

## 9 Allmänna överväganden och förslag beträffande upphandlingstillsynen

### 9.1 Vad är tillsyn?

#### 9.1.1 Det allmänna tillsynsbegreppet

Begreppet tillsyn i såväl lagstiftningen som i praktiken kan ha olika benämningar. Den kan närma sig information och rådgivning. Gränserna mellan tillsyn, uppföljning och kontroll är inte alltid klara.

Tillsynsbestämmelsernas utformning växlar mellan olika förvaltningsområden beroende på lagstiftningens utformning, förekomsten av tillämpningsföreskrifter och tillsynsorganets ställning. I vissa fall finns sakliga skäl för olika lösningar. I andra fall beror skillnaderna på tidsfaktorn. Inom områden där statlig tillsyn motiveras av säkerhetskrav betonas efterhandskontroll. Inom områden med kommunalt huvudmannaskap där tillsyn motiveras med hänsyn till uppfyllande av övergripande politiska mål, rättssäkerhet och lika tillgång till service tenderar regelkontrollen att tonas ned eller försvinna helt. Tillsyn i form av allmänt främjande insatser har då ersatt kontrollen.

Lagstiftningen utgör en viktig utgångspunkt för all statlig tillsyn. Riksdagsrevisorerna menar att tillsynen i första hand innebär att kontroll av att lagar, förordningar och myndighetsföreskrifter efterlevs.<sup>237</sup> Offentlig tillsyn skall tjäna som en garanti gentemot allmänheten. Allmänheten skall kunna lita på att bestämmelser om säkerhet, likabehandling eller viss kundservice efterlevs. Tillsynen skall ses som kontinuerlig, förebyggande verksamhet som bedrivs oberoende av vilka risker eller andra brister som för tillfället tilldrar sig allmänhetens speciella intresse. Revisorerna utgår från ett tillsynsbegrepp som ligger det

<sup>237</sup> 1994/95:RR9 Riksdagens revisorers förslag angående tillsyn- innebörd och tillämpning

rena kontrollbegreppet nära. Varje verksamhetsutövare har självklart ansvar för sin verksamhet. Ansvaret inbegriper olika former av kontroller samt intern revision. I förhållande till sådan kontroll skall den statliga tillsynen utgöra en oberoende kontroll.

Revisorerna anser att avreglering, decentralisering och delegering allmänt sett förutsätter ökad kontrollverksamhet från statsmakternas sida. Tillsynen är ett led i statsmakternas kontroll av den offentliga verksamheten. Även en mera direkt kontrollerande och förebyggande verksamhet krävs, om de utfästelser gentemot medborgarna som statsmakterna lämnat genom sin lagstiftning skall kunna infrias.

Konstitutionsutskottet ansåg i ett betänkande att en väl fungerande statlig tillsyn är ett viktigt instrument i arbetet med att uppnå att lagar och andra föreskrifter efterlevs. Det är vidare betydelsefullt att regelbildningen är ändamålsenlig. Detta förutsätter att riksdagen får information om konsekvenserna av sin lagstiftning så att denna kan bedömas och eventuella förändringar aktualiseras. Regeringen bör i det reguljära budgetarbetet uppmärksamma de frågor som revisorerna aktualiserat. För regeringens löpande uppföljning och kontroll bör myndigheternas årsredovisningar och framförallt resultatredovisningen utgöra värdefulla informationsbärare. Regeringen bör överväga att uppdra åt tillsynsmyndigheterna att särredovisa sitt arbete med tillsynsfrågor. Regeringen bör också regelmässigt analysera om förutsättningarna för tillsynen ändras i samband med förslag om omorganisation eller ändrade ansvarsförhållande.<sup>238</sup>

Förvaltningspolitiska kommissionen konstaterade att den förvaltningspolitiska utvecklingen, där renodling utgör ett icke oväsentligt inslag, har lett till en förändrad roll för åtskilliga myndigheter. Ansvaret för verkställigheten av de politiska besluten har förskjutits nedåt i förvaltningen, inte minst till lokal och regional nivå. På central nivå har rättstillämpning och tillsyn blivit viktigare. Här har även EU-medlemskapet bidragit till utvecklingen. Anpassningen till och tillämpningen av EG-rätten har gjort att flera myndigheter som till exempel Konkurrensverket, Statens livsmedelsverk, Konsumentverket och Statens jordbruksverk har fått ökade inslag av tillsyn och regelkontroll, på bekostnad av annan verksamhet. Idag sker en icke oväsentlig del av statsförvaltningens verksamhet i form av tillsyn och många myndigheter organiseras som tillsynsmyndigheter. Dessa myndigheter har kommit att lägga allt mer vikt vid rådgivning och mindre vid ingripande med sanktioner.

Kommissionen konstaterade vidare att tillsyn används som en övergripande beteckning för delvis olikartade verksamheter som normgivning, rådgivning, utvärdering och inspektion. Tillsyn kan även döljas bakom

<sup>238</sup> 1994/95:KU27

andra beteckningar. Frånvaron av en klar och konsekvent terminologi är emellertid inte främst ett språkligt problem utan ett uttryck för att tillsynsfrågorna inte ägnats tillräcklig uppmärksamhet. Dessa oklarheter har skapat osäkerhet om hur tillsyn bör bedrivas. Beslut om tillsyn fattade av riksdag och regering har därmed i vissa fall varit svåra att omvandla i praktisk verksamhet. Detta har i sin tur försvårat bedömningen av tillsynsverksamhetens effektivitet. Även om tillsynens styrka och effektivitet varierar kraftigt mellan olika områden är den inte sällan påfallande svag. Det finns även en betydande otydlighet med avseende på sanktionsmöjligheterna. För det andra är den statliga tillsynsverksamheten ur ett organisatoriskt perspektiv svåröverskådlig. Antalet former är stort och det framgår inte alltid av myndigheternas instruktioner att de har till uppgift att bedriva tillsyn. Även om enhetliga lösningar inte alltid är önskvärda återspeglar inte den begreppsliga och organisatoriska mångfalden en genomtänkt syn på tillsynsfrågor.<sup>239</sup>

Regeringen har i den förvaltningspolitiska propositionen gjort bedömningen att den statliga tillsynen av kommuner, myndigheter och företag bör ses över i syfte att göra den mera. Den bör också ges en tydligare innebörd. Regeringen avser att återkomma till riksdagen med en samlad redovisning av den statliga tillsynsverksamheten.<sup>240</sup>

Svenska Kommunförbundets programberedning för kommunal självstyrelse har i en rapport sammanfattat problemen med den statliga tillsynsverksamheten på följande sätt. Regleringen är inte bara omfattande och av skiftande lagteknisk kvalitet. Den är också splittrad, svåröverskådlig och svårtillgänglig. Innebörden av begreppet tillsyn är oprecist.

Den statliga tillsynen har också stor inverkan på den kommunala självstyrelsen. Tillsynens förenlighet med självstyrelsen är en övergripande principfråga. Myndigheterna har stora möjligheter att själva forma sin tillsyn. Detta har lett till stora skillnader mellan myndigheterna. För kommunerna, som har det lokala ansvaret inom i stort sett hela samhällssektorn, medför detta naturligtvis stora problem. En och samma myndighet kan ha ansvaret för flera områden med varierande reglering av tillsynen och praxis vid utövandet av tillsynen. Så är fallet med Socialstyrelsens tillsyn av socialtjänsten, hälso- och sjukvården, delar miljö- och hälsoskyddet samt smittskyddet. Det är också vanligt att mer än en myndighet utövar tillsyn inom samma område. I dessa fall accentueras kommunernas problem på grund av olika regler och tillsynspraxis.<sup>241</sup>

<sup>239</sup> SOU 1997:57, I medborgarnas tjänst – en samlad förvaltningspolitik för staten s.105 ff.

<sup>240</sup> Prop. 1997/98:136 s. 45. Statlig förvaltning i medborgarnas tjänst

<sup>241</sup> Statlig tillsyn av kommunerna, Svenska Kommunförbundet, 1994

Avregleringsutredningen betonade i sitt betänkande<sup>242</sup> att ett ställningstagande till regleringen inom ett område förutsätter en analys där man utgår från vilka ambitioner statsmakterna har med verksamheten och vilken variation som man är villig att acceptera. Utredningen ansåg att man måste ha samma utgångspunkt även vid bedömningen av omfattningen och inriktningen på den statliga tillsynen av kommuner och landsting inom olika områden.

Utredningen pekade även på sambandet mellan tillsyn och reglering. När de statliga organen fattar beslut om regler måste de i den analys som görs i sammanhanget väga in frågan om den nya regelns konsekvenser för tillsynen inom området. Att utfärda nya och mer detaljerade regler inom ett område där inte ens tidigare utfärdade regler efterlevs torde åtminstone i flertalet fall vare sig gagna dem som ytterst är föremål för verksamheten eller de som arbetar inom denna. Det finns i dessa sammanhang en risk att gapet mellan ambitionerna i den övergripande regleringen och de resurser som sedan står till buds för den konkreta verksamheten kan bli för stort. Att försöka lösa sådana problem med ytterligare reglering är inte bara orealistiskt utan i många fall rent destruktivt. Utredningen betonade därför att en diskussion om tillsyn även måste innefatta en analys och prövning av den reglering och de ambitioner som finns inom området samt storleken på de resurser som kan avsättas för den totala verksamheten. Annorlunda uttryckt: Tillsynen kan inte ses avskild från regleringen, de bakomliggande ambitionerna och tillgängliga resurser; och alla dessa faktorer påverkar varandra ömsesidigt.

Utredningen konstaterade att det finns betydande skillnader hur begreppet tillsyn används. Utredningen betonade att de statliga myndigheternas aktiviteter i förhållande till kommuner och landsting inte kan inskränkas till att endast avse laglighetskontroll. Särskilt gäller detta verksamheter där kommunen svarar för den lokala tillsynen. I dialogen mellan kommun och berörd myndighet är det viktigt med ett ömsesidigt kunskapsutbyte. Därigenom förebyggs många felaktigheter och det direkta tillsynsarbetet underlättas. Samtidigt kan man inte bortse från att givna regler måste följas och att enskildas rättigheter och intressen givetvis inte får kompromissas bort i ett sådant samspel. Hur denna avvägning skall kunna utformas måste enligt utredningens mening avgöras inom de olika verksamhetsområdena. En tänkbar väg att gå är att göra en organisatoriskt klar åtskillnad mellan de kontrollerande och de stödjande insatserna inom de berörda myndigheterna.

Utredningen föreslog slutligen att regeringen ålägger berörda myndigheter att i sin årsredovisning lämna information om inriktningen på samt omfattningen och resultatet av den tillsynsverksamhet som myndig-

<sup>242</sup> Minska regleringen av kommuner och landsting, (SOU 1998:105)

heten bedriver. Av särskilt intresse i sammanhanget är myndighetens avvägning mellan olika typer av kontrollerande och stödjande insatser samt uppföljnings- och utvärderingsaktiviteter.

### 9.1.2 Egentillsyn

Inom många områden finns en utbyggd egentillsyn. Egentillsynen innebär att ansvarsfördelningen mellan tillsynsmyndigheten och verksamhetsutövaren t.ex. ett företag eller en kommun preciseras i lagstiftningen. Verksamhetsutövarna skall med ett formaliserat system och genom medvetna åtgärder styra verksamheten så att gällande regler iakttas. Egentillsynen skall dokumenteras på ett sådant sätt att tillsynsmyndigheten kan följa upp hur egentillsynen har genomförts. Egentillsyn förutsätts ge tillsynsmyndigheten möjligheter att använda sina resurser på ett effektivare sätt genom att resurskrävande detaljkontroll kan undvikas till förmån för stickprov i kombination med systemkontroll.

Egentillsynen kan även motiveras utifrån den kommunala självstyrelsens principer om rätt för kommuner och landsting att själva bestämma formerna för sin verksamhet. Tillsynen över ett visst område förutsätts därmed sammanlagt bli starkare. Det är väsentligt att det ökande inslaget av krav på egentillsyn inte innebär att tillsynsmyndigheternas aktiva tillsyn uteblir.

