun har t.ex. rätt att främja det lokala näringslivet genom allmänt näringslivsfrämjande insatser. Ett exempel på detta är insatser för att främja IT-användningen i det lokala näringslivet.

#### 4.1.3 När är lagen tillämplig för en upphandlande enhet?

Bedömningarna i det följande bygger på kommunförbundets bok "Kommunala driftentreprenader".<sup>39</sup>

##### ***När den upphandlande enheten köper från privata företag***

LOU gäller till att börja med när den upphandlande enheten köper, leasar, hyr, eller hyrköper varor, byggentreprenader eller tjänster från privata företag. Det finns inget juridiskt hinder i LOU mot att en upphandlande enhet med egen personal producerar alla de tjänster som behövs i den egna verksamheten. Det är när enheten bestämt sig för att pröva om marknaden (externa offentliga och privata producenter) kan erbjuda ett bättre och billigare alternativ till produktion i egen regi, som lagen blir tillämplig. I vissa situationer kan det vara svårt att avgöra om det föreligger en upphandlingssituation eller bidragsgivning. Avgörande är om det vid en sammanlagd bedömning är fråga om ett uppdragsförhållande där den upphandlande enheten betalar för en utförd prestation. Vid bedömningen bör läggas vikt vid vem som finansierar verksamheten, vem som tagit initiativet till verksamheten, för vem verksamheten är till för, om det finns ett förvärvs- syfte och till graden av styrning från den upphandlande enhetens sida.

##### ***När den upphandlande enheten köper från en "avknoppning"***

Om anställda inom den upphandlande enheten bildar ett personalkooperativ eller någon annan form av personalägt företag kan enheten inte sluta avtal med kooperativet om att köpa tjänster utan att först infordra anbud.

<sup>39</sup> Hallgren, Hilborn och Sandström, Kommunala driftentreprenader, 1997, s. 51.  
72

***När den upphandlande enheten köper från eget företag***

Lagen är också tillämplig när den upphandlande enheten köper från egna eller andra enheters företag. Om t.ex. en kommun har överfört det kommunala huvudmannskapet för en viss verksamhet till ett kommunalt företag, t.ex. ett bostadsföretag, är lagen inte tillämplig på kommunens ägarroll i förhållandet till företaget. Om däremot kommunen köper tjänster av företaget, till exempel fastighetsförvaltning, får det kommunala företaget inte gynnas på bekostnad av till exempel privata företag på så sätt att kommunen underlåter att infordra anbud enligt LOU:s regler<sup>40</sup>. Detsamma gäller om den upphandlande enheten bildar ett särskilt företag för t.ex. städning av enhetens lokaler.

***När den upphandlande enheten köper från andra upphandlande enheter***

När den upphandlande enheten köper från andra upphandlande enheter gäller också lagen. I t.ex. socialtjänstlagen finns dock regler som gör det möjligt att köpa och sälja tjänster mellan kommuner.

***Lagen är tillämplig även om anbudsförfarandet avbryts***

NOU har vid nämndsammanträde uttalat att nämnden anser att en upphandling inte får avbrytas utan sakliga skäl. Som exempel nämns att det inträffar en omständighet som den upphandlande enheten inte kan råda över. Nämnden uppmärksammar också att ett avbrytande av en upphandling kan innebära ett brott mot gemenskapsrätten och då främst principerna om likabehandling av leverantörer och förutsebarhet (transparens).<sup>41</sup>

***Lagen är inte tillämplig vid intern "upphandling"***

Att köpa varor och tjänster av andra enheter inom samma juridiska person utgör i LOU:s mening ingen upphandling. En kommun, ett landsting och staten utgör var för sig en egen juridisk person. Därigenom behöver t.ex. en

<sup>40</sup> Mål C-360/96, Kommissionen mot Nederländerna och NOU info april -94 s. 6.

<sup>41</sup> NOU:s ärende dnr 1999/0077-21.

statlig myndighet inte tillämpa LOU när den anskaffar en vara eller tjänst av en annan statlig myndighet. Inget hindrar dock att den upphandlande enheten antar riktlinjer för "intern upphandling" som bygger på lagens principer.

***Lagen är inte tillämplig när en kommun eller ett landsting "köper" från en gemensam nämnd***

Kommuner och landsting kan fr.o.m. den 1 augusti 1997 samverka genom en gemensam nämnd<sup>42</sup>. En sådan nämnd kan inrättas för vilken kommunal angelägenhet som helst, bortsett från civilförsvaret, under förutsättning att verksamheten är kompetensnlig för de samverkande parterna. Nämnden tillsätts i någon av de samverkande kommunerna eller landstingen och ingår i denna kommuns eller landstings organisation. De samverkande kommunerna kan ta i anspråk nämndens tjänster som om det vore den egna kommunens tjänster. Något uppdragsförhållande föreligger inte.

***Lagen är inte tillämplig när en kommun eller ett landsting "köper" från ett kommunalförbund där kommunen eller landstinget är medlem***

Lagen är inte tillämplig när en kommun som är medlem i ett kommunalförbund tar i anspråk kommunalförbundets tjänster. Detta beror på att kommunalförbundet är en specialkommun som tagit över huvudmannaskapet för en del av medlemskommunens verksamhet. Om kommunalförbundet tar ut avgifter för sina tjänster utgör dessa inte ersättning för "köp" av tjänster utan är ett sätt att fördela kostnader i förhållande till kommunernas nytta av den gemensamma angelägenheten. Om kommunen däremot köper en tjänst som kommunalförbundet inte ansvarar för enligt förbundsordningen skall tjänsten upphandlas.

***Lagen är inte tillämplig när kommunen ger bidrag till enskild verksamhet***

När kommunen ger bidrag till enskild verksamhet, t.ex. en förening som driver en fritidsanläggning för egen räkning, privatskolor och enskild barnomsorg m.m. finns normalt sett inte något uppdragsförhållande som

<sup>42</sup> SFS 1997:50, Prop.1996/97:105, Bet.1996/97:Ku20

föranleder tillämpning av LOU. Det går dock inte att "maskera" en entreprenad genom att påstå att ett företag eller en förening får ett bidrag om det i själva verket är fråga om ersättning för tjänster som utförts på uppdrag av kommunen.

***Lagen är inte tillämplig när den upphandlande enheten anskaffar eller upplåter nyttjanderätt till fast egendom genom ett arrende- eller hyresavtal***

Om den upphandlande enheten arrenderar eller förhyr en fastighet, en byggnad eller en lokal gäller inte LOU. Detsamma gäller om enheten arrenderar ut eller hyr ut en fastighet, en byggnad eller en lokal. Detta förutsätter att det rättsliga förhållandet mellan parterna vid en sammanlagd bedömning inte domineras av ett uppdragsförhållande.<sup>43</sup>

***Lagen är inte tillämplig när en upphandlande enhet anställer personal***

När enheten anställer personal är LOU inte tillämplig. Detta gäller även om t.ex. två upphandlande enheter delar på en arbetstagare på så sätt att vederbörande har en anställning hos varje enhet. Om en upphandlande enhet däremot anlitar t.ex. en annan upphandlande enhets juristfunktion är det fråga om köp av konsultation. LOU är därmed tillämplig.

***Lagen är inte tillämplig när den upphandlande enheten köper från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten***

Exempel på sådana köp är när t.ex. en kommun köper platser på § 12-hem (lagen om vård av unga) från Statens institutionsstyrelse (SIS). Kommunen anses även ha rätt att utnyttja ramavtal avseende köp av handikapphjälpmedel som slutits av AB Sjukvårdshuvudmännens Upphandlingsbolag (SUB) utan att själva genomföra en särskild upphandling. En förutsättning är dock att kommunen fattar ett generellt beslut om att framdeles uppdra till SUB

<sup>43</sup> Jämför med NOU info sammanställningen 1996, s. 53, NOU info mars 99, s. 14 f.

att träffa sådana ramavtal för hjälpmedelsupphandling som ger kommunen möjlighet att utnyttja ramavtalen för egna avrop med stöd av avtalen.<sup>44</sup>

***LOU tillämpas inte vid anskaffning av tjänster som enligt annan lag är undantagna upphandling***

LOU är inte tillämplig när länsstyrelserna skall besluta om vem som skall utföra en särskild utredning enligt 2 kap. 11 § lagen (1988:950) om kulturminnen m.m.(KML). Detsamma gäller vid länsstyrelsens beslut om en arkeologisk undersökning eller en särskild undersökning enligt 2 kap. 13 § KML.

#### 4.1.4 Tröskelvärden

Vissa regler om annonsering, rapportering, tekniska specifikationer m.m. gäller endast för upphandlingar över vissa tröskelvärden. Tröskelvärdet för varor och tjänster är för samtliga upphandlande enheter, exkl. statliga myndigheter, det lägsta av 200 000 ecu exkl. moms eller 200 000 sdr.<sup>45</sup> I dagsläget motsvarar det 1,728 miljoner kr. Tröskelvärdet för statliga myndigheter vid upphandling av varor och tjänster är 130 000 sdr vilket motsvarar 1,157 miljoner kronor. Vid upphandlingar enligt 4 kap., dvs. inom försörjningssektorerna exkl. telekommunikationssektorn, är tröskelvärdet 400 000 ecu vilket motsvarar 3,457 miljoner kronor. För telekommunikationssektorn gäller det högre värdet 600 000 ecu som motsvarar 5,185 miljoner kronor. För samtliga upphandlande enheter gäller vid upphandling av byggtreprenader (3 kap. LOU) tröskelvärdet 5 miljoner ecu vilket motsvarar 43,214 miljoner kronor. Slutligen krävs att den upphandlande enheten förhandsannonserar de upphandlingar som överstiger 750 000 ecu vilket motsvarar 6,482 miljoner kronor. Ecu:ns värde fastställs i en förordning som publiceras i svensk författningssamling (SFS 1998:59).

<sup>44</sup> Svenska Kommunförbundets cirkulär 1995:189. Företrädare för Svenska Kommunförbundet; Landstingsförbundet, Nämnden för offentlig upphandling och SUB är ense om denna tolkning av LOU.

<sup>45</sup> Den nya utformningen av tröskelvärdet för varuupphandling följer av Sveriges anslutning till ett avtal om Världshandelsorganisationen (World Trade Organisation, WTO). Förkortningen sdr står för särskilda dragningsrätter. För kommuner är motvärdet i svenska kronor av de tröskelvärden som anges i ecu alltid lägre än sdr. (prop. 1995/96:165, s. 14).

En upphandling avseende en viss kvantitet varor eller tjänster får inte delas upp i syfte att tröskelvärdet skall underskridas. Flera upphandlingar av samma typ som skall göras samtidigt skall vid tillämpning av bestämmelserna om tröskelvärdet anses som en upphandling. Detta betyder inte att alla upphandlingar måste ske samtidigt för den upphandlande enhetens totala behov av en viss vara eller tjänst.

Det är fullt tillåtet att t.ex. skolförvaltningen, socialförvaltningen eller kommundelsförvaltningen i en kommun gör var sin upphandling. Likaså kan varje resultat enhet göra sin egen upphandling om kommunens delegeringsregler medger det. Det är vidare tillåtet att handla upp olika varugrupper för sig. Om värdet av flera mindre upphandlingar av samma slag sammantaget överstiger tröskelvärdet gäller dock självfallet de krav, t.ex. annonseringsreglerna, som följer av LOU.

Vid upphandling av B-tjänster har tröskelvärdet betydelse för om eventuella bestämmelser om teknisk standard eller tekniska specifikationer skall gälla och om anmälan av resultatet skall göras till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer.

Huvudprincipen för beräkning av tröskelvärdet är att beräkningen görs på den totala kostnaden för ett upphandlingsavtal. Vid köp av tjänster skall kontraktsvärdet bestämmas till kostnaden under kontraktstiden om tiden är högst 4 år. För kontrakt som löper på längre tid eller obestämd tid skall värdet beräknas till månadskostnaden multiplicerad med 48.

Om ett tjänsteupphandlingskontrakt delas upp i flera mindre delar skall varje delvärde ingå i beräkningen av upphandlingens värde. Delkontrakt under 80 000 ecu behöver inte upphandlas enligt 5 kap. om summan av delkontrakten inte överstiger 20 procent av upphandlingens totala värde.

Detsamma gäller om ett byggtreprenadkontrakt delas upp i mindre delar. För delkontrakt under 1 miljon ecu behöver endast tröskelvärderegler i 3 kap. tillämpas förutsatt att summan av de undantagna delkontrakten inte överstiger 20 procent av upphandlingens totala värde.

Både de "fria" delentreprenaderna och de "fria" deltjänsterna skall således räknas med i tröskelvärdesberäkningen men får upphandlas enligt 6 kap. LOU.

#### 4.1.5 Annonseringsregler, rapportering

I LOU finns regler om att upphandlande enheter skall annonsera sina upphandlingar över tröskelvärdena av varor, byggtreprenader och A-tjänster. Syftet är att främja konkurrens över nationsgränserna. Vid upphandling under

tröskelvärdena och upphandling av B-tjänster oavsett tröskelvärde, dvs. upphandling enligt 6 kap. LOU, krävs inte att upphandlingarna skall annonseras. Däremot kan det ofta vara lämpligt att göra det för att på så sätt hitta nya leverantörer. Det finns heller inget hinder mot att upphandlande enheter annonserar upphandlingar under tröskelvärdena i EGT.<sup>46</sup>

Annonseringen skall sändas in till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer för att införas i databasen Tender Electronic Daily (TED).

Annonseringen får utformas på valfritt officiellt EU-språk, dvs. även svenska.

Annonseringen är kostnadsfri. Av annonsförlagor till upphandlingsdirektiven framgår kraven på vad annonsen skall innehålla.

Det är inte tillåtet att lämna mer information i en annons i svenska tidningar/hemsidor än i den annons som publiceras i EGT. En sådan annons får heller inte vara införd före annonsen i EGT publicerats.

Annonsering skall ske så tidigt som möjligt under budgetåret avseende planerade upphandlingar (förhandsannonsering). Vidare skall den upphandlande enheten inför varje förestående upphandling sända in en annons till EGT. Därutöver skall även avslutad upphandling annonseras. Efter avslutad upphandling över tröskelvärdet skall den upphandlande enheten enligt 1 kap.11 § LOU även upprätta en rapport. Om så begärs skall denna skickas till EG-kommissionen.

#### 4.1.6 Upphandlingsformer

Lagen innehåller följande upphandlingsformer:

- 1) öppen upphandling,
- 2) selektiv upphandling,
- 3) förhandlad upphandling,
- 4) förenklad upphandling,
- 5) direktupphandling.

Vilken upphandlingsform som skall tillämpas avgörs med hänsyn till kravet på affärsmässighet, konkurrensförutsättningar och upphandlingens art och omfattning.

*Öppen upphandling* tillämpas vid upphandling av varor, byggtreprenader och A-tjänster över tröskelvärdet. Alla intresserade leverantörer får lämna anbud. Huvudregeln är att anbud inforas genom annons och att anbudena prövas och antas utan förhandlingar med anbudsgivare. Öppen upphandling är

<sup>46</sup> NOU info sammanställningen 1996, s.14



det normala upphandlingsförfarandet då föremålet för upphandlingen kan specificeras så klart att ett anbud, efter rättelse och nollställning, kan antas helt i enlighet med kraven i frågningsunderlaget.

*Selektiv upphandling* tillämpas vid upphandling av varor, byggtreprenader och A-tjänster över tröskelvärden. Den upphandlande enheten inbjuder vissa utvalda leverantörer att lämna anbud. Huvudregeln är även här att anbud provas och antas utan förhandlingar. Den upphandlande enheten skall annonsera om förutsättningarna för anbudsansökan. I annonsen får anges hur många leverantörer som skall bjudas in. Efter urvalsförfarande infordras anbud från minst fem av de anbudssökande. Kriterier för urvalet av anbudssökande och vilka anbudssökande som inte vunnit framgång och skälen för det skall dokumenteras. Selektiv upphandling får användas om den upphandlande enheten genom selektering av anbudsgivare kan uppnå ett rimligt förhållande mellan upphandlingens värde och de administrativa kostnaderna för anbudsprovningen. Ett annat motiv för selektiv upphandling kan vara att upphandlingens art ställer särskilda krav på leverantören. Selektiv upphandling förutsätter i regel att det finns ett stort antal leverantörer på marknaden.

*Förhandlad upphandling* tillämpas under vissa strikta förutsättningar vid upphandling av varor, byggtreprenader och A-tjänster över tröskelvärden. Den upphandlande enheten inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och tar upp förhandling med en eller flera av dem. Förhandlad upphandling får, under förutsättning att de i förfrågningsunderlaget ursprungligen angivna kontraktsvillkoren inte väsentligt ändras, användas om;

- 1) anbud som lämnats vid öppen eller selektiv upphandling inte motsvarar de krav på föremålet för upphandlingen som ställts upp i förfrågningsunderlaget,
- 2) det vid öppen eller selektiv upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och en rapport lämnats till EG-kommissionen på dess begäran.

Den upphandlande enheten skall annonsera den förhandlade upphandlingen om förhandlingar inte upptagits med samtliga de anbudsgivare som lämnat anbud i den första upphandlingsomgången enligt första punkten. Om den upphandlande väljer förhandlad upphandling med föregående annonsering skall enheten förhandla med minst tre anbudsgivare såvida det finns minst tre lämpliga anbudsgivare.

Om det inte lämnats några anbud eller i vart fall inte några lämpliga anbud enligt andra punkten behöver annonsering inte ske av den förhandlade upphandlingen. Förhandlad upphandling utan annonsering får även ske om det är fråga om tillhandahållande för allmännyttig forskning, utveckling eller studier, om det bara finns en enda tänkbar leverantör, om öppen eller

selektiv upphandling inte går att använda p.g.a. oförutsedd synnerlig brådska eller om det är fråga om vissa tilläggsleveranser.

För de olika förfarandena över tröskelvärdena gäller vissa i lagen angivna tidsfrister för mottagande av anbud och ansökningar om att få lämna anbud.

*Den förenklade upphandlingsformen* tillämpas vid upphandling av B-tjänster (vård, omsorg, utbildning, juridiska tjänster, rälsbunden transport, sjötransport m.m.) oavsett värde och vid s.k. försvarsupphandlingar. Förenklad upphandling skall även tillämpas vid upphandling under tröskelvärdena av varor, byggtreprenader, tjänster inom försörjningssektorerna samt A-tjänster. Alla leverantörer har rätt att delta (även de som inte fått skrivelse med inbjudan), deltagande leverantörer skall lämna skriftligt anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare. Anbud får dock antas utan föregående förhandling om detta anges i förfrågningsunderlaget.

*Direktupphandling* innebär upphandling direkt från leverantör utan infordrande av skriftligt anbud. Denna upphandlingsform får användas endast om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten. Vad som skall räknas som lågt värde bör framgå av enhetens upphandlingspolicy/riktlinjer. En vanlig beloppsgräns för varor och enklare tjänster är ett basbelopp enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring. För kvalificerade ("intellektuella") tjänster tillämpas ofta två basbelopp. Det bör observeras att grundprinciperna om konkurrens, affärsmässighet och objektivitet även gäller vid direktupphandling.

#### 4.1.7 Förfrågningsunderlaget

Ett förfrågningsunderlag är benämningen på det underlag som den upphandlande enheten tillhandahåller anbudsgivarna. Förfrågningsunderlaget omfattar dels de handlingar som lämnar ut i samband med att anbudstiden börjar löpa dels eventuella senare kompletteringar.

Ett väl genomarbetat och väl strukturerat förfrågningsunderlag är av central betydelse för ett lyckat slutresultat av upphandlingen. Förfrågningsunderlaget bör så tydligt och fullständigt som möjligt beskriva omfattningen och de kvalitativa kraven på de varor eller tjänster som leverantören skall tillhandahålla. Därigenom får anbudsgivarna en möjlighet att göra en kalkyl över vilka resurser som krävs för att fullgöra sitt åtagande på ett för den upphandlande enheten godtagbart sätt. Kraven bör även utformas med tanke på att det skall

vara möjligt att korrekt bedöma inkomna anbud samt kontrollera och följa upp ingångna avtal.

Om förfrågningsunderlaget innehåller en teknisk beskrivning av föremålet för upphandlingen skall enligt 1 kap.12 § LOU beskrivningen göras med hänvisning till svensk standard som överensstämmer med europeisk standard eller ett sådant europeiskt tekniskt godkännande av en produkts lämplighet som gjorts av ett organ som godtagits av EES-länderna eller en teknisk specifikation som utformats enligt ett förfarande som godtagits av EES-länderna och som publicerats i EGT.

En upphandlande enhet får enligt 1 kap. 16 § LOU varken i förfrågningsunderlaget eller i annat underlag för upphandlingen hänvisa till en särskild vara eller process på ett sådant sätt att vissa företag gynnas eller missgynnas. En sådan hänvisning får dock göras om det är motiverat med hänsyn till föremålet för upphandlingen. En upphandlande enhet får hänvisa till visst märke, fabrikat eller ursprung om den inte på något annat sätt kan beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. Hänvisningen skall följas av orden ”eller likvärdig”. Vid öppen, selektiv och förhandlad upphandling av varor, byggtreprenader och A-tjänster får enligt 1 kap. 16 c § en upphandlande enhet endast begära sådana upplysningar om en leverantör som avses i 1 kap. 17 och 18 §§ (eventuella skatteskulder, allvarliga fel i yrkesutövningen, finansiell och ekonomisk ställning, teknisk förmåga och kapacitet m.m.) och som behövs med hänsyn till vad som skall upphandlas. I förordningen (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling anges vilka bevis som den upphandlande enheten får begära in avseende leverantörens finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet. Vidare skall den upphandlande enheten beakta leverantörens befogade intresse av att affärshemligheter och tekniska hemligheter inte röjs.

#### 4.1.8 Mottagande och öppnande av anbud

Försändelser med anbud skall enligt 1 kap. 20 §, och 6 kap. 7 § LOU, så snart som möjligt efter anbudstidens utgång, öppnas vid en förrättning där minst två av den upphandlande enheten utsedda personer skall delta. Enligt EG-domstolens dom i det s.k. UNIX-målet<sup>47</sup> så skall annonsen innehålla dag, tid och plats för öppnande av anbud.

<sup>47</sup> C-359/93 Kommissionen mot Nederländerna.

Om anbudsgivare begär det skall enligt 1 kap. 20 § LOU en av handelskammaren utsedd person delta vid anbudsöppningen. Kostnaden för detta skall bäras av den som begärt denna medverkan.

#### 4.1.9 A- och B-tjänster

Upphandlingsdirektiven och LOU indelar tjänster i A- och B-tjänster. Upphandling av A-tjänster som överstiger tröskelvärdet styrs av relativt detaljerade procedurregler. Bestämmelserna finns i 5 kap. LOU. Upphandling av A-tjänster som understiger tröskelvärdet regleras i 6 kap. LOU.

Upphandling av B-tjänster är inte lika utförligt reglerade som upphandling av A-tjänster. Detta betyder inte att B-tjänsterna skulle vara enklare att upphandla. Bestämmelser om upphandling av B-tjänster finns i 6 kap. LOU. I en bilaga till LOU anges vilka slags tjänster som räknas som A-tjänster respektive B-tjänster.

##### *A-tjänster*

- 1) Underhåll och reparation av motorfordon, hushållsartiklar och maskinutrustning.
- 2) Landtransport, inkl. säkerhetstransporter, kurir- och taxitransport, utom postbefordran.
- 3) Lufttransport, utom postbefordran.
- 4) Postbefordran till lands och i luften, utom sådana tjänster som avses i avdelning B 18.
- 5) Telekommunikation (utom telefoni, telex, radiotelefoni, personsökning och satellittjänster).
- 6) Finansiella tjänster
  - a) Försäkringstjänster.
  - b) Bank- och förvaltningstjänster mot avgifter, provision, ränta och andra former av ersättningar (utom tjänster i samband med utgivning eller omsättning av värdepapper och andra finansiella instrument, förvaltning av statsskulden och sådana tjänster som utförs av Sveriges riksbank).
- 7) Datatjänster och därmed anknutna tjänster.
- 8) Tjänster för forskning och utveckling, som endast gäller den egna verksamheten och helt finansieras av den upphandlande enheten.
- 9) Redovisning, revision och bokföring.
- 10) Marknadsundersökningar, inkl. opinionsmätningar.
- 11) Konsulttjänster för administration och organisation av företag.

- 12) Arkitekttjänster, ingenjör- och konstruktörstjänster, stadsplanerings- och landskapsarkitekturstjänster, anknutna vetenskapliga och tekniska konsulttjänster samt tjänster avseende teknisk provning och analys.
- 13) Tjänster avseende annonsering (reklam).
- 14) Fastighetsförvaltning, inkl. städning och löpande underhåll.
- 15) Förlags- och tryckeritjänster som utförs mot ersättning.
- 16) Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande verksamhet.

### ***B-tjänster***

- 17) Hotell- och restaurangtjänster.
- 18) Rålsbunden transport.
- 19) Sjötransport och annan vattenburen transport.
- 20) Stuveritjänster, godshantering i terminal, på flygplats eller i hamnar.
- 21) Juridiska tjänster (utom skiljemanna- och förlikningsuppdrag).
- 22) Arbetsförmedling, till personalvård anknutna tjänster.
- 23) Säkerhets- och bevakningstjänster, utom säkerhetstransporter.
- 24) Utbildning, inkl. yrkesutbildning.
- 25) Hälso- och sjukvård samt socialtjänst.
- 26) Tjänster inom kultur-, fritids- och idrottsverksamhet.
- 27) Andra tjänster.

Ibland kan en upphandling avse både A- och B-tjänster. I dessa fall tillämpas en överviktsprincip som innebär att valet mellan reglerna om upphandling av A-tjänster eller B-tjänster beror på vilken del som har störst beräknat upphandlingsvärde. Om det beräknade värdet av A-tjänsten är större än värdet på B-tjänsten skall upphandlingen genomföras enligt reglerna för upphandling av A-tjänster. Om värdet av A-tjänsten däremot understiger värdet av B-tjänsten skall upphandlingen i sin helhet anses vara en upphandling av B-tjänster. I sådant fall skall således 6 kap. tillämpas.

## 4.2 Upphandling enligt 6 kap. LOU

Upphandling under de s.k. tröskelvärdena, upphandling av B-tjänster oavsett värde skall ske i enlighet med 6 kap. LOU. Vidare skall 6 kap. tillämpas vid;

1. upphandlingar som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet och

2. upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 223 i Romfördraget.

Vid upphandling av B-tjänster över de tröskelvärden som anges i 4 och 5 kap. skall enligt 6 kap. 16 § LOU den upphandlande enheten även tillämpa 1 kap. 12-16 §§ och 5 kap. 1-10 §§ LOU. I det följande behandlas reglerna för förenklad upphandling.

#### 4.2.1 Upphandlingsformerna

Av 6 kap. 2 § LOU följer att upphandling under tröskelvärdena, upphandling av B-tjänster oavsett värde, försvarsupphandlingar m.m. skall göras genom förenklad upphandling. Den förenklade upphandlingsformen innebär att alla intresserade producenter har rätt att delta. Anbudet skall vara skriftligt. Den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

I vissa fall tillåts dock direktupphandling, dvs. att den upphandlande enheten vänder sig direkt till en leverantör utan att infordra ett skriftligt anbud. Direktupphandling är tillåtet om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl.<sup>48</sup> Som ett exempel på synnerliga skäl nämner lagtexten synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten. Det bör framhållas att direktupphandling inte innebär att avsteg får göras från affärs-mässigheten. Sålunda bör även vid direktupphandling den lägsta kostnaden eller bästa kvaliteten eftersträvas. Därför bör prisjämförelser och andra undersökningar om möjligt genomföras.

#### 4.2.2 Vad skall förfrågningsunderlaget innehålla ?

Reglerna om förenklad upphandling utgår från att den upphandlande enheten liksom vid öppen, selektiv och förhandlad upphandling tagit fram ett förfrågningsunderlag. Ett väl genomarbetat och väl strukturerat förfrågningsunderlag medför erfarenhetsmässigt att man undviker svårigheter vid anbudsprövning och kontraktsskrivning samt tillämpningsproblem under avtalstiden.

<sup>48</sup> Beträffande lågt värde har NOU uttalat att ett basbelopp för varor och enklare tjänster kan vara lämpligt. För vissa konsulttjänster kan två basbelopp accepteras NOU info april 94.

Om ett anbud kan komma att antas utan föregående förhandling skall detta framgå av förfrågningsunderlaget. Dessutom skall anges att anbud skall lämnas skriftligt och att anbud som lämnas genom telegram eller telefax omgående skall bekräftas skriftligt.

I annonsen eller skrivelsen skall enligt 6 kap. 5 § LOU också anges den dag då anbud senast skall ha kommit in. Detta bör lämpligen även framgå av förfrågningsunderlaget. Denna dag skall bestämmas så att anbudsgivaren ges skälig tid att lämna anbud. Någon i lag föreskriven minsta anbudstid finns inte när det gäller förenklad upphandling. Vad som är skälig tid får avgöras från fall till fall. Den dag t.o.m. vilken anbud skall vara bindande skall också anges.

Av förfrågningsunderlaget skall också framgå på vilket sätt anbudsgivaren kan lämna upplysningar som skall ligga till grund för den formella leverantörskontrollen enligt 6 kap. 9 § LOU.

Det finns inga detaljerade regler för hur ett förfrågningsunderlag skall vara utformat. Utgångspunkten är dock likabehandlingsprincipen som innebär att alla leverantörer skall ha samma information för att kunna behandlas rättvist. En ändring av förfrågningsunderlaget som bara kommer anbudsgivare till del kan anses vara ett brott mot likabehandlingsprincipen, gentemot de som valt att inte lämna anbud därför att det krav som ändrats var omöjligt att uppfylla. I förfrågningsunderlaget skall anges de krav som måste vara uppfyllda för att anbudet skall kunna antas, s.k. skall-krav. Ett anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav får inte antas. Ett skall-krav får inte heller ändras till ett s.k. bör-krav.<sup>49</sup>

### 4.2.3 Utvärderingskriterier

En upphandlande enhet skall enligt 6 kap. 12 § LOU anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som har lägst anbudspris. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall den upphandlande enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange de omständigheter (bedömningsgrunder, utvärde-

<sup>49</sup> I en dom meddelad av länsrätten i Västerbottens län 1995-03-23, mål nr 271-95 fann länsrätten att en upphandlande enhet genom att ändra skall-vilkor till bör-villkor brutit mot 1 kap 4 § LOU.

ringskriterier) som den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.

Enligt Nämnden för offentlig upphandling (NOU) skall bestämmelsen läsas restriktivt. ”Endast när det inte är möjligt att redan i annonsen eller förfrågningsunderlaget ange någon rangordning får man avstå från detta. Det är NOU:s uppfattning att rangordningen emellertid måste ha gjorts av den upphandlande enheten innan anbudet skall jämföras. För att åstadkomma en rättvis jämförelse av anbudet krävs ofta också någon form av viktning och betygssättning av kriterierna. För att anbudsgivarna skall kunna lämna så ändamålsenliga anbud som möjligt, är det angeläget att en sådan viktning och betygssättning framgår av förfrågningsunderlaget. För en upphandlande enhet kan det ofta vara nödvändigt att göra klart för sig hur rangordning, viktning och betygssättning skall ske, innan förfrågningsunderlaget slutligen utformats. Härigenom tvingas enheten att tänka igenom vad som är nödvändigt och viktigt för den aktuella upphandlingen.”<sup>50</sup>

#### 4.2.4 Anbudsinfordran

Vid förenklad upphandling infordras enligt 6 kap. 4 § LOU skriftliga anbud genom annons eller skrivelse. Varje upphandlande enhet avgör själv vilken annonsering eller vilket utskick av skrivelser som i varje enskilt fall bäst överensstämmer med huvudregeln om affärsmässighet.

För att kunna handla affärsmässigt krävs att den upphandlande enheten skaffar sig kunskap om marknaden. Inom t.ex. äldreomsorgen har de senaste årens utveckling medfört att antalet anbudsgivare ökat kraftigt vid konkurrensutsättningar.

Lagen innehåller inga bestämmelser om hur många eller vilka tidningar man skall annonsera i. Detta får bedömas från fall till fall. Kravet på affärsmässighet och objektivitet kan ibland föranleda att annonsering bör ske även i rikstidningar och inte begränsas till lokala tidningar. Någon annonsering i databasen TED krävs inte. Inget hindrar dock att den upphandlande enheten använder sig av detta hjälpmedel eller andra media för att om möjligt få flera anbud.

Lagen innehåller ingen föreskrift om hur många leverantörer som skall inbjudas genom skrivelse. Som en konsekvens av kraven på affärsmässighet och objektivitet får den upphandlande enheten inte vända sig till endast en leverantör om det finns flera tänkbara. LOU ger här den upphandlande enheten stor frihet att välja vilka leverantörer som skall tillfrågas under

<sup>50</sup> NOU info sammanställningen 1996, s. 20.



förutsättning att vederbörlig hänsyn tas till konkurrensmöjligheter, affärs-mässighet och konkurrens.<sup>51</sup> Finns det endast en tänkbar leverantör krävs ändå att den upphandlande enheten inforrar anbud och utformar ett förfrågningsunderlag. Det är således inte heller i denna situation tillåtet att sluta avtal direkt med en leverantör utan anbudsförfarande.

Enligt 6 kap. 6 § LOU har en leverantör som inte särskilt tillfrågats rätt att på begäran få förfrågningsunderlaget på samma villkor som andra leverantörer. Detta innebär t.ex. att om de tillfrågade leverantörerna fått förfrågningsunderlaget utan kostnad skall även den som inte särskilt tillfrågats få det utan kostnad. Om han lämnar in ett anbud skall anbudet prövas på samma villkor som alla andras.

#### 4.2.5 Mottagande och öppnande av anbud

Försändelser med anbud skall enligt 6 kap. 7 § LOU, så snart som möjligt efter anbudstidens utgång, öppnas vid en förrättning där minst två av den upphandlande enheten utsedda personer skall delta. Personerna är i regel anställda hos den upphandlande enheten men inget hindrar att en konsult utses att delta i förrättningen. Om upphandlingen angetts innefatta förhandling får försändelserna öppnas utan en förrättning. Oavsett om anbuden öppnas vid en förrättning eller inte skall de i normalfallet öppnas samtidigt. Om det finns synnerliga skäl kan de öppnas allt eftersom de kommer in. Anbuden skall föras upp i en förteckning, som skall bestyrkas av dem som deltar i förrättningen.

#### 4.2.6 Anbud skall ha kommit in i rätt tid

För att ett anbud skall få prövas måste det ha kommit in inom den tid som anges i förfrågningsunderlag, annons eller skrivelse. Något utrymme för att bedöma orsaken till att ett anbud kommer in för sent finns inte. Ett för sent inkommet anbud får inte antas. Insändande av handlingar sker på avsändarens risk.

Förvaltningslagen (FL) innehåller regler för när en handling, till exempel ett anbud, skall anses ha kommit in till en myndighet (en upp-

<sup>51</sup> Länsrättens i Göteborgs och Bohus län dom 1994-06-25, mål nr Ö 1615-94. Vid en förenklad upphandling av begravningsbyråttjänster godtog länsrätten att den upphandlande enheten endast tillfrågat fem leverantörer trots att det fanns många fler tänkbara leverantörer.

handlande enhet som inte är en myndighet, t.ex. ett kommunalt företag, bör tillämpa motsvarande regler). För statliga och privata bolag som omfattas av LOU saknas motsvarande regler.