Å andra sidan måste en väl utbyggd egentillsyn påverka inriktningen av tillsynsmyndigheternas arbete. Den utförda egentillsynen måste bli föremål för tillsyn. Riksdagsrevisorerna ansåg att tillsynsmyndigheterna även måste utöva direkt kontroll av olika verksamheter genom stickprov, oanmälda inspektioner, besök med anledning av klagomål m.m. Även med risk för visst dubbelarbete behövs garantier för att verksamhetsutövarna verkligen följer gällande bestämmelser. Det har då mindre betydelse om dessa verksamhetsutövare är privata företag eller kommunala organ.<sup>243</sup>

### 9.1.3 Den statliga tillsynens inriktning

Kommittén har till uppgift att bl.a. föreslå en definition av begreppet tillsyn av offentlig upphandling. Tillsynsbegreppet är inom detta område liksom inom andra förvaltningsområden oklart. En lämplig ingång kan

<sup>243</sup> Riksdagens revisorers förslag angående tillsyn – innebörd och tillämpning, 1994/95 RR9, s.24

vara att något beröra den diskussion som förts om den statliga tillsynens inriktning. Begreppet tillsyn användes 1994 enligt en rapport från Riksrevisionsverket i mer än 500 lagar.<sup>244</sup> Med böjningsformer och sammansättningar kunde enligt Svenska Kommunförbundet variationer på ordet tillsyn summeras till över 2 500.<sup>245</sup> I dessa 500 lagar och tillhörande förordningar kan innehållet i tillsynsarbetet beskrivas enligt ett eller flera av följande alternativ:

- utfärda föreskrifter,
- utforma allmänna råd,
- göra inspektioner,
- efterlevnadskontroll,
- kontrollobjekt,
- systemkontroll,
- egenkontroll,
- stöd till egenkontrollprogram; kvalitetssäkring,
- anmälan av överträdelser,
- krav på rättelse,
- förelägga vite,
- övervakning,
- besiktning,
- uppsikt,
- överinseende,
- inseende,
- provtagning,
- granskning,
- rapportering,
- godkännande av lokal,
- dokumenttillsyn,
- utfärdande av säkerhetsbestämmelser,

<sup>244</sup> Statlig tillsyn – ett förvaltningspolitiskt styrmedel RRV 1996:10 s.1.

<sup>245</sup> Statlig tillsyn över kommunerna, Svenska Kommunförbundet, 1994

- tillträdeskontroller,
- verksamhetskontroller,
- analysarbete,
- inhämta kunskap,
- ha överblick,
- rådgivning,
- information,
- utfärda tillstånd,
- samordning,
- stöd till samordning,
- undersökning och hantering av anmälningar
- uppföljning,
- utvärdering,

Riksrevisionsverket (RRV) redovisar i en granskningsrapport att lagstiftaren använder en mångfald av begrepp för att beskriva tillsynsfunktionen. RRV fann ett tjugotal i sin granskning av statlig tillsyn av kommunerna. Lagstiftaren anger dock sällan några skillnader vad gäller tillsynens syfte eller inriktning. RRV fann också en klar och konsekvent skillnad mellan tillsynsbestämmelser i lagar respektive förordningar. I lagarna skrivs det ofta om "tillsyn" eller att "övervaka efterlevnaden av bestämmelserna i denna lag" medan bestämmelserna i tillhörande förordning är mer handfasta, t.ex. "inspektion", "kontroll", "besiktning". I EG:s regelverk används inte begreppet tillsyn. I stället talas det om "kontroll", "provtagning", "granskning", "rapportering" och "övervakning".<sup>246</sup>

I förarbetena till miljöbalken definieras tillsyn enligt följande. "Tillsynen skall syfta till att säkerställa att denna balk samt föreskrifter, domar i ansökningsmål och beslut som har meddelats med stöd av balken efterlevs. Tillsynsmyndigheten skall kontrollera efterlevnaden samt vidta de åtgärder som behövs för att åstadkomma rättelse. Tillsynsmyndigheten skall dessutom, genom rådgivning, information och liknande verksamhet, skapa förutsättningar för att balkens ändamål skall kunna tillgodoses".<sup>247</sup> Tillsynen omfattar inspektion, åtgärder för rättelse och förebyggande åtgärder. I Naturvårdsverkets handlingsplan för till-

<sup>246</sup> Statlig tillsyn av kommunerna, RRV 1985

<sup>247</sup> Prop. 1997/98:45

synsvägledning från 1996 sägs att ”en myndighetsuppgift som består i att lagar, förordningar, myndighetsföreskrifter, tillstånd, villkor, förelägganden och förbud efterlevs (regelefterlevnad) skall förstås som att dels kontrollera (söka förvissa sig om) huruvida regelefterlevnad föreligger dels i förekommande fall kräva rättelse, dels verka för att överträdelser av lagar, förordningar, myndighetsföreskrifter, tillstånd, villkor, förelägganden och förbud förebyggs genom rådgivning och information till verksamhetsutövaren”.<sup>248</sup>

#### 9.1.4 Vad måste den statliga tillsynen över offentlig upphandling omfatta ?

EG-direktiven, som ligger till grund för stora delar av de svenska upphandlingsreglerna, kräver inte att medlemsstaterna skall ha en tillsynsmyndighet som skall kontrollera regelefterlevnaden på upphandlingsområdet. Kommitténs undersökningar visar att åtminstone 8 andra medlemsländer har en central myndighet som utöver tillsyn över den offentliga upphandlingen. Ansvar för kontroll av regelefterlevnaden och information om upphandlingsreglerna ligger i andra länder på departementsnivå. Detta beror till stor del på att dessa länder har en annan förvaltningsmodell än den Sverige har. Deras departement arbetar med uppgifter som enligt den svenska förvaltningsmodellen förmodligen skulle anses vara typiska myndighetsuppgifter. Kommittén har från sina studiebesök och erfarenheter av dansk, holländsk och engelsk upphandling erfarit att omfattningen av den tillsyn som utförs är av varierande grad i de olika medlemsländerna.

Trots att upphandlingsdirektiven saknar direkta krav om en tillsynsmyndighet så har den svenska staten en generell skyldighet gentemot EU att vidta åtgärder som säkerställer EG-rättens efterlevnad i Sverige. Denna skyldighet utmynnar ur solidaritetsprincipen (artikel 10 i EG-fördraget) som även innefattar krav på medlemsländerna att arbeta för att gemenskapens uppgifter kan genomföras. Vidare skall varje medlemsstat övervaka tillämpningen av gemenskapsrätten och genom avskräckande men proportionella sanktioner beivra överträdelser. Kommissionen uppmanar medlemsstaterna att ”inrätta eller utse oberoende myndigheter

<sup>248</sup> Cit. Ur Att se till eller titta på – om tillsynen inom miljöområdet, ESO-rapport, Ds 1998:50



vars uppgift blir att identifiera tolkningsproblem och diskutera behandlingen av enskilda fall.<sup>249</sup>

En ytterligare anledning för medlemsländerna att intressera sig för att upphandlingsdirektivens efterlevnad är att det är medlemsstaten som får svara inför EG-kommissionen och vid en eventuell process i EG-domstolen p.g.a. överträdelser av gemenskapsrätten. För Sveriges del innebär det att svenska staten får stå till svars för fel begångna av alla svenska upphandlande enheter. Det gäller oavsett om det är en kommun, ett landsting, ett privat bolag eller en statlig myndighet som brutit mot upphandlingsreglerna.

Sverige har även internationella åtaganden inom världshandelsorganisationen hänförliga till GPA-avtalet (Government Procurement Agreement) som införlivats i LOU.

Kommittén anser att det alltjämt behövs en effektiv statlig tillsyn över den offentliga upphandlingen. Detta grundar vi dels på den rapport om fel och brister som utarbetats av NOU:s kansli dels på de opinionsyttringar som framkommit vid kommitténs möten och hearingar med inköpare och leverantörer. Därutöver krävs en fungerande egentillsyn hos respektive upphandlande enhet eller den juridiska person till vilken enheten hör.

## 9.2 Begreppet tillsyn över offentlig upphandling

### 9.2.1 Den nuvarande avgränsningen

NOU:s uppgifter enligt den nu gällande instruktionen omfattar att

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

<sup>249</sup> Kommissionens meddelande m.a.a. grönboken om offentlig upphandling inom europiska unionen, s. 12.

- 5) samla in och bearbeta uppgifter för statistikändamål och
- 6) verka för en effektiv offentlig upphandling

NOU:s uppgifter innehåller såväl sådant som kan karakteriseras som tillsyn i inskränkt bemärkelse och sådant som kan karakteriseras som tillsyn i vid bemärkelse. Ramen för verksamheten är mycket vid. Att följa den internationella utvecklingen, följa tillämpningen av de nationella leveransbestämmelserna samt verka för en enhetlig tillämpning av dessa samt verka för en effektiv offentlig upphandling är inte uppgifter som endast låter sig beskrivas som kontroll av regelefterlevnad. Tillsynsmyndighetens instruktion tillåter således en rad arbetsuppgifter avseende informationsinsatser och utvecklingsarbete. Uppgiften att verka för en effektiv offentlig upphandling begränsas dock av tillgängliga resurser.

Den statliga tillsynen över offentlig upphandling ligger i huvudsak på NOU. Viktiga tillsynsuppgifter avseende offentlig upphandling utförs även av Konkurrensverket, Kammarkollegiet, Kommerskollegium och Riksrevisionsverket (RRV).

Den provkarta på tillsynsarbete i allmänhet som redovisades i avsnitt 9.1.3 kan, med vederbörliga ändringar, användas för att sammanfatta det huvudsakliga innehållet i den sammanlagda statliga tillsynen över den offentliga upphandlingen:

- utforma allmänna råd,
- regelefterlevnadskontroll (direkt kontroll hos en eller flera upphandlande enheter och systemkontroll),
- undersökning och hantering av klagomål/anmälningar mot upphandlande enheter,
- åtgärder för rättelse av lagöverträdelse,
- talerätt,
- krav på rättelse,
- förelägga vite,
- stöd till upphandlande enheters egentillsyn,
- information till upphandlande enheter, leverantörer och politiker,
- uppföljning, utvärdering, utveckling,
- stöd till samordning.

## 9.2.2 NOU:s nuvarande verksamhet

NOU:s tillsyn omfattar främst handläggning av klagomålsärenden, egeninitierad kontroll, information, yttranden till domstolar samt regeringsstöd. Aktiv egeninitierad tillsyn av kontrollerande art skall enligt nämndens regleringsbrev utgöra minst 20 procent av nämndens arbetstid.

NOU styrs av en nämnd med ledamöter som utnämns av regeringen. Ledamöterna är oberoende experter trots att de är anställda hos statliga myndigheter, kommunförbunden, näringslivets branschorganisationer och privata företag. De anser sig inte företräda några särskilda partsintressen. Det praktiska arbetet utförs av ett kansli med nio anställda under ledning av en kanslichef.

## 9.2.3 Konkurrensverket, Kammarkollegiet och Kommerskollegium och RRV

### ***Konkurrensverket***

Konkurrensverkets uppgifter inom upphandlingsområdet är bl.a. att fullgöra de uppgifter som följer av konkurrenslagen och lagen om ingripande mot otillbörligt upphandlingsbeteende avseende offentlig upphandling (LIU). Verket skall lämna förslag till regeländringar och andra åtgärder för att undanröja hinder mot en effektiv konkurrens i privat och offentlig verksamhet. Konkurrensverket har lämnat stöd till bland annat forskning om konkurrensaspekter vid offentlig upphandling. Konkurrensverket arbetar aktivt för att få upphandlande enheter att ta till sig ett konkurrensinriktat synsätt vid utformningen av upphandlingsverksamheten.

Konkurrensverket betonar vikten av att utveckla långsiktiga konkurrensstrategier och att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentlig upphandling. En viktig konkurrensaspekt är att se till att leverantörer till offentlig sektor följer gällande regler i fråga om inbetalning av skatter, avgifter, jämställdhet, icke-diskriminering etc.

### ***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.

Inom såväl den årliga revisionen som effektivitetsrevisionen kommer RRV i kontakt med offentlig upphandling. Den årliga revisionen granskar myndigheternas förehavanden, däribland upphandling, under året. En uppgift för effektivitetsrevisionen är att granska statliga myndigheters upphandlingar.

### ***Kammarkollegiet/statlig inköpssamordning***

Kammarkollegiet skall i samverkan med statliga myndigheter utveckla, samordna och följa upp inköpsverksamheten. Kammarkollegiet skall verka för att varor och tjänster som upphandlas i stor omfattning omfattas av statliga ramavtal eller andra gemensamma avtal som effektiviserar upphandlingarna. Kammarkollegiet har inte någon operativ funktion utan arbetar med tillsyn i vid bemärkelse, dvs. olika åtgärder som främjar en effektivare offentlig upphandling, främst på det statliga området. Upphandlingarna genomförs av den myndighet som är bäst lämpad för det.

Kammarkollegiet skall även informera om och följa upp användningen av de centrala ramavtalen. Kammarkollegiets uppgifter innefattar bl.a. kompetensutveckling och upphandlingsstöd.<sup>250</sup>

### ***Kommerskollegium***

Kommerskollegium har fått i uppdrag av regeringen att vara sammanhållande i ett åtgärds paket som syftar till att öka små och medelstora företags deltagande i offentliga upphandlingar. Tillsammans med bl.a. Industriförbundet och Exportrådet har myndigheten dragit igång projektet ”Gränslösa affärer”. Tre huvudåtgärder är under utförande:

- Internettorg för information om och annonsplats för offentliga upphandlingar,
- utbildning av konsulter i offentlig upphandling,
- informationskampanj riktad mot små- och medelstora företag.<sup>251</sup>

<sup>250</sup> Kammarkollegiets hemsida ([www.kammarkollegiet.se](http://www.kammarkollegiet.se))

<sup>251</sup> Kommerskollegiums hemsida ([www.offentlig.kommers.se](http://www.offentlig.kommers.se))

#### 9.2.4 Omfattningen och inriktningen av tillsynen är avhängigt målen för den offentliga upphandlingen

I avsnitt 8 har kommittén slagit fast de mål som den offentliga upphandlingen skall tillgodose. Omfattningen och inriktningen av tillsynen över den offentliga upphandlingen är avhängigt dessa mål. Kärnan i tillsynen bör givetvis vara kontroll och främjandeåtgärder för att åstadkomma lagefterlevnad till skydd för leverantörerna. Den yttre ramen för tillsynen bör vara de ekonomiska, konkurrenspolitiska, sociala, arbetsmarknadspolitiska och miljöpolitiska mål för den offentliga upphandlingen som anges i lag och i gemenskapsrätten och som syftar till att åstadkomma mesta möjliga värde och nytta för skattebetalarnas pengar "value for money"..

Vid bestämmandet av omfattningen och inriktningen av tillsynen över den offentliga upphandlingen är det viktigt att slå fast att upphandlande enheter kan uppfylla målen för den offentliga upphandlingen på i grunden två olika sätt. Det ena sättet är att ge upphandlingsverksamheten en större tyngd. Flera kommuner och landsting har tagit fram konkurrens- och upphandlingsstrategier i form av t.ex. konkurrensprogram som klargör målsättningen för upphandlingsverksamheten, utgör ett styrinstrument för konkurrensutsättning av olika verksamheter samt fastslår vilka principer som skall gälla under upphandlingsprocessens olika skeden. Här kan innefattas "paketering" av upphandlingsobjekten på ett sådant sätt att t.ex. små och medelstora företag ges möjlighet att delta i upphandlingarna. En långsiktig planering och informationsåtgärder som ger tydliga signaler till marknaden om framtida affärsmöjligheter ökar intresset för att lämna anbud. Tydliga spelregler ökar förutsättningarna för den upphandlande enheten att göra goda affärer. För att kunna hantera dessa frågor framgångsrikt krävs i regel en professionell upphandlingsorganisation med en kompetent ledning och välutbildad personal.

Det andra sättet att uppfylla målen för den offentliga upphandlingen är att den upphandlande enheten *i den enskilda upphandlingen* utformar förfrågningslaget på ett sådant sätt att fullständig och korrekt information lämnas till anbudsgivarna om föremålet för upphandlingen, om hur anbudsprövningen skall gå till, vilka omständigheter som kommer att läggas till grund för kvalificeringen, vilka utvärderingskriterier som kommer att tillämpas, vilka kommersiella villkor som skall gälla m.m. I den enskilda upphandlingen får inga andra hänsyn tas än de som är tillåtna enligt LOU och gemenskapsrätten. Det gäller att välja den anbudsgivare som är tillräckligt kvalificerad och har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

En förutsättning för att tillsynsmyndigheten skall kunna acceptera att upphandlande enheter beaktar omständigheter som ligger utanför föremålet för upphandlingen är att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering, proportionalitet, förutsebarhet, transparens och ömsesidigt erkännande upprätthålls. Om ekonomiska eller andra samhällspolitiska mål inte kan förenas med LOU och gemenskapsrätten måste de senare ha företräde. I stället kan sådana mål främjas genom att behovet av lagändringar eller direktivändringar påtalas.

### 9.2.5 Godtyckliga bedömningar får inte förekomma

Det bör betonas att upphandlande enheter inte skall tillåtas att experimentera fritt. Godtyckliga beskrivningar och bedömningar i samband med enskilda upphandlingar får inte förekomma. Sådana krav som inte har att göra med leverantörernas finansiella och ekonomiska ställning eller tekniska förmåga och kapacitet får endast ställas om kravet har stöd i lag som ålägger leverantörerna att följa ett visst mönster. Dessa lagstadgade skyldigheter eller förbud torde i de flesta fall endast gälla för leverantörer som är verksamma i Sverige. Som exempel på en sådan lagstadgad skyldighet kan nämnas 6 § i lagen 1999:130 om åtgärder mot etnisk diskriminering:

”Arbetsgivaren skall vidta åtgärder för att förebygga och förhindra att någon arbetstagare utsätts för etniska trakasserier eller för repressalier på grund av en anmälan om etnisk diskriminering.”

Här kan man tänka sig, på motsvarande sätt som gäller ifråga om skatte- och avgiftskontrollen, att den upphandlande enheten åläggs att kontrollera uppgifter från Diskrimineringsombudsmannen (DO). Om en leverantör gjort sig skyldig till brott mot lagen om åtgärder mot etnisk diskriminering och det är sannolikt att rättelse inte vidtagits skall leverantören kunna uteslutas från deltagande i upphandling. Kanske skulle det räcka med en föreskrift i förfrågningsunderlaget om att brott mot nämnda lagrum utgör hävningsgrund i ett upphandlingskontrakt.

Det kan ifrågasättas hur stora resurser som upphandlande enheter skall lägga ned på kontrollåtgärder som inte direkt påverkar pris och kvalitet för de varor och tjänster som handlas upp. Vilka lagar som skall omfattas och hur detta bör utformas kommer att utredas av kommittén under år 2000.

Regler av detta slag skall syfta till att leverantörer som följer lagar och föreskrifter inte skall få konkurrensnackdelar i förhållande till leverantörer som inte följer lagstiftningen. Vidare skulle det för medborgarna

framstå som direkt stötande om skattemedel används för att finansiera anskaffningar från leverantörer som bryter mot t.ex. diskriminerings- och jämställdhetslagstiftning.

En annan typ av bedömningar som kan bli aktuella för upphandlande enheter är krav som har sin upprinnelse i önskemål om att kunna påverka det sätt som leverantörerna producerar sina varor eller tillhandahåller sina tjänster utan att varan eller tjänsten har en bättre kvalitet än varor eller tjänster som produceras på traditionellt sätt. Det är fråga om krav som inte är knutna till leverantörerna som sådana och inte heller till konkreta kvalitetskrav på levererade varor och tjänster. Ett typfall är när Kommunförbundet och ett antal kommuner gjorde den första upphandlingen av klorfritt papper. Kommunerna ville påverka tillverkningsprocessen som medförde utsläpp av farliga ämnen i naturen genom att kräva att leverantören kunde garantera att använda minimalt med klor i tillverkningen av papper. Ett litet pappersbruk visade sig kunna uppfylla kraven. Övriga pappersbruk ansåg att det inte fanns någon marknad för klorfritt papper. Den nya produkten välkomnades inte bara av myndigheter och företag utan även av konsumenterna. Upphandlingen av klorfritt papper kom att leda till att flera andra producenter följde efter. Idag finns det inget pappersbruk som inte kan leverera klorfritt papper.

Huruvida en sådan upphandling är tillåten enligt LOU är oklart. För närvarande torde förfarandet inte vara tillåtet. Om upphandlande enheter skall kunna ställa krav på upphandlingsprocesser krävs tydliga besked i såväl svensk lag som i gemenskapsrätten.

### 9.2.6 Avgränsning mellan tillsyn över offentlig upphandling och annan tillsyn

Den tillsynsmyndighet som utövar kontroll över upphandlingslagstiftningens efterlevnad skall inte utöva sådan kontroll som ankommer på andra tillsynsmyndigheter. Upphandlingskontrollen skall endast avse sådana åtgärder som är kopplade till den offentliga upphandlingen, t.ex. att kravspecifikationer utformats på sådant sätt att de inte strider mot principen om icke-diskriminering i gemenskapsrätten. Effekter av t.ex. miljökrav och krav på att leverantörer, som anlitas av upphandlande enheter vid offentlig upphandling, inte får diskriminera kvinnor eller homosexuella kan inte rimligen följas upp av tillsynsmyndigheten. En sådan uppföljning ankommer på Naturvårdsverket, Jämställdhetsombudsmannen och Diskrimineringsombudsmannen. Yttrande skall däremot kunna inhämtas från andra statliga tillsynsmyndigheter för att kontrollera att krav inte strider mot t.ex. proportionalitetsprincipen.

### 9.2.7 Förslag till definition

Kommittén anser mot bakgrund av det anförda att det inte finns anledning att begränsa tillsynsområdet till enbart regelkontroll och främjande av att reglerna följs. Vi har därför valt att ge begreppet tillsyn över offentlig upphandling en vid definition. Kommittén vill betona att definitionen av begreppet tillsyn över offentlig upphandling avser att ange ramar för tillsynsmyndighetens verksamhet. Det är inte fråga om en portalparagraf som riktar sig till upphandlande enheter. Den statliga tillsynen av den offentliga upphandlingen kan endast hanteras av en statlig tillsynsmyndighet. Vi föreslår att LOU förses med en bestämmelse om central tillsyn av följande lydelse.

”Tillsynsmyndigheten utövar tillsyn över att denna lag efterlevs. Tillsynen utövas genom kontroll av att upphandlingslagstiftningen efterlevs och genom att främja förutsättningarna för en effektiv offentlig upphandling.”

Vad som skall förstås med en effektiv offentlig upphandling kommer kommittén att återkomma till i sitt huvudbetänkande. Om den offentliga upphandlingen skall kunna ha andra mål än kortsiktiga företagsekonomiska mål knutna till den enskilda upphandlingen är det nödvändigt att de upphandlande enheter som så önskar kan få erforderligt stöd med att utforma t.ex. miljökrav som inte strider mot LOU och gemenskapsrätten.

De krav som skall ställas på leverantörer är något som i huvudsak skall bestämmas av varje upphandlande enhet. Hanteringen av vissa typer av formella krav, som t.ex. registrering i bolagsregister om sådan registrering föreskrivs och möjlighet att förkasta ett anbud från en anbudsgivare som inte betalar sina skatter och avgifter, kan visserligen bli föremål för tillsyn. I vissa typer av upphandlingar är det inte heller lämpligt att överhuvudtaget se till andra aspekter än den rent företagsekonomiska. Avsikten med avgränsningen av tillsynsmyndighetens uppgifter är att tillsynsmyndigheten som en del av sitt arbetet skall åläggas att arbeta med konkreta lösningar på de upphandlingsjuridiska problem som kan uppkomma när t.ex. en kommun vill planera och genomföra sina upphandlingar på sådant sätt att långsiktiga ekonomiska, sociala, miljöpolitiska mål etc. kan tillgodoses.

I instruktionen för tillsynsmyndigheten kan lämpligen införas följande: ”I syfte att främja förutsättningarna för en effektiv offentlig upphandling skall tillsynsmyndigheten, med sina särskilda kunskaper om offentlig upphandling, bidra till att ekonomiska, konkurrenspolitiska,



sociala, arbetsmarknadspolitiska och miljöpolitiska mål främjas enligt de grunder som anges i lag och i gemenskapsrätten.”

Kommittén kommer i sitt fortsatta arbete att analysera hur de samhälleliga målen kan komma att främjas med den offentliga upphandlingen som instrument.

### 9.2.8 Vad är kärnan i den statliga tillsynsverksamheten på upphandlingsområdet ?

#### ***Kontroll av regelefterlevnad***

Kommittén anser att tillsynen över den offentliga upphandlingen även i fortsättningen primärt skall syfta till att upphandlingslagstiftningen och gemenskapsrättens principer efterlevs. Detta görs inte bara genom kontroll av att lagen efterlevs i enskilda fall utan även genom att främja förutsättningarna för en effektivare offentlig upphandling.

Tillsynsmyndigheterna eller tillsynsmyndigheterna skall således åläggas en rad uppgifter som går ut på att kontrollera och främja en god regelefterlevnad. Detta får anses utgöra kärnan i tillsynsverksamheten avseende lagen om offentlig upphandling.

Enligt den förvaltningspolitiska propositionen bör renodlingen av den statliga verksamheten fortsätta. Renodlingen innebär att en avgränsning av statens uppgifter eftersträvas. Syftet är också att uppnå en större tydlighet i ansvarsfördelningen mellan myndigheter och mellan staten och andra rättssubjekt etc. Regeringens inriktning är att värna om kärnverksamheterna i det fortsatta arbetet med att renodla den statliga verksamheten.

På upphandlingsområdet anser kommittén att den verksamhet som beskrivs i kontrollfunktionen (egeninitierad tillsyn och klagomålshandläggning) och de åtgärder för rättelse (talerätt i överprövnings- och marknadsskademål, föreläggande som kan förenas med vite är uppgifter som endast staten kan utföra. Det beror på att utförandet av dessa uppgifter ofta innebär myndighetsutövning. Vidare har den svenska staten ett åtagande och ansvar gentemot EU att se till att den del av LOU som införlivar upphandlingsdirektiven och de gemenskapsrättsliga grundprinciperna efterlevs.

### **Utveckling**

I utvecklingsfunktionen inryms flera uppgifter som innefattar arbete med utveckling av upphandlingslagstiftningen och allmänna råd. Detta arbete måste skötas av en statlig myndighet eller departement med anledning av att statlig normgivning är en statlig angelägenhet som inte kan delegeras till kommunförbunden eller branschorganisationer. Staten och medborgarna har ett starkt intresse av att upphandlande enheter utnyttjar skattemedel på ett sådant sätt att den offentliga sektorn och privata företag som är aktiva inom försörjningssektorerna får ut mesta möjliga värde, kvalitet och nytta av sina upphandlingar. Staten har ett stort intresse i utvecklingen av ett ekologiskt hållbart samhälle. Offentlig upphandling kan enligt många mening vara en pådrivande faktor. Denna uppgift måste involvera staten eftersom det också ligger i statens intresse att se till att de miljökrav och icke-diskrimineringsklausuler som utformas är förenliga med LOU och gemenskapsrätten. Detsamma gäller statens inblandning i utvecklingen av elektronisk upphandling.