#### ***LOU:s regel om anbud per telefax, telegram eller e-post***

Om ett anbud per telefax, telegram eller e-post<sup>52</sup> anlänt till den upphandlande enheten före anbudstidens utgång har det kommit in inom anbudstiden. Detta förutsätter dock att telefaxet, telegrammet eller e-posten bekräftas omgående genom en egenhändigt undertecknad handling. Om anbudsgivaren avser att sända det skriftligen bekräftade anbudet per post innebär kravet att en skriftlig bekräftelse skall ha avlämnats för postbefordran genast sedan telefaxet, telegrammet eller e-posten är avsänd. Någon ytterligare tid för att arbeta med anbudet kan således inte accepteras av den upphandlande enheten.<sup>53</sup>

#### **4.2.7 Anbudsprövning**

Den upphandlande enheten är skyldig att pröva alla anbud som har kommit in i rätt tid och godkänts vid den formella granskningen och kontrollen. Även anbud som lämnats av icke tillfrågade leverantörer skall prövas om anbudet kommit in i rätt tid.

#### **4.2.8 Kvalificering av leverantörerna**

Kvalificeringsfasen kan innefatta följande delmoment:

- 1) Formell granskning: Kontroll av att anbudsgivare fullgör sina åligganden avseende skatter och socialförsäkringar, fullgjort registreringsskyldighet och inte är på obestånd.
- 2) Prövning av anbudsgivarnas strukturella förutsättningar: Finansiell och ekonomisk ställning, företagarkompetens och fackkompetens hos företagsledningen, nyckelpersoner och övriga personalresurser i företaget m.m.

<sup>52</sup> Kort om LOU och NOU, 1999. Enligt NOU:s uppfattning är att anbud som lämnas per e-post vid upphandling enligt 6 kap. kan jämföras med anbud per telefax, NOU info mars-99.

- 3) Prövning av anbudsgivarnas processuella förutsättningar: Af-färsidé, metoder och förhållningssätt, inre organisation, arbetsfor-mer, lednings- och personalpolicy, personalutbildning, rutiner och former för samarbete med uppdragsgivare, kvalitetssäkringssystem, dokumentationssystem m.m.
- 4) Kontroll av anbudsgivarnas förmåga och erfarenheter genom kontakter med tidigare uppdragsgivare.

#### 4.2.9 Anbudsutvärdering

Under anbudsprövningens andra steg sker en prövning av vilket av jämför-bara anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till de utvärderingskriterier eller bedömningsgrunder som redovisats i förfrågningsunderlaget. Som redovisats i avsnitt 4.2.3 skall den upphand-lande enheten anta det anbud som antingen är det ekonomiskt mest fördel-aktiga med hänsyn till pris, driftkostnader, kvalitet, estetiska och funktio-nella egenskaper, service och underhåll, miljöpåverkan m.m. eller har det lägsta priset.

För att kunna ta hänsyn till något annat utvärderingskriterium eller be-dömningsgrund än lägsta pris skall ovanstående formulering användas och tydliga utvärderingskriterier/bedömningsgrunder anges. Den upphandlande enheten får inte göra prövningen mot andra kriterier än de som funnits med i annonsen, skrivelsen eller förfrågningsunderlaget. Utvärderingskriterierna bör med hänsyn till kravet på objektivitet vara antalsmässigt begränsade och vara klart definierade.

Utvärderingskriterierna skall, om det är möjligt, rangordnas. Detta skall dock enligt NOU, tolkas restriktivt såtillvida att endast om det är omöjligt får den upphandlande enheten underlåta att rangordna kriterierna redan i förfrågningsunderlaget.

Anbudsutvärderingen kan innefatta följande delmoment:

- 1) Rättelse och nollställning av anbud som lämnats av anbudsgivare som bedömts vara kvalificerade för ett uppdrag av detta slag.
- 2) Prövning av kvalitet med ledning av uppgifter i anbudet huruvida en anbudsgivare kommer att kunna genomföra sitt åtagande i enlig-het med de särskilda kvalitetskrav som formulerats i kravspecifika-tionen för den aktuella upphandlingen: som vi t.ex. upphandling av äldreomsorg kan avse utbildningsnivå för den personal som skall an-ställas för uppdraget, bemanningsplan och personaltäthet.

- 3) Prövning av anbudspris och övriga affärsvillkor i anbuden mot resultatet av prövningen avseende kvalitet.
- 4) Förnyad prövning efter eventuella förhandlingar med anbudsgivaren.

När en upphandlande enhet beslutat att anta ett anbud skall enheten enligt 6 kap. 14 § LOU snarast möjligt underrätta anbudsgivaren om detta. Under rättelse måste ske senast inom den tid under vilken anbudet är bindande för anbudsgivaren.

#### 4.2.10 Dokumentation och förvaring av handlingar

Den upphandlande enheten ansvarar enligt 6 kap. 13 § LOU för att skälen för beslutet om antagande av anbud och vad som i övrigt förekommit av betydelse vid anbudsprövningen finns dokumenterade. Dokumentationen utgör underlag för beslut. Dokumentationens syfte är att man i efterhand skall kunna konstatera vilka affärsmässigt betingade omständigheter som legat till grund för beslutet. Den ger också anbudsgivare och övriga medborgare information i efterhand om upphandlingen och insyn i hur man hanterat upphandlingsärendet.

Exempel på vad som skall dokumenteras är antalet anbudsgivare, vad den formella granskningen gett, eventuella rättelser av felräkningar och felskrivningar, nollställning, sammanställning av priser, villkor och andra faktorer som skiljer anbuden åt och påverkat bedömningen. Resultatet av förhandlingar och kontroll av referenser skall också dokumenteras. I det fall den upphandlande enheten förkastar samtliga anbud eller avbryter upphandlingen och ger uppdraget till egenregi bör även detta dokumenteras.

Enligt 6 kap. 15 § LOU skall en upphandlande enhet förvara handlingarna i upphandlingsärendet på ett betryggande sätt. Exempel på sådana handlingar är förfrågningsunderlag, anbudsförteckning, dokumentation över vad kontroller av registreringar, skulder och övriga förhållanden utvisat, anbud, förtydligande eller rättelse, förklaring till orimligt lågt anbudspris, anbudssammanställning, värdering och jämförelse av anbud, förhandlingsprotokoll från förhandling med anbudsgivare, beslut t.ex. i form av nämndsprotokoll eller tjänstemans delegationsbeslut, underrättelser, samt upphandlingskontrakt.

#### 4.2.11 Meddelande till europeiska gemenskapernas officiella tidning

För B-tjänster över tröskelvärdena gäller enligt 6 kap. 16 § LOU att ett meddelande om upphandlingen skall skickas till byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer inom 48 dagar från det att upphandlingen avslutades. I meddelandet skall anges om den upphandlande enheten godkänner att meddelandet publiceras. Någon annonsering behöver således inte ske.

Om upphandlingen avbryts och uppdraget ges till egenregin behöver något meddelande inte skickas till EGT.

### 4.3 Överprövning

För att stärka efterlevnaden av LOU har länsrätten utrustats med möjlighet att pröva en pågående upphandling. En leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att upphandlingsreglerna inte har följts, kan enligt 7 kap. 1 § LOU påkalla prövning hos länsrätten. Denna prövning måste ske innan den upphandlande enheten slutit avtal med en leverantör. Om länsrätten inte prövar en framställning före nämnda tidpunkt kan den inte vidta några åtgärder mot den upphandlande enheten.

Exempel på sådant som har prövats är för korta anbudstider och felaktig beskrivning av föremålet för upphandlingen i förfrågningsunderlaget.

Om en upphandlande enhet har brutit mot någon regel i LOU och detta har medfört att entreprenören lidit eller kan komma att lida skada, skall länsrätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Länsrätten får dock avslå en framställan även om ett fel har begåtts om den skada som föranletts av felet är mindre än de ekonomiska följderna av att ingripa i ett pågående upphandlingsförfarande.

Länsrättens dom kan överklagas till kammarrätten. För att kammarrättens dom skall kunna prövas av Regeringsrätten krävs prövningstillstånd.

### 4.4 Skadestånd

Den anbudsgivare som är missnöjd med ett upphandlingsbeslut har möjlighet att ansöka om stämning vid tingsrätten och begära att den upphandlande enheten/kommunen förpliktas utge skadestånd. Om tingsrätten kommer

fram till att den upphandlande enheten inte följt bestämmelserna i upphandlingslagen skall kommunen enligt 7 kap. 6 § LOU ersätta därigenom uppkommen skada för leverantören. Med skada i detta sammanhang avses all skada eller det s.k. positiva kontraktsintresset innefattande rätt till ersättning för i vart fall utebliven handelsvinst. Den som begär skadestånd har bevisbördan för sitt krav. Av motiven till bestämmelsen om skadestånd framgår att en leverantör i princip skall ha förlorat kontraktet på grund av en felaktig hantering hos den upphandlande enheten för att skadestånd skall kunna utgå.

Talan om skadestånd skall väckas hos tingsrätten inom det område där den upphandlande enheten finns. Talan skall väckas inom ett år från den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts.<sup>54</sup>

## 4.5 Laglighetsprövning

Genom 7 kap. 5 § LOU har den tidigare möjligheten att överklaga ett upphandlingsbeslut genom laglighetsprövning (kommunalbesvär) avskaffats. En kommuninvånare har numera inte möjlighet att få till stånd en laglighetsprövning enligt kommunallagen. I prop. 1992/93:88 s. 48 säger departementschefen att ”Det bättre sättet att uppnå effektiv kontroll är att skapa möjligheter för leverantörerna, dvs. de som direkt berörs av ett oriktigt förfarande, att vända sig till domstol oavsett kommuntillhörighet.” Vidare är laglighetsprövningen begränsad till vissa kommunala beslut t.ex. omfattas inte beslut i kommunala bolags upphandlingar.

## 4.6 Lag om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling (LIU)

Lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling, den s.k. otillbörlighetslagen trädde i kraft den 1 juli 1994<sup>55</sup>. Lagen ger utrymme för att gripa in mot vissa konkurrenssnedvridande beteenden vid upphandling. Syftet med lagen är bland annat att skapa en tilltro hos de privata företagen till att de kommer att ges en affärsmässig och

<sup>54</sup> Hovrättsassessor Anders Heiborn, Finansdepartementets rättssekretariat, PM angående frågan om skadestånd jämlikt 7 kap. 6 § lagen om offentlig upphandling (LOU) skall utgå enligt det positiva eller negativa kontraktsintresset.

<sup>55</sup> Prop. 1993/94:222, bet. 1993/94:FiU22, SFS 1994:615.

objektiv behandling vid anbudstävlingar. Vidare är syftet med lagen att genom den praxis som utbildas främja en positiv utveckling av upphandlingskompetensen hos de upphandlande enheterna.

Lagen gäller otillbörliga beteenden i samband med sådan upphandling som avses i LOU. Den tvingar inte de upphandlande enheterna att konkurrensutsätta sin verksamhet men när enheten väl utlyser anbudstävling skall enhetens handlande vara konkurrensneutralt.

Lagen riktar sig mot två beteenden. I det ena fallet vänder den sig mot diskriminering av en extern producent till förmån för annan extern producent eller egenregin. I det andra fallet vänder den sig mot att konkurrensvillkoren är skeva i förhållande till syftet med anbudstävlingen. Lagens tillämpningsområde är begränsat till beslut avseende framtida upphandlingar och rör inte beteenden under en pågående upphandling.

Förbud mot ett visst beteende utfärdas av Marknadsdomstolen. Ansökan kan göras av Konkurrensverket. Om verket för ett visst fall beslutar att inte göra ansökan, får ansökan göras av en sammanslutning av konsumenter, löntagare eller företag eller av ett företag som berörs av beteendet. Ett förbud får förenas med vite.

I propositionen anges som exempel på förfaranden som kan aktualisera ett förbud.

- 1) Anbudspaketet görs för stort för de privata företagen.
- 2) Bristfällig information ges i förfrågningsunderlaget.
- 3) Anbudsgivaren avkrävs onödigt många uppgifter om sin verksamhet.
- 4) Krav ställs på att dyrbara investeringar skall ha gjorts före anbudstävlingen.
- 5) Krav ställs på att vinnande företag skall ta över lokaler, köpa inventarer m.m.
- 6) Privat vinnare får inte disponera lokaler, fordon m.m.
- 7) Man bjuder bara in företag som är små, svaga och dyra.
- 8) Obefogade krav ställs på att de privata entreprenörerna skall ställa bankgaranti.
- 9) Privata entreprenörer får betala för höga avgifter för att få delta i anbudstävlingen.
- 10) Tidsfristen för avlämnande av anbud görs för kort.

Marknadsdomstolen har endast i ett mål tillämpat LIU.<sup>56</sup>

<sup>56</sup> MD 1996:6, s. 91.

## 4.7 Konkurrenslagen

### 4.7.1 Lagens syfte och tillämpningsområde

Konkurrenslagen syftar till att undanröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens i fråga om produktion av och handel med varor, tjänster och andra nyttigheter.

Konkurrenslagen gäller för alla "företag". Med företag menas "En fysisk eller juridisk person som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur". I motiven anges att företagsbegreppet skall ha samma innebörd som begreppet "undertaking" i EG-rätten. Avgörande är inte om verksamheten är inriktad på ekonomisk vinst eller inte, utan det avgörande är om någon form av ekonomisk eller kommersiell verksamhet bedrivs<sup>57</sup>.

Statliga eller kommunala organ som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur räknas som företag. Verksamhet som består i myndighetsutövning räknas inte som ekonomisk eller kommersiell verksamhet. När en myndighet bedriver affärsverksamhet i konkurrens med privata företag, räknas myndigheten som företag i konkurrenslagens mening.

När myndigheter upphandlar varor och tjänster är myndigheten som regel inte att betrakta som "företag". Ett otillbörligt köparbeteende av offentliga aktörer kan inte i sig angripas med stöd av konkurrenslagen, däremot kan otillbörlighetslagen vara tillämplig.

<sup>57</sup> I prop. 1992/93:56, s. 66 kopplingen till begreppet "undertaking" i EG-rätten kan innebära att företagsbegreppet förändras i framtiden.



#### 4.7.2 Två förbudsregler

Lagen innehåller två viktiga förbudsregler:

- 1) Förbud mot konkurrensbegränsande samarbete.
- 2) Förbud mot missbruk av dominerande ställning.

##### ***Konkurrensbegränsande samarbete***

Med konkurrensbegränsande samarbete menas avtal mellan företag som har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på den svenska marknaden på ett märkbart sätt eller om det ger ett sådant resultat.

Som exempel på avtal som kan komma att omfattas av förbudet kan nämnas;

- avtal om inköps- eller försäljningspriser,
- avtal om kontroll eller begränsningar av produktion, marknader eller teknisk utveckling,
- avtal om uppdelning av marknader eller inköpskällor,
- avtal som innebär att olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner,
- avtal om kopplingsförbehåll (varan eller tjänsten kopplas ihop med annan produkt eller prestation).

Avtal eller avtalsvillkor som är förbjudna enligt denna bestämmelse är ogiltiga. Ogiltigheten innebär att avtalet inte kan göras gällande enligt sitt innehåll.

Koncerninterna transaktioner, t.ex. mellan ett moderföretag och dess dotterföretag, anses normalt inte som konkurrensbegränsande samarbete. Transaktioner mellan en myndighet och dess företag utgör formellt sett inte koncerninterna transaktioner. För att bestämmelsen om konkurrensbegränsande samarbete skall bli tillämplig krävs inte att det finns ett uppsåt att hämma konkurrensen, utan det räcker med att avtalet får den effekten.

##### ***Missbruk av dominerande ställning***

Missbruk från ett eller flera företags sida av en dominerande ställning på den svenska marknaden är förbjudet. Sådant missbruk kan bestå i

- att tvinga på någon oskäligen höga eller låga inköps- eller försäljningspriser (hög eller låg) eller andra oskäligen affärsvillkor,
- att begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,
- att tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner (kan gälla priser, rabatter m.m.),
- att göra kopplingsförbehåll (t.ex. krav på att köparen även förvärvar en annan produkt).

För att förfarandet skall vara förbjudet krävs dels att företaget har en dominerande ställning, dels att företaget missbrukar denna ställning. Det är således inte förbjudet att vara dominerande.

Underprissättning kan utgöra missbruk om syftet är att slå ut konkurrenter eller att förhindra eller försvåra för konkurrenter att komma in på marknaden.

### *Likheter mellan konkurrenslagen, LIU och LOU*

De båda upphandlingslagarna och konkurrenslagarna har vissa utmärkande drag, nämligen att konkurrensen på marknaden skall utnyttjas, företagen skall ges lika förutsättningar att konkurrera, det företag skall vinna som säljer aktuella varor och tjänster till de förmånligaste villkoren. Görs avsteg från dessa principer kan den enskilde medborgaren såsom konsument och skattebetalare drabbas av höga produktionskostnader och priser. Något förenklat kan Konkurrenslagens tillämpning vid offentlig upphandling sägas inrikta sig på offentliga och privata aktörers beteende i sin producentroll. LIU och LOU inriktar sig däremot på den upphandlande enhetens beteende vid upphandlingen genom t.ex. regler om val av anbudsgivare. De flesta beteende som står i strid med LIU torde även stå i strid med LOU:s huvudregel om affärsmässigt agerande vid offentlig upphandling.<sup>58</sup>

<sup>58</sup> Se Konkurrensverkets broschyr "Vad gäller vid offentlig upphandling och anbudskonkurrens?", s. 9.

## 5 Statlig tillsyn, påverkan och samordning av den offentliga upphandlingen

### 5.1 Nämnden för offentlig upphandling

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) bildades den 15 mars 1993 för att ansvara för den statliga tillsynen över offentlig upphandling. NOU övertog till att börja med Riksrevisionsverkets tillsyn över upphandlingen inom staten. Den 1 januari 1994 utökades tillsynsansvaret till att gälla samtliga enheter som omfattas av LOU. NOU är en nämndmyndighet som består av en expertnämnd med åtta ledamöter och ett kansli med nio tjänstemän (1999). Anslaget för 1999 är 6 427 000 kr.

NOU:s nämnd består av följande ledamöter: Lisbeth Edlund, kammarrättslagman, Kammarrätten i Göteborg, ordförande, Bengt Agild, kommerseråd, Kommerskollegium, vice ordförande, Charlotte Hedberg, kansliråd, Finansdepartementet, Eva Sveman, jurist, Landstingsförbundet, Hans Ekman, sektionschef, Svenska Kommunförbundet, Tomas Axi, inköpschef, Luftfartsverket, Peter Thore, marknadsdirektör, Partena AB och Jonas Berggren, civilekonom, Sveriges Industriförbund.

Enligt 6, 7 och 8 §§ instruktionen för NOU (SFS 1993:98, senast ändrad 1996:580) är nämnden beslutsför när ordförande och minst hälften av de andra ledamöterna är närvarande. När ärenden av större vikt handläggs skall om möjligt samtliga ledamöter vara närvarande. Är ett ärende så brådskande att nämnden inte hinner sammanträda för att behandla det, får ärendet avgöras genom meddelande mellan ordföranden och minst så många ledamöter som behövs för beslutsförenhet. Nämnden får i arbetsordningen eller i särskilda beslut lämna över till ordföranden eller till någon annan som tjänstgör hos nämnden att avgöra ärenden som är av det slaget att de inte behöver prövas av nämnden. Den löpande verksamheten är sålunda delegerad till kanslichefen. NOU:s uppgifter är enligt instruktionen att:

- utöva tillsyn över att LOU och avtalet om offentlig upphandling inom ramen för WTO (GPA) efterlevs.
- följa utvecklingen på upphandlingsområdet inom EG, EES, EFTA, GATT och WTO-överenskommelsen om statlig upphandling,
- lämna information och allmänna råd inom nämndens tillsynsområden och följa tillämpningen av de nationella leveransbestämmelserna samt verka för en enhetlig tillämpning av dessa,
- samla in och bearbeta uppgifter för statistikändamål,
- verka för en effektiv offentlig upphandling.

### ***NOU:s befogenheter***

Av 7 kap. 9 och 10 §§ LOU framgår de befogenheter NOU har i sin tillsynsverksamhet. Vid sin tillsyn får nämnden inhämta alla nödvändiga upplysningar från upphandlande enheter. I första hand skall detta ske genom ett skriftligt förfarande. Om det p.g.a. materialets omfattning, brådska eller annat förhållande är lämpligare, får materialet inhämtas genom besök hos den upphandlande enheten. En upphandlande enhet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som NOU begär för sin tillsyn. Upplysningsplikten är inte sanktionerad.

### ***NOU:s årsredovisning för 1998***

Den totala arbetstiden under 1998 uppgick enligt NOU:s årsredovisning till nästan 11 personår (p-år). NOU har inte omfattats av regeringens generella besparingskrav. Regeringen har också beslutat att NOU får disponera den del av anslagssparandet som överstiger tre procent av anslaget. Regeringen har emellertid uttalat att anslagssparandet får användas till att betala kostnader för extra anställd personal, konsulttjänster, statistisk insamling m.m. I takt med att anslagssparandet minskar begränsas också möjligheterna att anställa extra personal etc.

Den totala arbetstiden fördelade sig enligt följande:

	(1:a halvåret) 1999	1998	1997	1998	1997
	%	%	%	p-år	p-år
<b>Tillsyn</b>	32	<b>27</b>	(14)	<b>2,9</b>	(1,7)
<b>Utveckling och regeringsstöd</b>	22,7	<b>32</b>	(39)	<b>3,4</b>	(4,5)
<b>Information</b>	18,2	<b>18</b>	(25)	<b>2,0</b>	(3,0)
<b>Administration m.m.</b>	27,2	<b>23</b>	(22)	<b>2,6</b>	(2,6)
<b>TOTAL</b>	100	<b>100</b>	(100)	<b>10,9</b>	(12,0) <sup>59</sup>

### *Tillsynsverksamheten*

Med tillsyn avses enligt NOU dels egeninitierade ärenden, dels klagomålsärenden. Målet för tillsynsverksamheten är ökad regelefterlevnad. I enlighet med 1998 års regleringsbrev har NOU ökat tillsynsinsatserna och minskat på informationen. Handläggningen av klagomålsärenden är också begränsad, till ärenden av allmänt eller principiellt intresse. Detta bl.a. för att regeringen understrukt vikten av ökad egeninitierad tillsyn. Av NOU:s årsredovisning framgår att kravet på ökad egeninitierad tillsyn föranlett kritik ifrån leverantörshåll.

Klagomålsärenden som inte är av allmänt eller principiellt intresse har avisats trots att det, enligt NOU, i många fall förefallit uppenbart att överträdelse skett och trots att inga andra rättsmedel funnits att tillgå för leverantören.

Under 1998 har NOU fastställt en tillsynsstrategi. Med utgångspunkt denna strategi och i en kartläggning av upphandlingen i Sverige, har NOU i sin egeninitierade tillsyn granskat statliga, kommun- och landstingsägda bolag samt landstingsägda sjukhus. I samtliga tillsynsprojekt har NOU frågat om tillsynsobjektet ansett sig omfattas av LOU. Svarsfrekvensen har varit låg trots föreliggande upplysningsplikt (7 kap. 10 § LOU). Många bolag som NOU ansett vara upphandlande enheter ansåg sig initialt inte omfattas av LOU.

Som ett led i sin tillsynsverksamhet har NOU initierat samarbete med riksrevisionsverket. Nämnden planerar även samarbete med kommun-

<sup>59</sup> Årsredovisning 1998 för Nämnden för offentlig upphandling.

och landstingsrevisorer eftersom man anser att detta är nödvändigt för att åstadkomma en effektiv och ändamålsenlig tillsyn.

### ***Statistikinsamling***

NOU svarar för arbete med insamling och bearbetning av statistik som ålagts medlemsländerna avseende den direktivstyrda upphandlingen. Statistisk bearbetning sker med hjälp av framförallt statistiska centralbyrån (SCB). Statistikinsamling utgör, enligt NOU:s årsredovisning, kostnadsmissigt en stor utgift för myndigheten. Statistikinsamlingen är emellertid inte officiell statistik utan s.k. verksamhetsstatistik, som skall finansieras inom de ekonomiska ramar som fastställts för myndigheterna.

### ***Utveckling och regeringsstöd***

Med utveckling och regeringsstöd (se tabellen ovan) avses bl.a. NOU:s arbete med direktiv- och lagändringar, regeringsuppdrag, remissyttrandet. Under 1998 avslutade NOU tre omfattande regeringsuppdrag; utredning om statliga bolag, utredning om ekologisk hållbar upphandling och utredning om kommuners/landstings möjlighet att köpa från helägda bolag utan upphandling. NOU har liksom andra myndigheter, till stor del agerat stabsmyndighet till regeringskansliet, t.ex. har myndigheten i huvudsak utarbetat de svenska synpunkterna på förslag till direktivändringar. Vidare har regeringsuppdragen avsett t.ex. utredningar till följd av kritik mot Sverige från EG-kommissionen i konkreta upphandlingsärenden.

I NOU:s utvecklingsuppgift ingår även bevakning av vad som händer inom bl.a. EU, WTO/GPA, de nordiska länderna och svenska myndigheter med viktiga uppgifter på upphandlingsområdet. I denna uppgift ingår deltagande i den rådgivande kommittén till kommissionens GD XV avseende upphandlingsfrågor, deltagande i nordiska möten, regelbundna sammanträden med svenska myndigheter med viktiga uppgifter på upphandlingsområdet m.m. Andra viktiga frågor inom utvecklingsområdet är NOU:s arbete med miljöfrågor i samband med offentlig upphandling.

### *Informationsverksamheten*

Informationsverksamheten bedrivs per telefon (ca 150 samtal per vecka), besvarande av skriftliga frågor per brev, fax eller e-post, utgivande av nyhetsbrev (4 ggr/år) och vägledningar, upprätthållande av hemsida, deltagande i seminarier, kurser, konferenser och mässor m.m. Enligt NOU:s årsredovisning är behovet och efterfrågan av information fortfarande mycket stort. Frågorna ställs, enligt NOU:s årsredovisning, främst av upphandlande enheter och leverantörer men också av journalister, konsulter, revisorer, domstolar, advokater, forskare, studenter m.fl.

Med administration (se tabellen ovan) avses förutom sedvanliga administrativa uppgifter även nämnd- och kanslimöten, rekryteringsarbete, egna upphandlingar, internutbildning m.m.

Totalt har 274 ärenden diarieförts och 231 avslutats under 1998. Det är en marginell minskning av diarieförda ärenden jämfört med föregående år. Däremot har antalet avslutade ärenden minskat markant i jämförelse med föregående år p.g.a. ändrad prioritering och ökad komplexitet i ärendena. Härutöver kommer ca 320 ärenden som inte diarieförts, mestadels fax- eller e-postärenden som kunnat handläggas telefonledes under dagen.

## 5.2 Konkurrensverket

Konkurrensverket är konkurrensvårdande myndighet. Konkurrensverkets övergripande uppgift är att arbeta för en effektiv konkurrens i såväl privat som offentlig verksamhet till nytta för konsumenterna. Konkurrensverkets verksamhetsgrenar är följande:

- Lagtillämpning; verket skall fullgöra de uppgifter som följer av konkurrenslagen och lagen om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling (LIU).
- Aktivt motverka och ingripa mot konkurrensbegränsningar samt behandla ansökningar om undantag och icke-ingripandebesked.
- Verket skall lämna förslag till regeländringar och andra åtgärder för att undanröja hinder mot en effektiv konkurrens i privat och offentlig verksamhet.

- Konkurrensverket skall sprida information om konkurrensreglerna och verka för ett konkurrensinriktat synsätt.
- Konkurrensverket skall stimulera forskning inom konkurrensområdet, bl.a. genom att finansiera forskningsprojekt. Till verket har knutits ett råd för konkurrensfrågor<sup>60</sup> som har till uppgift att stimulera konkurrensforskning inom främst nationalekonomi, företagsekonomi och juridik. Rådet skall även tillföra verket sådana resultat från utvecklingen främst inom de ekonomiska och juridiska vetenskaperna som kan ha betydelse för verksamheten.
- Verket skall bl.a. följa den internationella utvecklingen inom konkurrensområdet. Vid behov får verket även samarbeta med utländska konkurrensmyndigheter. Vidare deltar verket aktivt i tillämpningen av EU:s konkurrensregler.

Utöver dessa uppgifter skall konkurrensverket uppmärksamma hinder mot en effektiv konkurrens i offentlig verksamhet samt lämna förslag till åtgärder för att undanröja dessa.

Konkurrensverket leds av en generaldirektör. Verket består av ett verkskansli som sprider information om konkurrensreglerna och ansvarar för administrativa frågor m.m. Vidare finns en beslutsberedning som deltar i beslutsprocessen, ett sekretariat för rätts- och ekonomiska som företräder verket i domstol och svarar för rätts- och ekonomiska analyser. Det internationella sekretariatet samordnar verkets internationella kontakter samt handlägger verkets EG-ärenden. Verket har tre s.k. konkurrensavdelningar som följer upp beslut avseende inom olika sakområden. En av avdelningarna (12 tjänstemän) har bl.a. att handlägga LIU-ärenden. Avdelningarna handlägger även ansökningar om icke-ingripandebesked och anmälningar om undantag från konkurrenslagen. Vidare finns en policyavdelning som undersöker förutsättningarna för effektiv konkurrens. Avdelningen föreslår regeländringar m.m. genom utredningsrapporter och remissyttranden. Slutligen finns också en förvärsavdelning som handlägger företagsförvärv.

Konkurrensverket får ålägga ett företag att upphöra med överträdelser av de två förbuden i konkurrenslagen. Ett sådant beslut får förenas med vite. Vitet döms ut av tingsrätt på talan av Konkurrensverket.

Den som bryter mot förbuden i konkurrenslagen kan också bli ålagd att betala en konkurrensskadeavgift. En sådan avgift får utdömas av Stock-

<sup>60</sup> Rådet för konkurrensfrågor består av generaldirektören (ordf.) och högst tio andra ledamöter som utses av regeringen. Rådet skall delta i beredningen av ärenden om fördelning av medel från anslaget för konkurrensforskning. Beslut i sådana frågor fattas av konkurrensverket efter förslag av rådet.



holms tingsrätt på talan av Konkurrensverket. Konkurrensskadeavgiften skall fastställas till lägst 5 000 kronor eller högst 5 miljoner kronor eller till ett högre belopp dock inte överstigande 10 procent av företagets omsättning föregående räkenskapsår.

Vid fastställandet av konkurrensskadeavgiften skall särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den har pågått. I ringa fall skall ingen avgift påföras. Avgiften skall bestämmas på sådant sätt att den verkar avhållande på företaget i fråga och avskräckande för andra företag.

Ett företag kan också få betala skadestånd till den som drabbas om företaget uppsåtligen eller av oaktsamhet bryter mot förbuden. Som exempel på ersättningsgill skada kan nämnas ersättning för utebliven vinst vid bruttoprissättning, merpris som en beställare får betala på grund av anbuds-samarbete och merkostnader vid säljvägran.<sup>61</sup>

### 5.3 Riksrevisionsverket

Riksrevisionsverket (RRV) är den svenska statens centrala myndighet för revision och granskning av statliga myndigheter, affärsdrivande verk, statliga bolag, stiftelser och andra institutioner där staten är huvudman. RRV ska främja kvalitet, effektivitet och hushållning med statens resurser. Verkets uppdragsgivare är regeringen, riksdagen och myndigheterna. Grunden för RRV:s verksamhet är den årliga revisionen, effektivitetsrevisionen och den internationella verksamheten.

Den årliga revisionen som RRV genomför är en nyckelfaktor för den statliga styrningen och uppföljningen. Myndigheten bedömer kvaliteten i de årsredovisningar som organisationerna lämnar samt om verksamheterna genomförs säkert och ändamålsenligt på det sätt som uppdragsgivaren bestämt. Revisionen bidrar också på så sätt till den offentliga insynen i statlig och statligt finansierad verksamhet. Granskningen görs i enlighet med god revisionssed.

Effektivitetsrevisionens granskning är i första hand inriktad mot områden av stor statsfinansiell betydelse och/eller områden som har stor betydelse för ekonomins funktionssätt. Granskningen ska belysa möjligheter till såväl utgiftsminskningar som inkomstförstärkningar. Inom såväl den årliga revisionen som effektivitetsrevisionen kommer RRV i kontakt med offentlig upphandling. Den årliga revisionen granskar myn-

<sup>61</sup> Förordning (1996:353) med instruktion för Konkurrensverket, konkurrenslagen samt verkets information om hur verket arbetar ([www.kv.se](http://www.kv.se)).

digheternas förehavanden, däribland upphandling, under året. Effektivitetsrevisionen har granskat några stora offentliga upphandlingar på vissa områden.<sup>62</sup>

## 5.4 Konkurrensrådet

Den 4 december 1997 beslutades vid regeringssammanträde att ett råd för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor skulle inrättas (Dir. 1997:145). Rådet inrättades för att arbeta med frågor om konkurrens på lika villkor mellan privat och offentlig sektor. Omständigheterna bakom rådets tillkomst är att offentlig verksamhet agerar mer marknadsorienterat och affärsmässigt i sin egenskap av tjänsteproducent samtidigt som den privata sektorn i ökande utsträckning kan konkurrera om offentlig produktion i samband med upphandling av varor och tjänster på marknaden.

Den utredning (SOU 1995:105 – Konkurrens i balans) som föregick Konkurrensrådets tillkomst ansåg att det största hindret mot effektiv konkurrens var om prissättningen inte sker från jämnbördiga utgångspunkter och på en affärsmässig grund. Utredaren föreslog bl.a. lagstiftning på området samt att en tillsynsmyndighet skulle inrättas. Remissbehandlingen visade dock att åsikterna gick starkt isär om vilka åtgärder som var nödvändiga för att komma till rätta med konkurrensproblematiken. Slutligen kom parterna fram till att det vore lämpligt att bilda ett partsammansatt forum för konkurrens på lika villkor på kort och lång sikt.

Rådet skall enligt direktivet bestå av representanter för såväl offentlig- som privat sektor. I rådet deltar åtta ledamöter och ordföranden. Vid behov får rådet också anlita experthjälp i särskilda frågor. Vid rådets kansli arbetar tre tjänstemän (1999) och 1999 års budget uppgår till 1,8 miljoner kronor. Rådets uppgift är att, med beaktande av de olika grundförutsättningar som föreligger för offentlig och privat sektor, försöka undanröja konkurrenskonflikter mellan de båda sektorerna. De konkurrenskonflikter som avses är sådana som typiskt sett inte löses inom ramen för särskild lagstiftning eller prövningsförfarande.

Genom dialog och kontakt med parterna skall konkreta fall belysas och rådet skall arbeta för att nå en ökad samsyn om hur de långsiktiga spelreglerna på området skall formuleras. Rådet får också ta upp frågor på begäran av berörd part. Med utgångspunkt i de erfarenheter som rådet får av förhållandena på marknaden skall rådet skaffa sig en samlad

<sup>62</sup> Riksrevisionsverkets hemsida ([www.rrv.se](http://www.rrv.se))

bild över vad som är att anse som osund konkurrens. Rådet skall sedan sprida information om goda exempel på väl fungerade konkurrens.

I sitt arbete skall rådet beakta att förutsättningarna för konkurrens är olika i olika delar av landet.

I övrigt har rådet givits stor frihet att själva välja inriktning på arbetet samt besluta om lämpliga arbetsmetoder. Rådet skall fortlöpande samråda med Konkurrensverket och NOU samt andra berörda organ t.ex. inom redovisningsområdet.

Senast den 31 december 2000 skall rådet redovisa sina samlade erfarenheter och de resultat som uppnåtts. Vid behov får rådet också lämna förslag till åtgärder som rådet anser vara motiverade.<sup>63</sup>

## 5.5 Kammarkollegiet/Statlig inköpssamordning

Den 1 augusti 1998 trädde förordningen (1998:796) om statlig inköpssamordning ikraft. Förordningen gäller för myndigheter under regeringen dvs. statliga myndigheter, försvarsmakten och de affärsdrivande verken. De statligt ägda bolagen, de statliga stiftelserna eller allmänna försäkringskassorna kan därmed inte utan vidare använda sig av ramavtalen.