### **Information**

Information om gällande rätt och myndighetspraxis måste också anses vara en kärnverksamhet som inte helt och hållet kan överlåtas på andra aktörer. Informationsuppgiften bör dock inriktas på redogörelse för vad som är gällande rätt, myndighetens och domstolars praxis. Det föreligger emellanåt svårigheter med gränsdragningen mellan vad som är information och vad som är rådgivning. Det förre bör vara en myndighetsuppgift och det senare bör ankomma på branschorganisationer, kommunförbund, privata konsulter etc. Information om gällande rätt är också nödvändigt för att Sverige skall uppfylla sina åtaganden gentemot EU (solidaritetsprincipen m.m.).

Information skall inte förväxlas med rådgivning som inte ingår i myndighetens uppgift utan skall överlåtas på privata aktörer, kommunförbund och branschorganisationer. Råd om hur problem i det enskilda fallet, hänsyn taget till de särskilda omständigheter som råder, ligger utanför tillsynsmyndighetens informationsuppgift. Information som däremot baseras på tillsynsmyndighetens allmänna råd, domstolspraxis och upphandlingsreglerna bör ligga inom myndighetens informationsuppgift under förutsättning att informationsarbetet inte tar alltför lång tid. Som en tumregel för myndighetens informationsuppgift kan vara att det frågor som ställts skall kunna besvaras muntligen genom en arbetsinsats på maximalt en timme. Informationsarbetet begränsas inte av att frågorna skall vara av viss karaktär annat än att de skall ligga inom myndighetens kompetensområde.

### **Marknadsfunktion**

De uppgifter som beskrivs under marknadsfunktionen utförs till mångt och mycket redan idag av statliga myndigheter. Arbetet med statlig inköpssamordning syftar till att förbättra den statliga inköpsverksamheten. Myndigheterna förutsätts kunna minska sina kostnader eller i vart fall optimera sitt resursutnyttjande. Professionella inköp möjliggör för små och medelstora företag att delta i upphandlingarna. Detta kan leda till en ökad hållbar tillväxt som i sin tur medför flera arbetstillfällen. Detta är också syftet med Kommerskollegiums arbete med "Gränslösa affärer". Kommittén anser att samtliga befintliga tillsynsfunktioner är angelägna statliga uppgifter för att åstadkomma en effektivare offentlig upphandling. I detta perspektiv är de att betrakta som kärnverksamheter. Detta betyder inte att denna funktion måste inordnas i en enda statlig tillsynsmyndighet.

#### **9.2.9 Vilka uppgifter som främjar en effektiv offentlig upphandling bör statliga tillsynsmyndigheter inte ägna sig åt ?**

De fyra centrala tillsynsfunktionerna är viktiga beståndsdelar i statens arbete för en effektiv offentlig upphandling. Eftersom tillsynsverksamhet på central nivå aldrig kan kommendera fram effektivitet måste ett stort ansvar läggas på de enskilda upphandlande enheternas egentillsyn. Kommittén anser vidare att tillsynsinsatserna har en begränsad räckvidd. Om man vill få till stånd en förbättrad upphandlingskultur, ökad kompetens, ökad affärsmässighet m.m. som är förutsättningar för en effektivare offentlig upphandling kan en ensidig fokusering på repressiva åtgärder vara kontraproduktivt.

Andra förutsättningar för en effektiv offentlig upphandling är bl.a. rågivning, kvalitetsarbete, utbildningsåtgärder, framtagande av upphandlingsverktyg, former för samverkan och konfliktlösning mellan parterna och tredjepartslogistik. En viktig uppgift är att främja kunskaperna hos leverantörer om förutsättningarna för den offentliga upphandlingen. Kommittén anser däremot inte att dessa uppgifter nödvändigtvis bör utföras av statliga tillsynsmyndigheter.

## 9.3 Behovet av en förstärkt tillsyn över offentlig upphandling

### 9.3.1 Antalet upphandlande enheter

Nämnden för offentlig upphandling utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen i Sverige. Tillsynen omfattar cirka 300 statliga myndigheter, 290 kommuner, drygt 3000 kommunala facknämnder, omkring 150 kommundelsnämnder, cirka 50 kommunalförbund, 20 landsting, minst 200 nämnder i landstingen, cirka 1 600 kommunala och landstingsägda företag, cirka 900 registrerade trossamfund till den del som de i lag ålagts att handha begravningsverksamhet, cirka 150 statliga företag, statligt bildade stiftelser och föreningar, cirka 30 universitet och högskolor samt ett antal privata företag inom försörjningssektorerna.

Det råder osäkerhet om hur många upphandlande enheter (antal tillsynsobjekt) som tillsynen omfattar. NOU har ett adressregister som innehåller drygt 4 000 adresser till enheter som sannolikt är upphandlande enheter. Det verkliga antalet upphandlande enheter kan uppgå till närmare 10 000.<sup>252</sup> En organisation skall själv göra bedömningen huruvida den eller delar av dess verksamhet omfattas av direktiven eller LOU. Statliga, kommunala och andra myndigheter utgör per definition upphandlande enheter. En del av en offentligrättslig juridisk person med en självständig funktion, t.ex. ett sjukhus, en gymnasieskola, ett regemente, en skattemyndighet, ett universitet, en högskola eller en större institution vid högskolan kan vara en egen upphandlande enhet.

Enligt Hentze och Sylvén är det en förutsättning att enheten i fråga har en egen fungerande inköpsfunktion med ekonomisk, teknisk och juridisk kompetens. Vidare skall den upphandlande enheten ha ett eget budgetansvar. Den skall uppträda självständigt i sin upphandling på så sätt att myndighetens ledning inte föreskrivit några begränsningar i upphandlingsrätten, t.ex. i form av beloppsgränser i delegeringsordningar. Det finns däremot inget formellt krav på att enheten skall vara en självständig juridisk person.<sup>253</sup>

<sup>252</sup> Hentze, Sylvén, Offentlig upphandling, s.135

<sup>253</sup> a.a. s. 87

### 9.3.2 Kritiken mot NOU

NOU har sedan starten 1993 utvecklats från en informationscentral till en välstrukturerad tillsynsmyndighet med mycket stora arbetsfält. NOU:s renommé är gott. De beslut, yttranden, brevsvår, utredningar m.m. som produceras kännetecknas av hög kvalitet. I den undersökning som ligger till grund för skriften *Effekter av lagen om offentlig upphandling* ges NOU över lag goda betyg för sin informations- och rådgivningsverksamhet.<sup>254</sup> Detta betyder inte att verksamheten gått fri från kritik. Såväl från leverantörer som från inköpare har under utredningens gång riktats kritik mot tillsynsverksamheten som i allt väsentligt kan förklaras med resursbrist, rådande myndighetsstruktur och avsaknad av sanktionsbefogenheter. Kritik har i skriftlig och muntlig form redovisats av bl.a. Byggtreprenörerna, Företagarnas riksorganisation, Industrieförbundet, NOFI, SAF, SABO, Västerbottens läns landsting, Växjö kommun, Östersunds kommun, enskilda leverantörer och inköpare m.fl. Kritiken återfinns bl.a. i remissvar till Riksdagens revisorers rapport om offentlig upphandling och utskrifter från de hearingar som anordnats av kommittén.

Kritiken kan systematiseras enligt följande

- NOU är otillräckligt dimensionerad för en effektiv tillsyn av upp till 10 000 upphandlande enheter som tillsammans upphandlar för omkring 400 miljarder kronor per år. Enligt vissa beräkningar genomförs varje år omkring 3 500 direktivstyrda upphandlingar och minst 200 000 förenklade upphandlingar.<sup>255</sup> NOU har inte tillräckliga resurser för att utöva en effektiv tillsyn ens i snäv bemärkelse, dvs. kontroll av regelefterlevnaden. Klagomål förekommer om svårigheter att komma fram på telefon till myndigheten och på att det är långa handläggningstider. Utrymmet för andra tillsynsuppgifter än kärnuppgifterna, bl.a. att verka för en effektiv upphandling, är mycket begränsat.
- NOU är en "tandlös" myndighet då den inte har några sanktionsbefogenheter för att komma till rätta med uppenbara regelöverträdelser. Nämnden har inte någon talerätt i domstol. Den har inte några befogenheter att gripa in under en pågående upphandling. Om en upphandlande enhet vägrar att medverka, t.ex. genom att inte besvara de enkäter som skickats från nämnden eller att inte besvara frågor

<sup>254</sup> *Effekter av lagen om offentlig upphandling*, Nämnden för offentlig upphandling, 1998

<sup>255</sup> Se avsnitt 7.3.8

i ett aktuellt tillsynsärende finns f.n. inte någon möjlighet att vitesförelägga den upphandlande enheten.

- NOU tyngs genom sin kollektiva beslutsform av en ineffektiv beslutsstruktur. Nämndmyndighetsformen innebär att besluten fattas av nämnden efter föredragning av kansliets tjänstemän. Möjligheten till delegering har ansetts vara begränsad. Trots avsaknad av formell beslutsrätt fattas flertalet beslut om yttrande i klagomålsärenden av kansliet. Mer omfattande skrifter och rapporter har fått publiceras som kansliprodukter eftersom det ansetts alltför tidskrävande att ta beslut i nämnden.
- Handläggarna på NOU är, med något undantag, jurister som i stor utsträckning saknar praktisk erfarenhet av offentlig upphandling. Den information som produceras tenderar att koncentreras till formalia och procedurfrågor. Det går inte att få någon vägledning när det gäller konkreta frågor om utformning av förfrågningsunderlag, kravspecifikationer och anbudsprövning. Någon dialog om de affärsmässiga och kvalitativa överväganden som fordras i samband med offentlig upphandling kan inte föras med NOU.
- NOU:s verksamhet är svårplanerad och ad-hoc-betonad på grund av att den offentliga upphandlingen spänner över en mängd områden. Krav på informationsinsatser, besvarandet av akuta remisser och aktivt regeringsstöd till olika departement kan understundom helt och hållet förrycka planeringen. Ett krav på omprioritering kan medföra att NOU inte längre har möjlighet att alls bevaka en viss fråga.
- NOU är genom sin ringa storlek känslig och sårbar för personalomsättning och sjukdomsfall.
- NOU är en för liten myndighet för att kunna ha medarbetare med särskild administrativ och ekonomisk kompetens. Det finns därför risk för att NOU inte fullt ut kan följa det ekonomiadministrativa regelverket.
- NOU:s beslut och andra åtgärder för kontroll av att enskilda upphandlande enheter följer lagen utgör i huvudsak tillämpning av gällande rätt. Rättstillämpning är något som bör utövas av jurister och andra experter i sin tjänsteutövning. Trots att nämndens ledamöter är oberoende experter utan formella bindningar till olika sårbarheten finns en risk för att NOU:s beslut i enskilda tillsynsärenden utåt

sett framstår som ett resultat av lämplighetsöverväganden och kompromisser mellan partsföreträdare i stället för en strikt rättstillämpning.

### 9.3.3 Kommitténs bedömning

Med hänsyn till den offentliga upphandlingens omfattning och betydelse är det viktigt att det finns en effektiv och ändamålsenlig tillsynsorganisation. Statlig tillsyn med betydande inslag av myndighetsutövning ställer särskilt höga krav på att verksamheten genomsyras av yrkesmässig integritet och oberoende såväl i förhållande till de objekt som är föremål för tillsyn (upphandlande enheter) som de skyddsintressen som tillsynen skall bevaka. I sin rapport om offentlig upphandling betonar Riksdagens revisorer tillsynsfunktionens betydelse för den offentliga upphandlingen. Revisorerna framhåller att det är av största vikt att statsmakterna kan kontrollera att regelverket följs.<sup>256</sup>

De arbetsuppgifter som utförs av den nuvarande tillsynsmyndigheten präglas, trots påtalade brister, av en god kvalitet. NOU har emellertid för små resurser i förhållande till antalet tillsynsobjekt (upphandlande enheter) och den stora mängd upphandlingar och andra anskaffningar som görs. Den kritik som har riktats mot nämnden och dess arbete är i allt väsentligt korrekt. Den beror nästan uteslutande på omständigheter utom myndighetens kontroll.

Kommittén anser med anledning av de fel och brister, som i alltför hög grad kännetecknar den offentliga upphandlingen (se avsnitt 7), det vara befogat att ge tillsynsmyndigheten utökade befogenheter och resurser.

Ett annat viktigt skäl för att ge tillsynen en större tyngd än hittills är den alltmera utbredda uppfattningen att den offentliga upphandlingen bör utnyttjas som ett verktyg för att åstadkomma ett förbättrat resursutnyttjande i samhället samt att även andra samhällsliga mål kan främjas genom en effektiv upphandling.

Kommittén anser att de utökade krav som kommer att ställas på en effektiv offentlig upphandling förutsätter såväl en förbättrad regelefterlevnad i de enskilda upphandlingarna som en helt ny upphandlingskultur på alla nivåer. En satsning på egentillsyn förutsätter en intern kvalitets-säkring av upphandlingsarbetet och kompetensutveckling av personalen. Dessa förutsättningar är nödvändiga om de upphandlande enheterna skall kunna klara av att anpassa enskilda upphandlingar till samhälls-

<sup>256</sup> 1997/98:RR10 s. 13.

ekonomiska, sociala, arbetsmarknadspolitiska och miljöpolitiska mål utan att komma i konflikt med LOU och gemenskapsrätten.

Kommittén beskriver i det följande sin principiella inställning till tillsyn på upphandlingsområdet och hur tillsynsrollen skall utvecklas och ges större tyngd.

### 9.3.4 Central tillsyn respektive egentillsyn

Även om det skulle kunna anses vara samhällsekonomiskt motiverat att kraftfullt öka anslagen till de olika tillsynsfunktionerna är det inte realistiskt att lägga samtliga tillsynsuppgifter på centrala tillsynsmyndigheter. Kontrollfunktionen kommer aldrig att kunna utöva en effektiv kontroll av att kanske så många som 10 000 upphandlande enheter, som varje år genomför hundratusentals köp, följer lagen i alla avseenden. Centrala tillsynsmyndigheter kan inte kommendera fram sådana förändringar i de upphandlande enheternas inre förhållanden som i för sig skulle kunna vara önskvärda från allmän synpunkt.

Flertalet upphandlande enheter anser sig dessutom bäst skickade att själva avgöra hur leverantörernas skyddsintressen skall tas till vara och på vilket sätt deras upphandlingar kan göras effektivare. Statlig kontroll av att kommuner och landsting följer regelverket in i minsta detalj kan vidare uppfattas som ett grundskott mot den kommunala självstyrelsens kärna - friheten att inom lagens ramar själv få bestämma formerna för sin verksamhet. Huvudansvaret för att åstadkomma en effektivare offentlig upphandling måste därför ligga på de upphandlande enheterna själva eller de juridiska personer till vilka enheterna hör.

Över kommuner och landsting utövas främst systemtillsyn, dvs. att den juridiska personen kommunen eller landstinget har fungerande system för egentillsyn. I enstaka fall skall tillsynen efter klagomål kunna utvidgas till kontroll av en enskild upphandling.



## 10 Överväganden och förslag beträffande den statliga tillsynens uppgifter

### 10.1 Inledning

I detta kapitel ges förslag på uppgifter som den statliga tillsynen över den offentliga upphandlingen kan utföra. Flertalet av de uppgifter som beskrivs i kapitlet utförs redan idag av olika statliga myndigheter. I beskrivningen ingår samtliga av NOU:s nuvarande uppgifter<sup>257</sup>. Vidare ingår uppgifter som idag utförs av Konkurrensverket, Kammarkollegiet och Kommerskollegium.

Kommittén har valt att strukturera dessa uppgifter i fyra olika funktioner: kontroll, utveckling, information och marknad.

Dessa funktioner kan sedan inrymmas i ett eller flera olika offentlighetsrättsliga organ vilket också beskrivs i kapitel 11 som behandlar om organiseringen av den statliga tillsynen över offentlig upphandling.

### 10.2 Kontrollfunktionen

#### 10.2.1 Allmänt

Kontrollfunktionens främsta uppgift bör vara att övervaka och kontrollera regelefterlevnaden på upphandlingsområdet. De regler som avses är LOU och LIU inklusive tillhörande förordningar och (eventuella) föreskrifter, den praxis som utvecklats av domstol och tillsynsorganisationen

<sup>257</sup> Detta gäller med undantag från NOU:s nuvarande uppgift att ”följa tillämpningen av de nationella leveransbestämmelserna samt verka för en enhetlig tillämpning av dessa”. Denna uppgift föreslås inte längre åligga NOU. Istället får uppgiften ankomma på de olika branschorganisationerna och kommunförbunden.

själv samt dess föregångare, NOU. Vidare omfattas gemenskapsrätten, t.ex. upphandlingsdirektiv, grundläggande rättsprinciper samt praxis från EG-domstolen och EG-kommissionen.

I sitt arbete för regelefterlevnad har kontrollfunktionen de ökade befogenheter som beskrivs i kapitel 13. Kontrollfunktionen eller egentligen den tillsynsmyndighet som innehar denna funktion, får ålägga en upphandlande enhet att vid vite efterfölja myndighetens beslut. Samma myndighet får föra talan i överprövnings- och marknadsskademål vid överträdelser av LOU. Vidare får myndigheten i sin kontrollverksamhet fastställa om en organisation är en upphandlande enhet eller inte. Myndigheten får också begära att en upphandlande enhet vid vite lämnar upplysningar som är nödvändiga för myndighetens kontrollverksamhet.

Myndighetens kontrollverksamhet innefattar inte sådan kontroll av regelefterlevnad som ankommer på och utövas av andra tillsynsmyndigheter. Kontrollfunktionen skall t.ex. inte granska om en viss leverantörs varor lever upp till de miljökrav som den upphandlande enheten uppställt i sitt förfrågningsunderlag. Däremot skall kontrollfunktionen granska om ställda miljökrav är förenliga med LOU och gemenskapsrätten.

### 10.2.2 Strategier och metoder

Kontrollfunktionen bör lämpligen arbeta med strategier för bättre regelefterlevnad. En fortlöpande kartläggning av regelöverträdelser kan ligga till grund för arbetet med strategier för kontrollverksamheten samt valet av kontrollobjekt och kontrollområden. Vidare bör kontrollfunktionen utarbeta metoder för såväl kontroll av enstaka upphandlande enheter som större tillsynsprojekt. Sådana metoder kan, förutom förberedelser och själva granskningen, även innehålla ett visst mått av uppföljning av regelefterlevnaden hos de granskade enheterna. Det bör också tillmätas vikt att kontrollfunktionen dokumenterar och följer upp kontrollinsatserna för att kunna vidareutveckla sin verksamhet.

Kontrollfunktionen bör kontinuerligt informera sig om utvecklingen i övriga EU-länder avseende t.ex. granskningsmetoder.

### 10.2.3 Handläggning av klagomålsärenden

NOU:s tillsyn har t.o.m. 1997 främst inriktats på handläggning av klagomålsärenden. På grund av resursskäl begränsades klagomålshandläggningen fr.o.m. 1997 års regleringsbrev till ärenden av allmänt eller principiellt intresse.

Allmänt intresse föreligger när ett stort antal upphandlande enheter, leverantörer eller andra är intresserade av att få en rättsfråga utredd. Med principiellt intresse menas att det skall vara av intresse för rättstillämpningen att få frågan utredd. Har samma fråga utretts tidigare så saknas det principiella intresset. Frågor av principiellt intresse kan, till skillnad från frågor av allmänt intresse, avse ett väldigt "smalt" område.

Begränsningen i NOU:s klagomålshantering har kritiserats från leverantörshåll. Ibland har NOU inte kunnat hjälpa leverantörer som ansett sig förfördelade i upphandlingar, t.ex. vid ofta förekommande beteenden som i praktiken inte kunnat beivras i vare sig överprövnings- eller skadeståndsmål. Det gäller främst vid otillåten direktupphandling som enligt kartläggningen av fel och brister (avsnitt 7) är det vanligaste regelavvikande beteendet i upphandlingssammanhang. Vidare finns en risk att myndigheten inte får del av berättigade klagomål som utgör en indikation på utvecklingen på upphandlingsområdet.

Det finns en risk för att arbetsbördan ökar markant om alla inkomna klagomål skall handläggas i sak. Ofta förekommande regelöverträdelser som framkommer i klagomål och som inte bedöms vara av allmänt, principiellt eller annat särskilt intresse bör kunna föranleda egeninitierade och mer systematiska tillsynsinsatser. Ett ytterligare sätt att påtala dessa överträdelser kan vara att samverka med den upphandlande enhetens egna revisionsorgan, t.ex. genom att utforma allmänna råd om egentillsyn.

Mot bakgrund av ovan sagda bör det övervägas om det är lämpligt att handläggningen av klagomålsärenden även i fortsättningen bör begränsas till ärenden av allmänt eller principiellt intresse. Eventuellt kan tilläggas "eller annat särskilt intresse". I begreppet "annat särskilt intresse" skulle kunna innefattas handläggning av klagomål mot regelöverträdelser som i praktiken inte kommer att beivras på annat sätt. Kommittén anser att om ett behov av begränsning av klagomålshandläggningen föreligger även i fortsättningen så bör detta framgå av tillsynsmyndighetens regleringsbrev.

#### 10.2.4 Egeninitierad tillsyn

Enligt kommitténs bedömning är mörkertalet avseende överträdelser av upphandlingslagstiftningen sannolikt omfattande. Kommittén har vid möten och hearingar noterat att leverantörerna är obenägna att klaga på enskilda upphandlande enheter. Av NOU:s rapport "Effekter av lagen om offentlig upphandling" framgår att omkring 40 % av de tillfrågade leverantörerna

övervägt att ansöka om överprövning men avstått främst p.g.a. rädsla för svartlistning.<sup>258</sup>

Mot detta skall vägas att antalet överprövningar i Sverige är förhållandevis stort, ca 400 överprövningsmål sedan lagens ikraftträdande.<sup>259</sup>

Om kontrollen av regelefterlevnaden endast sker på initiativ av enskilda finns en uppenbar risk att inriktningen på den statliga kommer att baseras på slumpmässiga faktorer. Detta kan få till följd att angelägna reformbehov på upphandlingsområdet inte kommer till stånd. Även om klagomålshandläggningen skall vara grunden i kontrollfunktionens arbete bör det mot bakgrund av det anförda vara lämpligt att ge den egenutvärderade och systematiska tillsynen en framträdande plats.

## 10.3 Utvecklingsfunktionen

### 10.3.1 Strategier och metoder

Utvecklingsfunktionen bör utveckla strategier för att främja en effektiv offentlig upphandling för både upphandlande enheter och leverantörer. Det bör ske genom uppföljning och utveckling av gällande reglers effektivitet. Strategiarbetet kan föranleda förslag till ändringar av såväl gemenskapsrätten som svensk rätt. Det kan innebära fördjupning på vissa områden som riksdag och regering prioriterar inom svensk upphandling. Det är av stor vikt att utvecklingsfunktionen tar hänsyn till både praktikers och teoretikers syn på regelverket. Samarbete/samråd kan ske med berörda parter, t.ex. genom referensgrupper, speciellt på områden av principiellt intresse.

### 10.3.2 Bevakning av svensk och internationell offentlig upphandling m.m.

I arbetet för en effektivare offentlig upphandling ingår att bevaka utvecklingen inom svensk och internationell offentlig upphandling. Utvecklingsfunktionen skall, liksom NOU, följa utvecklingen på upphandlingsområdet inom EU, EFTA, EES, GATT och WTO-överenskommelsen om statlig upphandling. Vidare bör enskilda länders arbete med of-

<sup>258</sup> Effekter av lagen om offentlig upphandling, s. 42.

<sup>259</sup> NOU:s statistik visar dock att antalet anhängiggjorda mål har minskat alltsedan 1997. Prognosen för 1999 är ca 60 anhängiggjorda mål.

fentlig upphandling bevakas i syfte att följa utvecklingen och ta del av goda idéer som kan effektivisera upphandlingen i Sverige. Sådana idéer skall analyseras och när så är lämpligt vidareförmedlas till upphandlande enheter och leverantörer som kan dra nytta av dem.

Utvecklingsfunktionen bör etablera nya och utveckla befintliga kontakter med de tillsynsmyndigheter som finns i EU:s övriga medlemsländer. Syftet är att nå lösningar på gemensamma problem, utveckla tillsynsmyndighetens olika funktioner och metoder, följa utvecklingen av nationell praxis inom de övriga medlemsländerna m.m.

Vidare bör utvecklingsfunktionen, vilket NOU även gör, bistå regeringen vid förberedelser inför utvecklingsarbete som initierats av EU:s institutioner, då främst EG-kommissionen. Här ingår även bistånd till de länder som ansöker om EU-medlemskap i frågor som rör offentlig upphandling.

### 10.3.3 Regeringsuppdrag, remisser, yttranden till domstolar och utreda klagomål från EG-kommissionen m.m.

Utvecklingsfunktionen ansvarar lämpligen för att regeringsuppdrag utreds samt remisser och begäran om yttranden till domstolar besvaras.

Utvecklingsfunktionen skall bistå regeringen vid svaromål och yttranden till gemenskapernas institutioner i ärenden som rör klagomål mot upphandlingar gjorda av svensk upphandlande enhet.