Inköpssamordningen syftar till att åstadkomma besparingar för staten. Genom en samordning av statliga myndigheters anskaffning av varor eller tjänster antas fördelaktigare villkor erhållas än om varje myndighet gör egna anskaffningar. Under 1998 uppgick omsättningen på de statliga ramavtalen till knappt 6 miljarder kronor.

Kammarkollegiet, enheten för statlig inköpssamordning, svarar för den centrala inköpssamordningen. För närvarande arbetar femtjänstemän (1999) på enheten som har en budget på ca 5,1 miljoner kronor för 1999.

Den centrala inköpssamordnaren (Kammarkollegiet) skall verka för att det för varor och tjänster som upphandlas i stor omfattning skall omfattas av ramavtal eller andra gemensamma avtal som effektiviserar upphandlingarna. Den centrala samordnaren skall i samverkan med upphandlande myndigheter utveckla, samordna och följa upp inköpsverksamheten. Inköpssamordningen skall bl.a. initiera avtal på nya varu- och tjänsteområden som efterfrågas av de statliga myndigheterna. Det är däremot inte den centrala samordnarens uppgift att upphandla avtal utan upphandlingarna skall genomföras av den myndighet som är bäst lämpad

<sup>63</sup> Konkurrensrådets hemsida ([www.konkurensradet.org](http://www.konkurensradet.org)).

för det. Samordnaren skall dock sprida information om befintliga ramavtal.

Kammarkollegiet skall vidare följa upp användningen av och hur stora kvantiteter som köps på de centrala ramavtalen.

Inköpssamordningen är uppbyggd av följande delar:

- Avropare är en myndighet (eller del därav) som beställer varor eller tjänster av avtalsanslutna leverantörer med åberopande av ett ramavtal eller andra gemensamma avtal.
- Upphandlingsansvarig myndighet har samordningsansvar inom ett eller flera upphandlingsområden. Dessa myndigheter har kompetens genom t.ex. egen stor förbrukning eller stor upphandlings- eller sakkunskap inom ämnesområdet.
- Central samordnare; Kammarkollegiet, enheten för statlig inköpsamordningen.
- Avtalsansvarig myndighet svarar för genomförande av upphandling och sluter avtal för statens räkning och är juridiskt ansvarig för upphandlingen. Är normalt densamma som upphandlingsansvarig myndighet. I annat fall utses avtalsansvarig myndighet av upphandlingsansvarig myndighet.

Utöver dessa kan också ingå i den statliga inköpsamordningen sakkunniga på föremålet för upphandlingen som utses av upphandlingsansvarig myndighet, referensgrupper, remissgrupper, rådgivande funktioner och avropsstöd. Dessa funktioner har till uppgift att stödja upphandlande, avtalsslutande och avropande myndigheter.

Kammarkollegiets uppgift att, i samverkan med myndigheterna, utveckla den statliga inköpsorganisationen innebär arbete med kompetensutveckling av upphandlare, upphandlingsstöd m.m.

Inköpssamordningen arbetar t.ex. med att ta fram IT-verktyg, i form av databaser, för utveckling av den statliga inköpsamordningen. I detta verktyg avser inköpsamordningen att integrera ett system med tredjepartslogistik. Detta skulle i framtiden innebära att den avropande myndigheten kan elektroniskt avropa skilda typer av varor från flera olika leverantörer på de olika statliga ramavtalen. Varorna fraktas sedan samordnat av ett transport- och logistikföretag till den avropande myndigheten.<sup>64</sup>

<sup>64</sup> Kammarkollegiets hemsida ([www.kammarkollegiet.se](http://www.kammarkollegiet.se)).

## 5.6 Kommerskollegium

Av kommerskollegiums instruktion (1998:279) framgår: ”Kommerskollegium är en central förvaltningsmyndighet för utrikeshandel och handelspolitik. Verksamheten bedrivs inom ramen för Sveriges medlemskap i EU, särskild deltagande i den inre marknaden, tullunionen och den gemensamma handelspolitiken. Utgångspunkten är Sveriges intresse av en effektiv inre marknad, ett öppet och starkt multilateralt handelssystem och av fortsatta handelspolitiska liberaliseringar.”

Kommerskollegium fungerar bl.a. som svensk kontaktpunkt och samordningscentral i inre marknadsfrågor för enskilda, företag och myndigheter i såväl Sverige som i övriga EU. Det innebär att myndigheten skall hjälpa enskilda och företag att lösa problem på den inre marknaden. Kommerskollegium har fått i uppdrag av regeringen att genomföra ett åtgärdsprogram i syfte att öka små och medelstora företags deltagande i offentliga upphandlingar såväl i Sverige som på den inre marknaden. Tillsammans med bl.a. Industriförbundet och Exportrådet har myndigheten dragit igång projektet ”Gränslösa affärer”. Tre huvudåtgärder är under utförande:

- ”Internettorg” för upphandlingsinformation med, bl.a. annonsplats för offentliga upphandlingar, särskilt under tröskelvärdena.
- Utbildning av konsulter i offentlig upphandling som i sin tur skall utbilda intresserade leverantörer.
- Informationskampanj riktad mot små- och medelstora företag.

Vidare granskar Kommerskollegium myndigheters förslag till nya nationella regler och deras beslut att stoppa varor på den inre marknaden.

Kommerskollegium fungerar också som regeringens utredningsinstans i alla typer av frågor som rör EU och den inre marknaden och myndigheten deltar i de arbetsgrupper och kommittéer inom EU där sådana frågor behandlas.

Kommerskollegium har totalt ca 85 anställda (1999). Myndigheten styrs av en generaldirektör som till sin hjälp har en GD-stab, en administrativ enhet och en informationsfunktion. Vidare består myndigheten av enheten för global handel, enheten för inre marknaden och enheten för tullunionen.<sup>65</sup>

<sup>65</sup> Kommerskollegiums hemsida ([www.kommers.se](http://www.kommers.se)).

## 5.7 Delegationen för ekologisk hållbar upphandling

Delegationen för ekologisk hållbar upphandling (eku-delegationen) skall enligt sitt uppdrag (dir. 1998:8), arbeta pådrivande för att den offentliga upphandlingen skall vara ett instrument för att åstadkomma en ekologiskt hållbar utveckling. Eku-delegationen består inklusive ordförande av 11 ledamöter, tolv experter samt ett kansli med tre tjänstemän. Eku-delegationen skall huvudsakligen arbeta med följande uppgifter:

- Driva på en ekologisk hållbar upphandling inom stat, kommun och landsting
- Inrikta arbete på varor och tjänster där nyttan av att ställa miljökrav är störst. Följande områden bedömer eku-delegationen som strategiskt viktiga; fastigheter och anläggningar, elektronik (datorer)/elektroniska produkter, papper och skogsråvaror, energi, kemikalier, sjukvårdsmaterial, livsmedel, transporter samt tjänster och entreprenader.
- Analyser och bevaka lagstiftning och internationella överenskommelser.
- Initiera och utveckla vägledningar och metoder.
- Sprida kunskaper, erfarenheter och goda exempel.
- Initiera utbildningar och seminarier för upphandlande enheter och leverantörer.
- Följa utvecklingen mot en ekologisk hållbar upphandling i andra länder.

Nio arbetsgrupper har tillsatts kring centrala frågor som rör huvuduppgifterna. Eku-delegationens arbete skall pågå fram till utgången av år 2000. I arbetet med tilläggsdirektiv 1999:34 kommer kommittén att ha ytterligare anledning att återkomma till eku-delegationens arbete.

## 5.8 Exportrådet

Exportrådet ägs gemensamt av staten och näringslivet. Staten representeras av Utrikesdepartementet och näringslivet företräds av Sveriges Allmänna Exportförening. Exportrådets styrelse består av åtta ledamöter, hälften tillsatta av staten och hälften av näringslivet. Huvudmännen ingår också i ett representantskap med åtta ledamöter för diskussion och beslut om vissa strategiska frågor.

Totalt har Exportrådet cirka 400 anställda, fördelade på 50 kontor i 35 länder. Utomlands har rådet även ett nära samarbete med ambassader och konsulat. Koncernen innefattar också ett antal dotterbolag.

Exportrådets tjänster innefattar hjälp med etablering och expansion av svenska produkter/tjänster eller svenska exportföretag utomlands.

Verksamheten är indelad i tre olika områden:

- Exportinformation – detta verksamhetsområde som i huvudsak finansieras av staten innefattar ett infocenter. Genom IT-stöd tillhandahålls kunden kostnadsfritt information inom områden som handlar om export och internationalisering. Tjänsten syftar till att öka affärsmöjligheterna för svenska företag. Exportrådets svarar på närmare 200 000 förfrågningar/år. Enligt rådet själv har flera undersökningar visat att ca 10 % av alla förfrågningar leder till någon form av affär för svenska företag.
- Exportutveckling – Exportrådet arbetar med olika program och projekt för att förstärka kompetensen och resurserna hos små och medelstora företag. Inom exportutveckling erbjuds kvalificerad rådgivning och praktisk exporthjälp. Sammanlagt har över 1000 företag deltagit i dessa olika program.
- Exportkonsulting – konsultverksamheten omfattar i stort sett alla tjänster inom export och internationalisering och finansieras helt av uppdragsgivarna. Följande huvudområden omfattas: marknadsförberedelser, marknadsstrategier, marknadsetablering och marknadsutveckling.<sup>66</sup>

Exportrådet samarbetar med Kommerskollegium och Industriförbundet i projektet ”Gränslösa affärer”.

<sup>66</sup>Exportrådets hemsida ([www.swedishtrade.se](http://www.swedishtrade.se)).





## 6 Internationell utblick

### 6.1 Sammanfattning

#### *Regler liknande 6 kap. LOU*

Enligt svaren på den enkät som gått ut till samtliga medlemsländers representanter i den rådgivande kommittén till EG-kommissionen (DG VX) har många av de övriga medlemsländerna någon form av reglering som liknar 6 kap. LOU.

Finland, Belgien, Luxemburg och Spanien har nationella och generellt gällande regler för upphandling under tröskelvärdena. I fyra andra länder; Norge<sup>67</sup>, Nederländerna, Österrike och Storbritannien, regleras delvis upphandling under tröskelvärdena. Det innebär att det antingen finns regler för vissa upphandlande enheter eller så finns det regler för upphandling av vissa varor eller tjänster.

Fem länder har regler för upphandling av s.k. B-tjänster; Finland, Norge, Belgien, Luxemburg och Spanien. I Storbritannien och Frankrike finns regler för upphandling av vissa B-tjänster.

#### *Tillsynsmyndigheter motsvarande NOU*

Finland, Danmark, Irland och Luxemburg har angivit att de har *en* nationell tillsynsmyndighet. I Tyskland, Österrike, Frankrike och Belgien har man däremot flera nationella funktioner som utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen. Dessa återfinns på såväl central som regional nivå.

Vilka uppgifter som tillsynsmyndigheterna har varierar mellan de olika länderna. De flesta skall dock övervaka regelefterlevnaden, någon

<sup>67</sup> Norge ingår i studien med anledning av att man är ett EES-land.

arbetar mest med att utveckla konkurrensstrategier och policys. När det gäller Finland, Danmark, och Luxemburg har respondenterna angivit att tillsynsmyndigheten har till uppgift att medla mellan upphandlande enheter och leverantörer då problem uppstått under en upphandling. Många av tillsynsmyndigheterna har enligt svaren en roll att sprida information.

### ***Införlivande av skadeståndsbestämmelserna i EG:s rättsmedelsdirektiv***

De grundläggande rättsmedlen, inklusive rätten till skadestånd, är enligt NOU kartläggning, i princip införlivade i de olika medlemsstaters rättsordningar. Rättsmedlens effektivitet i de olika staterna kan dock variera. Medlemsländerna har valt att balansera de interimistiska åtgärderna och möjligheterna till skadestånd på olika sätt. Enligt de internationella jämförelser som NOU gjort synes ersättningen för det positiva kontraktsintresset i teorin kunna utgå i alla medlemsstater. Möjlighet att i praktiken erhålla full ersättning kan dock i vissa stater vara begränsad till följd av andra mekanismer.

### ***Alternativa rättsmedel***

Endast ett fåtal länder har infört alternativa rättsmedel vid sidan om rättelse och upphävande av avtalet. Det är dock på detta tidiga stadium enligt NOU för tidigt för att kunna dra någon slutsats om dessa alternativa rättsmedels effektivitet.<sup>68</sup>

## **6.2 Material och metod**

### **6.2.1 Enkäter till representanter för EU:s medlemsländer**

Detta kapitel bygger bl.a. på en enkät (se bilaga 2) som skickats ut till samtliga representanter av EG-kommissionens rådgivande kommitté för offentlig upphandling (GD XV). Rådgivande kommitténs ledamöter representerar EU:s olika medlemsländer. Svar har erhållits från samtliga

<sup>68</sup> Kartläggning av hur skadeståndsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsstater, s. 1.

medlemsländer utom Tyskland, Grekland, Portugal och Italien. Därutöver har även Norge, som i egenskap av EES-land omfattas av upphandlingsdirektiven, besvarat enkäten.

Enkäten innehåller frågor om huruvida medlemsländerna har regler – nationella, regionala eller lokala – för upphandling under tröskelvärdena och upphandling av s.k. B-tjänster. Vidare ställs frågor om länderna har någon motsvarighet till Nämnden för offentlig upphandling, dvs. någon slags tillsynsmyndighet över offentlig upphandling och i sådant fall vilka uppgifter denna myndighet utför. I enkäten ingår även frågor om hur EG:s rättsmedelsdirektiv<sup>69</sup> har införlivats i den nationella lagstiftningen. Vidare ingår frågor om vilka kostnader skadeståndet skall täcka, vilka som kan erhålla skadeståndersättning och om skadeståndets omfattning i vissa fall kan reduceras.<sup>70</sup>

## 6.2.2 Kartläggning av hur skadeståndsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsländer

De delar i detta kapitel som behandlar medlemsländernas införlivande av rättsmedelsdirektivens bestämmelser om skadestånd bygger till stor del på en kartläggning som NOU har gjort på uppdrag av Upphandlingskommittén. Kartläggningen har sin utgångspunkt i EG-kommissionens "Study on the remedies applied in the Member States in the field of Public Procurements" (CC/97/12-EN). Denna källa bygger på studier gjorda år 1997 och tidigare. NOU har därför i möjligaste mån försökt att uppdatera kunskap om senare förändringar i de nationella rättsordningarna till följd av lagändringar och rättspraxis genom uppgifter inhämtade från andra källor.

<sup>69</sup> Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 (rättsmedelsdirektiv I) och rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 (rättsmedelsdirektiv II). Rättsmedelsdirektiv I avser upphandlingar som täcks av direktiv för upphandling av varor, tjänster samt bygg- och anläggningsarbeten inom den s.k. klassiska sektorn. Rättsmedelsdirektiv II gäller för upphandling inom försörjningssektorerna.

<sup>70</sup> Därutöver ingår några frågor om utvecklingen av elektronisk upphandling i de olika medlemsstaterna. De sistnämnda frågorna redovisas i "Elektronisk upphandling under tröskelvärdena", rapport nr 1999:39 och dnr 1999/0279-5. Statskontorets översyn av 6 kap. med anledning av att underlätta för elektronisk upphandling. Svaren på dessa frågor redovisas således inte för i detta kapitel.

Svaren på kommitténs enkät innehåller en ytterligare möjlighet till uppdatering i förhållande till kommissionens ”Study”.

NOU påpekar att nedanstående faktorer kan ha påverkat framställningen i källmaterialet och i denna rapport och bör beaktas vid bedömningen av leverantörernas möjlighet att utnyttja sig av rättsmedel:

- Rättsmedelsdirektivens bestämmelser gäller i merparten av medlemsstaterna endast upphandlingar som omfattas av EG:s upphandlingsdirektiv. Upphandlingar under tröskelvärdena är dock oftast reglerade i annan ordning och rättsmedel kan bli tillämpliga vid överträdelse av dessa nationella ordningar eller EG-rätten. I flera länder fanns, som i Sverige, upphandlingsbestämmelser redan före den gemenskapsrättsliga regleringen. I flera länder fanns även möjligheter till överprövning (i Sverige genom laglighetsprövning /kommunalbesvär) men ofta även möjlighet att erhålla skadestånd.<sup>71</sup>
- Medlemsstaternas uppbyggnad av förvaltningsmyndigheter och domstolsorganisationer kan påverka leverantörernas möjligheter att åberopa rättsmedel.
- Det finns skillnader i medlemsstaternas rättsordningar vad gäller sekretess, rättegångskostnaderna m.m., vilka kan påverka leverantörernas processvillighet. Skillnaden mellan omfattningen av information som kan bli tillgänglig och tidpunkten för offentliggörande kan väsentligen påverka klagandens möjligheter att reagera i tid (i synnerhet om talan måste väckas inom en viss tid) och hans möjligheter att framgångsrikt driva en skadeståndsprocess.
- Antalet domstolsavgöranden på skadeståndsområdet är litet, främst från de högsta instanserna.<sup>72</sup>
- Det råder osäkerhet om kraven på bevisning m.m.
- Kopplingen och balansen mellan interimistiska rättsmedel och skadestånd skiljer sig mellan medlemsstaterna. Sämre möjligheter att erhålla skadestånd kan uppvägas av möjligheterna att t.ex. få till stånd ett snabbt ingripande innan avtalet sluts<sup>73</sup>. Andra åtgärder som kan ha samma effekt är möjligheten att begära att det olagligt slutna kontraktet inte skall gälla. Det kan också röra sig om föreläggande från t.ex. en tillsynsmyndighet att den upphandlande enheten inte får använda sig av

<sup>71</sup> Se även i Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, sid. 915 f.

<sup>72</sup> Avser förhållandet före 1997, då kommissionens studier har gjorts. Även i Sverige har antalet avgöranden från de allmänna domstolarna vid denna tid varit litet. Någon skadeståndsskyldighet har i Sverige (till skillnad från vissa andra länder) inte funnits före LOU:s ikraftträdande.

<sup>73</sup> Konkurrensstyrelsens agerande i Danmark.

det felaktiga upphandlingsförfarandet i framtiden.<sup>74</sup> Det kan även ske genom yttrande från en oberoende myndighet att den upphandlande enheten har begått ett fel, t.ex. NOU:s uttalanden i Sverige.<sup>75</sup>

- Möjligheter i vissa medlemsstater att driva saken parallellt i olika instanser varmed risk uppstår att dessa kommer till olika ståndpunkter. I Sverige tycks t.ex. förvaltningsdomstolar och marknadsdomstolen ha en annan uppfattning om avbruten upphandling, än vad de allmänna domstolarna har. De flamländska och vallonska kammarna inom belgiska högsta förvaltningsdomstolen, Conseil d'Etat, anges ha olika praxis i frågan huruvida de interimistiska åtgärderna eller skadestånd skall vara det huvudsakliga alternativet.
- Antalet skadeståndsmål kan påverkas av landets processuella kultur och leverantörens kännedom om vilka rättigheter han har och vilka rättsmedel han kan använda sig av. Kommissionen m.fl. nämner att många leverantörer saknar kännedom om sina rättigheter. Vidare kan det i praktiken vara svårt att visa att kontraktets tilldelning har varit diskriminerande eftersom de upphandlande enheterna har goda möjligheter att tillrättalägga sina beslut för att ge dem sken av laglighet. Där nämns även leverantörernas ovilja att "bita den hand som föder en".<sup>76</sup>
- Slutligen kan även bestämmelser som sällan tillämpas i praktiken ha moralskapande eller preventiv verkan. Risken för att få stå till svars i en skadeståndsprocess kan vara incitament att eftersträva beslutets laglighet, även om en förfördelad leverantörs möjligheter att vinna processen kan vara begränsade. I sammanhanget kan nämnas att även den svenska otillbörlighetslagen kan antas ha haft avhållande effekt, trots att endast ett enda fall har lett till domstolsprövning.

<sup>74</sup> Jämför Konkurrensverket och lagen om ingripande vid otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling.

<sup>75</sup> T.ex. otillbörlighetslagen eller NOU:s uttalanden i Sverige.

<sup>76</sup> I kommissionens rapport, Grönboken om offentlig upphandling och i en artikel av Adrian Brown i *Public Procurement Law Review* 1998.

## 6.3 EU:s medlemsländer

### 6.3.1 Finland

#### *Regler motsvarande 6 kap. LOU och tillsynsmyndighet*

Finland har enligt enkätsvaret nationell lagstiftning för såväl upphandling under tröskelvärdena som upphandling av s.k. B-tjänster.<sup>77</sup>

Finland har en nationell funktion – Konkurrensrådet – som liknar NOU. Konkurrensrådet är ett centralt organ som har till huvuduppgift att informera och ge råd till de som är intresserade av upphandlingsreglerna. Därutöver har Konkurrensrådet till uppgift att övervaka och kontrollera de finska upphandlingsreglernas generella efterlevnad samt medla mellan upphandlande enheter och leverantörer om problem uppstår vid en upphandling. Av enkätsvaret framgår dock att tillsynsfunktionen enbart tar emot vissa klagomål ("exceptional cases").

#### *Införlivande av rättsmedelsdirektivens bestämmelser om skadestånd*

Finland har i likhet med Sverige införlivat EG:s rättsmedelsdirektiv genom att skriva in bestämmelserna i lag. Enligt Finlands lag om offentlig upphandling (8 §) skall skadeståndet i princip ersätta hela den ekonomiska skada som leverantören vidkänts, vilket förväntas omfatta även förlust av eventuell affärsvinst.<sup>78</sup> Endast leverantörer som visar att de skulle ha fått kontraktet kan få rätt till ersättning. Enligt NOU:s kartläggning är en förutsättning för skadestånd att leverantören "om förfarandet hade varit felfritt skulle ha haft en realistisk möjlighet att vinna anbudstävlan." I jämförelse med den svenska lagen (7 kap. 7 § LOU "om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat hans möjligheter att

<sup>77</sup> Lagen om offentlig upphandling (1505/1992) och förordning om sådan upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader som överstiger tröskelvärdet (389/1998).

<sup>78</sup> Kartläggning av hur skadestandsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsstater, s. 18.

tilldelas upphandlingen”) tycks de finska bestämmelserna inte lägga samma vikt på ett orsakssamband mellan det begångna felet och den lidna skadan.<sup>79</sup>

Än så länge finns inga rättsfall som föranlett de finska domstolarna att pröva om skadeståndet skall reduceras p.g.a. att leverantören skulle ha kunnat begränsa skadan genom att ingå avtal med annan.

### ***Gottgörelse – ett alternativt rättsmedel***

Konkurrensrådet har möjlighet att vid brott mot upphandlingsreglerna, som ett alternativ till rättelseåtgärderna, besluta om gottgörelse till en part som haft ett reellt tillfälle att vinna anbudstävlan. Gottgörelse kan utgå om de andra rättelseåtgärderna kan orsaka betydande skada eller om ansökan anhängiggjorts efter det att avtalet ingåtts, dock senast inom 14 dagar från det att anbudsgivarna fått del av anbudstävans utgång eller ett beslut därom. Förutsättningarna för att erhålla gottgörelse påminner om förutsättningarna för att erhålla skadestånd och beviskraven anges också ligga ganska högt. Emellertid hindrar inte begäran om gottgörelse att leverantören också yrkar skadestånd. Handels- och industriministeriet i Finland kan dessutom under vissa förutsättningar leda ett förlikningsförfarande, om begäran härom görs inom 14 dagar från delfäendet.<sup>80</sup>

## 6.3.2 Danmark

### ***Regler motsvarande 6 kap. LOU och tillsynsmyndighet***

Danmark saknar generella regler för upphandling motsvarande 6 kap. LOU. I ett cirkulär från Finansministeriet anbefalls dock statliga myndigheter att upphandla drift- och anläggningsentreprenader (”drift- och anlagsuppgaver”) som inte omfattas av EG-direktiven.<sup>81</sup>

I Danmark finns en motsvarighet till NOU nämligen Konkurrencestyrelsens udbudskontor. Konkurrencestyrelsen är en central myndighet

<sup>79</sup> Kartläggning av hur skadestandsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsstater, s. 10, not 33.

<sup>80</sup> Kartläggning av hur skadestandsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsstater, s. 9.

<sup>81</sup> Cirkulere fra Finansministeriet nr 42 af 1. Marts 1994 om udbud og udlicitering av statslige drifts- og anlagsopgaver.

under Finansministeriet. Udbudskontoret har till uppgift att övervaka och kontrollera regelefterlevnaden, ge råd och information samt medla mellan upphandlande enheter och leverantörer under pågående upphandling. Myndigheten tar emot och handlägger klagomål från leverantörer som anser sig förfördelade i upphandlingsprocessen. De som klagar får vara anonyma.

### ***Införlivande av rättsmedelsdirektivens bestämmelser om skadestånd***

Danmark har införlivat EG:s rättsmedelsdirektiv genom en kort lag som hänvisar till direktivens bestämmelser.<sup>82</sup> Den ersättning som en förfördelad leverantör kan få i ett skadeståndsmål innefattar alltid de negativa kontraktsintresset, dvs. kostnader som är förenade med att lämna anbud och delta i anbudsgivningen. Alla potentiella leverantörer kan enligt dansk rätt tillerkännas skadestånd dock krävs att leverantören skall kunna bevisa en förlust p.g.a. den upphandlande enhetens regelöverträdelse. Skadeståndsansättningen skall reduceras om leverantören kunnat begränsa sin skada genom att teckna avtal med annan under den period som upphandlingen avsåg.

I Danmark kan en domstol besluta om ett vitesföreläggande som ett alternativ till interimistiska beslut eller rättelse. Rättsmedlet tycks vara reserverat till särskilt allvarliga överträdelser.<sup>83</sup>

## 6.3.3 Norge

### ***Regler motsvarande 6 kap. LOU och tillsynsmyndighet***

Norge omfattas i sin egenskap av EES-land av EG:s upphandlingsdirektiv. Det finns nationella regler för statliga och kommunala myndigheters upphandling i loven om offentliga anskaffelser.<sup>84</sup> Loven gäller sedan den 1 januari 1999 även kommunernas och fylkeskommunernas upphandlingar under tröskelvärdena och upphandling av B-tjänster.

Norge har ingen direkt motsvarighet till NOU men departementet har till uppgift att övervaka att de upphandlande enheterna följer regelverket.

<sup>82</sup> Loven om Klagenævnet for Udbud, nr 1166 av den 20 december 1995.

<sup>83</sup> Kartläggning av hur skadestandsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsstater, s. 9.

<sup>84</sup> Regelverket for statlige anskaffelser.



### ***Införlivande av rättsmedelsdirektivens bestämmelser om skadestånd***

I Norge har man införlivat EG:s rättsmedelsdirektiv på motsvarande sätt som i Sverige, dvs. genom omstrukturering och omskrivningar så att den på bästa sätt ska passa in i norsk rättstradition. För att ha talerätt enligt norska skadeståndsregler krävs att leverantörer åtminstone begärt ut förfrågningsunderlaget. En leverantör som tillerkänns skadestånd har rätt till ersättning för de negativa kontraktsintresset. Det sker f.n. en utveckling inom norsk rättspraxis avseende leverantörens rätt till ersättning för utebliven vinst.

## 6.3.4 Tyskland

### ***Tillsynsmyndighet***

Anbudsgivare som anser att de blivit felaktigt behandlade av tyska upphandlande enheter har tillgång till ett tvåstegssystem. Systemet är tillgängligt vid upphandling över de tröskelvärden som anges i EG-direktiven. De s.k. Vergabeprüfstellen (tillsynsorgan för offentlig upphandling) som finns i varje delstat granskar, efter klagomål eller *ex officio*, upphandlingar inom delstaten. Tillsynsorganen kan förelägga en upphandlande enhet att rätta ett felaktigt beteende, ge råd avseende tillämpningen av upphandlingsreglerna och medla. Delstaterna har friheten att själva organisera dessa tillsynsorgan i vilken offentligrättslig form de själva vill. De upphandlande enheterna skall i sina beslut om val av leverantör ange behörigt tillsynsorgan.

Tillsynsorganens beslut kan inom fyra veckor överklagas till en Vergabeüberwachungsausschuß ("övervakningsnämnder för offentlig upphandling"). Dessa övervakningsnämnder agerar utöver de ordinarie domstolarna<sup>85</sup> och de federala kartellbyråerna.<sup>86</sup> Övervakningsnämnderna finns både på federal och regional nivå. Varje leverantör, som har ett intresse i upphandlingskontraktet och påtalar att hans rättigheter enligt den tyska portalparagrafen<sup>87</sup> har överskridits, har talerätt. En leverantörs

<sup>85</sup> De ordinarie domstolarna handlägger mål om skadestånd med anledning av överträdelse av upphandlingsreglerna.

<sup>86</sup> Sektion 104, "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Act" (GWB), 1999.

<sup>87</sup> Sektion 97, GWB. Paragrafen innehåller bl.a. de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna, regler om tillvaratagande av små och medelstora företags

klagomål avvisas om han för den upphandlande enheten kunnat påtala felet under upphandlingsprocessen men inte gjort detta.<sup>88</sup> Övervakningsnämnderna kan inte begära rättelse avseende beslut om val av viss leverantör. I praktiken är det ofta väldigt svårt för leverantören att få upprättelse om fel begåtts vid och inför detta beslut eftersom beslut om leverantör och tecknande av avtal kan ske samma dag. Det finns dock ett beslut från den federala övervakningsnämnden (Vergabekammer des Bundes)<sup>89</sup> att leverantörer har rätt att få information om den upphandlande enhetens beslut tio dagar före det att den upphandlande enheten tecknar avtal med vald leverantör.<sup>90</sup>

### ***Införlivande av rättsmedelsdirektivens bestämmelser om skadestånd***

I Tyskland kan ersättningen utgå för förlorad inkomst. För en leverantör som inte antagits är det dock i praktiken uteslutet att styrka ett orsakssamband mellan förlorad inkomst och det begångna felet. I praktiken antas därför endast skadestånd för det negativa kontraktsintresset utgå till de leverantörer som inte blivit antagna. Den tyska lagen bygger på *culpa in contrahendo*, dvs. att en leverantör som hade berättigade förväntningar att erhålla ett kontrakt kan få skadestånd om motparten har begått ett fel. Detta kräver både kontakt mellan parterna under förhandlingar och gör det i praktiken i stort sett uteslutet att visa att just den klagande leverantören skulle ha fått kontraktet. I praktiken kan därför endast skadestånd för anbudskostnaderna utgå. Skadeståndsbeloppet skulle bestämmas enligt principen *status quo ante*, dvs. leverantören skulle försättas i tillstånd som rådde innan den skadebringande handlingen inträffade. Domstolspraxis visar att ersättning för anbudskostnaderna kan utgå om leverantören visar att han med stor sannolikhet skulle ha erhållit kontraktet. Att visa det positiva kontraktsintresset kan dock vara mycket svårt om inte omöjligt.<sup>91</sup>

---

intressen vid offentlig upphandling, att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall antas.

<sup>88</sup> Sektion 107, GWB.

<sup>89</sup> Beslut av den 29 april 1999, nr Vk1-7/99.

<sup>90</sup> Dr Birgit Spiesshofer och Dr Matthias Lang, Public Law Review, 1999, nr 4, s. 103.

<sup>91</sup> Kartläggning av hur skadeståndsreglerna har införlivats i EU:s medlemsstater, s. 19.

### 6.3.5 Österrike

#### *Regler motsvarande 6 kap. LOU och tillsynsmyndighet*

Österrike har nationella regler för upphandling under tröskelvärdena men endast inom vissa områden och för vissa upphandlande enheter.<sup>92</sup> Några delstater har även egen upphandlingslagstiftning. I enkätsvaret anges att det österrikiska systemet är väldigt komplicerat p.g.a. att normgivningskompetensen är delad mellan den federala och de regionala beslutande församlingarna.

I Österrike finns ett flertal funktioner som har till uppgift att övervaka upphandlingsreglernas efterlevnad. På federal nivå finns "Bundes-Vergabekontrollkommission" och Bundesvergabeamt. Vidare finns i flertalet delstater någon form av tillsynsmyndighet. Dessa myndigheter handlägger klagomål men är inte ansvariga för informations spridning. Denna uppgift faller på andra myndigheter och de privata aktörer.

#### *Införlivande av rättsmedelsdirektivens bestämmelser om skadestånd*

Österrike har likt Sverige införlivat EG:s rättsmedels direktiv genom att göra om direktiven till egen lag. Enligt Österrikes lag på federal nivå kan en förfördelad leverantör få skadestånd ersättning motsvarande det negativa kontraktintresset och utebliven vinst.<sup>93</sup> Utebliven vinst ersätts dock endast om leverantören kunnat visa att han skulle ha tilldelats kontraktet. Ersättningen kan reduceras om leverantören kunnat begränsa skadan genom att sluta avtal med annan. Talerätt har de leverantörer som åtminstone begärt ut förfrågningsunderlaget.

<sup>92</sup> 13 § i Bundesvergabegesetz i kombination med ÖNORM A 2050.

<sup>93</sup> Enligt NOU:s kartläggning (s. 18) fanns det en begränsning till skadestånd för endast anbuds kostnaderna. Denna bestämmelse har nu upphävts på federal nivå och håller på att tas bort även inom de österrikiska delstaterna.<sup>93</sup> Enligt lagändringen och prejudikat av Högsta domstolen, dom från oktober 1994 avseende tidigare lagstiftning om offentlig upphandling skall även förlorad inkomst ersättas.

### 6.3.6 Nederländerna

#### *Regler motsvarande 6 kap. LOU och tillsynsmyndighet*

I Nederländerna saknas generella nationella regler med motsvarande tillämpningsområde som 6 kap. LOU. Det finns dock vissa nationella regler men dessa gäller enbart vissa upphandlingar eller vissa upphandlande enheter.<sup>94</sup>

Nederländerna saknar en funktion som har motsvarande uppgifter som NOU. Istället är det andra myndigheter och privata aktörer som lämnar information om offentlig upphandling till intresserade parter.

#### *Införlivande av rättsmedelsdirektivens bestämmelser om skadestånd*

Nederländerna har införlivat EG:s rättsmedelsdirektiv genom att anta en ramlag som hänvisar till direktiven.<sup>95</sup> Enligt enkätsvaren ersätts en fördelad leverantör endast i förhållande till det negativa kontraktsintresset, dvs. för kostnaderna att delta i anbudsgivningen. Enligt NOU:s kartläggning är en överträdelse av upphandlingsreglerna i Holland ett lagbrott. Den som drabbas skall enligt holländsk rätt ersättas för alla skador han lidit till följd av detta. Ersättningen skall täcka både materiella och immateriella skador. Den materiella skadeersättningen täcker både förluster och omkostnader samt förlorad vinst.<sup>96</sup> Endast den leverantör som kan visa att han skulle blivit tilldelad kontraktet kan tillerkännas skadestånd. Ersättningen reduceras inte av att leverantören hade kunnat teckna avtal med annan under den tid som upphandlingen avsåg.

<sup>94</sup> Uniform Annbustendings reglement (1986).

<sup>95</sup> Det finns dock en nationell reglering avseende attestation och medling (92/13).

<sup>96</sup> Kartläggning av hur skadestandsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsstater, s. 18.

### 6.3.7 Storbritannien

#### *Regler motsvarande 6 kap. LOU och tillsynsmyndighet*

I Storbritannien finns regler för upphandling under tröskelvärdena och upphandling av B-tjänster som gäller för de lokala myndigheterna.<sup>97</sup> Den engelska regeringens upphandling har sedan många år haft ”policy guidelines” som de olika departementen förväntas följa och som granskas av den oberoende revisionen. Policyn anses vara i allt väsentligt överensstämmande med EG:s upphandlingsdirektiv.

Storbritannien har ingen motsvarighet till NOU som övervakar efterlevnaden av upphandlingsreglerna. Det finns dock statliga myndigheter<sup>98</sup> som arbetar med att sprida information om offentlig upphandling.

#### *Införlivande av rättsmedelsdirektivens bestämmelser om skadestånd*

Storbritannien har, i likhet med Sverige, efter omstruktureringar och omskrivningar tagit in EG:s rättsmedelsdirektiv i engelsk lag. Talerätt har den leverantör (inom EU/EES/GPA) som önskar, önskade eller som skulle ha önskat lämna anbud och som lidit eller kan lida skada p.g.a. överträdelse av EG-rätten eller engelsk rätt. En förfördelad leverantör har rätt till ersättning för det negativa kontraktstintresset, utebliven vinst och förlorade affärsmöjligheter (”lost opportunity”) samt alla andra förluster.<sup>99</sup> Ersättningen minskas inte, även om den diskriminerade leverantören kunnat reducera skadan genom att teckna avtal med annan.

<sup>97</sup> Local Government Act 1988.

<sup>98</sup> HM Treasury, Government departments, National Audits office, Audit Commission, Confederation of British Industry m.fl.

<sup>99</sup> Enligt NOU:s kartläggning (s. 19) kan skadestånd utgå för förlorad inkomst i form av förlorad chans att erhålla kontrakt. I så fall krävs övervägande sannolikhet att leverantören skulle ha fått kontraktet. Om hans chanser uppskattas till 20 % kan han erhålla 20 procent av förväntad vinst.

### 6.3.8 Irland

#### *Regler motsvarande 6 kap. LOU och tillsynsmyndighet*

Irland saknar regler för upphandling under tröskelvärdena och för upphandling av s.k. B-tjänster.

På Irland finns ett nationellt organ – Government Contracts Committee – som övervakar efterlevnaden av upphandlingsreglerna. Den nationella tillsynen handlägger inte klagomål. Istället är en viktig uppgift att verka för en effektivare offentlig upphandling genom ”best-practice”/policies om öppna, transparenta och konkurrensinriktade samt rättvisa upphandlingsprocesser som enligt Irlands respondent resulterar i ”best value for money”. Government Contract Committee arbetar med information till de upphandlande enheterna genom riktlinjer, vägledningar, handböcker m.m. Även organisationen Forum on Public Procurement on Ireland ger ut information om offentlig upphandling. I organisationen representeras alla olika parter som är berörda av offentlig upphandling, t.ex. upphandlande enheter, leverantörer, branschorganisationer.

#### *Införlivande av rättsmedelsdirektivens bestämmelser om skadestånd*

Irland har införlivat EG:s rättsmedelsdirektiv genom en nationell reglering som hänvisar till direktiven. Enligt irländsk rätt har alla potential anbudsgivare talerätt. En förfördelad leverantör kan få ersättning motsvarande det negativa kontraktsintresset, utebliven vinst och produktionskostnader. Det ligger inom domstolarnas kompetensområde att även döma ut ytterligare ersättning. Domstolen kan även överväga om ersättningen skall begränsas p.g.a. av att leverantören kunnat sluta avtal med annan under den tid som upphandlingen avsåg.

### 6.3.9 Frankrike

#### *Regler motsvarande 6 kap. LOU och tillsynsmyndighet*

Frankrike har nationell lag för upphandling under tröskelvärdena samt regler för upphandling av vissa B-tjänster.<sup>100</sup>

Frankrike har flera nationella funktioner – på central, regional och lokal nivå – som övervakar efterlevnaden av upphandlingslagstiftningen.<sup>101</sup> Dessa myndigheter kan ta emot klagomål men ansvarar inte för spridning av upphandlingsinformation. Denna uppgift åligger de upphandlande enheterna själva. Vidare ligger visst ansvar för informations-spridning på Direction des affaires juridiques du Ministère des Finances.

#### *Införlivande av rättsmedelsdirektivens bestämmelser om skadestånd*

I Frankrike grundas rätt till skadestånd på att käranden gått miste om en rättighet till följd av fel eller försumlighet av svaranden (Art. 1382 Code Civil). Bevisbördan för felet, kausaliteten och den egna skadan åvilar käranden som i upphandlingssammanhang bör visa att han haft betydande (sérieux) möjlighet att vinna anbudstävlan.<sup>102</sup> Parter som kan visa att det skulle ha antagits som leverantörer har enligt fransk lag rätt till ersättning för utebliven vinst.

#### *Alternativt rättsmedel*

I Frankrike kan en domare i förvaltningsdomstol före kontraktets slutande förelägga en upphandlande enhet att följa upphandlingsbestämmelserna. Domaren fastställer en tidsfrist inom vilken enheten skall uppfylla föreläggandet och ett dagligt vitesbelopp (astreinte) som utgår fr.o.m. fristens utgång. Domaren skall i sitt beslut väga in alla intressen, inklusive det

<sup>100</sup> Code des marchés publics. B-tjänsterna i kategorierna 18-21 (se bilgan till LOU) omfattas inte av den nationella regleringen.

<sup>101</sup> För statliga myndigheter: Commissions Spécialisées des marchés.

<sup>102</sup> Kartläggning av hur skadestandsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsländer, s. 18.

allmännas. Han skall avstå från att utfärda vitesföreläggandet om de negativa konsekvenserna skulle överstiga de positiva.<sup>103</sup>

### 6.3.10 Belgien

#### ***Regler motsvarande 6 kap. LOU och tillsynsmyndighet***

Belgien har en nationell lag för upphandling under tröskelvärdena och för upphandling av B-tjänster.<sup>104</sup> I Belgien finns flera funktioner på central och regional nivå som har till uppgift att övervaka upphandlingslagstiftningens efterlevnad.<sup>105</sup> Tillsynsfunktionen tar vid speciella fall emot klagomål ("exceptional cases") och då får klaganden vara anonym. Funktionen har dock inte till uppgift att informera om offentlig upphandling detta ansvar åligger andra offentliga och privata aktörer samt de upphandlande enheterna själva.

#### ***Införlivande av rättsmedelsdirektivens bestämmelser om skadestånd***

EG:s rättsmedelsdirektiv har genom transformation införlivats i belgisk lagstiftning. Enligt belgisk rätt har alla potentiella anbudsgivare rätt till skadeståndersättning. Det finns flera avgöranden även från tiden före rättsmedelsdirektiven som visar att den klagande kan få ersättning för främst kontraktets ekonomiska värde men sällan samtidigt även för anbudskostnaderna.<sup>106</sup>

Ersättningen begränsas inte av om leverantören kunna minska sin skada genom att sluta avtal med annan under den tid som upphandlingen avsåg.

<sup>103</sup> Kartläggning av hur skadestandsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsländer, s. 9.

<sup>104</sup> EG:s upphandlingsdirektiv och de nationella upphandlingsreglerna återfinns i loi relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (24.12.1993).

<sup>105</sup> Inspection des finances.

<sup>106</sup> Kartläggning av hur skadestandsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsländer, s. 18.



### 6.3.11 Luxemburg

#### *Regler motsvarande 6 kap. LOU och tillsynsmyndighet*

Luxemburg har nationell reglering av upphandling under tröskelvärdena och upphandling av s.k. B-tjänster.<sup>107</sup>

Vidare har Luxemburg motsvarigheter till NOU som agerar på central och lokal nivå.<sup>108</sup> Tillsynsfunktionen har till uppgift att övervaka regelefterlevnaden, informera och ge råd samt medla mellan parterna vid problem i en pågående upphandlingsprocess. Funktionen tar emot och handlägger klagomål.

#### *Införlivande av rättsmedelsdirektivens bestämmelser om skadestånd*

EG:s rättsmedelsdirektiv har genom inkorporation införlivats i nationell lagstiftning, dvs. direktiven har med endast smärre förändringar tagits in i den nationella lagstiftningen. Leverantörer som kan visa att de skulle ha fått teckna avtal har rätt till full ersättning. Med full ersättning avses det negativa kontraktsintresset, utebliven vinst, produktionskostnader och andra eventuella utgifter.

#### *Alternativt rättsmedel*

I Luxemburg kan en allmän domstol besluta om vitesföreläggande mot privata upphandlande enheter som är verksamma inom försörjningssektorerna. Vite utdöms om en lagstridig klausul eller förfarande inte rättas till inom en angiven tid. Domaren i den allmänna domstolen i Luxemburg (till skillnad från vad som är fallet för administrativa domstolar i Frankrike) kan även i detta fallet fritt välja mellan att utdöma vite eller besluta om rättelse eller upphandlingens avbrytande.<sup>109</sup>

<sup>107</sup> Law of 4.4.1974 och Granol-Ducal réglement 02.01.1989.

<sup>108</sup> Commission des Soumissions.

<sup>109</sup> Kartläggning av hur skadestandsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsstater, s. 9.

### 6.3.12 Spanien

#### ***Regler motsvarande 6 kap. LOU och tillsynsmyndighet***

I Spanien finns regler för upphandling såväl under tröskelvärdena som upphandling av B-tjänster.<sup>110</sup> Spanien har ingen motsvarighet till NOU, dvs. ingen myndighet som övervakar regelefterlevnaden. De upphandlande enheterna är själva ansvariga för information om den offentliga upphandlingen i förhållande till intresserade parter.

#### ***Införlivande av rättsmedelsdirektivens bestämmelser om skadestånd***

Alla parter som har deltagit i upphandlingen, genom att åtminstone begära ut förfrågningsunderlaget, har talerätt i skadeståndsmål. Skadestånd för det positiva kontraktssintresse skall utgå. Det kan enligt spansk rättspraxis minskas eller utebli om vinsten inte kan styrkas eller när den skadelidande inte agerat för att minska skadan.<sup>111</sup>

### 6.3.13 Italien

#### ***Införlivande av rättsmedelsdirektivens bestämmelser om skadestånd***

I Italien skiljer man vid skadestånd mellan kontrakträttsliga och utomobligatoriska skyldigheter. I upphandlingssammanhang förväntas skade-

<sup>110</sup> Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

<sup>111</sup> Kartläggning av hur skadeståndsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsländer, s. 18 f.

stånd utgå för både faktiskt nedlagda kostnader och förlorad vinst inklusive oförutsedda förluster.<sup>112</sup>

<sup>112</sup> Kartläggning av hur skadeståndsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsländer, s. 18.



## 7. Problembilden vid offentlig upphandling

### 7.1 Inledning

Detta kapitel avser att belysa de problemområden vid offentlig upphandling som kommittén uppmärksammat i sitt arbete. Syftet med kapitlet är att utkristallisera vilka problem och negativa beteendemönster som behöver åtgärdas genom lagstiftning, strängare sanktioner, ökade tillsyns- och informationsinsatser samt andra åtgärder av mer främjande karaktär. Kapitlet baseras på utdrag ur den rapport som NOU tagit fram på uppdrag av kommittén.<sup>113</sup> Vidare refereras i kapitlet till offentlig tryck, rapporter som olika intressenter tagit fram i ämnet samt de hearingar och möten som kommittén hållit med olika företrädare på området. Kommittén vill dock betona att gällande bestämmelser för offentlig upphandling sannolikt efterlevs i större utsträckning i och med LOU:s ikraftträdande i jämförelse med de tidigare regelverken (UR, UF). Kommitténs erfarenheter är dock att kvaliteten i upphandlingsverksamheten är mycket skiftande. NOU har i en undersökning från 1998, "Effekter av lagen om offentlig upphandling", konstaterat att knappt hälften av de tillfrågade upphandlande enheterna följer LOU fullt ut.<sup>114</sup> Det kan till en viss del bero på att reglerna är invecklade och behöver reformeras. Kommittén föreslår därför en rad förändringar i 6 kap. LOU som syftar till att förtydliga och förenkla reglerna.

I den problembild som utkristalliserats finns även överträdelser av principiellt allvarlig karaktär. Kommittén föreslår därför vissa ändringar i 7 kap. LOU som syftar till att medelst utökade sanktioner förbättra regelföljande. Dessa åtgärder är nödvändiga men inte tillräckliga för att åstadkomma en effektivare offentlig upphandling. I kommitténs

<sup>113</sup> Rapport om kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling, NOU:s dnr 52/99-28, daterad 1999-08-19.

<sup>114</sup> Effekter av lagen om offentlig upphandling, s. 34.

fortsatta arbete kommer tyngd läggas vid de upphandlande enheternas kompetensuppbyggnad och kvalitetsarbete.

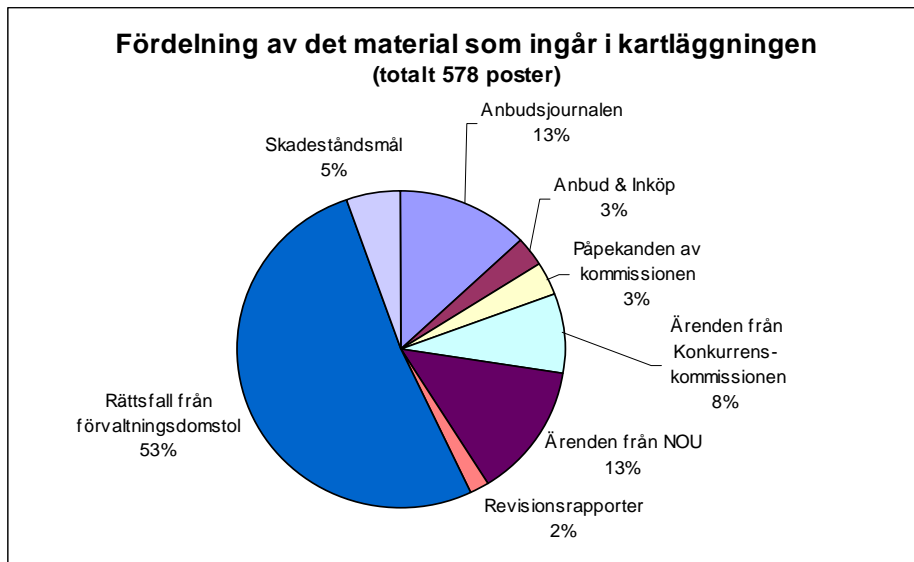
## 7.2 Material och metod

### 7.2.1 NOU:s kartläggning

#### *Material och metod*

NOU har på uppdrag av Upphandlingskommittén analyserat några av upphandlingens ”problemområden”. NOU:s analyser, som presenteras i en rapport, är baserade på en kartläggning av påtalade fel och brister, överprövnings- och skadeståndsmål samt myndighetens egna erfarenheter från sin tillsynsverksamhet.<sup>115</sup> En mängd olika material har använts för att kartläggningen på ett så heltäckande sätt skall avspegla de brister som påtalats i upphandlingssammanhang. Till exempel har – vid sidan om rättsfall, påpekanden från kommissionen och ärenden från NOU – kartlagts tidningsartiklar och ärenden från privata granskningsorgan. Rättsfallen utgör stommen i kartläggningen medan övrigt material syftar till att påvisa om upphandlingsreglerna fungerar i praktiken. Nedanstående figur visar översiktligt omfattningen av det material som ingår i kartläggningen.

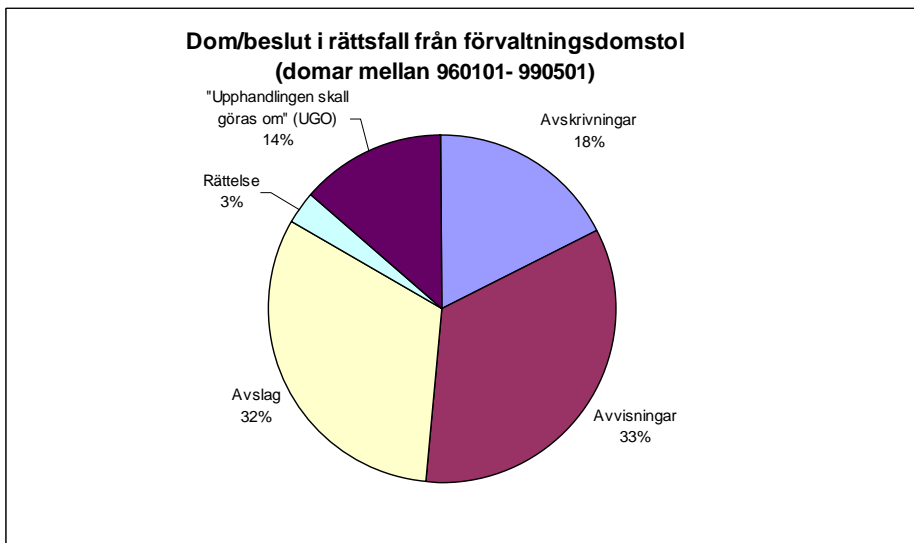
<sup>115</sup> Rapport om kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling, NOU:s dnr 52/99-28, daterat 1999-08-19.



Figur 1.

Nedan följer en översiktlig beskrivning av de rättsfall som ingår i kartläggningen.

### *Praxis i överprövningsmål*



Figur 2.

Under pågående upphandlingsförfarande, dvs. fram till dess att avtal slutits, kan en förfördelad leverantör vända sig till länsrätten och begära överprövning av upphandlingen.<sup>116</sup>

Kartläggningen omfattar 264 domar och beslut från förvaltningsdomstolar daterade 1 januari 1996 och fram till 1 maj 1999. Totalt har dock, fram till 20 maj 1999 ca 400 domar meddelats, från förvaltningsdomstol sedan LOU trädde i kraft den 1 januari 1994. Det totala antalet överprövningar fördelat på år är enligt NOU:s beräkningar följande:

- 1994 ca 34 st.
- 1995 ca 89 st.
- 1996 ca 84 st.
- 1997 ca 101st.
- 1998 ca 69 st.
- 1999 t.o.m. 20 maj ca 25 st. Prognosen för hela året är ca 60 st.

Av ovanstående framgår att antalet överprövningar avtagit sedan 1997 års ”toppnotering”. Prognosen för 1999 är ca 60 överprövningar.

Figur 2 ovan visar att av de avgöranden som meddelats av förvaltningsdomstol och som ingår i kartläggningen är det endast ca 49 procent som har prövats i sak. Övriga 51 procent har antingen avskrivits, avslagits eller avvisats oftast därför att beslut/avtal förelåg vid tidpunkten för domstolens prövning. Vid NOU:s genomgång av det totala antalet domar (ca 400) visade det sig att knappt hälften hade prövats i sak.

Nedan redovisas översiktligt hur domslut och beslut i mål från förvaltningsdomstolarna (totalt 264) har kartlagts.

- 47 mål har avskrivits varav 30 på grund av att leverantören återkallat sin talan, den upphandlande enheten har avbrutit upphandlingen, klaganden saknar talerätt. 17 mål har avskrivits p.g.a. att avtal med leverantör tecknats.
- I 84 mål har leverantörens talan avslagits. Avslagsbesluten är för det mesta prövade i sak. Ibland har avslag föranletts av att rätten funnit att upphandling inte pågick eller att leverantören inte kunnat visa skada. I 2 av de 84 målen har leverantörens talan avslagits p.g.a. att den upphandlande enheten tecknat avtal med leverantör. I ytterligare 2 mål har leverantörens talan avslagits p.g.a. att den upphandlande enheten fattat beslut om leverantör.

<sup>116</sup> 7 kap. 1 § LOU.



- I 88 mål har leverantörens talan avvisats. I 22 av dessa mål p.g.a. att leverantören har saknat talerätt, LOU inte ansågs tillämplig på anskaffningen, leverantören återkallat sin talan etc. I 46 av målen har leverantörens klagomål avisats p.g.a. att den upphandlande enheten tecknat avtal med leverantör. I 20 av målen har leverantörens klagomål avvisats p.g.a. att den upphandlande enheten fattat beslut om leverantör.
- I 9 mål har domstolen beslutat att upphandlingen inte får slutföras förrän rättelse har vidtagits.
- I 36 mål skall den upphandlande enheten enligt domstolens dom göra om upphandlingen.

### *Skadeståndsmål från allmänna domstolar*

Efter det att avtal slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör kan förfördelade leverantörer, inom ett år från det att avtalet slöts, begära skadestånd vid allmän domstol.

I kartläggningen ingår samtliga 21 skadeståndsmål som kommit till NOU:s kännedom t.o.m. 1 maj 1999.

Nedan redovisas översiktligt utgången skadeståndsmålen.

- Ett mål har avskrivits p.g.a. klaganden saknar talerätt.
- I fem mål har leverantören tillerkänts skadestånd.
- I fem mål har leverantörens talan helt och hållet ogillats. I dessa mål har domstolen inte funnit att den upphandlande enheten gjort något fel och att leverantören därmed inte har åsamkats någon skada.
- I sex mål har leverantörens talan ogillats med anledning av att denne inte visat att någon skada uppstått. I dessa fall har domstolen dock konstaterat att den upphandlande enheten brutit mot LOU.<sup>117</sup>

### *Översikt över kartläggningsresultatet<sup>118</sup>*

Påtalade brister	Antal poster
Är LOU tillämplig på anskaffningen?	24
Upphandlande enhet	7
Upphandlingspolicy	3

<sup>117</sup> Rapport om kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling, s. 5 ff.

<sup>118</sup> Rapport om kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling, s. 12.

<b>Egen regi</b>	3
<b>Upphandlingsförfarande: Val av upphandlingsförfarande</b>	20
<b>Upphandlingsförfarande: Otillåten direktupphandling</b>	89
<b>Upphandlingsförfarande: Direktupphandling – synnerliga skäl/lågt värde</b>	2
<b>Upphandlingsförfarande: Byte av förfarande under upphandling</b>	8
<b>Upphandlingsförfarande: Tröskelvärdesberäkning</b>	3
<b>Förfrågningsunderlag: Kravspecifikation</b>	41
<b>Förfrågningsunderlag: Administrativa bestämmelser</b>	13
<b>Förfrågningsunderlag: Kommersiella villkor</b>	11
<b>Förfrågningsunderlag: Utvärderingskriterier</b>	32
<b>Förfrågningsunderlag: Kvalifikationskrav</b>	19
<b>Förfrågningsunderlag: Väsentliga ändringar</b>	11
<b>Förfrågningsunderlag: Övrigt</b>	6
<b>Annonsering</b>	17
<b>Anbudsinfördran</b>	3
<b>Leverantörskontroll: Uteslutningsgrunder</b>	4
<b>Leverantörskontroll: Kvalifikationskrav</b>	7
<b>Leverantörskontroll: Nya hänsyn</b>	1
<b>Leverantörskontroll: Övrigt</b>	9
<b>Anbudsprövning: Formella fel</b>	7
<b>Anbudsprövning: Skall-krav</b>	19
<b>Anbudsprövning: Utvärderingskriterier</b>	39
<b>Anbudsprövning: Orimligt lågt anbudspris</b>	2
<b>Anbudsprövning: Otillbörliga hänsyn</b>	10
<b>Anbudsprövning: Nya hänsyn</b>	41
<b>Anbudsprövning: Övrigt</b>	6
<b>Avbruten upphandling</b>	10
<b>Dokumentation och öppenhet</b>	23
<b>Övriga påpekanden</b>	6
Kategorisering var inte möjlig att göra avseende vissa rättsfall eftersom domskäl saknas.	82
<b>TOTALA ANTALET POSTER I KARTLÄGGNINGEN</b>	<b>578</b>

Figur 3.

### **Kommitténs bedömning**

Kommittén vill understryka att i samtliga fall där det inte rör sig om domstols dom eller annat auktoritativt organs uttalande är påstådda brister inte utredda på sätt som krävs enligt rättegångsbalken och förvaltningslagen. Framför allt gäller det de tidningsartiklar som kommer

från fackpressen, dvs. Anbudsjournalen och Anbud & Inköp (16 % av det kartlagda materialet) men det gäller även det privata granskningsorganet Konkurrenskommissionens yttranden (8 % av det kartlagda materialet). Artiklar och uttalanden av enskilda organ skall naturligtvis inte tillmätas samma värde som domstols dom och NOU:s yttranden m.m. De ger dock en indikation på vad som uppfattas som problemområden. De har vidare ett värde såsom forum för missnöjda leverantörer, upphandlare och upphandlande enheter.

Kommittén konstaterar att det finns förhållandevis få rapporter och undersökningar om förhållandena vid offentlig upphandling. Detta är naturligtvis en brist vid denna typ av redogörelse.

Vidare vill kommittén ställa siffrorna i NOU:s kartläggning mot att Sveriges ca 10 000 upphandlande enheter varje år gör omkring 200 000<sup>119</sup> förenklade upphandlingar och ca 3 500 direktivstyrda upphandlingar<sup>120</sup>. Ur detta perspektiv kan antalet överprövningar per år (60-70 stycken) synas vara lågt. NOU:s kartläggning ger en bild av de typfall av regelöverträdelser som förekommer. Det finns dock inte något empiriskt material som anger frekvensen av olika typer av regelöverträdelser. Detta är emellertid något som inte går att mäta med tillgängliga resurser och metoder. Vid en sammanlagd bedömning av NOU:s kartläggning, riksdagens revisorers rapport, branschsaneringsutredningen, undersökningar som utförs av branschorganisationer, opinionsyttranden på seminarier, möten och hearingar med företrädare för leverantörer och inköpare m.fl. kan kommittén ändå konstatera att det finns ett underlag för ett ställningstagande till behovet av förändrad lagstiftning. Kommitténs ställningstagande bygger även på att en så stor del som 40 procent av tillfrågade leverantörer<sup>121</sup> övervägt att klaga på upphandling genom överprövning men avstått och 20 procent har efter övervägande avstått från skadeståndstalan. Det viktigaste skälet till att man skulle avstå eller har avstått var att leverantörerna var rädda för svartlistning. Ett annat vanligt skäl var att man tycker det är svårt att veta om man skulle ha fått rätt.<sup>122</sup>

<sup>119</sup> Källa: samtal med Stefan Elg, Chefredaktör och ansvarig utgivare av Anbudsjournalen.

<sup>120</sup> Antalet annonseringar i Tender Electronic Daily.

<sup>121</sup> NOU:s rapport "Effekterna av lagen om offentlig upphandling" som bygger på en enkätundersökning gjord av Statistiska central byrån (SCB).

<sup>122</sup> Effekter av lagen om offentlig upphandling, s. 42.

## 7.2.2 Offentligt tryck

I detta kapitel refereras även till material som klassificeras som offentligt tryck. Där ingår riksdagens revisorers förslag till riksdagen 1997/98:RR10 om offentlig upphandling. Vidare beaktas huvudbetänkandet av Branschsaneringsutredningen, SOU 1997:111. Branschsaneringsutredningen tillsattes för att utreda branschsanering och andra åtgärder mot ekonomisk brottslighet.<sup>123</sup> Ett kapitel i utredningens betänkandet behandlar, bl.a. förslag på ändringar i LOU i syfte att förhindra ekonomisk brottslighet i samband med offentlig upphandling.

Småföretagardelegationen har i SOU 1998:94 tagit upp vissa frågor som rör offentlig upphandling<sup>124</sup> vilka behandlas i detta kapitel.

Utöver detta beaktas även riksdagsmotioner i ämnet.

## 7.2.3 Rapporter, undersökningar m.m. i ämnet

Utöver den rapport som NOU tagit fram för Upphandlingskommitténs räkning har kommittén även tagit del av nämndens rapport ”Effekter av lagen om offentlig upphandling”<sup>125</sup>. Rapporten bygger på enkäter som skickats ut till 395 upphandlande enheter inom stat kommun, landsting samt kommun- och landstingsägda bolag och 310 företag.

Vidare refereras till delrapporten avseende NOU:s tillsynsprojekt över upphandlingen i kommun- och landstingsägda bolag<sup>126</sup> och rapporten om statliga bolags tillämpning av LOU<sup>127</sup>. De två sistnämnda rapporterna bygger på enkäter till samtliga kommun- och landstingsägda samt statligt ägda bolag.

I detta kapitel refereras även till en kvalitativ undersökning genomförd av Demoskop på uppdrag av Industriförbundet. Rapporten ”Offentlig upphandling – en kvalitativ undersökning”<sup>128</sup> bygger på djupintervjuer med 28 personer med erfarenhet av anbudsgivning och 7 personer med erfarenhet av offentlig upphandling.

I kapitlet hänvisas även till Svenska kommunförbundets skrift ”Konkurrens för fortsatt välfärd – om förekomst, omfattning, effekter

<sup>123</sup> Dir. 1995:142.

<sup>124</sup> SOU 1998:94, s.23.

<sup>125</sup> Rapport från januari 1998, NOU:s dnr 86/97-21.

<sup>126</sup> Rapport av den 24 mars 1999, NOU:s dnr 248/98-29.

<sup>127</sup> Rapport av den 30 november 1999, NOU:s dnr 172/98-28.

<sup>128</sup> Rapport av den 13 maj 1998, Dokument: 8153 Ind.

och erfarenheter av konkurrensutsättning och alternativa driftsformer”<sup>129</sup>. Skriften bygger på enkätundersökningar, djupintervjuer med fem olika kommuner, andras undersökningar m.m.

Utöver dessa rapporter och undersökningar har kommittén även tagit del av och refererar till granskningar av enskilda län och kommuner samt speciella typer av upphandlingar m.m. Detta material har tagits fram av bl.a. Konkurrensverket, olika länsstyrelser och branschorganisationer.

#### 7.2.4 Upphandlingskommitténs hearingar

Kommittén (NOU-utredningen) arrangerade under 1998 en hearing där sex leverantörer och sex upphandlande enheter gavs möjlighet att uttala sig i frågor omkring NOU:s nuvarande verksamhet, tillsynsmyndighetens framtida verksamhet, 6 kapitlets utformning, upphandlingsprocessen, auktorisation av upphandlare m.m. Utredningen som då bestod av enbart experter gavs möjlighet att ställa frågor till inköparna och leverantörerna.

I den 25 maj 1999 arrangerade Upphandlingskommittén tillsammans med Utredningen om sjukvårdsupphandling en hearing om upphandling av hälso-, sjuk- och tandvård samt äldre- och handikappomsorg. Här fick liksom vid tidigare hearing sex företagsföreträdare och sex upphandlare ge sin syn på upphandling inom nämnda område.

#### 7.2.5 Upphandlingskommitténs erfarenheter från möten med upphandlare och leverantörer m.fl.

Upphandlingskommittén har under utredningstiden haft ca två möten i veckan med företrädare för upphandlande enheter, upphandlare, leverantörer, tillsynsmyndigheter och andra som berörs av offentlig upphandling. Som exempel kan nämnas möten med Privata företag i samhällets tjänst (PIST), Sveriges Offentliga inköpare (SOI), Norrorternas förenade inköpare (NOFI-gruppen), Byggkostnadsdelegationen, Delegationen för ekologiskt hållbar upphandling, Konkurrensverket, Kommerkollegium, Glesbygdsverket, Kommunförbundet, Landstingsförbundet m.fl. De erfarenheter som erhållits vid dessa möten har varit väsentliga för utredningens inriktning och innehåll. Delar av kommitténs slutsatser förstärks av dessa erfarenheter som dock inte på ett enkelt sätt låter sig dokumenteras.

<sup>129</sup> Svenska Kommunförbundet, 1999.

## 7.3 Problemområden

### 7.3.1 Allmänt om offentlig upphandling och LOU

#### *Är LOU ett krångligt regelverk?*

På kommitténs hearing i december 1998, om bl.a. 6 kap., påpekade inköparssidans vikten av att reglerna i 6 kap. är enkla att tillämpa. Dagens regler ansågs dock inte vara svåra att tillämpa och ingen förordade att 6 kap. tas bort. Alltför många formaliaregler ansågs dock kunna hämma anbud med innovativa lösningar.

Av NOU:s rapport ”Effekter av lagen om offentlig upphandling” framgår att främst kommuner och kommunala bolag men även statliga myndigheter anser att LOU:s ikraftträdande innebar ett paradigmskifte. Även om reglerna i 6 kap. är till mångt och mycket liknande de regler som gällde enligt Upphandlingsreglementet (UR) och Upphandlingsförordningen (UF) så innebar upphöjelsen till lag att de fick en större genomslagskraft. Från flera håll betraktades UR som ett mer eller mindre dispositivt regelverk.<sup>130</sup>

Länsstyrelsen i Stockholms län har i rapporten ”Konkurrens i kommunal sektor – erfarenheter från upphandling i Stockholms län” från år 1996 granskat kommunernas uppfattning om LOU och dess effekter. Inledningsvis konstateras att dessa är förhållandevis samstämmiga. Flertalet kommuner har uttalat sin uppfattning om LOU:s detaljreglering av upphandlingsförfarandet. I huvudsak ifrågasätts de detaljerade bestämmelserna för upphandling under tröskelvärdena. Man anser att LOU medger ett alltför litet utrymme för förhandlingar med anbudsgivare och är dåligt anpassad till den decentraliserade organisation som återfinns i många kommuner. Lika vanlig är dock uppfattningen att lagens detaljerade utformning gör den lätt och smidig att arbeta efter och att det är upp till upphandlaren att undvika att bokstavstolka bestämmelserna och istället använda sitt sunda förnuft när tveksamheter omkring tolkningen och tillämpningen uppkommer.<sup>131</sup>

<sup>130</sup> Effekter av lagen om offentlig upphandling, s. 33.

<sup>131</sup> Konkurrens i kommunal sektor – erfarenheter från upphandling i Stockholms län, s. 53 f.

Enligt den rapport Demoskop gjort på uppdrag av Industriförbundet ansågs LOU:s regler vara krångliga. För att klara av att tolka reglerna var det många av de intervjuade upphandlarna som behövde anlita juristhjälp. Det gällde då ofta diskussioner kring frågor som anses ligga i "gråzonen".<sup>132</sup> I samma rapport framförs från leverantörshåll att reglerna gör att upphandlingen blir stelbent. En leverantör försitter sin chans att vara med i en upphandling om han gjort en miss i sitt anbud. Vidare kritiserades reglerna för att de hämmar företagets kreativitet. Lämnas anbud på alternativa lösningar – som är både bättre och billigare – händer det att den upphandlande enheten går ut och begär in prisuppgifter på förslaget. Reglerna anses inte heller vara anpassade för databranschen. LOU anses dock, om den efterföljs, innebära mycket positivt enligt de intervjuade leverantörerna. Det finns dock problem med bristfällig kompetens omkring regelverket samt de stora möjligheterna som finns att kringgå lagen<sup>133</sup>

### *Upphandlingskompetensen*

Av remissvaren som presenteras i riksdagens revisorers förslag till riksdagen framgår att en enighet råder bland remissinstanserna om det stora behovet av utbildning och information på området.<sup>134</sup> Regeringen har dock i regleringsbrevet för 1999 begärt att tillsynsmyndigheten skall minska sina insatser i fråga om information.

I princip alla inköpare och leverantörer, på kommitténs hearing, har betonat att det behövs kompetenshöjande åtgärder för inköparna. Speciellt inköpare i kommunerna ansågs ha en besvärlig situation eftersom dessa har ett så brett tjänste- och varuområde som de skall behärska. Den ena dagen skall den kommunale inköparen upphandla IT-produkter och den andra dagen ett äldreboende. Ofta sker dessa upphandlingar med flera års mellanrum vilket gör det svårt att tillskansa sig kompetens på de olika tjänste- och produktområdena. Behovet av upphandlingsmallar och inköpssamarbete underströks. Alla inköpare och leverantörer var också positivt inställda till någon form av auktorisation eller certifiering av inköpare.

Flera av inköparna kritiserade även kompetensen bland leverantörerna och att även de måste förbättra sig och lämna bättre anbud.

<sup>132</sup> Offentlig upphandling – en kvalitativ undersökning, s. 45.

<sup>133</sup> Offentlig upphandling – en kvalitativ undersökning, s. 41 ff.