### 10.3.4 Allmänna råd

Utvecklingsfunktionen föreslås aktivt arbeta med utformning av allmänna råd för att vägleda upphandlande enheter i deras tillämpning av LOU och LIU.<sup>260</sup> Allmänna råd är regler som skiljer sig från föreskrifter genom att de inte är bindande för vare sig myndigheter eller enskilda. Allmänna råd är dock betydelsefulla såsom vägledning på områden där domstolspraxis ännu inte har utvecklats. Vissa områden lämpar sig bättre för allmänna råd än andra mer påtagliga ingripanden. Det gäller t.ex. de upphandlande enheternas egenkontroll och kvalitetsarbete.

Utvecklingsfunktionen kan lämpligen samråda om de allmänna rådets

<sup>260</sup> NOU har enligt sin instruktion rätt att utfärda allmänna råd. Detta har dock inte förekommit.

utformning i t.ex. samrådsorgan eller referensgrupper som knutits till myndigheten.

### 10.3.5 Ickediskrimineringsklausuler och miljöfrågor m.m.

Arbetet med ekologisk anpassad offentlig upphandling och sociala klausuler i förfrågningsunderlag m.m. är i utvecklingsstadiet. NOU deltar idag i t.ex. EKV-delegationens arbete. Vidare har myndigheten utarbetat en rapport om ekologisk hållbar offentlig upphandling. Utvecklingsfunktionen, eller den tillsynsmyndighet som innehar funktionen, skall med sin särskilda kunskap om offentlig upphandling bidra till att t.ex. övergripande samhälls-ekonomiska, sociala, arbetsmarknadspolitiska och miljöpolitiska mål främjas enligt de grunder som anges i lag och i gemenskapsrätten.

Kommitténs tilläggsdirektiv innehåller anvisningar om arbete med vilka miljökrav och ickediskrimineringsklausuler som får ställas vid offentlig upphandling. Kommittén får återkomma i slutbetänkandet till utvecklingsfunktionens närmare arbetsuppgifter på dessa områden.

### 10.3.6 Elektronisk handel

Elektronisk handel är ett uppmärksammat område såväl inom EU som i Sverige. NOU har följt utvecklingsarbetet och gett råd och synpunkter på hur upphandlingsreglerna bör tillämpas vid t.ex. elektroniskt anbudsförfarande. Vidare har nämnden bistått regeringen med förslag till kommissionen beträffande dess arbete med att "IT-anpassa" upphandlingsdirektiven. Dessa uppgifter bör även i fortsättningen ingå i den statliga tillsynsmyndighetens arbetsuppgifter

## 10.4 Informationsfunktionen

### 10.4.1 Allmänt

#### *Satsning på informationsverksamheten*

Många inköpare har klagat på att de inte får tillräckligt med information från NOU och att de skulle vilja rådgöra om praktiska situationer. Informationsverksamheten har medvetet skurits ned.<sup>261</sup> Behovet av rådgivning i enskilda ärenden för upphandlande enheter och företag bör kunna tillgodoseas av kommunförbunden, branschorganisationer, advokatbyråer m.fl. Generell information skall dock fortfarande vara en av tillsynsmyndighetens främsta uppgifter. Informationsfunktionen föreslås ha ett övergripande ansvar för myndighetens informationsverksamhet.

I NOU:s rapport om effekter av LOU (1998) framgår att tusentals upphandlande enheter på något sätt har kommit i kontakt med NOU medan en mycket liten del av leverantörerna hade gjort det.<sup>262</sup> Mot denna bakgrund kan det vara lämpligt att informationen riktas till olika grupper.

Informationsfunktion bör ansvara för att information från de övriga funktionerna når berörda parter. Informationen kan förmedlas generellt eller till enskild. Information till enskild ges idag av NOU per telefon, brev, fax, e-post eller genom möte med tjänsteman på myndigheten etc. Generell information ges genom nyhetsbrev, hemsida, vägledningar deltagande i konferenser, seminarier, mässor etc.

Informationsfunktionen föreslås arbeta med information riktad till viktiga målgrupper som berörs av offentlig upphandling t.ex.:

- upphandlande enheter
- leverantörer
- förtroendevalda och andra beslutsfattare

<sup>261</sup> I enlighet med regeringens regleringsbrev för NOU:s verksamhet år 1998 och 1999.

<sup>262</sup> Effekter av lagen om offentlig upphandling (1998) s. 37 f. De mindre kommunala bolagen med upphandling över tröskelvärdena som tillfrågades hade dock aldrig utnyttjat NOU:s information.

- brukare av ramavtal som samordnats av den föreslagna marknadsfunktionen (om marknads- och informationsfunktionen skall ingå i samma myndighet).

Informationen till dessa olika grupper kanske inte heller alltid kan vara generell. Det är ofta bristande grundkunskaper om upphandlingsreglerna som föranleder kostsamma och tidsödande fel. Det behövs även information som är inriktad på speciella upphandlingsområden och som kanske endast berör en viss grupp av leverantörer och upphandlande enheter

#### 10.4.2 Statistikinsamling

Informationsfunktionen föreslås, i likhet med NOU:s nuvarande uppgifter, ansvara för insamlandet av den statistik som ålagts tillsynsmyndigheten att tillhandahålla EU och WTO m.m.

#### 10.4.3 Samverkan med den upphandlande enhetens revisionsorgan

Informationsfunktionen bör så långt det är möjligt, med hänsyn till bl.a. de upphandlande enheternas självbestämmande och revisionens oberoende ställning, söka samverka med revisionen hos de upphandlande enheterna. Utifrån kontrollfunktionens erfarenheter kan informationsfunktionen tillföra revisorerna information avseende bristerna i offentlig upphandling och vilka förbättringar som kan vidtas. Denna information kan utformas som allmänna råd om vad och hur egentillsyn kan utövas över den offentliga upphandlingen.

Vad beträffar tillsynen över upphandlingsverksamheten hos de statliga myndigheterna och bolagen som Riksrevisionsverket (RRV) reviderar, bör samarbete för informationsutbyte utvecklas och fördjupas mellan den myndighet som skall ansvara för information och kontroll av den offentliga upphandlingen och RRV. NOU har i tidigare regleringsbrev haft till uppgift att samråda med RRV avseende granskning av offentlig upphandling beträffande statliga myndigheter. Detta förekom dock i ringa omfattning eftersom RRV inte ålagts motsvarande uppgifter. Om ett sådant samarbete skall kunna ske med RRV måste detta framgå av deras instruktion, regleringsbrev eller dylikt.



#### 10.4.4 Främja forskning och högre utbildning

Informationsfunktionen ansvarar lämpligen för att sprida information om offentlig upphandling på universitet och högskolor för att främja forskning och högre utbildning. Syftet med dessa insatser skulle vara att främja kompetensförsörjningen och insatser för att utveckla den offentliga upphandlingen. Konkurrensverket främjar, genom sitt råd för konkurrensfrågor, på motsvarande sätt forskning och utbildning inom juridik, företags- och nationalekonomi. Ett antal av de forskningsprojekt som givits anslag avser offentlig upphandling.

### 10.5 Marknadsfunktionen

#### 10.5.1 Allmänt

För ett bättre utnyttjande av resurser och för främjande av konkurrens kan en marknadsfunktion arbeta med en form av frivillig inköpssamverkan. Samverkan kan ske omkring vissa upphandlingsprojekt men framförallt genom en långsiktig samordning av upphandlings- och inköpskompetens. Marknadsfunktionen skall inte ha det operativa upphandlingsansvaret. Istället föreslås funktionen arbeta med upphandlings- och konkurrensstrategier inför de upphandlingsansvariga enheternas upphandlingar. Idag utförs marknadsfunktionens uppgifter till stora delar av Kammarkollegiets enhet för statlig inköpssamordning och Kommerskollegium.

#### 10.5.2 Samordning av upphandlingskompetens

En viktig uppgift för marknadsfunktionen blir att samordna den upphandlingskompetens som finns hos de upphandlande enheterna som ingår i samverkansprojektet. Samverkansfunktionen föreslås understödja nätverksbyggande för kunskaps- och erfarenhetsutbyte. Det kan ske genom att bygga upp databaser<sup>263</sup>, informera om nätverket m.m. Genom delta-

<sup>263</sup> Jämför med Kammarkollegiets arbete med att ta fram motsvarande databaser, kapitel 5.

gande i ett sådant nätverk bidrar den upphandlande enheten med råd på områden där enheten har specialkompetens. Vid upphandlingar på områden där specialkompetens saknas kan annan i nätverket ingående enhets kompetens utnyttjas. Syftet är att allmänt sett höja kvaliteten på upphandlingarna.

### 10.5.3 Upphandlings- och konkurrensstrategier

En av marknadsfunktionens främsta uppgifter blir att utforma långsiktiga upphandlings- och konkurrensstrategier.

Marknadsfunktionen skall försöka hitta en balans mellan god ekonomi i den enskilda upphandlingen och långsiktiga ekonomiska och de samhällspolitiska mål som knutits till den offentliga upphandlingen.

Inför varje upphandling inom inköpssamverkan bör marknadsfunktionen företa en marknadsanalys. Detta arbete sker till en del redan idag inom Kammarkollegiets enhet för statlig inköpssamordning. Utifrån en sådan analys kan lämpligen strategier utformas som främjar kort- och långsiktiga mål. Som exempel bör upphandling av årsbehovet av en viss vara inte ske samtidigt som andra stora beställare förväntas beställa samma vara.

### 10.5.4 Samordning av ramavtal

De samordnade ramavtalen uppgår ofta till sådana betydande värden att de för det mesta omfattas av upphandlingsdirektiven. För närvarande pågår inom EG-kommissionen ett lagstiftningsarbete på ramavtalsområdet.

Marknadsfunktionen ansvarar för samordningen av de ramavtal som tecknas för statliga myndigheters räkning (utförs idag av Kammarkollegiets enhet för statlig inköpssamordning). Eventuellt kan samordningen utökas till att omfatta även kommuner och landsting. En sådan samordning får ske på frivillig väg genom överenskommelser mellan samordningsenheten och intresserade kommuner samt landsting. Marknadsfunktionen har inget operativt upphandlingsansvar men bör med goda råd och praktiska tips ge stöd för att bl.a. främja konkurrensen vid upphandling av det enskilda ramavtalet.

### 10.5.5 Åtgärder för att främja små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling

#### *Information om behov av fler aktörer*

Ett ständigt återkommande problem upphandlande enheter är att det finns för få leverantörer på vissa marknader, dvs. fungerande konkurrens saknas. Det svårt att locka utländska anbudsgivare trots att stora ansträngningar görs. För att förbättra konkurrensen där sådant behov finns kan marknadsfunktionen ha till uppgift att informera om behovet av fler aktörer på dessa marknader. Detta arbete utförs till viss mån idag av Kommerskollegium.

#### *Avknopningsstöd*

Vidare kan det bli aktuellt att diskutera möjligheten till avknopningsstöd genom att direktupphandla från ett företag, t.ex. ett kooperativ som bildats av en personalgrupp eller av brukare. Syftet är att öka konkurrenstrycket vid offentlig upphandling. Efter den första avtalsperioden får personalföretaget tävla på samma villkor som andra företag.

En annan form av avknopning är när t.ex. en kommun lägger en viss verksamhet i bolag som därefter säljs på marknaden. Enligt tilläggsdirektiven skall kommittén beakta vilka möjligheter som finns att ta lokala hänsyn. Kommittén avser således att återkomma till avknopningsstöd i sitt arbete med tilläggsdirektivet.

### 10.5.6 Tredjepartslogistikprojekt

Fullsortimentsgrossister med tillgång till distribution och lagerhållning utgör en stor del av leverantörerna till bl.a. kommuner och landsting. Dessa leverantörer påverkar till stor del utbudet av varorna i sitt eget sortiment vilket i praktiken innebär att många mindre och medelstora företag utesluts från möjligheten att lämna anbud.

Kommunerna får sällan eller aldrig några anbud i sina upphandlingar från utlandsbaserade företag. Anledningen till detta kan vara flera olika saker som t.ex. kulturskillnader, bristande språkkunskaper, överens-

kommelser om att inte gå in på varandras marknader m.m. Här kan även svårigheter med lagerhållning och distribution utgöra en begränsande faktor.

Genom utvecklande av tredjepartslogistik skulle dels små- och medelstora företags, dels utländska anbudsgivare deltagande i upphandlingar kunna främjas. Idag arbetar Kammarkollegiets inköpssamordning med liknande projekt och marknadsfunktionen föreslås ansvara för att initiera och främja tredjepartslogistikprojekt.

Tredjepartslogistik innebär att t.ex. statliga myndigheter, kommuner, och landsting inom ett avgränsat geografiskt område, t.ex. ett län, går samman och upphandlar en leverantör som skall sköta varutransporter, lager, logistik m.m. De varor som sedan upphandlas av de inblandade upphandlande enheterna skall sedan levereras till ett visst lager varifrån transport- och logistikföretaget tar vid och sköter frakten ut till brukarna i länet.

En väl utvecklad tredjepartslogistik minskar antalet transporter och därmed miljö- och infrastrukturslitaget. Vidare torde det vara förenligt med gemenskapsrätten att ställa miljökrav på transporter vid separat upphandling av tredjepartslogistik. Utredningen avser att återkomma till dessa frågor i sitt arbete med tilläggsdirektivet.

# 11 Organiseringen av den statliga tillsynen över offentlig upphandling

## 11.1 Inledning

Kommittén ger i det följande ett underlag till diskussionen om hur den statliga tillsynen över offentlig upphandling kan organiseras. Avsnittet inleds med en redovisning av några huvudpunkter i den förvaltningspolitiska propositionen med relevans för en analys av tänkbara modeller för organiseringen av den statliga tillsynen över den offentliga upphandlingen.<sup>264</sup> Riksdagen har ställt sig bakom den förvaltningspolitiska propositionen. Utöver de förvaltningspolitiska aspekterna måste en analys av tänkbara modeller även vara kopplad till kravet i kommittédirektiven om att våra förslag skall främja en effektivare offentlig upphandling. En utgångspunkt i våra kommittédirektiv är vidare att tillsynsrollen skall utvecklas och ges större tyngd.

Resonemanget i kapitlet förs mot bakgrund av de olika förvaltningspolitiska synsätt och principer som framgår av den förvaltningspolitiska propositionen. Vad som avses är bland annat önskemål om renodling av den statliga verksamheten, behov av samverkan, tydligt ledningsansvar och styrning. I den förvaltningspolitiska propositionen betonas även kvalitets- och kompetensutveckling samt resultatfokusering. Dessa principer och synsätt är av stor vikt för förvaltningens effektivitet i den bemärkelsen att lagstiftarens vilja på ett effektivt sätt skall utföras. Effektivitetssträvanden får dock inte ske på bekostnad av minskad rättssäkerhet.

Vidare ligger den problembild, som tecknats avseende dagens organisation av den statliga tillsynen, till grund för de olika överväganden som görs av kommittén. Denna problembild har utkristalliserats i samband med hearingar och möten med leverantörer och upphandlande enheter

<sup>264</sup> Prop. 1997/98:136, ”Statlig förvaltning i medborgarnas tjänst”.

och den rapport om fel och brister, som NOU:s kansli utarbetat på uppdrag av utredningen.

Kommittén har valt att arbeta med fyra tämligen distinkta organisationsmodeller. Dessa olika modeller diskuteras utifrån önskemålet om renodling, vikten av att satsa på kvalitetsutveckling och de möjligheter som systematiskt kvalitetsarbete och systematiska jämförelser med andra aktörer ger, behovet av kompetensutveckling av personalen, ambitionen att motverka fragmentisering genom ett samlat grepp om den statliga tillsynen samt en verksamhetsanpassad myndighetsledning. I dag bedrivs tillsynen över offentlig upphandling av Nämnden för offentlig upphandling, Konkurrensverket, Kammarkollegiet samt till viss del Kommerskollegium och Riksrevisionsverket.

De uppgifter som dessa myndigheter utför inom upphandlingsområdet har mer eller mindre inordnats i de fyra olika funktionerna som presenterats i kapitel 10; kontroll, utveckling, information och marknad.

Att arbeta med modeller, som kommittén har gjort, betyder inte att man på förhand binder sig för att välja en av modellerna som lösning. Ett slutligt ställningstagande kan i stället bygga på en kombination av dessa modeller.

## 11.2 Den förvaltningspolitiska propositionen

### 11.2.1 Renodling

Renodling handlar enligt den förvaltningspolitiska propositionen om en ambition från statens sida att värna om kärnverksamheterna. Fortsatta omstruktureringar och omprövningar av det offentliga åtagandet ingår som en del av detta arbete. Omstruktureringsarbetet skall ses som en fortlöpande process. Syftet är också att uppnå en större tydlighet i ansvarsfördelningen mellan myndigheter och mellan staten och andra rättssubjekt etc. De uppgifter som är artfrämmande för staten bör avvecklas eller överlåtas till annan huvudman.

”Renodlingen kommer att fullföljas genom en fortsatt aktiv strukturell verksamhetsanpassning. Genom renodling främjas de förvaltningspolitiska värdena, demokrati, rättssäkerhet och effektivitet. Strukturförändringar är en integrerad del av utvecklingen av statsförvaltningen. Syftet är att öka effektiviteten och verksamhetens ändamålsenlighet i förhållande till de mål som har fastlagts av riksdagen och regeringen. Det finns fortfarande stora

effektivitetsproblem som beror på att myndigheter inte är ändamålsenligt organiserade, att myndigheter har överlappande uppgifter etc.”<sup>265</sup>

Den förvaltningspolitiska kommissionen påpekade att en alltför långtgående renodling har sina nackdelar. Det kan, enligt kommissionens mening, ha bidragit till fragmentisering inom statsförvaltningen. Regeringen betonar dock renodlingens fördelar. ”Under de senaste åren har renodlingen medfört att styrproblemen har minskat och att effektiviteten har ökat i statsförvaltningen. Den allt tydligare distinktionen mellan rättsskipning, förvaltningsmyndigheternas myndighetsutövning och affärsverksamhet har bidragit till denna positiva utveckling. De skarpa gränserna mellan olika sektorsföreträdare på olika nivåer inom statsförvaltningen är däremot ett problem.”<sup>266</sup>

I upphandlingssammanhang handlar det också om de olika tillsynsmyndigheternas roller och deras förenlighet. De olika rollerna återspeglar att staten till viss del har och tillgodoser skilda intressen med de olika myndigheternas verksamhet. Tillgodoseendet av dessa olika intressen leder till en viss dynamik mellan de olika tillsynsmyndigheterna. Denna dynamiska effekt kan enligt kommitténs mening, rätt förvaltd, vara utvecklande för den offentliga upphandlingen.

### 11.2.2 Kvalitets- och kompetensutveckling

Arbetet med kvalitetsutveckling utgår från att medborgarna har rätt till en statsförvaltning med hög kvalitet. Det handlar om tillgänglighet till information och tjänster som svarar mot samhällets behov. Det handlar om korta handläggningstider och korrekta beslut. Det handlar också om tillmötesgående, dvs. att bli väl bemött av kompetenta anställda. Statliga myndigheter måste därför enligt regeringens mening fortlöpande utveckla sina verksamheter och kompetensen hos de anställda. Kvalitetsarbete handlar om att ta till vara de möjligheter som systematiskt kvalitetsarbete och systematiska jämförelser (benchmarking) med andra aktörer kan ge. Kvalitetsarbetet utgör ett komplement till resultatstyrningsprocessen och är ett underlag i mål- och resultatdialogen med chefer. Vad gäller kompetensutveckling bör förvaltningen arbeta med att dess anställda fortlöpande vidareutbildas och upprätthåller grundläggande kunskaper i förvaltningskunskap och etikfrågor. En grundläggande förutsättning för att fortsätta uppbyggnaden av en modern effektiv och smidig

<sup>265</sup> Prop. 1997/98:136, s. 35 f.

<sup>266</sup> Prop. 1997/98:136, s. 37.

statsförvaltning är också förmågan att kunna rekrytera den mest kompetenta personalen utan diskriminering vad gäller nationell, religiös, kulturell eller social bakgrund.

### 11.2.3 Resultatstyrning

Resultatstyrning är ett av flera redskap för att styra statlig verksamhet. Exempel på andra sätt att styra är finansiell styrning, regelstyrning, organisationsstyrning, informationsstyrning och styrning genom chefsutnämningar. Övergången från detaljreglering till resultatstyrning har medfört att fokus flyttats från resurser till resultat. Resultatstyrning bygger på en fördelning av ansvar och roller mellan riksdag, regering och myndigheter. Regeringen anser att det är angeläget med ett ökat intresse och engagemang från politikerna kring mål och resultat. En rad åtgärder kommer att vidtas för att utveckla och förbättra resultatstyrningen. Enligt regeringen bidrar åtgärderna till att förbättra resultatinformationen till regering och riksdag, vilket i sin tur leder till att de politiska nivåernas intresse för resultatstyrningen ökar.

Regeringen anser att resultatstyrningen bör vidareutvecklas och förbättras. Det är särskilt viktigt att resultatstyrningen är flexibel och anpassad till skilda förutsättningar för olika myndigheter. Tillämpningen måste verksamhetsanpassas. I vissa avseenden bör resultatstyrningen kunna förenklas. Myndigheterna skall åsättas realistiska mål och redovisningen skall anpassas till regeringskansliets möjligheter att dra nytta av informationen. Delegeringen av befogenheter, som är en väsentlig del i resultatstyrningen, ställer även i fortsättningen höga krav på en god uppföljning, rapportering och kontroll av vilka resultat som uppnåtts.

### 11.2.4 Verksamhetsanpassad myndighetsledning

#### *Utgångspunkter i den förvaltningspolitiska propositionen*

I den förvaltningspolitiska propositionen föreslogs att förvaltningsmyndigheter skall ledas på något av följande tre sätt:

- Av en myndighetschef ensam, s.k. enrådighetsverk
- Av en myndighetschef som biträds av en lekmannastyrelse med begränsade beslutsbefogenheter



- Av en styrelse med fullt ansvar. Myndighetschefen ingår inte i styrelsen

Riksdagen fattade beslut i enlighet med förslaget och gav samtidigt regeringen mandat att själv bestämma vilken av dessa tre ledningsformer som skall väljas. Utgångspunkten för valet av ledningsform är att den form skall väljas som bäst gagnar verksamheten och de uppställda målen. Frågan om ledningsformer bör tillämpas flexibelt. Den nuvarande huvudmodellen med en lekmanastyrelse vid chefens sida avskaffas inte generellt. Denna ledningsform, styrelse med begränsat ansvar, anses ha sitt värde, inte minst som forum för demokratisk insyn och medborgerligt inflytande. I de fall där formen fungerar väl, såväl ur verksamhetens som ur regeringens styrningsperspektiv, finns enligt regeringen inget skäl att ändra denna ledningsform. Den kan vara att föredra i flera sammanhang, bland annat där bredd och mångfald är önskvärd eller där samsyn och samordning med andra myndigheter är av särskild vikt.

Styrelse med fullt ansvar bör övervägas främst för myndigheter som arbetar under affärsliknande förhållanden eller har en verksamhet som innebär stort finansiellt och självständigt ansvar. I en myndighet med styrelse med fullt ansvar utgör styrelsen myndighetens ledning och ansvarar kollektivt inför regeringen för myndighetens verksamhet. Myndighetens chef som inte ingår i styrelsen, ansvarar för den löpande verksamheten i enlighet med styrelsens direktiv. Ett tiotal centrala förvaltningsmyndigheter har, förutom affärsverken, denna ledningsform.

Ledningsformen enrådighetsverk bör övervägas där det finns behov av en mer direkt och tydlig styrning av myndigheten och där politiska beslut måste genomföras utan fördröjning. Detta behov gör sig särskilt gällande i de ökade krav på styrning och samordning som medlemskapet i EU ställer på regeringen. Enligt regeringen bör ett enrådighetsverk i regel ha ett rådgivande organ med av regeringen tillsatta ledamöter. Ett sådant organ kan i princip tjäna samma syfte som dagens lekmanastyrelser vad gäller insyn och medborgerligt inflytande.

Med hänsyn till medlemskapet i EU är det av särskild vikt att förvaltningsmyndigheterna driver sin verksamhet helt i linje med regeringens intentioner. Regeringen anser vidare att den i EU-samarbetet är mycket beroende av sina myndigheter. Styrning i form av kontakter och dialoger med myndigheten måste ske på ett direkt, samordnat och effektivt sätt, ofta med knappa tidsmarginaler.

### ***Utvärdering av styrelse med fullt ansvar***

Regeringen har gett Statskontoret i uppdrag att utvärdera om ledningsformen styrelse med fullt ansvar har varit ett ändamålsenligt redskap för att uppnå en effektiv styrning och förvaltning av statlig verksamhet. I dagsläget saknas enligt regeringen en heltäckande bild av hur denna ledningsform fungerar på de myndigheter den tillämpas. Det finns indikationer på att ledningsformen inte är problemfri. Ansvarsfördelningen mellan styrelsen och myndighetschefen upplevs i vissa fall som oklar. Statskontorets utvärdering skall omfatta valet och införandet av ledningsformen styrelse med fullt ansvar på myndigheterna. Statskontoret skall undersöka hur man resonerat och motiverat valet av ledningsformen, vad man velat åstadkomma med ledningsformen och huruvida ledningsformen gett avsedda effekter och hur ledningsformen fungerar på myndigheterna.

Statskontoret skall analysera fördelar och nackdelar med ledningsformen för statliga förvaltningsmyndigheter. Inom ramen för denna analys skall Statskontoret dra slutsatser om för vilka typer av statliga förvaltningsmyndigheter denna ledningsform bör användas om målet är en effektiv styrning och förvaltning av statlig verksamhet och komma med förslag på eventuell modifiering, alternativt precisering, av gällande kriterier för val av ledningsformen.