<sup>134</sup> 1997/98:RR10, s. 14.

Enligt NOU:s rapport "Effekter av lagen om offentlig upphandling" är leverantörernas meningar delade när det gäller upphandlarnas kunskap om LOU. En tredjedel tycker att kunskaperna är goda men en lika stor del anser att de är dåliga. Detsamma gäller om upphandlarnas allmänna yrkeskompetens.

Nästan 90 procent av de tillfrågade upphandlande enheterna ansåg att sedan LOU:s ikraftträdande finns ett ökat behov av kompetens och information. Hälften av de upphandlande enheterna saknade praktiskt inriktad litteratur, en tredjedel saknade särskilda föreskrifter liknande RRV:s föreskrifter till UF och ca en femtedel saknade bättre utbildningsmöjligheter.<sup>135</sup>

I rapporten "Offentlig upphandling – en kvalitativ undersökning" anser de intervjuade upphandlarna att kompetensen är lägre hos mindre upphandlande enheter.<sup>136</sup> Även de intervjuade leverantörerna anser att det främst är de små enheternas kompetens som är bristfällig. I samma rapport påpekar de intervjuade leverantörerna att deras egna kunskaper om LOU är bristfälliga. I några fall förser branschorganisationerna företagen med utbildning och i något fall har företagen fått information från NOU. I flertalet fall anser de tillfrågade att den information de fått ej är tillräcklig.<sup>137</sup>

### ***Små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling***

Riksdagens revisorer anser i sitt förslag till riksdagen att det finns skäl för en omprövning av reglerna under tröskelvärdena. Revisorerna påpekar vikten av att små och medelstora företag ges möjlighet att delta i offentliga upphandlingar. En allmän uppfattning bland remissinstanserna är att små och medelstora möter svårigheter i konkurrensen om offentliga upphandlingar. Det är främst storskaliga upphandlingar som kritiseras eftersom små och medelstora företag har svårt att delta i dessa upphandlingar. Detta har, enligt vissa remissinstanser, lett till oligopolsituationer som t.ex. på livsmedelsområdet. Från näringslivet konstateras att upphandlande enheter prioriterar kortsiktiga intressen såsom pris genom att teckna alltför stora kontrakt. Det leder till att enbart stora företag kan lämna anbud och att de mindre trängs bort från marknaden. Detta kan på längre sikt leda till höjda priser p.g.a. dåligt fungerande konkurrens.<sup>138</sup>

<sup>135</sup> Effekter av lagen om offentlig upphandling, s. 36 f.

<sup>136</sup> Offentlig upphandling – en kvalitativ undersökning, s. 45.

<sup>137</sup> Offentlig upphandling – en kvalitativ undersökning, s. 38 f.

<sup>138</sup> 1997/87:RR10, s. 6 f.



Småföretagardelegationen föreslår att regeringen ser till att offentliga organ delar upp sina order så att även mindre företag har möjlighet att vara med i budgivningen.<sup>139</sup>

Under 1999 har även flera partier motionerat i ämnet små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling.<sup>140</sup>

I rapporten "Konkurrens i kommunal sektor – erfarenheter från upphandling i Stockholms län" från 1996, framgår att samordning av upphandling kan vara på gott och ont. I bästa fall kan upphandlingssamarbetet medverka till att stärka kommunernas upphandlingskompetens. Samordning kan öka möjligheterna att uppnå förmånliga avtal. Samtidigt riskerar viss samordning och driva upp upphandlingsvolymerna vilket leder till att små och medelstora företag har svårt att delta. De i rapporten granskade kommunernas erfarenheter från bl.a. upphandling av livsmedel och vissa vårdhem, tyder på att samordning av upphandlingar bör undvikas om det endast finns ett begränsat antal företag på den aktuella marknaden och konkurrensen samtidigt är svag.<sup>141</sup>

I Industriförbundets rapport "Offentlig upphandling – en kvalitativ undersökning" konstateras att de små företagen har svårast att bevaka marknaden för offentliga upphandlingar. De måste ofta själva bevaka och kontakta de upphandlande enheterna. Många företag ges aldrig möjlighet att delta i upphandlingar därför att de aldrig nås av information om att en upphandling pågår. De vet heller inte var de skall söka information.<sup>142</sup>

### ***Problemlösning och administrativt samarbete på den inre marknaden***

1998 inleddes på Danmarks initiativ ett pilotprojekt med avsikt att finna pålitliga och informella lösningar i samband med problem vid upphandlingar på den inre marknaden. Sverige avser att vara med och aktivt delta i projektet. Syftet med projektet är att så fort ett problem uppstår i ett upphandlingsärende som angår två eller fler av de deltagande medlemsstaterna (*cross-border problem*) skall medlemsstaterna söka lösa problemen på ett informellt sätt utan att några formella åtgärder behöver bli aktuella, t.ex. klagomål vid EG-kommissionen, överträdelsealan, domstolsförhandlingar m.m. Varje deltagande medlemsstat kan begära att en annan deltagande

<sup>139</sup> SOU 1998:94, s. 24.

<sup>140</sup> 1999/2000:Fi805, 808 och 811.

<sup>141</sup> Länsstyrelsen i Stockholms län, Konkurrens i kommunal sektor – erfarenheter från upphandling i Stockholms län, s. 106 f.

<sup>142</sup> "Offentlig upphandling – en kvalitativ undersökning", s. 4.

medlemsstat skall vara behjälplig i de fall ett klagomål eller en fråga uppkommer i ett upphandlingsärende som rör de båda medlemsstaterna. De medlemsstater som deltar, förutom Danmark, är Tyskland, Nederländerna, Spanien och Storbritannien. För att nå bästa effekt i informationsutbytet och det administrativa samarbetet skall de deltagande medlemsstaterna utse en kontaktpunkt eller flera kontaktpunkter. En kontaktpunkt i den medlemsstat där den klagande befinner sig kan skicka klagomålet till kontaktpunkten i den medlemsstat klagomålet gäller. Det finns vissa riktlinjer för själva problemlösandet och de deltagande medlemsstaterna har åtagit sig att följa dessa i de fall en medlemsstat begär att man tillsammans skall söka finna en lösning på ett problem. Sveriges deltagande i projektet kan ge vissa öppningar inte minst när det gäller små och medelstora företags möjligheter att delta i upphandling i andra länder eftersom dessa har begränsade möjligheter att lösa problem på formell väg. Dessutom kan projektet genom sin informella karaktär ge utrymme för medlemsstaterna att korrigera ett felaktigt förfarande på ett tidigt skede och därigenom undgå formella åtgärder. Projektet är således tilltalande för alla inblandade. Det är inte klart vilken kontaktpunkt som skall utses för svenskt vidkommande, men det torde stå klart att tillsynsmyndigheten på något sätt kommer att involveras i arbetet.

### ***Ekonomisk brottslighet och offentlig upphandling***

”Under 1996 sände Riksrevisionsverket ut en enkät till 104 kommunala, landstingskommunala och statliga myndigheter för att kartlägga hur upphandlingsreglerna uppfattades och tillämpades. Svarsfrekvensen var 75 %.

Enligt enkäten fordrade städtjänster extra noggrann kontroll av leverantörerna vid upphandling (22 procent av antalet svarande). Även upphandling inom transport (15 procent) samt bygg- och anläggningsentreprenader (10 procent) krävde extra noggrann kontroll. I övrigt ansåg fem procent av de som svarade att mindre bygguppdrag, taxi, restaurang, tjänstesektorn och småföretag krävde extra noggrann kontroll.

Enkätsvaren ligger väl i linje med de uppgifter som utredningen [branschsaneringsutredningen] fått fram genom tidigare redovisade branschkartläggningar. Städ-, flytt-, taxi- och byggbranscherna har problem med skatteundandraganden.

Enligt en ännu inte publicerad undersökning som SAF genomfört under år 1996 anser 13,6 procent (628 företag) av sammanlagt 4 610 tillfrågade företag att de vid anbudsgivning vid offentlig upphandling under perioden 1992-1996 blivit utkonkurrerade av företag som använder sig

av svart arbetskraft eller inte betalar skatter och avgifter. Antalet missade anbud uppgick till 1 461 för de 628 företagen.

Med hänsyn till att den offentliga upphandlingen omsätter omkring 300 miljarder kr om året är den offentliga sektorn en viktig ekonomisk faktor att räkna med för näringslivet, inte minst för de oseriösa företagen. Kan upphandling ske på ett sådant sätt att oseriösa företag stängs ute från denna marknad betyder det mycket för att bekämpa ekonomisk brottslighet, särskilt i utsatta branscher. Den offentliga sektorn är nämligen en stor köpare av bygg- och anläggningsarbeten samt städtjänster, med andra ord branscher som har problem med ekonomisk brottslighet. Genom bl.a. färdtjänst är den offentliga sektorn en betydelsefull köpare av taxiresor. Även flyttjänster uppköps till stor del av den offentliga sektorn. Både taxi- och flyttbranschen är utsatta för ekonomisk brottslighet.

I flera remissyttranden över utredningens delbetänkande om införandet av ett licensavgiftssystem, företrädesvis inom taxibranschen, påtalades betydelsen av att kommuner och landsting står för kostnaderna för en stor del av de taxiresor som sker i landet. Utanför större tätorter eller i glesbygdsområden kan, enligt Konkurrensverket, taxis intäkter till övervägande del (60-90 procent) avse betalning för resor som utförs åt kommuner och landsting. Totalt härrör ca en tredjedel av taxis intäkter från den offentliga sektorn.

Den offentliga sektorn sitter, genom sin ekonomiska makt och på grund av den inte i ringa omfattning upphandlar entreprenader och tjänster från problembanscher, på en stor del av lösningen för att kraftigt kunna minska den ekonomiska brottsligheten. För den ekonomiska brottsligheten är det enbart pengarna som räknas. Makten att förändra ligger hos de som håller i pengarna.”<sup>143</sup>

### ***Kommitténs bedömning***

Kommittén har till uppgift att se över de regler som gäller i 6 kap. LOU. Kommittén anser att upphandlingar som idag regleras i 6 kap. även fortsättningsvis skall regleras i svensk lag. Vårt ställningstagande bygger på att den offentliga upphandlingen värdemässigt och antalsmässigt domineras av upphandlingar som regleras i 6 kap.<sup>144</sup> För att kommittén skall kunna realisera de mål som tecknats i kapitel 8 krävs att upphandlingar

<sup>143</sup> Utdrag ur SOU 1997:111, s. 454 f.

<sup>144</sup> Se kapitel 2.

under tröskelvärdena, upphandling B-tjänster m.m. även i fortsättningen regleras i svensk lag.

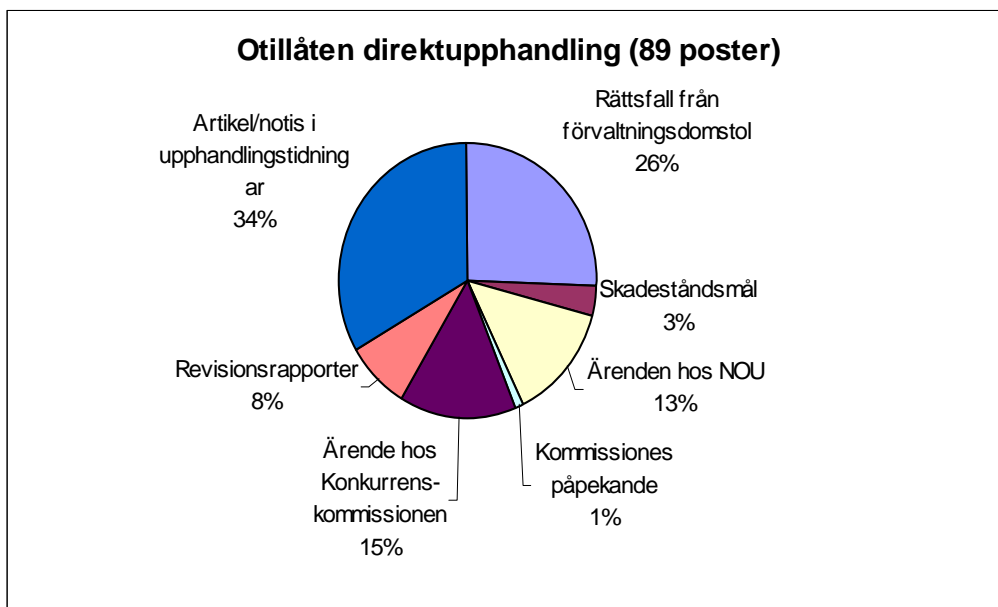
Kommitténs arbete med 6 kap. skall resultera i förenkling för de som tillämpar regelverket. Sjätte kapitlet används främst av personer utan särskilda juridiska kunskaper. En avvägning måste dock alltid göras mot leverantörernas berättigade intressen av förutsebarhet och öppenhet samt att inte bli godtyckligt och orättvist behandlade. Vidare skall bestämmelserna i 6 kap. vara förenliga med gemenskapsrättens grundläggande principer.

Det är en ytterst viktig aspekt för den offentliga upphandlingen att leverantörerna har förtroende för systemet. Kontroll av regelefterlevnaden och kompetenshöjande åtgärder är viktiga instrument för att skapa ett sådant förtroende. Företagens möjligheter att konkurrera på lika villkor är starkt beroende av att gällande lagar och regler följs. Det gäller i allra högsta grad de seriösa leverantörer som förlorar i konkurrenskraft i förhållande till de företag, som inte betalar eller slarvar med sina skatter och avgifter.

För att förbättra konkurrensen samtidigt utan att ersätta offentliga monopol med privata monopol krävs enligt kommitténs mening att små och medelstora företag ges reella möjligheter att delta i upphandlingar. Denna ståndpunkt får inte reduceras till en läpparnas bekännelse. Enligt kommitténs bedömning krävs en radikal kursändring som bör komma till uttryck i en klar principbestämmelse i LOU och konkreta bestämmelser i 6 kap.

### 7.3.2 Otillåten direktupphandling

#### NOU:s kartläggning



Figur 4.

Ett inköp som genomförs av en upphandlande enhet utan att bestämmelserna i LOU beaktas, trots att de borde ha följts, betraktas som en otillåten direktupphandling. Begreppet täcker således situationer då en upphandlande enhet tar kontakt med *en* viss leverantör utan att LOU:s bestämmelser efterlevs. Andra situationer är dels den att den upphandlande enheten har ingått ett avtal enligt LOU avseende en viss volym men köper sedan en väsentligt större volym, dels den att enheten förlänger ett avtal trots att det inte finns en förlängningsklausul i avtalet eller att den redan är utnyttjad. Är inköpet över tröskelvärdena motsvaras det av en förhandlad upphandling utan annonsering genomförd i strid med LOU. För enkelhetens skull benämns alla inköp som en otillåten direktupphandling oavsett upphandlingens värde.

Det fel som i särklass oftast förekommer i kartläggningen är s.k. otillåten direktupphandling. Detta stämmer väl överens med den erfaren-

het NOU har från sina kontakter med leverantörer. Av de totala antalet poster om 578 som ingår i kartläggningen avser 89 stycken otillåten direktupphandling. Av de 89 poster avser 23 mål från förvaltningsdomstol och tre mål från allmän domstol

<b>Kartlagt material</b>	<b>Antal poster</b>
Rättsfall i förvaltningsdomstol	23
varav beslut/dom i målen: 7 avslagsbeslut där upphandlingsförfarande inte ansetts inlett (varav tre avser samma upphandling)	
1 avslag fel konstaterades men ej visad skada	
1 avskrivning	
2 avskrivning p.g.a. att avtal har tecknats	
2 avvisningar	
6 avvisningar p.g.a. att avtal har tecknats	
1 avvisning p.g.a. beslut om leverantör fattats	
4 UGO (varav två avser samma upphandling)	
Skadeståndsmål	3
varav	2 ogillas fel konstaterades men ej visad skada
	1 preskriberat

Figur 5; Otillåten direktupphandling

### *Praxis i överprövningsmål*

Av de 23 mål som hittills har prövats i förvaltningsdomstol avseende otillåten direktupphandling har upphandlingens genomförande prövats i endast fem mål. Det kan jämföras med att ca 50 procent av domarna totalt prövas i sak. I fyra av dessa fem mål har domstolen beslutat att upphandlingen skall göras om. Två av dessa avser emellertid samma upphandling. Detta skall jämföras med att av samtliga kartlagda avgöranden från förvaltningsdomstol avser 17 procent beslut om att upphandlingen skall göras om eller att den skall rättas till. En leverantörs möjlighet att föra talan mot en som han ser det otillåten direktupphandling begränsas av att upphandlingsprocessen ofta är så kort att en anmälan till förvaltningsdomstol inte är verkningsfull. En ansökan om överprövning får enligt LOU som nämnts inte prövas efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts. Nio av de 23 målen prövades inte i sak på den grunden att upphandlingen bedömdes vara avslutad.

I följande fyra mål avseende otillåten direktupphandling har domstolen beslutat att upphandlingen skall göras om.

**Länsrätten i Skåne län**<sup>145</sup> uppger i ett mål att det är ostridigt att Länsarbetsnämnden i Skåne län (LAN) infordrat anbud av endast en leverantör. LAN hade skickat ut underlaget till företaget och någon annan form av tillkännagivande av upphandlingen hade inte använts. Av domen framkommer att företrädare för LAN uppgav per telefon till länsrätten den 12 februari 1997 att kontrakt avseende upphandlingen avsågs tecknas den 14 februari 1997. Länsrätten beslutade samma dag den 12 februari 1997 att upphandlingen av utbildningskurserna inte får avslutas innan annat beslutats. Länsrätten konstaterar i domen att LAN brutit mot 1 kap. 4 § och 6 kap. 2 och 4 §§ LOU och beslutade att upphandlingen skall göras om.

**Länsrätten i Hallands län uppger** i två mål<sup>146</sup> som avser samma upphandling att avtal inte kan anses ha slutits förrän landstingsfullmäktige godkänt överenskommelsen om att landstinget förbinder sig dels att köpa tvättjänster för ett visst minsta belopp, dels ett tvättserviceavtal där landstinget åtar sig att under tre år köpa hela behovet av tvättjänster av leverantören. Domstolen beslutade att upphandlingen skall göras om.

**Länsrätten i Stockholms län**<sup>147</sup> uppger i förevarande mål att Riksförsäkringsverket (RFV) lämnat en specificerad beställning på talsvarsutrustning. Leverantören har inte såvitt länsrätten har kunnat utröna lämnat någon orderbekräftelse på gjord beställning på utrustningen. Det finns således inte något skriftligt avtal. RFV har anfört att upphandlingen har ansetts som en utökning av ett projekt och som en komplettering av en tidigare genomförd upphandling. Länsrätten konstaterar att av det ursprungliga förfrågningsunderlaget inte framgår att syftet var att utöka projektet. Länsrätten finner att utökningen inte kan betraktas som en komplettering till tidigare upphandling av talsvarssystem och beslutar att upphandlingen skall göras om.

I följande mål har domstolen konstaterat brott mot LOU men leverantören har inte visat skada

<sup>145</sup> Mål nr 1594-97, Österlens Utbildningscentrum ./ Länsarbetsnämnden i Skåne län.

<sup>146</sup> Mål nr 485-97, Tvättman Textil Service AB ./ Landstinget Halland och mål nr 575-97, Eko Förvaltnings AB ./ Landstinget Halland.

<sup>147</sup> Mål nr Ö 16217, Cardolan AB ./ Riksförsäkringsverket.

**Länsrätten i Kopparbergs län** konstaterar i ett mål<sup>148</sup> att omständigheter som kan medföra att direktupphandling får användas inte föreligger och att upphandlingen därmed ansetts ha genomförts i strid med 1 kap. 4 § LOU. För åtgärd från domstolen fordras emellertid också att leverantören lidit eller kan komma att lida skada. Sökanden har hittills endast åberopat som sakligt skäl för sitt yrkande att priset enligt hans mening är dumpat. Han har således inte visat att han skulle komma att lida skada. Länsrätten avslår den klagandes begäran om ingripande.

I följande sju mål har domstolen avslagit ansökan om överprövning på den grundet att upphandlingsförfarande ej ansetts påbörjat

**Kammarrätten i Stockholm** uppger i ett mål<sup>149</sup> att Gamla Uppsala Buss AB har av huvudmannen för kollektivtrafiken i Uppsala län, Upplands lokaltrafik AB, erhållit uppdrag att ombesörja personbefordran med buss. Uppdraget har innefattat rätt att låta delar av uppdraget utföras av underentreprenör. Upplands lokaltrafik AB har godkänt viss underentreprenör för vissa trafikpaket som ingår i uppdraget. I denna del anser kammarrätten att beslut om leverantör har fattats. Vad gäller övriga trafikpaket har Gamla Uppsala Buss AB fattat ett beslut att driva dessa i egen regi. Kammarrätten uppger att det i denna del är oklart om något upphandlingsförfarande över huvud taget har inletts. Även om så är fallet har Gamla Buss Uppsala AB uppgivit att förfarandet har avbrutits. Kammarrätten avslår överklagandet av länsrättens beslut att avskryva målet.

**Kammarrätten i Stockholm**<sup>150</sup> har angivit avseende en påtalad otillåten direktupphandling av tjänster för fastighetsförvaltning att något upphandlingsförfarande inte har inletts, varpå beslutet inte kan överprövas och överklagandet avslås i enlighet härmed.

**Länsrätten i Blekinge län**<sup>151</sup> uppger att ett klagomål avser en kommuns beslut att upphandla samhällsbetald taxitrafik via Blekinge Länstrafik AB. Länsrätten konstaterar att därigenom har inte någon upphandling påbörjats som vid överprövning kan föranleda någon åtgärd. Det är först när upp-

<sup>148</sup> Mål nr 848-96, Anders Ahlström ./.. Smedjebackens kommun.

<sup>149</sup> Mål nr 2130-1996, Högbergs Buss AB och Edlunds Trafik AB ./.. Gamla Uppsala Buss AB.

<sup>150</sup> Mål nr 6278-1996, Farmartjänst i Nyköping AB ./.. Nyköpings kommun, Mål nr 6277-1996, Farmartjänst i Nyköping AB ./.. Nyköpings Industriaktiebolag och Mål nr 6276-1996, Farmartjänst i Nyköping AB ./.. Skavsta Flygplats AB.

<sup>151</sup> Mål nr 753-96 E, Karlshamns Taxi AB ./.. Karlshamns kommun.



handling av Länstrafiken genomförs som en överprövning kan göras. Länsrätten beslutar att inte uppta ansökningen till prövning.

**Kammarrätten i Stockholm** <sup>152</sup> uppger att i enlighet med kommunens uppgifter ingen upphandling pågår och någon överprövning kan inte ske.

**Länsrätten i Skåne län** <sup>153</sup> har konstaterat att grund för direktupphandling inte föreligger och att förhållandet att förhandling om förlängning av ett tidigare uppsagt avtal om tvätteriverksamhet inletts mellan parterna innebär att en upphandling inletts. Länsrätten beslutar att upphandlingen skall göras om.

**Kammarrätten i Göteborg** <sup>154</sup> konstaterar i samma mål att landstinget först formellt sagt upp avtalet och sedan ingått ett nytt avtal varigenom det tidigare träffade avtalet förlängs gälla ytterligare fyra månader. Det senare träffade avtalet kan inte betraktas som annat än en förlängning av det förra avtalet och kammarrätten finner att det ingångna avtalet inte kan betraktas som om en ny upphandling skett.<sup>155</sup>

I nio fall har talan avvisats eller avskrivits på grunden att beslut om leverantör fattats eller avtal hade tecknats och att upphandlingen i enlighet härmed ansetts avslutad och i två fall p.g.a. att den sökande inte ansetts ha talerätt respektive LOU inte var tillämplig.

NOU har även noterat ett antal fall där den klagande inte yrkat ett interimistiskt beslut i länsrätt så att domstolen kan, om skäl föreligger, besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän den prövats i sak. Den upphandlande enheten har sedan hunnit avsluta upphandlingen innan domstolen prövat densamma. Andra situationer som förekommer är att enheter avslutar upphandlingen efter länsrättens avgörande så att en prövning i kammarrätten inte blir möjlig.

<sup>152</sup> Mål nr 5342-1997, Danmarks Buss HB ./.. Uppsala kommun.

<sup>153</sup> Mål nr 4641-98 E, Reny Tvätt AB ./.. Malmöhus läns landsting.

<sup>154</sup> Mål nr 4069-1998.

<sup>155</sup> NOU:s kommentar avseende ovannämnda dom är att NOU betraktar förfarandet generellt såsom en otillåten direktupphandling eftersom det civilrättsligt bindande avtalet mellan parterna har sagts upp. I normalfallet skall det, enligt NOU:s uppfattning, då genomföras en ny upphandling i enlighet med LOU.

### *Praxis i skadeståndsmål*

Enligt NOU:s kartläggning har frågan om otillåten direktupphandling prövats av allmän domstol i tre mål. I ett av målen ansågs talan vara preskriberad och i de två övriga målen har domstolen konstaterat brott mot LOU men den klagande leverantören har inte lyckats visa att skada förelegat och talan har ogillats i enlighet härmed. Något skadestånd har således ännu inte tillerkänts någon leverantör p.g.a. en genomförd otillåten direktupphandling.

**Högsta domstolen (HD)** har i april 1999 meddelat beslut om prövningstillstånd i ett skadeståndsmål <sup>156</sup> avseende en otillåten direktupphandling. Tingsrätten och hovrätten konstaterar att kommunen har genomfört en otillåten direktupphandling av städtjänster men den klagande har inte kunnat visa skada varpå talan således har ogillats. HD:s avgörande framöver kommer att bli prejudicerande för skadeståndsmål enligt LOU avseende otillåten direktupphandling.

I de båda skadeståndsdomarna <sup>157</sup> som konstaterar brott mot LOU men där leverantören inte kunnat visa skada hänvisar domstolen till lagstiftaren vad avser svårigheten för en förbigången leverantör att styrka orsakssambandet mellan ett fel vid upphandlingen och liden skada. I målet nämnt i fotnot 17 anger Solna tingsrätt "Den omständigheten att beviskravet i vissa fall kan förringa skadeståndets effektivitet som sanktion är vid sådant förhållande, enligt tingsrättens mening, ett problem som inte kan lösas i rättstillämpningen. Om erfarenheten skulle visa att skadeståndssanktionen inte får avsedd effekt, får det ankomma på lagstiftaren att ta ställning till vilka åtgärder detta bör föranleda."

### *NOU:s synpunkter avseende otillåten direktupphandling*

#### *Det kartlagda materialet m.m.*

En förhållandevis liten del av det som material som kartlagts avseende otillåten direktupphandling härrör från rättsfall (26 procent jämfört med 58

<sup>156</sup> Mål nr i HD T 2417-98 Tvättsvamparna, Rent & Fint Handelsbolag ./ Ekerö kommun.

<sup>157</sup> Svea hovrätts dom mål nr T 483-97 i mål, daterad 1998-04-30 och Falu tingsrätts dom, Mål nr T 1158-96, Datashopen i Dalarna Aktiebolag ./ Borlänge kommun, meddelad 1997-06-06.

procent i kartläggningen i övrigt). Detta fel som således ofta förekommer finns inte i motsvarande mån representerat i domstolsprövningar. Siffrorna pekar på att leverantörer i dessa fall snarare kontaktar en tidning och påtalar felaktigheten än anhängiggör talan vid domstol. Det kan förmodas att leverantörer med tiden erfarit att det är tämligen svårt att vinna framgång både i överprövnings- och skadeståndsmål. NOU påtalar att myndigheten haft en mängd klagomålsärenden avseende otillåten direktupphandlingar. Sådana klagomålsärenden tas numera sällan upp för prövning med hänsyn till att handläggningen skall begränsas till frågor av allmänt eller principiellt intresse.

### *Överprövningsmål*

En talan vid förvaltningsdomstol får inte prövas efter det att upphandlingen har avslutats. En förfördelad leverantör har de facto ofta svårt att hinna med att påtala en otillåten direktupphandling vid länsrätten. Upphandlingen är nämligen oftast avslutad när leverantören får kännedom om den. En otillåten direktupphandling kännetecknas för det mesta av att den påbörjas och avslutas i det närmaste samtidigt.

Regeringsrätten<sup>158</sup> har i ett överprövningsmål behandlat frågan om möjligheten att överpröva direktupphandlingar. Domstolen har härvid hänvisat till ett uttalande i förarbetena som synes ge uttryck för att ett påbörjat formbundet upphandlingsförfarande skulle vara en förutsättning för talan enligt 7 kap. 1 § LOU. I specialmotiveringen till detta lagrum<sup>159</sup> sägs nämligen "att bestämmelsen i första stycket främst riktar sig till den leverantör som finner att en pågående upphandling sker på ett sådant sätt att han inte kan delta på ett korrekt och i lag förutsatt sätt. Detta uttalande ger emellertid enligt Regeringsrättens uppfattning inte stöd för en tolkning som innebär att en direktupphandling inte skulle kunna angripas med stöd av LOU. Regelsystemet får tvärtom anses förutsätta att så kan ske (jämför de principer som kommit till uttryck i rådets direktiv 89/665 EEG artikel 1 p. 3)."

Kartläggningen visar att knappt hälften av ansökningarna prövas i sak och att anledningen oftast är den att upphandlingen anses avslutad vid beslutstillfället hos domstolen.

<sup>158</sup> Mål nr 1399-1997, Tvättman Textil Service AB ./ Landstinget Halland.

<sup>159</sup> Prop. 1992/93:88 s. 101.

*Skadeståndsmål*

Endast tre skadeståndsmål behandlar enligt NOU:s kartläggning otillåten direktupphandling. Inget skadestånd har ännu utgått i ett mål om otillåten direktupphandling. Det låga antalet mål kan förmodas bero bl.a. på att leverantören vid fall av otillåten direktupphandling är medveten om svårigheten att erhålla ersättning i kombination med risken att bli ersättningskyldig för motpartens rättegångskostnader i det fall käromålet skulle ogillas. En förfördelad leverantörs benägenhet att begära skadestånd påverkas säkerligen också av att en skadeståndsprocess i regel pågår under en lång tid.

Svårigheten för en leverantör att tillerkännas skadestånd vid otillåten direktupphandling beror på kravet att bl.a. på att leverantören skall kunna visa han lidit skada till följd av att den upphandlande enheten inte följt LOU:s bestämmelser. Den som yrkar ersättning är bevisskyldig för skadan. I förarbetena till LOU<sup>160</sup> anges "För att det skall anses att en leverantör drabbats av skada till följd av felet skall han i princip ha förlorat kontraktet till följd därav." Lagrådet yttrade sig något kritiskt om formuleringen och överlämnade tolkningen av densamma till rättstillämpningen. Vid en bedömning av om den klagande leverantören borde ha vunnit upphandlingen vid en otillåten direktupphandling finns inga konkurrerande anbud att jämföra med utan en hypotetisk upphandling får tänkas. Vid osäkerhet om anbuden skulle ha utvärderats efter det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller det med det lägsta priset kan den senare grunden sägas vara vägledande enligt en dom från HD<sup>161</sup> meddelad i december 1998. I domskälen framkommer att om det inte av uppgifterna i underlaget går att utrona vilka omständigheter, utöver anbudspriset, som kommunen tillmätte betydelse för upphandlingen skall lägsta priset vara avgörande.

NOU har åtskilliga gånger erfarit att leverantörer och allmänheten reagerar mycket starkt inför bristen på framkomliga rättsmedel vid otillåtna direktupphandlingar. Uppfattningen har framförts till NOU att vetenskapen om avsaknaden av rättsmedel vid otillåtna direktupphandlingar har spritt sig bland upphandlande enheter. Risken finns att mindre nogräknade enheter emellanåt väljer att genomföra en otillåten direktupphandling hellre än att riskera invändningar mot ett formbundet förfarande.<sup>162</sup>

<sup>160</sup> Prop. 1992/93:88 s. 103.

<sup>161</sup> Mål nr T 1441-97, Arkitekttjänst i Uppsala Aktiebolag ./ Heby kommun

<sup>162</sup> Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling, s. 13 ff.

### *Annat material avseende otillåten direktupphandling*

Riksdagens revisorer har i sitt förslag till riksdagen ansett att det otillfredsställande att det saknas sanktioner bl.a. mot åsidosättande av LOU. Remissinstanserna instämde i att sanktioner bör införas för upphandlingar som görs utan iakttagande av LOU.<sup>163</sup> Konkurrensverket säger i sitt remissvar att otillåten direktupphandling är en av de vanligaste och allvarligaste överträdelsena av LOU.<sup>164</sup>

Länsstyrelserna i Stockholms, Östergötlands, Västra Götalands och Gävleborgs län har gjort en undersökning av konkurrens- och upphandlingsaspekter avseende kommunal tolkservice. Undersökningen visar att många kommuner anlitar tolkförmedlingar och tolkar utan föregående upphandling i strid med LOU. De landsting som ingick i undersökningen har dock samtliga genomfört en förenklad upphandling och skrivit avtal med den eller de tolkförmedlingar som de anlitat.<sup>165</sup>

I rapporten "Offentlig upphandling – en kvalitativ undersökning" har angivits att flera har kommenterat fenomenet att om man struntar helt och hållet i att följa lagen kan man aldrig bli skadeståndsskyldig. Försöker man dock följa lagen men gör en miss kan man hamna inför rätta. Följande citeras i rapporten: "Stora enheter gör sitt bästa för att följa lagen men hamnar inför rätta för småfel. De som struntar helt i lagen kan man inte göra någonting åt. Det är orättvist för oss som anstränger oss."<sup>166</sup>

Kommittén har även tagit del av en granskningsrapport som Företagarnas Riksorganisation (FR) gjort avseende en viss kommuns upphandling. FR har låtit granska kommunens upphandlingar under 1998 som överstigit 80 000 kr för att kartlägga vilket upphandlingsförfarande som föregått anskaffningarna.<sup>167</sup> I kontakt med 53 procent av de granskade leverantörerna har kommunen antingen direktupphandlat eller använt sig av gamla utgångna ramavtal.<sup>168</sup>

<sup>163</sup> 1997/98:RR10, s. 18.

<sup>164</sup> 1997/98:RR10, s. 159.

<sup>165</sup> Kommunal tolkservice – en undersökning av konkurrens- och upphandlingsaspekter, Rapport från länsstyrelserna i Stockholms, Östergötlands, Västra Götalands och Gävleborgs län, s. 1 ff.

<sup>166</sup> Offentlig upphandling- en kvantitativ undersökning, s. 47.

<sup>167</sup> Var femte leverantör har i bokstavsordning valts ut.

<sup>168</sup> Marc Skårman på uppdrag av Företagarnas Riksorganisation, Hur efterlevs lagen om offentlig upphandling ? En studie av Kumla kommun 1998, s.1.

**Kommitténs bedömning**

Kommittén har vid hearingar och sammanträden erfarit att såväl leverantörer som företrädare för upphandlande enheter anser att det är stötande att de enheter som helt åsidosätter regelsystemet för offentlig upphandling går fria från påföljd. Andra upphandlande enheter som anstränger sig att följa bestämmelserna kan instämmas till domstol för en i sammanhanget mindre förseelse och riskerar att upphandlingen får göras om. Mot bakgrund av de rapporter, kartläggningsresultat, undersökningar m.m. som redovisats ovan anser kommittén att det krävs kraftfulla åtgärder för att förhindra och sanktionera otillåten direktupphandling. Kommittén är medveten om att det finns andra länder som sannolikt har en ännu sämre regelefterlevnad. Detta innebär att svenska företag diskrimineras i icke ringa omfattning. Om svenska upphandlande enheter svarar med ”samma mynt” leder det i förlängningen till en försvagning av de svenska leverantörernas konkurrenskraft.

### 7.3.3 LOU:s tillämplighet - omfattas en organisation av LOU eller inte

Statliga och kommunala myndigheter, landsting och kyrkliga kommuner, vissa offentligägda bolag, stiftelser, föreningar och samfälligheter samt sammanslutningar av flera upphandlande enheter omfattas av LOU:s bestämmelser vid offentlig upphandling. Vidare kan vissa privata företag som bedriver verksamhet med särskilt tillstånd vara upphandlande enheter inom försörjningssektorerna. Emellertid råder det fortfarande en viss osäkerhet om tolkningen av rekvisiten i 1 kap. 6 § LOU som avgör om en organisation skall omfattas av LOU:s bestämmelser eller inte.

I nedanstående tabell redovisas kartläggning material som behandlar frågan om en viss organisation är att anse som upphandlande enhet.

<b>Kartlagt material</b>	<b>Antal poster</b>
Rättsfall från förvaltningsdomstol	4
varav beslut/dom i målen: 2 avslag	
	1 avskrivning
	1 avvisning
Ärende hos Konkurrenskommissionen	1
Artikel/notis i upphandlingstidning	2
<b>Totalt</b>	<b>7</b>

Figur 6; Upphandlande enhet

### ***NOU:s bedömning med anledning av kartlägningsresultatet och iakttagelser i övrigt***

Förhållandevis få överprövningsmål rör frågan om en organisation är en upphandlande enhet eller inte. Översikten visar att inget av de två mål som prövats i sak har föranlett domar till fördel för leverantörerna. Kartlägningsresultatet bör jämföras med resultaten från NOU:s tillsynsprojekt över kommun- och landstingsägda bolag. Hela 20 procent av de 1275 bolag som omfattades av projektet ansåg sig initialt inte vara upphandlande enheter. Det övervägande flertalet av dessa bolag hävdar att de bedriver verksamhet av kommersiell karaktär och att de därmed inte behöver följa LOU. Detta anser NOU vara en feltolkning av LOU. Enligt NOU:s mening är i stort sett alla kommun- och landstingsägda bolag upphandlande enheter. NOU anser att det i princip endast är de bolag som omfattas av lagen (1986:753) om kommunal tjänsteexport och de s.k. elhandelsbolagen som inte omfattas av LOU.

En anledning till att så få upphandlingar överprövats kan vara att relativt få leverantörer känner till vilka organisationer – utöver kommun, stat eller landsting – som är upphandlande enheter. En ytterligare anledning kan vara att en leverantör sällan i tid uppmärksammar en pågående anskaffning och hinner gå till länsrätt och påtala att organisationen torde vara en upphandlande enhet som borde följa LOU. Efter att avtal slutits är leverantörens chanser till upprättelse i domstol praktiskt taget obefintliga.

Enligt NOU:s mening kan det inte anses vara acceptabelt att en leverantör i vissa fall inte kan få vetskap om ett så grundläggande förhållande som om en organisation omfattas av LOU:s bestämmelser eller inte. Särskilt inte med tanke på resultatet i NOU:s tillsynsprojekt som visar att det faktiskt är många bolag som felaktigt inte anser sig vara upphandlande enheter och därför inte följer LOU.

En organisation som inte tillämpar LOU trots att den borde det genomför i princip enbart otillåtna direktupphandlingar.<sup>169</sup>

### ***Kommitténs bedömning***

Kommittén anser att svårigheterna med att fastställa om en organisation är en upphandlande enhet innebär problem för leverantörer och tillsynsmyndigheten. I dagsläget kan endast frågan avgöras av en domstol i samband med en överprövning eller mål om skadestånd. Organisationer

<sup>169</sup> Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling, s. 40.

som enligt lag är upphandlande enheter men som inte följer lagen gör i princip alltid otillåtna direktupphandlingar. Dessa upphandlingar är i dagens regelsystem mycket svåra att komma åt. Därmed föreligger endast en teoretisk möjlighet att i domstol fastställa om en organisation är en upphandlande enhet. Vidare är systemet orättvist i förhållande till de upphandlande enheter och som vinnlägger sig om att följa LOU.

NOU har i en skrivelse till finansdepartementet<sup>170</sup>, som i enlighet med regeringens beslut<sup>171</sup> överlämnats till kommittén, påpekat att myndigheten har behov av att i sin tillsyn kunna identifiera de organisationer som omfattas av LOU. NOU hänvisar till den ovan beskrivna projektet avseende kommun- och landstingsägda bolag samt en skriftväxling mellan NOU och kommunstyrelsen Göteborg<sup>172</sup>. NOU påtalar i sin skrivelse att ett 20-tal av kommunens bolag inte anser sig vara upphandlande enhet i strid med NOU:s uppfattning. Några av kommunens bolag har dessutom trots upprepade påminnelser underlåtit att svara på tillsynsmyndighetens enkät i ärendet. Kommunstyrelsen påpekar att ansvaret att bedöma om ett av kommunen ägt bolag är upphandlande enhet ligger på bolagets ledning som har att söka ledning i författningar, rättspraxis och auktoritativa myndighetsuttalanden. Frågan om bolagets bedömning är korrekt prövas i sista hand av domstol.

Kommittén anser att det finns behov av åtgärder för att underlätta tillsynsmyndighetens arbete med att skapa ökad regelefterlevnad.

### 7.3.4 Annonsering av förenklade upphandlingar

#### ***Hearing, undersökningar och rapporter avseende annonsering av förenklade upphandlingar***

Vid upphandling enligt 6 kap. kan den upphandlande enheten enligt nuvarande bestämmelser välja mellan att infordra anbud med skrivelse eller genom annonsering.

Leverantörerna ansåg, vid upphandlingskommitténs hearingar, att det generellt sett är viktigt med krav på annonsering. Det påpekades att det föreligger stora problem med att få reda på upphandlingar av, s.k. B-tjänster. Dessa behöver oavsett värde inte annonseras. Sker annonsering

<sup>170</sup> NOU:s dnr 1999/0187-29.

<sup>171</sup> Protokoll vid regeringssammanträde 1999-10-14.

<sup>172</sup> Kommunstyrelsens i Göteborgs stad, dnr 1229/98.



görs den ofta i lokala tidningar vilket gör det mycket svårt att bevaka upphandlingar inom detta område. Vid obligatorisk annonsering ansågs det bättre att *en* elektronisk databas angavs än att leverantörerna skall bevaka hundratals hemsidor hos de olika upphandlande enheter. Några inköpare påpekade vikten av att annonsera upphandlingarna. Konkurrensen ökar vilket medför bättre priser och kvalitet.

Enligt NOU:s rapport "Effekter av lagen om offentlig upphandling" annonserar en ganska stor del (44 procent) av de tillfrågade upphandlande enheterna aldrig eller nästan aldrig sina upphandlingar under tröskelvärdena. Siffrorna avser framförallt statliga myndigheter och kommunala bolag. Bäst på att annonsera är enligt rapporten kommunerna där över 40 procent annonserar vid mer än hälften av sina upphandlingar under tröskelvärdena. Av rapporten framgår att de som aldrig annonserar visar sämre resultat än de som gör det. Andelen som anser att besparingar har kunnat göras tack vare LOU är störst i den grupp som har ökat annonseringen sedan LOU trädde ikraft. Mer än 40 procent av leverantörerna ansåg att det vore en fördel om fler upphandlingar annonserades. En fjärdedel menade att effektiviteten skulle höjas om det infördes ett krav på annonsering (i vilket forum som helst). Över 40 procent av de tillfrågade leverantörerna tror att effektiviteten skulle höjas om det infördes ett särskilt forum där annonsering var obligatorisk.

Den vanligaste anledningen till att anbud infordras genom skrivelse är att den upphandlande enheten tycker att den uppnår tillräcklig konkurrens genom att tillfråga kända leverantörer. Ca 14 procent anser att annonsering tar för lång tid och 25 procent anser att enheten riskerar att få in en ohanterlig mängd anbud.<sup>173</sup> I den enkät som ligger till grund för rapporten tillfrågades de upphandlande enheterna hur olika förändringar av reglerna under tröskelvärdena skulle påverka effektiviteten. Nästan hälften anser att krav på nationell annonsering i tidningar eller tidskrifter skulle sänka effektiviteten. Det är framförallt de upphandlande bolagen som ställer sig negativa till en sådan idé. Kommunerna är mest positiva även om de negativa reaktionerna fortfarande överväger.<sup>174</sup>

Enligt Industriförbundets rapport "Offentlig upphandling – en kvalitativ undersökning" är det ett stort problem för många företag att få kännedom om vilka upphandlingar som görs. De vet inte var de skall leta. Flertalet av leverantörerna säger att de många gånger missar upphandlingar p.g.a. att de inte fått information om att upphandlingar är på gång. Tidskrifterna som finns på marknaden är det få som prenumererar på och få som överhuvudtaget känner till. Flera av de intervjuade leve-

<sup>173</sup> Effekter av lagen om offentlig upphandling, s. 55 f.

<sup>174</sup> Effekter av lagen om offentlig upphandling, s. 33.

rantörerna prenumererar på information från företag som har till uppgift att bevaka upphandlingar inom olika branscher. Informationen anses komma sent och i många fall erhålls information som leverantören redan fått kännedom om på annat håll. Vanligast är, enligt de tillfrågade leverantörerna, att de får information direkt från den upphandlande enheten. De små företagen anses dock ha svårast att bevaka marknaden för offentlig upphandling. Dessa har inte tillräckligt med resurser och blir heller inte tillfrågade i samma utsträckning som de större och mer kända företagen. I samma undersökning uttalar sig upphandlande enheter om att det föreligger stora svårigheter med att nå ut med informationen. De tillfrågade enheterna anser att det är svårt att täcka in den konkurrens som finns på marknaden. Att annonsera i dagspressen anses vara dyrt och ha en dålig genomslagskraft.<sup>175</sup>

### ***Kommitténs bedömning***

Kommittén anser att annonsering av upphandlingar enligt 6 kap. är av stor betydelse för den offentliga upphandlingens effektivitet. Det är viktigt för små och medelstora företags möjlighet att medverka i den offentliga upphandlingen. Annonseringen får dock inte föranleda att de upphandlande enheterna drabbas av oproportionerligt höga kostnader. Det gäller dels för själva annonsen, dels anbudsprövningen, dvs. att annonsering leder till väldigt många anbud som skall prövas. Vidare måste information om upphandlingar nå fram till de som är berörda och inte läggas ut på diverse olika hemsidor. Det försvårar speciellt för små och medelstora företags medverkan i den offentliga upphandlingen. Det finns ett klart behov av att upphandlande enheter åläggs att annonsera för enkla upphandlingar i större utsträckning än idag för att små och medelstora företag skall kunna delta. Kommittén vill även påpeka att leverantörerna har ett ansvar att ta reda på vilka upphandlingar som pågår.

## 7.3.5 Utformningen av förfrågningsunderlaget

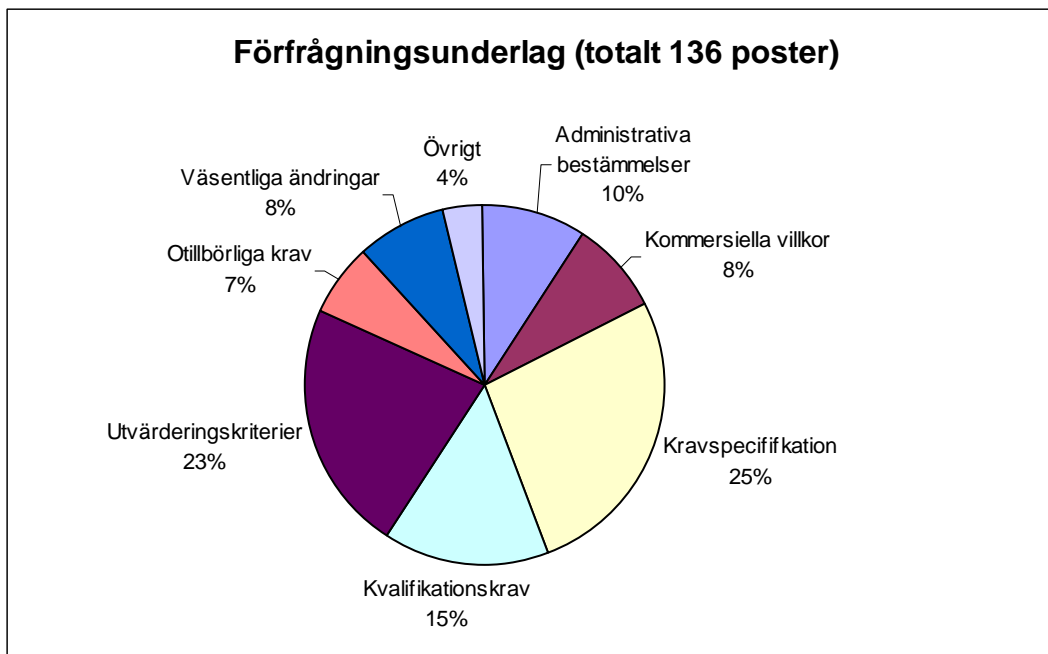
### ***NOU:s kartläggning***

Sammantaget gäller de flesta överprövningsmålen upphandlande enheters sätt att utforma sina förfrågningsunderlag. I kartläggningen är påtalade

<sup>175</sup> Offentlig upphandling – en kvalitativ undersökning, s. 3 f.

brister avseende förfrågningsunderlaget uppdelat i undergrupperna kravspecifikation, administrativa bestämmelser, kommersiella villkor, kvalifikationskrav, väsentliga ändringar och övrigt. Sammanlagt finns under hela gruppen "förfrågningsunderlaget" 133 påtalade brister registrerade.

Under ifrågavarande huvudrubrik, som är indelad i underrubriker enligt figuren nedan, har kartlagts sådant material som behandlar upphandlande enheters utformning av förfrågningsunderlagets olika delar.



Figur 7.

#### **Resultat av NOU:s kartläggningen avseende kravspecifikationens utformning i förfrågningsunderlaget**

Med rubriken kravspecifikation avses påtalade brister med anledning av dess utformning. Till exempel kan nämnas kravspecifikationer där volymangivelse saknas, visst varumärke eller viss process har angivits, de tekniska specifikationerna har ifrågasatts eller krav på övertagande av lokaler, material, personal finns angivna.

<b>Kartlagt material</b>	<b>Antal poster</b>
Rättsfall i förvaltningsdomstol	26
varav beslut/dom i målen: 18 avslag	
	1 avvisning p.g.a. avtal tecknats
	1 avvisning p.g.a. beslut om leverantör fattats
	6 upphandlingen skall göras om
Skadeståndsmål (avskrevs)	1
Ärenden hos NOU	3
Påpekanden från Kommissionen	1
Ärenden hos Konkurrenskommissionen	2
Artikel/notis i upphandlingstidning	8
<b>Totalt</b>	<b>41</b>

Figur 8; Förfrågningsunderlag; kravspecifikation

*NOU:s bedömning med anledning av kartläggningsresultatet*

Förhållandevis många poster i kartläggningen, vad beträffar kravspecifikationens utformning, härrör från rättsfall. Det syns dock vara svårt för leverantören att nå framgång i domstol om det han klagat på är hänförligt till kravspecifikationens utformning. I endast en 6 av 26 rättsfall dömde domstolen till fördel för leverantören. Hela 18 avslag utdömdes på totalt 26 mål som anhängiggjorts vid förvaltningsdomstol.

Här kan observeras att tidigare regler beträffande förfrågningsunderlagets innehåll och utformning var mycket tydligare än dagens bestämmelser. (Jämför 5 § UF med föreskrifter och 10 § med anvisningarna UR).<sup>176</sup>

*Annat material avseende förfrågningsunderlagets kravspecifikation*

Riksdagens revisorer skriver i sin rapport att det kan tyckas självklart att en upphandlare inför ett inköp gör klart för sig vad som skall köpas. Att

<sup>176</sup> Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling, s. 42 f.

ta fram förfrågningsunderlag för standardiserade varor och tjänster eller för inköp där man exakt vet vad som skall köpas behöver heller inte bli så komplicerat. I andra fall kan uppgiften bli synnerligen grannlaga. Det gäller exempelvis i fråga om varor eller tjänster som innebär förnyelse och utveckling. Revisorerna har uppmärksammat t.ex. Banverkets svårigheter med att ta fram kravspecifikationer vid upphandling av nya ban-system. Förfrågningsunderlag för arkitektkonsulter för nya byggnationer är ett annat exempel, eftersom den produkt som efterfrågas är unik.<sup>177</sup>

Försvarsmaterielupphandlingar utgörs i huvudsak av teknikupphandling, dvs. upphandling av högteknologiska produkter och tjänster som i större eller mindre grad ännu inte existerar vid upphandlingstillfället utan skall utvecklas därefter. Detta ställer särskilda krav på upphandlingsprocessen. En dialog behöver oftast föras med en eller flera potentiella anbudsgivare innan förfrågningsunderlaget utsänds i syfte att ge beställaren en realistisk uppfattning av vad som är tekniskt och ekonomiskt möjligt att efterfråga i en därpå följande upphandling. Detta kan vara svårt att åstadkomma inom ramen för 6 kap. LOU med hänsyn till kravet på icke-diskriminering av anbudsgivare.<sup>178</sup>

I Svenska Kommunförbundets skrift "Konkurrens för fortsatt välfärd?" beskrivs främst utformningen av förfrågningsunderlagen vid upphandling av vård- och omsorgstjänster i tre större svenska städer. Kvalitetskraven synes utgöra ett problem även om man från beställarsidan anser sig ha blivit bättre med åren.<sup>179</sup>

Enligt Industriförbundets rapport anser leverantörerna att det absolut viktigaste är att kravspecifikationen går att förstå, svara på och att den går att prissätta.<sup>180</sup>

### ***Resultat av NOU:s kartläggningen avseende utvärderingskriteriernas utformning i förfrågningsunderlaget***

Under rubriken "Utvärderingskriterier" återfinns material som behandlar brister som påtalats med anledning av utvärderingskriteriernas utformning i förfrågningsunderlaget. Det rör sig t.ex. om utvärderingskriteriernas innebörd, precision och rangordning.

<sup>177</sup> 1997/98:RR10, bilaga 1, s. 49 f.

<sup>178</sup> Lennart Borghagen, PM om anskaffning av försvarsmaterielupphandling, s. 2.

<sup>179</sup> Konkurrens för fortsatt välfärd, s. 81 ff.

<sup>180</sup> Offentlig upphandling – en kvalitativ undersökning, s. 22.

<b>Kartlagt material</b>	<b>Antal poster</b>
Rättsfall i förvaltningsdomstol	14
varav beslut/dom i målen: 6 avslag	
	1 avskrivning
	1 avskrivning p.g.a. att avtal tecknats
	6 upphandlingen skall göras om
Skadeståndsmål	3
varav beslut/dom i målen: 2 bifall	
	1 ogillande
Ärenden hos NOU	10
Ärenden hos Konkurrenskommissionen	2
Artikel/notis i upphandlingstidning	3
<b>Totalt</b>	<b>32</b>

Figur 9; Förfrågningsunderlag; utvärderingskriterier

*NOU:s synpunkter med anledning av kartläggningsresultatet*

Drygt hälften av det kartlagda materialet avser överprövningar och skadeståndsmål. Cirka 12 av överprövningsmålen har prövats i sak och domslutet är jämt fördelade mellan avslag och "upphandlingen skall göras om". Två av skadeståndsmålen har lett till bifall och ett till ogillande. Man kan dra slutsatsen att det är enklare för leverantören att nå framgång vid klagomål mot utvärderingskriterierna i förfrågningsunderlaget än t.ex. kravspecifikationen. Anledningen härtil kan eventuellt vara att reglerna om utvärderingskriteriernas utformning i förfrågningsunderlaget är förhållandevis klara och entydiga.<sup>181</sup>

*Annat material avseende utvärderingskriterierna i förfrågningsunderlaget*

Samtliga leverantörer ansåg, vid kommitténs hearing (981218), att tydliga och klara förfrågningsunderlag är viktiga. Kritik framfördes mot ofta

<sup>181</sup> Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling, s. 44.

förekommande bristfälliga förfrågningsunderlag. Leverantörssidan underströk vikten av att utvärderingskriterierna rangordnas och viktas samt att det borde framgå av lagen att så skall ske. Det påpekades från inköparhåll att det är viktigt att leverantören får reda på hur utvärderingskriterierna skall rangordnas och viktas för att den upphandlande enheten skall få ändamålsenliga anbud.

Av NOU:s rapport "Effekterna av lagen om offentlig upphandling" framgår att en fjärdedel av de upphandlande enheterna rangordnar, enligt egen utsago, aldrig utvärderingskriterierna. Ytterligare en tredjedel gör det endast ibland. Drygt 40 procent rangordnar i de flesta fall. Denna bild bekräftas i stort sett av leverantörerna där drygt 40 procent menar att det är ovanligt att utvärderingskriterierna rangordnas medan 30 procent anser att det är vanligt eller mycket vanligt. Att rangordning inte sker beror enligt de upphandlande enheterna på att de tycker att det är svårt och att en bra metod saknas. Det är emellertid inte få som menar att det helt enkelt inte är förenligt med affärsmässighet att rangordna utvärderingskriterierna. Det kan menas vidare, leda till lösningar som gör att utfallet av upphandlingen inte blir optimalt. Man vill helt enkelt ha vissa frihetsgrader vid bedömningen.<sup>182</sup>

### *Annat material avseende förfrågningsunderlagets utformning*

I Svenska Kommunförbundets skrift "Konkurrens för fortsatt välfärd?" beskrivs från leverantörshåll att det föreligger problem med vitt skiftande förfrågningsunderlag. Det kan inom samma kommun finnas olika slags förfrågningsunderlag för upphandling av samma slags tjänst i kommunens olika stadsdelar.<sup>183</sup>

I Industriförbundets rapport "Offentlig upphandling – en kvalitativ undersökning" anger de tillfrågade upphandlarna att man arbetar med målsättningen att få till så likartade förfrågningsunderlag som möjligt. På många håll arbetar man med att försöka standardisera vissa delar i förfrågningsunderlaget. Flera av de intervjuade upphandlarna upplevde att förfrågningsunderlagen bara blir omfångsrikare med fler och fler bilagor. Framförallt de små enheterna är rädda för att missa något eller att bryta mot några regler. Man ser att det finns uppenbara svårigheter med att författa förfrågningsunderlaget p.g.a. bristfällig kompetens. Det är framförallt de små företagen som får problem med röriga och otydliga förfrågningsunderlag. Upphandlarna anser även att anbudsgivande före-

<sup>182</sup> Effekter av lagen om offentlig upphandling, s. 57.

<sup>183</sup> Konkurrens för fortsatt välfärd, s. 81 ff.

tag emellanåt slarvar med sina anbud. Allt kan inte skyllas på dåliga förfrågningsunderlag.<sup>184</sup> I stort sätt bekräftar de intervjuade leverantörerna upphandlarnas bild av svårigheten med förfrågningsunderlagen.<sup>185</sup>

### ***Kommitténs bedömning avseende förfrågningsunderlag***

Förfrågningsunderlaget definieras i 1 kap. 5 § LOU som ”ett underlag för anbud, som en upphandlande enhet tillhandahåller en leverantör”. Förfrågningsunderlaget omfattar dels de handlingar som den upphandlande enheten lämnar ut i samband med att anbudstiden börjar löpa, dels eventuella senare kompletteringar till dessa handlingar. I förfrågningsunderlaget anger den upphandlande enheten de krav, bestämmelser och villkor som den avser att tillämpa vid anbudsprövningen och under avtalstiden.

Kommittén anser att förfrågningsunderlaget är av central betydelse för en lyckad upphandling. En förutsättning för detta är att förfrågningsunderlaget är väl genomarbetat och välstrukturerat. Härigenom undviks svårigheter vid anbudsprövning, avtalsskrivning och tillämpning under avtalstiden. Upphandlingslagstiftningens krav på förutsebarhet och öppenhet ställer stora krav på att den upphandlande enheten har förmåga att formulera ett förfrågningsunderlag som så tydligt och fullständigt som möjligt beskriver omfattningen och de kvalitativa kraven på det som skall upphandlas. Anbudsgivare måste få ett tillräckligt underlag för att göra en kalkyl över vilka resurser som krävs för att fullgöra ett eventuellt kontrakt och den upphandlande enheten måste på motsvarande sätt ha möjlighet att korrekt bedöma inkomna anbud samt kunna följa upp och utvärdera den genomförda upphandlingen.

Det finns en utbredd föreställning om att det inte behöver läggas ned så mycket arbete på förfrågningsunderlagen vid förenklad upphandling. Denna ståndpunkt är i allt väsentligt felaktig utom såvitt gäller upphandling av mycket enkla och standardiserade varor och tjänster. Den problembild som redovisas på detta område är enligt kommitténs mening en tydlig indikation på att upphandlande enheter i stor utsträckning bryter mot upphandlingslagstiftningens huvudprinciper. Kommittén inser även att det kan vara svårt att utforma förfrågningsunderlag, speciellt för de tjänstemän som sällan gör upphandlingar. De tillämpar framförallt reglerna i 6 kap. och därför är det viktigt att dessa regler är så klara och tydliga som möjligt.

<sup>184</sup> Offentlig upphandling – en kvalitativ undersökning, s. 26 f.

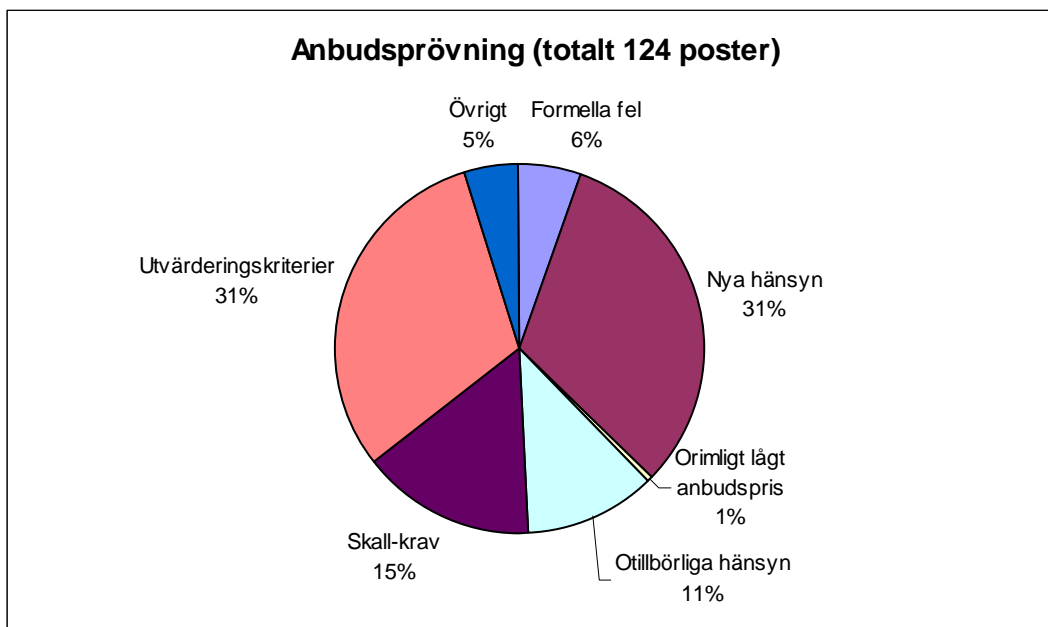
<sup>185</sup> Offentlig upphandling – en kvalitativ undersökning, s. 22 f.



### 7.3.6 Anbudsprövningen

#### *NOU:s kartläggning*

"Anbudsprövning" är huvudrubrik för den del av kartläggningen som är hänförliga till anbudsutvärderingen. Figuren nedan visar vad som kartlagts under kategorin anbudsprövning.



Figur 10.

#### *Tillämpning av utvärderingskriterierna vid anbudsprövningen*

Under rubriken "Utvärderingskriterier" har kartlagts material som behandlar frågor om den upphandlande enhetens anbudsutvärdering, dvs. om utvärderingen skett i enlighet med upphandlingsreglerna. Till exempel behandlas frågor som rangordning av utvärderingskriterier, att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet respektive det lägsta anbudet inte har antagits trots att den ena eller andra utvärderingsformen valts.

<b>Kartlagt material</b>	<b>Antal poster</b>
Rättsfall i förvaltningsdomstol	17
varav beslut/dom i målen: 8 avslag	
1 avslag p.g.a. att avtal tecknats	
6 avvísningar p.g.a. att avtal tecknats	
1 upphandlingen skall göras om	
1 rättelse	
Skadeståndsmål	2
varav dom/beslut i målen: 1 ogillande	
1 bifall	
Påpekande från Kommissionen	1
Ärende hos NOU	9
Revisionsrapport	1
Ärende hos Konkurrenskommissionen	4
Artikel/notis i upphandlingstidning	5
<b>Totalt</b>	<b>39</b>

Figur 11; Anbudsprövning; utvärderingskriterier

*NOU:s synpunkter med anledning av kartläggningsresultatet*

Att i förvaltningsdomstol klaga på bedömningen av utvärderingskriterierna vid anbudsprövningen synes förknippat med vissa svårigheter. För det första är det svårt att hinna anhängiggöra målet före avtal tecknats och för det andra visar kartläggningen att avslag är det klart vanligaste domslutet vid saklig prövning. I endast två av totalt 17 överprövningsmål har leverantören nått framgång med sitt klagomål.

I de två mål som prövats av allmän domstol har dock leverantörens talan bifallits i ett. Anledningen till att så många avslag meddelas i överprövningsmålen kan t.ex. vara att det ofta är komplicerat att bedöma om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har antagits. Domstolen måste vid dessa bedömningar ibland ge sig in på mycket komplicerade och omfattande tekniska och ekonomiska avvägningar.<sup>186</sup>

<sup>186</sup> Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling, s. 45 f.

### *Annat material avseende utvärderingskriteriernas bedömning vid anbudsprövningen*

En av de bärande principerna för offentlig upphandling är att de upphandlande enheterna är objektiva i förhållande till leverantörerna. Enligt NOU:s rapport "Effekter av lagen om offentlig upphandling" kan på sina håll förutsättningarna för objektivitet vid anbudsutvärderingen ifrågasättas. En ganska stor andel, knappt en tredjedel, av leverantörerna menar att inköparna inte följer de krav som anges i de egna förfrågningsunderlagen. Nästan en femtedel av leverantörerna anser att de upphandlande enheterna inte är objektiva vid anbudsutvärderingen.<sup>187</sup>

I Industriförbundets rapport "Offentlig upphandling – en kvalitativ undersökning" framgår att flertalet av de intervjuade leverantörerna anser att kompetensen att avgöra och värdera anbudet varierar. Vidare krävs tid och intresse för att göra en bra utvärdering vilket ibland saknas. Flera av de tillfrågade leverantörerna anser att de upphandlande enheterna ofta avviker från sina krav och att priset får alldeles för stor betydelse. Att vara miljömedveten kostar pengar. Ofta krävs en miljöpolicy men det är inget som beställarna är beredda att betala för. Många frågar sig hur stor vikt denna miljöpolicy får vid anbudsprövningen.

Flera av de tillfrågade upphandlarna anser att det är svårt att vid en anbudsutvärdering göra en rättvis bedömning av små och stora företag. De små företagen har stora problem med att uppfylla krav på kvalitets-säkring och miljöpolicy. Hur skall man värdera dessa företag som man vet är duktiga och kostnadseffektiva men som inte kan redovisa det som efterfrågats i förfrågningsunderlaget.<sup>188</sup>

### *Nya hänsyn har tagits vid anbudsprövningen*

Under rubriken "nya hänsyn" har kartlagts sådant material som behandlar frågor om nya hänsyn/krav tillkommit vid anbudsprövningen. Det kan t.ex. röra sig om att hänsyn tagits till annat än priset trots att upphandlingsformen "Lägsta anbudspris" valts. Det kan även handla om fall där fall där förhandlingar väsentligen förändrat förutsättningarna för upphandlingen.

<b>Kartlagt material</b>	<b>Antal poster</b>
Rättsfall i förvaltningsdomstol	19
varav beslut/dom i målen: 3 avslag	

<sup>187</sup> Effekter av lagen om offentlig upphandling, s. 57.

<sup>188</sup> Offentlig upphandling- en kvalitativ undersökning, s. 29 ff.

att	3 avvisningar p.g.a. avtal tecknats
	4 avskrivningar p.g.a. att avtal tecknats
	3 rättelse
	6 upphandlingen skall göras om
Skadeståndsmål	4
varav beslut/dom i målen: 1 ogillande	
	2 bifallits
	1 delvis bifall
Kommissionens påpekande	2
Ärende hos NOU	4
Ärende hos Konkurrenskommissionen	6
Artkel/notis i upphandlingstidning	6
<b>Totalt</b>	<b>41</b>

Figur 12; Anbudsprövning; nya hänsyn

*NOU:s bedömning med anledning av kartläggningsresultatet*

Om "Nya hänsyn" tagits vid anbudsprövningen synes det vara förhållandevis enkelt att påtala och nå framgång. Det gäller dock under förutsättning att talan hinner anhängiggöras före avtal tecknats. Även här torde detta bero på att reglerna är tämligen enkla att tillämpa och att det i förhållande till förfrågningsunderlaget många gånger är uppenbart om nya krav eller hänsyn tillförts upphandlingen.<sup>189</sup>

*Annat material avseende tagande av nya hänsyn vid anbudsprövningen*

Av Industriförbundets rapport "Offentlig upphandling – en kvalitativ undersökning" framgår att flera leverantörer tror att valet av leverantör styrs av subjektiva bedömningar. Detta bekräftas av de intervjuade upphandlarna som säger att man med lätthet kan värdera anbudet till förmån för ett visst företag. Man tror även att det görs.

<sup>189</sup> Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling, s. 46 f.

Det anses viktigt att de upphandlande enheterna utformar någon form av utvärderingssystem. Värderingssystem är nödvändigt för att en likartad bedömning av anbuderna skall kunna genomföras. Det blir annars individuellt hur man bedömer. De intervjuade upphandlarna anser att det idag inte finns något bra utvärderingssystem men att man försöker ta fram sådant. Flertalet tillfrågade säger dock att det inte går att utforma ett system som utesluter ifrågasättande från företagen.

Företagen efterlyser "feed-back" avseende utvärderingen av deras bud och då inte enbart priset. Upphandlarna tycker att företagen är dåliga på att efterfråga utvärderingsunderlagen dock anas en ökad medvetenhet.<sup>190</sup>

### ***Kommitténs bedömning avseende anbudsprövningen***

Frågan om hur upphandlande enheter tillämpar sina på förhand angivna utvärderingskriterier är nära kopplat till de upphandlande enheternas förmåga att utforma förfrågningsunderlag. Utvärderingskriterierna är ofta oklart formulerade och blandas ihop med kvalifikationskraven. Det är närmast en regel att upphandlande enheter anger att utvärderingskriterierna anges utan inbördes rangordning. Kommittén anser det vara belagt att alltför många upphandlande enheter tillåter sig att väga in andra omständigheter vid anbudsprövningen än de som angivits i förfrågningsunderlaget eller i annonsen. Ett sådant förfarande strider mot likabehandlings- och transparensprincipen. Kommittén anser att det finns ett behov av regler som ålägger upphandlande enheter att tydliggöra utvärderingskriterierna.

## **7.3.7 Avbruten upphandling**

### ***NOU:s kartläggning***

Under rubriken "avbruten upphandling" har kartlagts material som behandlar fall där den upphandlande enheten valt att avbryta upphandlingen. Det handlar t.ex. om upphandlingar som avbrutits efter det att anbud inlämnats p.g.a. att enheten vill utreda om bättre alternativ finns. Vidare har fall kartlagts där den upphandlande enheten avbrutit upphandlingen för att

<sup>190</sup> Offentlig upphandling – en kvalitativ undersökning, s. 20 ff.

sedan lägga kontraktet på den egna regin som deltagit i upphandlingen men som enligt den klagande inte vunnit.

<b>Kartlagt material</b>	<b>Antal poster</b>
Rättsfall i förvaltningsdomstol	4
varav beslut/dom i målen: 1 avvísning	
	1 avslag
	2 upphandlingen skall göras om
Skadeståndsmål (ogillades)	2
Kommissionens påpekande	1
Ärende hos NOU	1
Ärende hos Konkurrenskommissionen	1
Artkel/notis i upphandlingstidning	2
<b>Totalt</b>	<b>10</b>

Figur 13; Avbruten upphandling

Efter det att NOU lämnat sin rapport om fel och brister till Kommittén har NOU skriftligen besvarat en fråga avseende avbruten upphandling. "NOU har i denna fråga vid nämndsammanträde den 18 maj 1999 uttalat att nämnden anser att en upphandling inte får avbrytas utan sakliga skäl, som t.ex. att det inträffar en omständighet som den upphandlande enheten inte kunnat råda över. Det bör dessutom observeras att ett avbrytande av en upphandling kan innebära ett brott mot de gemenskapsrättsliga principerna om lika och rättvis behandling av leverantörerna samt om förutsebarhet (transparens)." I svaret understryker NOU att det naturligtvis är upp till den upphandlande enheten att själv bedöma om den vill konkurrensutsätta en verksamhet eller driva den i egen regi. Om den upphandlande enheten väljer att påbörja en offentlig upphandling "bör förfarandet vara så förberett att det med hög grad av sannolikhet kan leda till att någon av anbudsgivarna på det i förfrågningsunderlaget angivna grunderna erhåller kontraktet eller, om det är fråga om egen regi, tilldelas uppdraget". Anbudsgivning är inte sällan förenat med stora kostnader eftersom leverantören vill lämna in så konkurrenskraftiga anbud som möjligt. Anbudsgivaren bär risken för att någon annan erhåller upphandlingskontraktet men bör, enligt NOU:s bedömning, inte behöva bära risken för att upphandlingsförfarandet avbryts i strid med LOU. För att uppfylla kravet på förutsebarhet kan den upp-

handlande enheten ange i förfrågningsunderlaget det som eventuellt kan leda till upphandlingens avbrytande.<sup>191</sup>

### *Praxis i överprövningsmål*

I följande två mål avseende avbruten upphandling har domstolen beslutat att upphandlingen skall göras om.

**Länsrätten i Norrbottens län** har beslutat att en upphandling skall göras om<sup>192</sup>. Av domen framkommer att den upphandlande enheten först har beslutat att anta ett anbud men har senare beslutat att förkasta samtliga anbud och gå ut med en ny anbudsfrågan dels p.g.a. ett räknefel vid beräkning av materialkostnaden och dels därför att de vill tillföra upphandlingen nya kriterierna, nämligen miljö och kvalitet. Den klagande yrkar att länsrätten skall besluta att den vitsordade felräkningen rättas och att upphandlingen därefter fullföljs med iakttagande av de kriterier som kommunen dessförinnan tillämpat, d.v.s. att anbudena värderas enbart utifrån priset. Länsrätten fann med hänsyn till konstaterade felaktigheter att alla anbudsgivare bör få möjlighet att inge nya anbud. Länsrätten beslutade att upphandlingen skall göras om.

**Länsrätten i Jämtlands län**<sup>193</sup> har beslutat att en upphandling skall göras om. I länsrättsdomen framkommer följande. Den upphandlande enheten har inte antagit den klagandes anbud, som enligt denne hade det lägsta priset. I stället har enheten med åberopande av delvis andra kriterier än som angetts i förfrågningsunderlaget valt ett anbud från kommunens verksamhetsförvaltning till ett avsevärt högre pris. Länsrätten uppger att enheten får anses ha brutit mot 1 kap. 4 § LOU genom att ha antagit verksamhetsförvaltnings anbud. "Vid sådant förhållande och då något skriftligt upphandlingsavtal - såvitt framgår av inhämtade uppgifter - ännu inte undertecknats anser länsrätten att upphandlingen bör göras om".

**Kammarrätten i Sundsvall** har i samma mål avkunnat dom<sup>194</sup> vari överklagandet av länsrättens beslut att upphandlingen skall göras om avslagits. Kammarrätten uppger att framför allt mot bakgrund av hur ett yrkande av

<sup>191</sup> NOU:s dnr 1999/0077-21.

<sup>192</sup> Mål nr 2937-96, Elbolaget Bergqvist 6 Co AB ./.. Luleå kommun.

<sup>193</sup> Mål nr 1010-97 E, Uppdrag Fritid Lit AB ./.. Östersunds kommun.

<sup>194</sup> Mål nr 3297-1997 meddelad 1997-12-19.

en ledamot vid barn- och ungdomsnämndens sammanträde utformats och efter proposition antagits att upphandlingen inte kan anses avbruten utan avslutad med beslut att anta verksamhetsförvaltningens anbud. Kammarrättens avgörande står fast sedan Regeringsrätten inte beviljat prövningstillstånd.

I följande två mål avseende avbruten upphandling har domstolen avvisat eller avslagit leverantörens talan

**Länsrätten i Stockholm** har i ett beslut <sup>195</sup> varigenom leverantörens talan avvisades uttryckt det på följande sätt.

"Det krävs således inte att en upphandling måste komma tillstånd eller att en utlyst anbudstävling måste resultera i en anskaffning. Enligt 7 kap. 1 § andra stycket LOU upphör länsrättens möjlighet till överprövning vid den tidpunkt då avtalet om upphandling slutits. Mot bakgrund av vad som nyss anförts får LOU emellertid också anses innefatta ett hinder mot överprövning även när upphandlingen avbrutits. Däremot är det så att huvudregeln i LOU om affärsmässighet vilken kommit till uttryck i 1 kap. 4 § LOU kan användas som prövningsgrund beträffande frågan om huruvida ett enskilt fall av avbrytande av ett upphandlingsförfarande är godtagbart eller inte. Såsom följer av 7 kap.

6-8 §§ LOU är emellertid detta en fråga varom talan får föras vid allmän domstol. Mot bakgrund av det ovan anförda finner länsrätten att hinder för överprövning föreligger, varför Colibri Medical AB:s ansökan skall avvisas."

Upphandlingen som prövades i målet avbröts enligt domen med förklaringen att

"En av leverantörerna som har fått påminnelse om vår annons om upphandling har tyvärr inte inkommit med anbud. Leverantören i fråga anses ha betydelse för upphandlingen. Vi anser därför att vi inte kan genomföra en affärsmässig upphandling utan deras medverkan och att det enda konsekventa alternativet är att lägga ner upphandling och ta om den ...."

Den klagande yrkade vid länsrätten att den upphandlande enheten skall förpliktigas att återuppta och avsluta den påbörjade upphandlingen. Länsrätten gick inte in på anledningen till att enheten avbröt upphandlingen utan hänvisade i den delen till allmän domstol. Länsrätten kon-

<sup>195</sup> Mål nr Ö 8699-98 Colibri Medical AB./. Stockholms läns landsting, meddelad 1998-09-14.



staterade att hinder förelåg för överprövning eftersom upphandling avbrutits.

**Kammarrätten i Stockholm** har i ett beslut <sup>196</sup> uppgivit följande.

"Enligt 7 kap. 2 § LOU skall länsrätten, om den funnit att den upphandlande enheten brutit mot någon bestämmelse i LOU, besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Det är emellertid inte möjligt att ålägga en upphandlande enhet att ställa in en redan avbruten upphandling. Inte heller är det möjligt att besluta att en avbruten upphandling skall göras om, eftersom det inte finns någon skyldighet för en upphandlande enhet att fullfölja en upphandling. Det är således inte möjligt för en anbudsgivare att få rättelse enligt 7 kap. 2 § LOU när upphandlaren valt att avbryta en upphandling. Där emot kan anbudsgivaren utkräva skadestånd i en sådan situation.

Enligt kammarrättens mening är det klart att en upphandling kan avslutas även genom ett avbrytande. Kammarrätten finner, i likhet med länsrätten, att länsrättens möjlighet till överprövning upphör även då en upphandling avbrutits. Länsrätten har således förfarit riktigt då den avskrivit bolagets ansökan om överprövning".

### *Praxis i skadeståndsmål*

I följande två mål har skadeståndsskyldighet ej ansetts föreligga:

**Lindesbergs tingsrätt** har bifallit en talan <sup>197</sup> om skadestånd avseende en avbruten upphandling med följande motivering.

"Enligt tingsrättens mening måste det anses som orimligt, för att inte säga stötande, att kommunen med frångående av regeln om affärsmässighet vid prövningen av anbudet, påföljdsfritt kan ge egenregiverksamheten Masugnen, som alltså deltagit som anbudsgivare, uppdraget att utföra arbetet. Det finns inga sakliga skäl som talar för att just offentliga aktörer skulle få intaga en särställning vid upphandlingsförfarandet när dessa väl har inbjudit marknaden att tävla och därvid gjort en prövning av anbudet. De nu gällande reglerna i LOU bör därför kunna tillämpas även i detta fall".

<sup>196</sup> Mål nr 87-1999, Värmeland Teknik AB./. Täby kommun meddelad 1999-04-14.

<sup>197</sup> Mål nr T 342/94, IW Utbildning Aktiebolag./. Lindesbergs kommun, meddelad 1996.03-22.

Domen överklagades till **Göta hovrätt**<sup>198</sup> som ändrade tingsrättens dom och lämnade käromålet utan bifall. Hovrätten uppger

"Som tingsrätten har anfört kan det tyckas orimligt att kommunen påföljdsfritt kan frångå kravet på affärsmässighet och ge egenregiverksamheten uppdraget. Ett sådant förfarande kan hävdas stå i strid med lagens övergripande syfte, att sätta tryck på offentliga organ och stimulera till ökad konkurrens inom den offentliga sektorn. Å andra sidan kan det ifrågasättas om det verkligen har varit lagstiftarens avsikt att den myndighet som beslutar sig för att inleda ett upphandlingsförfarande utan att vara förpliktad härtill, verkligen skall bli så bunden av detta beslut att myndigheten inte kan ångra sig och avbryta upphandlingen utan att riskera skadeståndsskyldighet gentemot tredje man motsvarande det positiva kontraktsintresset. En sådan tolkning skulle inte stimulera kommunerna att ifrågasätta den egna verksamheten och inbjuda till extern konkurrens. Väl kunde man vid en avbruten upphandling tänka sig att den som vållat anbudsgivare kostnader för att i onödan upprätta ett anbud blir ersättningsskyldig för dessa kostnader."

Hovrättens dom har överklagats till HD.

I en dom meddelad av **Stockholms tingsrätt**<sup>199</sup> anges att den upphandlande enheten inte ådragit sig skadeståndsskyldighet när den avbrutit en öppen upphandling av bilbudstransporter för att tjänsterna skall utföras av organ inom landstinget. Domen överklagades till **Svea hovrätt**<sup>200</sup> som fastställde tingsrättens domslut att landstinget inte ådragit sig skadeståndsskyldighet. Hovrätten pekar på förhållandet att landstinget inte hade behövt iaktta LOU:s bestämmelser om landstinget från början valt att låta den egna regin handha transportererna. Vidare uppges "Av det förhållandet att Landstinget och Transland inte utgör skilda juridiska personer följer vidare att Landstinget och Transland inte kan teckna avtal med varandra; en och samma juridiska person kan inte sluta avtal med sig själv. Mot denna bakgrund kan Landstingets beslut att låta Transland handha verksamheten inte betraktas som ett upphandlingsbeslut i den mening som Lillebil gjort gällande. Upphandlingen skall i stället anses ha avbrutits till följd av att Landstinget valt att driva den ifrågavarande verksamheten i egen regi". Hovrätten uppger vidare att "LOU innehåller inga regler som förbjuder den upphandlande enheten att avbryta upphandlingen. Som tingsrätten har konstaterat inne-

<sup>198</sup> Mål nr T 189/96, meddelad 1999-03-16.

<sup>199</sup> Mål nr 7-622/97, Lillebil Aktiebolag./. Stockholms läns landsting, meddelad 1997-12-08.

<sup>200</sup> Mål nr T 20-98 meddelad 1998-12-22.

håller LOU heller inte någon bestämmelse om skadeståndsansvar för den upphandlande enheten i situationer då upphandlingen avbryts. Frågan har, vilket tingsrätten också har påpekat, varit föremål för överväganden som inte lett till lagstiftning. Av det sagda kan någon annan slutsats inte dras än att gällande lagstiftning inte ger stöd åt Lillebils i andra hand gjorda påstående att Landstinget har ådragit sig skadeståndsskyldighet enligt LOU genom att avbryta upphandlingen på det sätt som skedde".

Hovrättens dom har överklagats till HD.

### *NOU:s synpunkter avseende avbruten upphandling*

Enligt kammarrättens domskäl i beslutet ovan, kan inte en förvaltningsdomstol pröva en upphandling som avbrutits utan hänvisar i dessa fall till allmän domstol och en talan om skadestånd. De domar som hittills har meddelats från allmän domstol innebär att det inte uppstår skadeståndsskyldighet när en kommun beslutar sig för att avbryta ett inlett upphandlingsförfarande och i stället låta verksamheten bedrivas i egen regi. Av domskälen framkommer inte att anledningen till beslutet om att avbryta har haft någon betydelse för utgången av målet.

I det fall en upphandlande enhet påbörjat en upphandling och utvärderar anbudet i enlighet med de kriterier som angivits i underlaget men som sedan avbryter upphandlingsförfarandet p.g.a. nya hänsyn, t.ex. avseende övertalighet för den egna regionen, anser NOU, att förfarandet strider mot transparensprincipen och LOU.

Göta hovrätt anförde i målet nämnt att "väl kunde man vid en avbruten upphandling tänka sig att den som vållat anbudsgivare kostnader för att i onödan upprätta ett anbud blir ersättningsskyldig för dessa kostnader." Enligt detta synsätt kan de fall anses som onödiga där enheten avbryter upphandlingen utan sakliga skäl. Hovrätten hänvisar till denna möjlighet vad avser upphandlingar inom försörjningssektorn och uppger att något lagstöd inte finns i detta fall.

NOU har erfarit att det i Tyskland har beslutats om bestämmelser<sup>201</sup> som bl.a. innebär följande. Skadeståndskrav kan göras gällande av anbudsgivare, vars anbud inte har beaktats. Ersättning kan krävas för kostnader för att förbereda ett anbud och i övrigt att delta i upphandlingen, om ett åsidosättandet av förfarandereglerna negativt har påverkat anbudsgivarens möjlighet att tilldelas kontraktet. Vid sidan av denna möjlighet till ersättning intill det negativa kontaktsintresset föreligger en

<sup>201</sup> som gäller från och med 1 januari 1999.

möjlighet till ersättning upp till det positiva kontraktsintresset men då med högre beviskrav för leverantören.<sup>202</sup>

### ***Kommitténs bedömning avseende avbruten upphandling***

Kommittén anser att avbrytande av påbörjade upphandlingar utan sakliga skäl är skadligt för både leverantörer och upphandlande enheter.

I förlängningen kan det leda till att leverantörerna tappar förtroende till en viss upphandlande enhet eller i värsta fall till upphandlingen i sin helhet. På lång sikt kan konkurrensen vid offentlig upphandling komma att avsevärt försämrats.

Kommittén anser dock att om det föreligger sakliga skäl skall den upphandlande enheten ha rätt att avbryta en upphandling. Det måste finnas en möjlighet för upphandlande enheter att avsluta upphandlingar som enheten inte längre har nytta av eller inte har råd till. Enheterna bör dock innan de går ut i en upphandling ha inställningen och insikten att upphandlingen skall och kan genomföras. Eventuella avvecklings- och omställningskostnader bör normalt inte framstå som en överraskning om en leverantör vinner en anbudstävling i konkurrens med egenregi.

## 7.3.8 Fler taleberättigade

### ***Rapporter, undersökningar m.m. på området***

Riksdagens revisorer har föreslagit att talerätt för tillsynsmyndigheten och branschorganisationerna bör övervägas. Revisorerna anser att den enskilde leverantörens beroendeförhållande kan leda till att han inte väcker talan mot en upphandlande enhet som bryter mot upphandlingsreglerna. Remissinstanserna var delade i frågan om talerätt. Offentliga upphandlare och deras organisationer var negativa till talerätt framförallt för branschorganisationerna men även för tillsynsmyndigheten. Andra organisationer, som branschföreträdare samt tillsynsmyndigheten var i sina remissvar positiva till utökad talerätt.<sup>203</sup>

Det har under hösten 1999 motionerats i riksdagen om att tillsynsmyndigheten och branschorganisationerna bör ges talerätt dels p.g.a.

<sup>202</sup> Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling, s. 21 ff.

<sup>203</sup> Riksdagens revisorers förslag till riksdagen, 1997/98:RR10, s. 17.

leverantörernas rädsla för svartlistning, dels p.g.a. ökad regelefterlevnad.<sup>204</sup>

Enligt NOU:s rapport "Effekter av lagen om offentlig upphandling" har omkring 40 procent av leverantörerna övervägt att klaga på en upphandling genom överprövning men avstått. Omkring 20 procent har efter övervägande avstått från att föra skadeståndstalan. Det främsta orsak till att leverantörerna avstått eller skulle avstå från att begära överprövning är rädsla för att svartlistas av de upphandlande enheterna. Omkring 60 procent av alla tillfrågade leverantörer anser att de riskerar att bli svartlistade om de skulle klaga på en upphandling. De som avstått från att gå till domstol anser även att det är svårt att veta om man skulle få rätt och att det är svårt att bedöma om en upphandling sker enligt gällande regler. Flera anser även att förfarandet är krångligt.<sup>205</sup>

Enligt Industriförbundets rapport "Offentlig upphandling – en kvalitativ undersökning" framgår att få av de tillfrågade leverantörerna upplever att de har möjligheter att göra något åt de felaktigheter som begås av upphandlande enheter. Många av de intervjuade anser att de har blivit drabbade av upphandlares okunskap eller medvetna avsteg från gällande regler och bestämmelser. Få har dock anmält eller skulle kunna tänka sig att anmäla den upphandlande enheten för att denna brutit mot LOU. Många upplever att de står i ett beroendeförhållande till upphandlarna eftersom de har "makten att utesluta ett företag" vid nästa upphandling. De tillfrågade är rädda dels för att vid nästa upphandling inte bli "inbjuden", dels för att minska sina chanser att få ingå avtal med den upphandlande enheten.<sup>206</sup>

### ***NOU:s kartläggning***

#### *Talerätt enligt LOU*

Enligt LOU är det endast tänkbara leverantörer som har talerätt i domstol. Definitionen av begreppet leverantör i 1 kap. 5 § LOU lyder:

"Leverantör: den som tillhandahåller varor eller utför arbeten eller tillhandahåller tjänster även om han inte varit den som i det särskilda fallet tillhandahållit eller utfört det som upphandlats."

<sup>204</sup> 1999/2000:Fi805 och 810.

<sup>205</sup> Effekter av lagen om offentlig upphandling, s. 42.

<sup>206</sup> Offentlig upphandling – en kvalitativ undersökning", s. 40.

*Praxis i överprövningsmål*

Att en underleverantör inte innefattas i definitionen av leverantör enligt LOU framkommer i en dom meddelad av Kammarrätten i Sundsvall<sup>207</sup>. Uppfattningen grundas på direktivens och LOU:s ordalydelse samt förarbetena till LOU. Regeringsrätten beviljade inte prövningstillstånd.

Det finns ett antal beslut avseende branschorganisationers m.m. ansökan om överprövning för en medlems räkning. Domstolen har i samtliga fall uppgett att den sökande inte är att anses som en leverantör och ansökan har i enlighet härmed inte prövats i sak. Dentallaboratoriernas Riksförenings har t.ex. ansökt om överprövning och Länsrätten i Kristianstads län konstaterar i beslutet<sup>208</sup> att den klagande är en branschorganisation och inte en leverantör och har därför inte heller rätt att hos länsrätten ansöka omåtgärder enligt LOU.

*Praxis i skadeståndsmål*

Den praxis som finns från allmän domstol stämmer väl överens med uppfattningen hos förvaltningsdomstolarna vad avser tolkningen av begreppet leverantör. **Svea hovrätt**<sup>209</sup> uppger

"att med leverantör i lagens mening avses anbudsgivare och anbudssökande samt även den som avsett att lämna anbud eller att ansöka om att få lämna anbud men till följd av felet i upphandlingen inte kunnat göra detta. Såsom tingsrätten har konstaterat följer en sådan bedömning av syftet med lagstiftningen om offentlig upphandling och av de uttalanden som gjorts i EG:s upphandlingsdirektiv och i förarbetena till lagen om offentlig upphandling. Eftersom Svenska Väg ostridigt inte tillhör någon av de nämnda kategorierna är Svenska Väg inte att anse som leverantör i lagens mening." Tingsrätten uppgav i samma mål att det "skulle föra för långt att till leverantör hänföra även en underentreprenör som inte haft intresse av att få kontrakt om upphandlingen."

Domen har överklagats till HD.<sup>210</sup>

<sup>207</sup> Mål nr 2113-1997, Broform AB ./.. Vägverket.

<sup>208</sup> Mål nr 816-95.

<sup>209</sup> Mål nr T 1009-98, Svenska väg AB ./.. Danderyds kommun.

<sup>210</sup> Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling, s. 28 f.

### ***Kommitténs bedömning avseende avsnittet om talerätt***

Det är kommitténs erfarenhet att leverantörer i många överprövningsmål upplever sig vara och i viss mån också är den svagare parten. Rädslan för svartlistning är ett ytterligare bevis på att så är fallet. I Sverige har vi dock, internationellt sett, haft många överprövningar. Sedan lagens ikraftträdande (1 januari 1994) har ca 400 mål anhängiggjorts vid förvaltningsdomstol. Enligt NOU:s statistik minskar dock antalet anhängiggjorda mål. NOU beräknar att under 1999 kommer ca 60 leverantörer ansöka om överprövning. Det bör dock ses mot bakgrund av att ca 10 000 upphandlande enheter årligen gör ca 3 500 direktivstyrda upphandlingar<sup>211</sup> och närmare 200 000 förenklade upphandlingar<sup>212</sup>.

De upphandlande enheterna har ofta tillgång till juridisk vägledning, t.ex. genom en kommun- eller förbundsjurist. Leverantören, ofta små och medelstora företag, riskerar att hamna i underläge eftersom företaget i regel för sin egen talan utan juridiskt biträde.

Även större företag avstår enligt kommitténs erfarenheter från att begära överprövning eller driva skadeståndsprocesser av det enkla skälet att långsiktiga kundrelationer värderas högre än ett enstaka tappat kontrakt. För mindre företag kan en förlorad upphandling äventyra hela dess existens vilket kan göra att dessa företag är mera "processlystna".

### **7.3.9 Överprövning en svårframkomlig väg för leverantörerna?**

#### ***Avvisning av överprövningsärenden p.g.a. avslutad upphandling, återkallelse av talan m.m.***

Figur 2 ovan visar att av de avgöranden som meddelats av förvaltningsdomstol och som ingår i kartläggningen är det endast ca 49 procent som har prövats i sak. Övriga 51 procent har antingen avskrivits, avslagits eller avvisats. Den vanligaste anledningen att målet inte har prövats i sak är att ansökan inkommit efter det att beslut om leverantör fattats eller att avtal har

<sup>211</sup> Antalet annonseringar i Tender Electronic Daily.

<sup>212</sup> Källa: samtal med Stefan Elg, Chefredaktör och ansvarig utgivare av Anbudsjournalen.

tecknats. Detta har skett i 32 procent av samtliga av de kartlagda överprövningsmålen. Andra anledningar är att den klagande saknar talerätt, LOU anses inte vara tillämplig, den klagande har återkallar sin ansökan eller att den upphandlande enheten har avbrutit upphandlingen.

I åtskilliga fall har leverantörens talan prövats av länsrätten men kammarrätten har vid överklagandet inte kunnat pröva upphandlingen eftersom avtal då har tecknats.

**Länsrätten i Vänersborg** <sup>213</sup> har avslagit leverantörens ansökan om överprövning i dom 1998-12-18 och godkände upphandlingen. Leverantören överklagade länsrättens beslut. Av beslutet i kammarrätten framkommer att denna inte kunde pröva överklagandet eftersom den upphandlande enheten fattade beslut om leverantör och tecknade avtal med denne samma dag som länsrätten meddelade dom.<sup>214</sup>

### ***Kommitténs bedömning avseende processen i allmän förvaltningsdomstol***

Det sammanlagda resultatet av kartläggningen visar att överprövningsinstrumentet inte kan anses tillräckligt effektivt beträffande leverantörernas möjligheter att tillvarata sina rättigheter. Nära en tredjedel av samtliga kartlagda mål har avvisats, avskrivits eller avslagits p.g.a. av att avtal med leverantör ingåtts eller beslut om leverantör fattats. Tiden mellan beslut om leverantör och avtalets tecknande var uppenbarligen för kort för att dessa mål skulle ha kunnat prövas i sak. I kombination med de bevisvårigheter som föreligger i skadeståndsprocess kan man förmoda att ett flertal regelöverträdelser, med anledning av de avvisade överprövningsmålen, aldrig kommer att beivras.

EG-domstolen förhandsavgörande av den 28 oktober 1999 (Alcatel m.fl.) lämnat ett för kommittén viktigt avgörande. EG-domstolen påpekar att medlemsländerna är skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka, om förutsättningarna för detta är uppfyllda, undanröjande av beslutet att utse en viss leverantör. Detta gäller oberoende av klagandens möjlighet att erhålla skadestånd efter det att avtal slutits med den utsedda leverantören. ”Då beslutet att tilldela kontraktet och ingåendet av kontraktet i praktiken sammanfaller, saknas i ett sådant system ett förvaltningsbeslut som de berörda kan få kännedom om och som skulle kunna bli föremål för en talan om undan-

<sup>213</sup> Mål 3642-98E.

<sup>214</sup> Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling, s. 30.



röjande, såsom föreskrivs i artikel 2.1 a och b i direktiv 89/665.”<sup>215</sup> Domstolen erinrar om att berörd part kan begära ersättning från medlemsstat som inte genomfört direktiven inte inom den föreskrivna fristen.

Av denna dom kan möjligen dras slutsatsen att Sverige i två avseenden inte lever upp till sina åtaganden gentemot EU. Myndigheters tillämpning av reglerna om förlängd anbudssekretess i 8 kap. 10 § sekretesslagen kan hindra leverantörerna att få ut handlingar som behövs för att överklaga beslutet om val av leverantör. Vidare finns enligt LOU inget hinder mot att beslut om leverantör tas och avtal med denne tecknas på samma dag. Kommittén vill påpeka att konsekvenserna av denna dom måste utredas ytterligare och avser att återkomma till detta i sitt fortsatta arbete. En annan omständighet som gör det svårt för leverantörer att ta tillvara sin rätt är att privata företag inom försörjningssektorerna och vissa statliga företag inte är skyldiga att offentliggöra det beslutsunderlag som ligger till grund för upphandlingsbeslutet. Kommittén om offentlighet och IT m.m. (Ju 1999:06) arbetar bl.a. med en översyn av sekretesslagen. Upphandlingskommittén utgår från att kommittén (Ju 1999:06) kommer att beröra ovan nämnda sekretessfrågor.

### 7.3.10 Skadestånd vid offentlig upphandling

#### *NOU:s kartläggning*

I kartläggningen ingår samtliga 21 skadeståndsmål som kommit till NOU:s kännedom t.o.m. 1 maj 1999. Endast knappt hälften av dem har i juni 1999 vunnit laga kraft. Av dessa lagakraftvunna domar har skadeståndsskyldighet ådömts i tre mål och delvis skadeståndsskyldighet i ett mål. HD har avkunnat en dom och denna innebar att leverantören tillerkändes skadestånd. HD har meddelat prövningstillstånd i ett mål och ytterligare sex mål är överklagade från hovrätten. I 13 mål är den upphandlande enheten en kommun, i fyra mål en statlig myndighet, i två mål ett landsting och i två mål offentligägt bolag.

<sup>215</sup> C-81/98, Alcatel Austria AG m.fl. mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr (p. 48).

### **Preskriptionstid på ett år avseende skadeståndstalan i LOU**

Enligt 7 kap. 8 § LOU skall talan om skadestånd väckas inom ett år från den dag då avtal om upphandlingen slöts<sup>216</sup>. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad. Rätten till skadestånd för förfördelade leverantörer infördes i Sverige i och med att LOU trädde i kraft.

I 3 av de 21 mål som NOU tagit del av har domstolen ansett att stämningsansökan inkommit för sent och leverantörens rätt till skadestånd ansetts förlorad.

**Svea Hovrätt** har i en dom<sup>217</sup> uttalat sig om att "talefristen i 7 kap. 8 § LOU inte strider mot rättsmedelsdirektivet och att denna frist inte heller är orimlig sett ur ett gemenskapsrättsligt perspektiv." Uppsala tingsrätt<sup>218</sup> anförde i samma mål följande.

"Enligt tingsrättens mening kan den talefrist som föreskrivs i 7 kap. 8 § LOU inte anses innebära att det därigenom skulle vara praktiskt taget omöjligt eller alltför svårt att tillämpa gemenskapsrätten. Talefristen måste dessutom anses berättigad med hänsyn till den avvägning som enligt motiven gjorts mellan olägenheten för upphandlande enheter att inte kunna avsluta sina upphandlingar innan fristen gått ut<sup>219</sup> och önskemålet att skadestandsreglerna är effektiva. Talefristen är därför även ur ett gemenskapsrättsligt perspektiv rimlig och motiverad av godtagbara skäl, varför den skall tillämpas enligt sin lydelse."

Formuleringen är delvis hämtad från prop. 1992/93:88 s. 47. Svea hovrätt uppger i samma dom att domstolen finner i likhet med tingsrätten att allmänna skadeståndsrättsliga preskriptionsregler inte är tillämpliga på tvisten. Domen har överklagats till HD.

### **NOU:s synpunkter**

<sup>216</sup> Tidigare lagtext "...inom ett år från den dag då beslut om leverantör fattats."

<sup>217</sup> Mål nr T 965-97, Buss i Uppland Ekonomisk Förening mot Upplands Lokaltrafik Aktiebolag, s. 3.

<sup>218</sup> Mål nr T889/96, s.10.

<sup>219</sup> En kommentar till ovan nämnda dom från Uppsala tingsrätt är att enheten inte är förhindrad att avsluta upphandlingen innan fristen för leverantörer att begära skadestånd har gått ut.

Möjligheten för förfördelade leverantörer att erhålla skadestånd vid en felaktigt genomförd upphandling begränsas av tidsfristen på ett år. Om upphandlingen prövas av förvaltningsdomstol eller som klagomålsärende hos EG-kommissionen, EG-domstolen eller hos NOU finns risk för att domen eller yttrandet inte hinner meddelas den klagande innan tidsfristen för skadestånd har löpt ut. Om EG-domstolen skulle pröva en upphandling och kanske konstatera att ett allvarligt fel begåtts vid upphandlingen skulle leverantörens rätt till skadestånd med all sannolikhet vara förlo-rad.

I de fall en leverantör nekas tillgång till handlingar avseende upphandlingen och överklagar beslutet enligt sekretesslagen minskas ettårsfristen med den tid som prövningen tar för sekretessmålet eller kanske försitts.<sup>220</sup>

Vid en internationell jämförelse kan konstateras att inte någon annan medlemsstat genom särreglering begränsat tiden för rätten att begära skadestånd på det sätt Sverige gjort.<sup>221</sup>

### ***Kommitténs bedömning avseende skadestånd***

Sammantaget kan kommittén konstatera att möjligheterna för en leverantör att erhålla skadeståndsansättning begränsas av såväl stränga bevisregler som förhållandevis korta preskriptionstider. Kommittén anser att den korta preskriptionstiden i skadeståndsmål till viss del visat sig vara ett hinder för att förfördelade leverantörer skall kunna begära ersättning. Kommittén anser att preskriptionstidens längd måste vara en avvägning mellan leverantörens möjlighet att tillvarata sin rätt och den upphandlande enhetens berättigade intresse av att göra rätt i nästa upphandling.

Omfattningen av det positiva kontraktsintresset har kritiserats från kommunalt håll. Därvid får en jämförelse med ske med förhållandena i övriga medlemsländer (se kapitel 6).

<sup>220</sup> Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling, s. 37 f.

<sup>221</sup> "Kartläggning av hur skadeståndsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsstater", NOU:s dnr 53/99-28.

### 7.3.11 Dokumentation och öppenhet

#### *NOU:s kartläggning*

Krav ställs på viss dokumentation i LOU. Under rubriken "dokumentation och öppenhet" har material som behandlar frågor om den upphandlande enheten på ett dokumenterat en upphandling i enlighet med upphandlingsreglerna samt fråga om handlingsoffentligheten i LOU efterlevts, t.ex. utlämnande av förfrågningsunderlag.

<b>Kartlagt material</b>	<b>Antal poster</b>
Rättsfall i förvaltningsdomstol	8
varav beslut/dom i målen: 1 avslag	
	3 avskrivningar p.g.a. avtal tecknats.
	1 avskrivning p.g.a. beslut om leverantör fattats.
	2 rättelse
	1 upphandlingen skall göras om
Skadeståndsmål (preskriberat)	1
Ärende hos NOU	3
Revisionsrapporter	1
Ärende hos Konkurrenskommissionen	1
Artkel/notis i upphandlingstidning	9
<b>Totalt</b>	<b>23</b>

Figur 15; Dokumentation och öppenhet

#### *NOU:s synpunkter med anledning av kartläggningsresultatet*

Vissa grupper av upphandlande enheter omfattas inte av offentlighetsprincipen och tryckfrihetsförordningens bestämmelser. NOU:s uppfattning är att kraven på dokumentation och offentlighet borde gälla för alla upphandlande

enheter vid offentlig upphandling. En leverantör som deltar i en upphandling som genomförs av en enhet som inte omfattas av kraven på öppenhet har ofta ingen möjlighet att i efterhand få reda på hur upphandlingen har gått till.<sup>222</sup>

### ***Kommitténs bedömning***

En förutsättning för att leverantörer skall kunna ta tillvara sina rättigheter och tillsynsmyndigheten skall kunna kontrollera regelefterlevnaden hos de upphandlande enheterna är att upphandlingsprocessens olika steg dokumenteras. Vidare måste det vara möjligt för leverantör och tillsynsmyndighet att få tillgång till denna dokumentation. EG-domstolen har i mål C-81/91 (Alcatel m.fl.) konstaterat att en förfördelad leverantör måste kunna få till stånd en prövning av beslutet om val av leverantör innan avtal om upphandlingen tecknas. För leverantörer som avser att begära överprövning måste därmed finnas tillgängligt erforderlig dokumentation, före avtal tecknas.

För att anhängiggöra ett skadeståndsmål måste erforderlig dokumentation vara leverantören tillhanda så förberedelser hinns med inom preskriptionstiden.

<sup>222</sup> Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling, s. 47 f.



## 8 Allmänna utgångspunkter för våra förslag

### 8.1 Effektivare offentlig upphandling för fortsatt välfärd och trygghet

#### 8.1.1 Lagen om offentlig upphandling efterlevs bättre än tidigare upphandlingsregler

Lagen om offentlig upphandling har medfört väsentliga förbättringar av den offentliga upphandlingsverksamheten. Enligt en utbredd uppfattning bland företrädare för leverantörer och upphandlare respekteras LOU i större utsträckning och efterlevs bättre än det regelverk som gällde tidigare. Detta beror dels på att reglerna om överprövning och skadestånd avhållit upphandlande enheter från att göra avsteg från regelverket, dels på att anslutningen till den europeiska unionen och införlivandet av EG:s upphandlingsregler i LOU medfört en ökad uppmärksamhet på upphandlingsfrågor.

LOU har bidragit till att det görs fler upphandlingar och att allt fler upphandlingar görs genom anbudsförfarande i konkurrens. Samtidigt har konkurrensen i de enskilda upphandlingarna ökat. Detta gäller såväl upphandlingar av varor som av tekniska och ”mjuka” tjänster. Detta har i sin tur i de flesta fall lett till lägre priser med bibehållen eller förbättrad kvalitet. Den ökade konkurrensen gynnar ytterst skattebetalarna och konsumenterna.

I några fall har dock bristande politiska och administrativa förberedelser, otillräcklig organisation och orealistisk tidsplanering lett till kvalitetsförsämringar. I massmedia har ett antal ”vårdskandaler” åberopats som argument mot konkurrensutsättning och alternativa driftformer. Vissa av de uppmärksammade fallen har vid en närmare prövning visat

sig vara en följd av ett bristande politiskt och administrativt förarbete. I dessa fall har riskerna med konkurrensutsättning och alternativa driftformer inte tagits på allvar.<sup>223</sup>

Genomgående har bristande politiskt förarbete inför konkurrensutsättning och övergång till alternativa driftformer också tenderat att leda till försämrad offentlig styrning och kontroll och medföra ekonomiska risker. Ofta framhålls risken för att sådant som tidigare bedrivits som offentliga monopolverksamheter byts ut mot privata monopol. Det senare kan bli fallet om utbudet av leverantörer på en viss marknad är för litet och den upphandlande enheten inte har förmåga att utveckla en långsiktig konkurrensstrategi som attraherar marknaden. Varje upphandling måste därutöver läggas upp och planeras på ett sådant sätt att såväl den upphandlande enheten som de leverantörer som lämnar anbud kan påräkna en god affär.

### 8.1.2 Lagen om offentlig upphandling har lett till förbättrad kvalitet och goda ekonomiska effekter

Enligt en utvärdering som utförts på uppdrag av Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har lagen entydigt lett till goda ekonomiska effekter.<sup>224</sup> De positiva effekterna var särskilt märkbara beträffande förhållandevis stora upphandlande enheter och i fråga om upphandlingar över tröskelvärdena. Kommunerna står för en stor andel av besparingarna. Även de kommunala företagen redovisade goda besparingseffekter även om en relativt stor andel av de mindre kommunala företagen upplevt fördyringar.

I utvärderingsrapporten kalkylerade utredaren med att lagen om offentlig upphandlingen, med en försiktig uppskattning, bidragit till en sammanlagd nettobesparing (vid oförändrad kvalitet) på 3,3 miljarder kronor per år under åren 1994 - 1996, dvs. totalt omkring 10 miljarder kronor under tre år. Vi kan på goda grunder utgå från att de upphandlande enheterna tillgodogjort sig motsvarande besparingar även under åren 1997 - 1999. Detta innebär de upphandlande enheterna på ett eller

<sup>223</sup> Konkurrens för fortsatt välfärd ? - Om förekomst, omfattning, effekter och erfarenheter av konkurrensutsättning och alternativa driftformer, Svenska Kommunförbundet 1999.

<sup>224</sup> Effekter av lagen om offentlig upphandling, Nämnden för offentlig upphandling, 1998.



annat sätt torde ha tillgodogjort sig en total nettobesparing på omkring 20 miljarder kronor under den tid lagen varit i kraft.

Orsaken till dessa goda resultat är enligt NOU främst att reglerna är tvingande och detaljerade samt att rättsmedel finns tillgängliga för de leverantörer som är missnöjda med handläggningen av upphandlingsärenden.<sup>225</sup>

Den ökade användningen av konkurrensutsättning inom den offentliga sektorn, som främst sker genom offentlig upphandling av tjänster inom vården, skolan, kultur- och fritidsverksamheten i kommuner och lands- ting upplevs av många politiker, tjänstemän och brukare vara något som positivt bidragit till en ökad kvalitet i verksamheten. Arbetet med framtagande av kvalitetsmål och krav på utförande sätter ofta igång en process som leder till en högre grad av uppfyllelse i förhållande till de mål och behov som politikerna formulerat. För att klara konkurrensen tvingas den egna produktionen eller egenregin i samband med konkurrensut- sättning se över sin organisation, bemanning, arbetsmetodik och system för kvalitetssäkring.<sup>226</sup>

### 8.1.3 Potential för kvalitetsförbättringar och besparingar om den offentliga upphandlingen effektiviseras ytterligare

Enligt kommitténs bedömning är de ekonomiska resultat som uppnåtts hittills endast en del av vad som skulle kunna uppnås om den offentliga upphandlingen effektiviserades ytterligare. I själva verket har många upphandlande enheter inte arbetat systematiskt med att få till stånd en effektivare upphandling. Trots att det är väl känt att samordnad upphand- ling och kompetensutveckling är hörnstenar i arbetet för en effektivare offentlig upphandling har många myndigheter valt att decentralisera sin upphandlingsorganisation och avveckla upphandlingskompetens som tidigare funnits på central nivå. I vissa statliga myndigheter och kommuner finns inte någon särskild funktion eller del av någon annan funktion som arbetar med att samordna upphandlingen för hela myndighetens räkning. Stadsdelsreformen i Stockholm, Göteborg och Malmö har medfört att varje stadsdelsnämnd räknas som en upphandlande enhet. Detta innebär att upphandlingarna för det mesta görs av varje stadsdelsnämnd för sig. Detsamma gäller ofta mindre resultatenheter som skolor och daghem.

<sup>225</sup> Årsredovisning 1998 för Nämnden för offentlig upphandling s. 4.

<sup>226</sup> Konkurrens för fortsatt välfärd? Svenska Kommunförbundet, 1999.

Små upphandlande enheter kan visserligen i och för sig ofta köpa den kompetens som behövs eller samordna sina upphandlingar med andra upphandlande enheter som har tillgång till erforderlig kompetens. I praktiken finns sällan några resurser till att köpa in konsulter annat än i undantagsfall. Det är inte heller givet att det i alla lägen finns möjlighet för en mindre upphandlande enhet att ta del av en större upphandlande enhets kompetens genom samordning. För större upphandlande enheter framstår inte sällan samverkan med en mindre enhet som omständlig och kostsam. I många fall finns bland beslutsfattare en utbredd okunskap om vad som krävs för att åstadkomma goda resultat i den offentliga upphandlingen och vilken potential till förbättrat resursutnyttjande som ligger i att satsa på kompetensuppbyggnad hos upphandlare och kvalitetssäkring av upphandlingsverksamheten. Kortsiktiga ekonomiska hänsyn tillåts inte sällan dominera över kostnadseffektivitet och kvalitet på längre sikt. En stor del av upphandlingarna sker vid sidan av de professionella inköpsorganisationerna. I vissa kommuner och landsting görs mycket stora upphandlingar helt utan något stöd från professionella inköpare. Detta innebär att en icke oväsentlig del av den offentliga upphandlingen utförs av personer med bristfälliga kunskaper och insikter om offentlig upphandling. En professionalisering av upphandlingsverksamheten är en av de grundpelare som ett reformarbete inom detta område måste bygga på.

Vidare skulle sannolikt ett avhjälpande av den nuvarande bristen på intern och extern samordning, som kännetecknar många upphandlande enheter, kunna leda till kvalitetsförbättringar och besparingar.

De kvalitetsbrister som genomsyrar många upphandlande enheters upphandlingsrutiner skulle sannolikt kunna avhjälpas om de upphandlande enheterna satsar på en systematisk utveckling och säkring av kvaliteten i upphandlingsverksamheten. Flera kommuner, landsting och statliga myndigheter har påbörjat ett omfattande kvalitetsarbete inom upphandlingsområdet.

Dessa förhållanden talar för att det i många fall är möjligt att effektivisera den offentliga upphandlingen med förhållandevis enkla medel. En förenklad och skärpt lagstiftning är enligt kommitténs bedömning en ytterligare viktig förutsättning för att få till stånd en effektivare offentlig upphandling. Nya lagregler och en förbättrad regelefterlevnad är emellertid inte en tillräcklig förutsättning för en långsiktigt förbättrad upphandlingsverksamhet som kan ta vara på förändringspotentialen.

Sannolikt skulle en utveckling mot att upphandlande enheter utarbetar långsiktiga konkurrensstrategier, konkurrensprogram för konkurrensutsättning och upphandling samt en uppgradering av ansvaret för

genomförandet av upphandlingar till det högsta verkställande organet medföra dramatiska effekter.

Med en radikal omvandling av ”upphandlingskulturen” i enlighet med vad som sagts ovan är besparingspotentialen sannolikt betydande. I den s.k. Cecchini-rapporten<sup>227</sup>, som i och för sig bygger på kvalificerade men icke verifierbara skattningar, har det gjorts beräkningar att en ökad konkurrens och en ökad kompetens inom offentlig upphandling skulle kunna medföra kostnadsbesparingar på upp till 15 procent inom den offentliga sektorn. För svensk del (med en offentlig upphandling på omkring 400 miljarder kronor) skulle detta kunna medföra besparingar på nästan 60 miljarder kronor per år.

En svårighet med denna typ av kalkyler är att den besparing som kan uppnås beträffande ett visst varusortiment eller tjänst ofta äts upp av att besparingen växlas mot en högre kvalitet. Ett förbättrad kvalitet och ett effektivare utnyttjande av tillgängliga skattemedel kan vara svårt att mäta och redovisa. Även om besparings- och kvalitetspotentialen inte är fullt så stor som redovisats ovan står det klart att en effektivare offentlig upphandling leder till ett effektivare resursutnyttjande.

## 8.2 Effektivare offentlig upphandling ger ökat skydd för leverantörerna och flera anbud

Den effektivare offentliga upphandlingen har inte endast medfört goda ekonomiska resultat för de upphandlande enheterna utan har även medfört väsentliga förbättringar för leverantörerna. Även om det finns flera exempel på motsatsen har åtskilliga upphandlande enheter blivit bättre på att följa regelverket vars primära syfte är att säkerställa rättvisa villkor för leverantörer till den offentliga sektorn och att främja den fria rörligheten av kapital, arbetskraft, varor och tjänster inom den inre marknaden.

Leverantörerna har i många fall fått bättre underlag för utformning och kalkylering av sina anbud. De har fått större möjligheter att förutse vilka krav som ställs på anbudsgivare och anbud genom att kvalificerings- och utvärderingskriterierna blivit mera precisa och inte sällan rangordnade och viktade. Som helhet har risken för att bli utsatt för godtycke och mannamån minskat. I många fall har även dokumentatio-

<sup>227</sup> The cost of Non-Europe in Public Sector Procurement, ws Atkins Management Consultants, 1987

nen över skälen till att en viss anbudsgivare antagits och vad som i övrigt förekommit under upphandlingsprocessen förbättrats.

Den allmänt sett förbättrade rättssäkerheten för leverantörerna har medfört en större tilltro till den offentliga upphandlingen och att det därmed är värt att lägga ned tid och kostnader för att svara på anbudsfrågor från den offentliga sektorn. I många fall har antalet anbud vid varje upphandling och därmed konkurrensen om uppdragen ökat. I vissa fall kan detta åstadkommas genom att anbudsgivare ersätts för det arbete som åtgår för att utforma anbudet.

Även om den offentliga upphandlingen som helhet har förbättrats i och med LOU:s tillkomst visar den kartläggning av fel och brister som redovisats i avsnitt 7 och våra övriga iakttagelser i samband med hearingar och möten med praktiker att regelefterlevnaden i vissa avseenden är anmärkningsvärt låg. En förbättrad regelefterlevnad, i kombination med enklare regler, skulle öka förutsebarheten och rättssäkerheten för leverantörerna vilket i slutänden genererar flera och bättre anbud. För att åstadkomma detta gör kommittén den bedömningen att det redan av dessa skäl finns anledning att dels främja regelefterlevnaden genom ökade informations- och utvecklingsinsatser, dels skärpa kontrollen av att upphandlande enheter följer reglerna.

### 8.3 Effektivare offentlig upphandling leder till ökad hållbar tillväxt och fler arbetstillfällen

Kommittén anser att den offentliga upphandlingen har flera mål. Det gäller inte bara att få ut mesta värde för skattebetalarnas pengar och att tillförsäkra leverantörerna ett skydd mot godtycke och diskriminering. Dessa mål är centrala men offentlig upphandling bör även utnyttjas för att främja andra samhällliga mål inom ramen för gemenskapsrätten. De olika målen för offentlig upphandling kan vara till synes oförenliga. På lång sikt är en marknad med fungerande konkurrens något positivt för den upphandlande enheten. I den enskilda upphandlingen kan det långsiktiga målet strida mot det kortsiktiga intresset av att kunna uppnå ett så lågt pris som möjligt.

Redan i dag används den offentliga upphandlingen för att tillgodose samhällliga intressen som inte har direkt anknytning till föremålet för den enskilda upphandlingen. Ett exempel på detta är den kontroll som föreskrivs i fråga om leverantörernas betalning av skatter och avgifter.

Det är inte säkert att den upphandlande enheten får en bättre vara eller tjänst endast för att leverantören fullgör sina åligganden gentemot staten.

Förmågan att betala sina skatter och avgifter är givetvis ofta en indikation på finansiell styrka och stabilitet som är ett viktigt moment vid kvalificeringen av anbudsgivare. Från samhällelig synpunkt är det givetvis av vikt att alla företag följer lagar och förordningar. Om upphandlande enheter inte skulle ta någon notis huruvida leverantörer följer reglerna eller inte kan de leverantörer som följer reglerna sägas ha en konkurrensnackdel gentemot de leverantörer som inte anser sig behöva följa reglerna. Kontrollen av anbudsgivarna utgör dock inte desto mindre en förlängning av den tillsyn som egentligen ankommer på skattemyndigheterna.

Det bör understrykas att de samhälleliga målen skall fastställas av lagstiftaren. Hur dessa mål får främjas genom offentlig upphandling måste tydliggöras genom lag eller författning. Den enskilda upphandlande enheten och den enskilde upphandlaren skall inte behöva lägga ned stora resurser på att tolka regler i en mängd olika lagar vid sidan av LOU om inte dessa lagar har en direkt koppling till upphandlingsprocessen eller till det som skall upphandlas.

En effektiv politik ifråga om offentlig upphandling är av avgörande betydelse om den inre marknaden skall kunna nå sina mål. Dessa mål är att ge upphov till en varaktig och långsiktigt hållbar tillväxt och skapa sysselsättning, att gynna utvecklingen av företag som har förmåga att utnyttja de möjligheter som världens största integrerade marknad erbjuder och på ett effektivt sätt kan möta konkurrensen på globala marknader.<sup>228</sup>

Även om en effektivare offentlig upphandling inledningsvis skulle kunna resultera i ett avtapp av värdet av den totala upphandlingsvolymen på grund av ökad internationell och inhemsk konkurrens torde de svenska företag som överlever den hårdnande konkurrensen i Sverige bli bättre skickade att konkurrera om framtida upphandlingskontrakt. Härigenom främjas långsiktigt tillväxt och sysselsättning.

En ny upphandlingskultur med en genomtänkt och långsiktig konkurrensstrategi på alla nivåer kommer att leda till förbättrade möjligheter för små och medelstora företag att göra sig gällande i konkurrensen på såväl den svenska som den internationella marknaden för offentlig upphandling. De små och medelstora företagen står för mer än 65 procent av omsättningen inom den privata sektorn i unionen.

Ett ökat deltagande skulle kunna leda till att det bildas en liten kärna av små och medelstora företag som har förmåga att utnyttja de affärsmöjligheter som erbjuds i första hand inom europeiska unionen men också i de länder som omfattas av GATT-avtalet om offentlig upphandling.

<sup>228</sup> Grönbok, Offentlig upphandling inom europeiska unionen: överväganden inför framtiden, 1996.

Detta skulle samtidigt göra det möjligt för dessa företag att på längre sikt och i ännu högre utsträckning bidra till en ökad hållbar tillväxt, konkurrenskraft och fler arbetstillfällen.<sup>229</sup>

En viktig del i den fortsatta utvecklingen mot en effektivare offentlig upphandling är satsningar på intern och extern samordning av den offentliga upphandlingen. Med samordning avses i första hand att upphandlande enheter samarbetar och hjälper varandra i olika avseenden. Gemensam utbildning, kompetensutveckling och organiserade nätverk för erfarenhetsutbyte är en central del i samordningen. Mindre upphandlande enheter bör kunna ta hjälp av större upphandlande enheter. På samtliga marknader måste dock göras en avvägning mellan de fördelar och de nackdelar som storskaliga upphandlingar kan ge upphov till.

Långsiktigt kan det vara en klok strategi att dela upp upphandlingarna i mindre tårtbitar för att därigenom möjliggöra för mindre och lokala leverantörer att delta. En effektivare offentlig upphandling bör också medföra att tillträdet till den inre marknaden görs mera öppet för alla leverantörer.

En bidragande orsak till att handeln mellan EU:s medlemsländer är så liten är att befintliga leverantörs- och logistikstrukturer skapar effektiva barriärer mot de utländska leverantörer som skulle kunna tänka sig att konkurrera med inhemska leverantörer. För att komma till rätta med det krävs att den offentliga sektorn förändrar sina traditionella upphandlingsmönster. En framkomlig väg skulle kunna vara ökade inslag av tredjepartslogistik i sådan offentlig upphandling som förutsätter en obruten distributionskedja från producent till slutkonsument. Detta kan innebära att den upphandlande enheten upphandlar varor för sig samt upphandlar lagerhållning och distribution för sig.

Härigenom kan vissa leverantörers grepp över delar av marknaden för den offentliga upphandlingen, t.ex. marknaden för offentlig upphandling av livsmedel, ersättas av mångfald och konkurrens.

Genom en tredjepartslogistiklösning skulle det vara ekonomiskt och praktiskt möjligt för utländska leverantörers möjligheter att delta i offentliga upphandlingar i Sverige. Även för små och medelstora företagen skapas nya marknader och avsättningsmöjligheter. Denna typ av innovativa lösningar växer inte alltid fram spontant på marknaden.

En svårighet är att det upphandlingskoncept som används inte endast skall vara ägnat att leda till en starkare ställning för köparen på sikt utan även vara det ekonomiskt mest fördelaktiga alternativet i den aktuella upphandlingen. Därför är det nödvändigt att det allmänna på ett eller

<sup>229</sup> a.a. s. 29.

annat sätt understödjer tillkomsten av projekt som syftar till en effektivare offentlig upphandling.

#### 8.4 Effektivare offentlig upphandling kan bidra till genomförande av sociala, arbetsmarknadspolitiska och miljöpolitiska mål

Det är inte bara de samhällsekonomiskt viktiga målen om fortsatt välfärd, trygghet, hållbar tillväxt och flera arbetstillfällen som kan uppnås lättare genom en effektivare offentlig upphandling. Även i andra avseenden skulle förändrade upphandlingsmönster leda till positiva effekter för samhället. Den offentliga upphandlingen kan bidra till genomförande av sociala, arbetsmarknadspolitiska och miljöpolitiska mål.<sup>230</sup>

På sikt är även dessa mål betydelsefulla från samhällsekonomisk synpunkt. Därför är det viktigt att de finns med i en långsiktig strategi för ökad konkurrens vid offentlig upphandling. På kortare sikt kan upphandlande enheter ställa krav på att leverantörer skall upprätthålla en viss samhällsservice. Enligt den s.k. Beentjes-domen<sup>231</sup> är det under vissa förutsättningar möjligt att ställa krav på att leverantörerna skall utföra arbetet med en viss andel långtidsarbetslösa eller funktionshindrade. En grundförutsättning är att kraven inte strider mot gemenskapsrätten. När det gäller upphandling av varor är det i regel svårt att ställa krav som är relaterade till produktionsprocessen. Principen om icke-diskriminering av utländska leverantörer omöjliggör för de upphandlande enheterna att ta hänsyn till den totala transportsträckan vid anbudsprövningen.

Om logistiktjänster upphandlas separat från varuanskaffningar är det förmodligen möjligt att ställa hårdare miljökrav på själva transporttjänsten än vad som är möjligt när logistiken är en del i ett paket som skall upphandlas.

<sup>230</sup> a.a. s.28.

<sup>231</sup> C-31/87 Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna, REG 198 s. 4635.

## 8.5 Effektivare offentlig upphandling minskar risken för bedrägeri och korruption

Även om den offentliga upphandlingen i Sverige sedan länge kännetecknats av saklighet och oväld har de nya striktare upphandlingsreglerna och inte minst de förbättrade möjligheterna för leverantörer att få sin sak prövad av domstol minskat risken för bedrägeri och korruption. Utvecklingen mot att den offentliga sektorn konkurrensutsätter en allt större del av sin verksamhet leder till att allt fler utsätts för frestelser. I en organisation med ett decentraliserat beslutsfattande kan det vara svårt att identifiera de situationer där den som fattar upphandlingsbeslutet måste vara särskilt uppmärksam.

Presenter och erbjudanden om överdådiga studiebesök får inte på minsta sätt påverka eller riskera att påverka anbudsprövningen. Om en upphandlande enhet kan misstänkas favorisera en viss anbudsgivare kan tilltron till den offentliga upphandlingen i allmänhet och den upphandlande enheten i synnerhet få sig en allvarlig knäck. Lagen om offentlig upphandling innehåller till skillnad från upphandlingsförordningen och upphandlingsreglementet inte några bestämmelser i detta ämne.

Goda upphandlingsrutiner innefattande fullständig öppenhet och transparens bidrar till att minska risken för bedrägeri och korruption.

## 8.6 Effektivare offentlig upphandling förutsätter ökad regelefterlevnad

Regelefterlevnaden hos upphandlande enheter i Sverige är i ett internationellt perspektiv sannolikt förhållandevis hög. Särskilt i fråga om upphandlingar under tröskelvärdena och upphandling av B-tjänster har kommittén erfarit att åtskilliga EU-länder konsekvent premierar lokala leverantörer.<sup>232</sup> Även i fråga om direktivstyrda upphandlingar synes regelefterlevnaden i vissa länder vara mera bristfällig än i Sverige.

Detta gör att den offentliga sektorn i dessa länder inte fullt ut utnyttjar den potential till besparingar och kvalitetsförbättringar som finns i en effektivare offentlig upphandling. Från svensk horisont innebär den

<sup>232</sup> Journal of Administration Vol. 77, No 2, 1999 (387-406)



bristande regelefterlevnaden även att svenska företag stängs ute från vissa marknader.

Orsaken till att svenska upphandlande enheter är förhållandevis bra på att följa reglerna är sannolikt främst att den offentliga sektorn sedan gammalt varit skyldig att tillämpa liknande regler. För statliga myndigheter gällde upphandlingsförordningen. Nästan alla kommuner och samtliga landsting hade antagit upphandlingsreglementen som nära anslöt till de statliga reglerna. Fullmäktige i kommuner och landsting kunde dock bevilja sig undantag från reglerna. De offentliga företagen behövde däremot inte tillämpa upphandlingsreglerna.

Trots att svenska upphandlande enheter synes stå sig väl vid en internationell jämförelse finns åtskilliga exempel på fel och brister i den offentliga upphandlingen. Detta beror sannolikt mer på knappa resurser och bristande kunskaper än på medvetna övertramp. Det finns dock exempel på myndigheter och offentligt ägda företag som mer eller mindre medvetet sätter sig över regelverket och tillämpar "egna regler".

Det kan vara fråga om att sluta omfattande avtal utan föregående anbudsinfordran eller att manipulera anbudsprövningen så att "rätt" anbudsgivare tilldelas ett kontrakt. Det försträdda beteendet är i praktiken svårt att komma till rätta med inom ramen för gällande lagstiftning. Det senare beteendet kan föranleda ett kraftigt skadestånd om en förfördelad anbudsgivare kan visa att den upphandlande enheten brutit mot lagen och att han skulle fått kontraktet om upphandlingen genomförts korrekt.

Även om det saknas ett fullständigt empiriskt underlag kan vi genom de erfarenheter som vi tagit del av från inköpare och leverantörer och den systematiska kartläggning av fel och brister som på vårt uppdrag utförts av NOU konstatera att det finns väsentliga problem vid tillämpningen av LOU. I många fall kan det bero på bristande kunskaper om reglernas innebörd. Till problembilden hör dock att vissa upphandlande enheter inte ens försöker följa regelverket. I praktiken är det också så att den som försöker följa regelverket men gör ett fel kan drabbas av ett kännbart skadestånd medan den som inte bryr sig om att följa några regler alls premieras genom att lagen inte kan komma åt ett sådant beteende.

Genom att LOU är tvingande och försett med sanktionsbestämmelser är det sannolikt att upphandlande enheter i större utsträckning än tidigare försöker att genomföra upphandlingar i enlighet med gällande bestämmelser. De upphandlande enheter som konsekvent försöker kringgå bestämmelserna eller tillämpar direktupphandling för att på så sätt kunna gynna någon viss leverantör är såvitt vi kan bedöma relativt fåtaliga.

Enligt kommitténs bedömning förutsätter en effektivare offentlig upphandling med nödvändighet en bättre regelefterlevnad. Det är emellertid inte en tillräcklig förutsättning att följa reglerna. Att enbart följa lagens bokstav utan insikter om hur marknaden fungerar och utan upphandlings- och konkurrensstrategier utgör även det ett effektivt hinder mot effektiva upphandlingar. Ambitionen måste vara hög om det skall vara möjligt att i grunden förändra den offentliga upphandlingen till ett effektivt instrument för den offentliga sektorns förändrings- och förnyelsearbete. Detta arbete syftar ytterst till att garantera att medborgarnas inbetalda skatter och avgifter används för det allmännas bästa på det mest effektiva sättet.

## 8.7 Stödköp från lokala leverantörer

I vissa fall förekommer det att upphandlande enheter gynnar lokala leverantörer, t.ex. genom direktupphandling, i förhoppningen om att detta kan bidra till bygdens överlevnad. I den mån t.ex. en glesbygdskommun diskriminerar ett lokalt företags konkurrenter kan det lokala företaget på längre eller kortare sikt hållas på fötter. Möjligheterna till stödköp framhålls av många som ett viktigt instrument för att kunna upprätthålla viss basservice i glesbygden. I många kommuner finns röster för att kommuner borde kunna köpa tjänster från kooperativa initiativ inom vård, äldre- och handikappomsorg, kultur och fritid utan något föregående upphandlingsförfarande.

Privata företag stödköper inte sällan från lokala företag för att bidra till att upprätthålla viss service så att deras anställda vill bo där företaget är placerat. Riskerna med stödköp är att det kan leda till samhällsekonomisk ineffektivitet eftersom normala marknadsmekanismer sätts ur spel. Sunda och friska företag kan slås ut och hindras att etablera sig p.g.a. konkurrensbegränsande stöd till mindre effektiva företag.

Den bristande regelefterlevnaden kan framstå som negativ från ett kommunalekonomiskt perspektiv. Med hänsyn till de skador som kan tillfogas marknaden kan det vara negativt även från ett samhällsekonomiskt perspektiv.

Stödköp är i regel oförenligt med EG-rätten och kommunallagen. Det är viktigt att en eventuell lagreglering av stödköp hindrar godtyckliga bedömningar. Kommittén har för avsikt att återkomma till dessa frågor under det kommande utredningsarbetet.

## 8.8 Ökad regelefterlevnad underlättas av förenklingar av regelsystemet

Vissa upphandlande enheter har framfört till kommittén att de anser lagstiftningen vara så komplicerad att det inte finns några möjligheter att i alla avseenden följa regelverket. Även när det gäller förenklad upphandling som regleras i 6 kap. LOU har det förts fram krav på förenklingar. Kommittén instämmer i att LOU i vissa avseenden är svår att förstå och tillämpa. Lagen, som ändrats åtta gånger sedan den trädde ikraft 1994, har beskrivits som svårläst och svåröverskådlig.<sup>233</sup> Detta gäller dock inte 6 kap. som i princip överfördes oförändrat från den gamla upphandlingsförordningen och upphandlingsreglementet. Endast ett fåtal kritiker har dock framfört att de över huvudtaget inte vill vara underkastade någon lagreglering av de upphandlingar som regleras i 6 kap.

Kommittén anser att utredningsarbetet skall genomsyras av en ambition att förenkla reglerna. Regelförenklingsarbetet i Sverige kan inte sägas ha medfört några påtagliga effekter trots att det funnits regler om regelförenkling alltsedan 1970 års begränsningsförordning (1970:641). Myndigheterna skulle före beslut om nya eller ändrade föreskrifter, anvisningar eller råd underställa frågan regeringen ifall bestämmelserna kunde leda till direkta eller indirekta kostnadsökningar. Motsvarande bestämmelser finns idag i 27 och 28 §§ av verksförordningen. Inom regeringskansliet har funnits olika arbetsgrupper som haft till uppgift att förenkla regler. Avregleringsdelegationen arbetade under 1993 och 1994 fram ett antal förslag som gick ut på förenklingar och avregleringar i syfte att stärka konkurrensen och företagandet. I statsrådsberedningens instruktioner för lagstiftningsarbetet inom regeringskansliet<sup>234</sup> betonas vikten av att kostsamma, onödiga och ineffektiva åtgärder undviks, att lämpliga styrmedel väljs och att rättsreglerna görs ändamålsenliga, enkla och klara. 1994 bestämde regeringen i ett generellt direktiv om riktlinjer för hur kommittéer och särskilda utredare förutsättningslöst skall pröva offentliga åtaganden.<sup>235</sup> I direktivet ställs även krav på redovisning av hur effekterna av genomförd verksamhet skall analyseras och hur utredningsförslag skall finansieras. Inom OECD och EU har det tagits fram rekommendationer om hur kvali-

<sup>233</sup> Hentze, Sylvén, Kommentar till lagen om offentlig upphandling, Norstedts juridik AB s. 9.

<sup>234</sup> Att styra genom regler – checklista för regelgivare, Statsrådsberedningen, PM 1995:2.

<sup>235</sup> Direktiv till samtliga kommittéer och särskilda utredare att pröva offentliga åtaganden, Dir 1994:23.

teten på medlemsstaternas regelstyrningsbeslut och regler som beslutas av EU kan förbättras.<sup>236</sup>

Regelförenkling behöver inte vara liktydigt med att regler avskaffas. Det kan finnas behov av ett förtydligande av reglernas innebörd. Detta kan i en författning innebära att regeln som beskrivs uttrycks med flera ord. I LOU gäller delvis olika regler för upphandlingar över respektive under tröskelvärdena. Vissa av dessa skillnader kan motiveras av att det behövs t.ex. enklare annonseringsregler än vad som behövs vid upphandlingar över tröskelvärdena. I andra fall, t.ex. regeln om telefaxanbud i 6 kapitlet, är skillnaderna svårare att förstå. Det kan ligga ett egenvärde i att, om så är möjligt, ha samma principer enligt gemenskapsrätten, över som under tröskelvärdena.

Regelförenkling innebär också att lagstiftaren borde eftersträva att försöka begränsa de administrativa kostnader eller transaktionskostnader som lagstiftningen kan leda till. I begreppet regelförenkling ligger dock i allmänhet inte en strävan till begränsning av de materiella kraven på rättssubjekten.

En utgångspunkt för kommittén är att det med hänsyn till de skiftande förhållanden som råder mellan olika typer av upphandlande enheter är det bra om lagstiftningen inte är mera detaljerad än vad den är idag.

Ramlagskaraktären bör inte förändras utan kompletterande allmänna råd kan tas fram av tillsynsmyndigheten och de upphandlande enheterna kan själva utforma riktlinjer som styr den egna verksamheten. Inom många kommuner och landsting finns redan idag riktlinjer med olika interna föreskrifter.

I kapitel 12 presenterar kommittén en rad förslag som syftar till att förenkla regelverket. Svårigheterna att följa reglerna beror dock inte bara på regelverket som sådant utan även på att föremålet för upphandlingarna tenderar att bli mera komplicerade. I många fall, t.ex. när det gäller upphandling av enklare standardprodukter, ställs i allmänhet inte så stora krav på upphandlarnas kompetens.

I andra upphandlingar förutsätts dock de upphandlande enheternas personal inte bara att behärska grunderna i upphandlingslagstiftningen och ekonomisk kalkylering utan även frågor som rör lagstiftning och verksamhet inom t.ex. vård, skola och omsorg.

Detta gör att regelförenkling inte är tillräckligt för att åstadkomma förbättrad regelefterlevnad. Massiva satsningar måste göras för att förbättra kompetensen hos de som i en eller annan befattning arbetar med offentlig upphandling och de som fattar besluten.

<sup>236</sup> Regelförenkling för framtiden, Småföretagardelegationen (SOU:1998:78).  
202

## 8.9 Effektivare upphandling förutsätter bibehållen respekt för den kommunala självstyrelsen och statliga myndigheters självständighet

### 8.9.1 Den kommunala organisationen

Kommittén vill understryka att den kommunala självstyrelsen och kommunernas rätt att själva besluta om formerna för sin verksamhet är av central betydelse vid utformning av våra förslag. En huvudpunkt i den kommunala självstyrelsen är kommunernas och landstingens rätt att organisera sin verksamhet på det sätt som kommunmedlemmarna bestämmer. Det måste stå varje fullmäktigeförsamling fritt att bestämma hur den offentliga upphandlingen skall vara organiserad.

Enligt europakonventionen om kommunal självstyrelse artikel 6 punkt 1 slås fast att kommunerna skall kunna bestämma om sin inre organisation för att anpassa den till de lokala behoven och säkerställa en effektiv förvaltning. Vissa allmänna principer för organisationen kan emellertid fastställas i centrala lagar. Begränsade specifika krav i speciallagar kan accepteras, t.ex. inrättande av vissa nämnder, under förutsättning att de inte är så omfattande att en stel organisation påtvingas kommunerna.

Utanför den kommunala självstyrelsens domäner ligger dock den offentlighetsrättsliga lagstiftning som kommuner och landsting är ålagda att följa. Efterlevnaden av lagen om offentlig upphandling och de mål och krav som lagen utstakar är inte uteslutande en sak för kommunen eller landstinget. Här måste det kommunala intresset att få bestämma vika för statens intresse av regelefterlevnad som följer av statens åtagande gentemot den europeiska unionen.

Även de statliga myndigheterna anses ha en betydande självständig ställning i förhållande till statsmakterna. Denna självständighet tar sig bland annat uttryck i att myndigheterna mera styrs med övergripande mål än med detaljerade anvisningar. En viktig del av självständigheten ligger i att myndighetschefen själv i stor utsträckning skall kunna besluta om hur verksamheten skall vara organiserad.

### 8.9.2 Egentillsyn

Kommittén konstaterar att det primära ansvaret för en verksamhet åvilar den som driver verksamheten. När någon form av egentillsyn särskilt anges i olika författningar avses endast ett mera formaliserat uttryck för detta ansvar. Ett sådant formaliserat ansvar har t.ex. tilldelats kommunerna genom bestämmelserna i skollagen. Kommunerna skall kontinuerligt följa upp och utvärdera skolverksamheten. De har också ansvaret för att utbildningen genomförs i enlighet med de nationella bestämmelserna.

Riksdagens revisorer framhåller i en rapport att det är väsentligt att ökade inslag av egentillsyn inte får innebära att myndigheternas aktiva tillsyn helt uteblir. Å andra sidan måste en väl utbyggd egentillsyn påverka inriktningen av tillsynsmyndighetens arbete. Den utförda egentillsynen måste också bli föremål för tillsyn. Det blir i praktiken en tyngdpunkt på systemtillsyn även om tillsynsmyndigheten skall kunna utöva direkt kontroll genom stickprov, oanmälda inspektioner m.m.

Betoningen av egentillsyn ifråga om kommunernas och landstingens upphandlingar sida är ett uttryck för kommitténs grundläggande respekt för den kommunala självstyrelsen.