### ***Ledningsformer för tillsyns- och inspektionsmyndigheter***

Några riktlinjer från regeringen för valet av ledningsform för tillsynsmyndigheter finns inte. Alla tre ledningsformerna förekommer:

- Enrådighetsverk är bl.a. Konkurrensverket, Alkoholinspektionen, Inspektionen för strategiska produkter och Skolverket
- Lekmannastyrelse har bl.a. Datainspektionen, Finansinspektionen, Statens kärnkraftsinspektion, Sprängämnesinspektionen, Kemikalieinspektionen och Socialstyrelsen
- Styrelse med fullt ansvar har Lotteriinspektionen och Post- och telestyrelsen.

Det finns, vid sidan av NOU, också andra tillsynsmyndigheter som är nämndmyndigheter, t.ex. Fastighetsmäklarnämnden och Revisorsnämnden. I dessa senare myndigheter är nämndens ordförande också myndighetschef.

### 11.2.5 Renodlad användning av nämndmyndigheter

Nämndmyndigheter är en kategori myndigheter som främst kännetecknas av ett begränsat och avgränsat ansvarsområde, organisationens ringa storlek samt framför allt behovet av ett kollektiv beslutsfattande. Organisationen är ändamålsenlig för vissa verksamheter. Regeringen anser dock att nämndmyndighetsformen bör användas sparsamt och att en förutsättning bör vara att kollektivt beslutsfattande är nödvändigt för den aktuella verksamheten. Även i de fall där ett kollektivt beslutsfattande bedöms som nödvändigt, är det dock inte självklart att verksamheten måste organiseras i en egen nämndmyndighet. Det bör först prövas om inte en vanlig förvaltningsmyndighet kan hantera uppgiften, eventuellt i kombination med att myndigheten för den aktuella uppgiften endast är beslutför i särskild sammansättning. En sådan lösning kan endast avvisas om den aktuella uppgiften är olämplig att hantera inom en organisation som även har ansvar för andra uppgifter. Nämndmyndighetsformen bör således enligt regeringen successivt fasas ut, utom då den är oundgängligen nödvändig.

I de fall då nämndmyndighetsformen framstår som den lämpligaste organisationsformen gäller enligt regeringen att styrning, stöd, organisation och finansiering skall ordnas så att den kan utföra sitt uppdrag effektivt och med gott resultat. En nämndmyndighet bör antingen ges en mycket självständig roll eller göras hårt uppknuten till en värdmyndighet.

## 11.3 Samlat grepp om upphandlingstillsynen

### 11.3.1 Samordning

En samordning av upphandlingsfrågorna innebär att *en* myndighet får det centrala ansvaret för de uppgifter som rör offentlig upphandling och som idag är uppsplittrade på flera myndigheter.

*Helhetssyn och gemensamma mål* – en samordning av de olika funktionerna (se avsnitt 10) i en organisation kan föranleda att gemensamma och övergripande mål enklare uppnås. ”Förvaltningspolitiska kommissionen pekar bl.a. på den statliga förvaltningens fragmentering som en särskilt problematisk företeelse. Fragmentering kan, enligt kommissionen, definieras som brist på sammanhang mellan olika verksamhetsgre-

nar, tendens till splittring, samt oförmåga att se till helheten och övergripande mål.”<sup>267</sup>

*Samlad kompetens och erfarenhet* – de olika funktionerna kan i större utsträckning än idag dra nytta av varandras kompetens och erfarenheter. Utvecklingspotentialen och lärandet ökar om kompetens och erfarenhet, som tidigare splittrats upp på flera olika myndigheter, samlas inom en organisation. Detta skulle underlätta snabba och effektiva lösningar och åtgärder vid akuta problem. Vidare kan ett långsiktigt förändringsarbete, som leder t.ex. till förslag till direktiv- och lagändringar, underlättas med hjälp av de olika funktionernas samlade kompetens och erfarenheter.

*Samlad handläggning av upphandlingsfrågor* – leverantörer och upphandlande enheter får vid en fullständigt samordning en enda myndighet att vända sig till i samtliga upphandlingsärenden. I den förvaltningspolitiska propositionen står att läsa ”... ur medborgarperspektivet kan myndigheternas organisering uppfattas som ett problem. Mycket av människors irritation över förvaltningen beror på att de utifrån sina perspektiv inte upplever att myndigheters gränsdragningar och specialiseringar är relevanta för deras situation. Förvaltningen kan då uppfattas som byråkratisk och otillgänglig.”<sup>268</sup> När flera statliga myndigheter har centrala roller inom samma eller angränsande områden kan oklarheter omkring deras ansvarsområden uppkomma. Genom att samla dessa myndigheters uppgifter inom en organisation minskar risken för att frågor hamnar ”mellan stolarna”. Vidare minskar risken för att dubbelarbete utförs på de olika statliga myndigheterna. Dubbelarbete kan leda till att de olika myndigheterna lämnar olika svar vid samma typ av frågor eller olika beslut fattas i samma typ av ärende.

*Ökad flexibilitet och minskad sårbarhet* – genom att samla flera myndigheters resurser i en organisation ökar flexibiliteten och organisationens sårbarhet minskar. Personal kan flyttas mellan de olika funktionerna alltefter vilka uppgifter som skall prioriteras. En liten organisation har små möjligheter att satsa på ett särskilt projekt och samtidigt bibehålla samma nivå i utförandet av de övriga uppgifterna. Det beror på begränsad personalstyrka och att myndigheten också i övrigt är ålagd att utföra olika uppgifter. Vid personalbortfall, p.g.a. sjukdom etc., är det i en större organisation lättare att finna tillfälliga lösningar på akuta problem.

<sup>267</sup> Prop. 1997/98:136, s. 37.

<sup>268</sup> Prop. 1997/98:136, s. 37.

### 11.3.2 Samverkan

I den förvaltningspolitiska propositionen konstateras att ökad samverkan är nödvändig. Vad man talar om är dock inte samordning av myndigheter med uppgifter inom samma eller angränsande områden, utan snarare samverkan mellan myndigheter.

Regeringen har uppfattningen att behovet av samverkan inte i första hand bör tillgodoses genom organisationsförändringar. Istället bör olika samverkansformer utvecklas. Tillfälliga organ för avgränsade uppgifter eller informella nätverk kan väljas.<sup>269</sup> Betonas bör vikten av insyn, öppenhet och offentlig debatt omkring de frågor som behandlas i olika informella samarbetsorgan och nätverk.<sup>270</sup> Informationsteknologins möjligheter bör tas tillvara när det gäller samverkan. Elektroniska infrastrukturer för information (IT-nät) bör användas för att tillfälligt eller permanent knyta ihop organisationer, arbetsställen eller enskilda anställda i syfte att möjliggöra att man tillsammans kan utföra olika arbetsuppgifter.

Ett samverkansorgan kan även medföra att flera av de samordningsfördelar, som tidigare beskrivits (avsnitt 11.3.1), uppfylls.

## 11.4 Personalbehov

Totalt räknar kommittén med att de sammanlagda statliga tillsynsinsatserna (i dag bestående av: NOU 9 personår, Konkurrensverket 2 personår, Kammarkollegiet 5 personår och Kommerskollegium 3 personår) avseende offentlig upphandling uppgår till omkring 19 personår. NOU har redovisat uppfattningen att ytterligare ca 4 heltidstjänster skulle behövas för att få bukt med ärendebalanser, telefonköer och administrativt arbete, dvs. så att *nuvarande* uppgifter skall kunna utföras till fullo.

För att den offentliga upphandlingen skall kunna effektiviseras i tillräcklig utsträckning bedömer kommittén att den sammanlagda tillsynsverksamheten behöver utökas med ca 12 personår. Kostnaderna kan beräknas till ca 6 milj. kr. Dessa personalförstärkningar har beräknats dels med utgångspunkt från den nuvarande tillsynsorganisationen och de behov man har av förstärkningar för att till fullo utföra sina nuvarande uppgifter, dels med hänsyn till de nya uppgifter som kommer att vila på tillsynsmyndigheten enligt kommitténs förslag i övrigt, t.ex. skärpt tillsyn och talan om marknadsskadeavgift. Personalbehovet påverkas av vilket

<sup>269</sup> Prop. 1997/98:136, s. 37.

<sup>270</sup> SOU 1997:57, s. 64.

organisationsalternativ som väljs för framtiden. Samordningsvinster kan göra att behovet minskar. Om verksamheten inordnas i en befintlig myndighet med tillräckliga administrativa resurser får man det ur ekonomisk synpunkt mest rationella utfallet.

Vidare kommer det ökade antalet taleberättigade i såväl överprövningsmål som mål om marknadsskadeavgift att föranleda en ökning av antalet mål i förvaltningsdomstol. Det är dock svårt att beräkna ökningen och resursbehovet med anledning av detta. Sannolikt kommer antalet mål att minska i takt med att praxis utvecklas.<sup>271</sup> Detta medför att personalbehovet initialt kommer att öka för att sedan minska efter 3-4 år, om utvecklingen går att jämföra med den som skett med överprövningsmålen. Kanske sker utvecklingen snabbare p.g.a. att praxis redan finns på många områden.

## 11.5 Finansiering

Kommittén har försökt att beräkna de ekonomiska konsekvenserna och det ökade finansieringsbehovet om tillsynsinsatserna utökas i enlighet med vad som sagts i föregående avsnitt. Enligt vår uppfattning kan en del av de ökade kostnader vi räknar med täckas genom en större avgiftsfinansieringsgrad.

Inom den del av tillsynsverksamheten som omfattar kontrollfunktionen finns det i praktiken ringa möjligheter att avgiftsbelägga någon del av verksamheten. Det finns inte utrymme för avgifter vid handläggningen av klagomålsärenden. Likaså är det inte möjligt att avgiftsbelägga egenitinerade kontrollprojekt. Marknadsskadeavgifter och viten tillfaller statskassan. Dessa kan användas som ekonomiska mått när det gäller effekterna av den skärpta kontrollverksamheten, men de kan givetvis inte direkt utpekas som delar av en erforderlig finansiering. Eftersom vi inte räknar med att man inom kontrollfunktionens ram skall hantera frågor om auktorisation, certifiering eller ackreditering förekommer i praktiken inga avgiftsinkomster.

När det gäller utvecklings-, marknads- och informationsfunktionerna finns större möjligheter till extern finansiering. Som exempel kan tas den telefoninformation som utförs idag. Denna behöver förstärkas och kan lämpligen avgiftsbeläggas. Det gäller dock inte den serviceskyldighet som myndigheten har enligt förvaltningslagen. Vidare kan en utökad skriftlig och muntlig information avgiftsfinansieras. Förutom att begära

<sup>271</sup> En sådan utveckling har iakttagits i överprövningsmål, se NOU:s rapport om fel och brister.

viss ersättning från departement, andra statliga myndigheter samt åt kommittéer och utredare skulle man inom utvecklingsfunktionens verksamhet kunna ta betalt för insatser som utförs inom ramen för olika utvecklingsprojekt m.m. som initierats av annan statlig myndighet, kommuner, landsting, företag eller branschorganisationer.

Inom marknadsfunktionens ram kan man ta betalt för arbetet med ramavtal, utvecklingsprojekt m.m. Från och med den 1 januari 2000 är Kammarkollegiets arbete med statlig inköpssamordning avgiftsfinansierat. Kommerskollegiums arbete med ”gränslösa affärer” är till viss del avgiftsfinansierat.

Vidare kan vid vissa alternativ (modell 2, 3 och 4) uppkomma avvecklingskostnader avseende personal som utnyttjar sin rätt att inte följa med den nya myndigheten enligt reglerna om verksamhetsövergång i 6 b § lagen om anställningsskydd.

Ett system med ökat antal taleberättigade och särskilda ledamöter i överprövnings- och marknadsskademål kommer, som ovan nämnts, att leda till vissa kostnadsökningar. Dessa kostnader antas dock minska i takt med att praxis utvecklas.

Ett genomförande av bättre kontroll och andra av våra förslag för att åstadkomma en effektivare upphandling, leder till ökade kostnader för statlig tillsynsverksamhet. Även om delar av detta kan finansieras genom avgifter, behöver också anslagsfinansieringen öka.

Enligt kommitténs mening är en sådan ökning en satsning som ger mångdubbelt åter i form av vinster genom den bättre upphandlingskultur den leder till. Detta kommer bl.a. att kunna avläsas som ett ekonomiskt resultat i statens egen verksamhet. Sett som kostnad i relation till en effektivisering av hela området för offentlig upphandling betraktar kommittén kostnaden som ytterst marginell.

## 11.6 Lokalisering

Dagens tillsynsorganisation omfattar med de definitioner vi valt NOU, Konkurrensverket, Kammarkollegiet, Kommerskollegium och Riksrevisionsverket. Organisationen är i huvudsak lokaliserad till Stockholm.

Enligt kommitténs mening finns det utifrån tillsynsverksamhetens karaktär i och för sig inga sakliga skäl för den nuvarande lokaliseringen, som beror på andra hänsynstaganden. Å andra sidan finns det utifrån verksamhetens krav inga särskilda vinster att redovisa av en utlokalisering. Tillsynsverksamheten är neutral i den lokaliseringspolitiska debatten. Kommittén tar därför inte upp frågor om de ovannämnda myndig-

heternas lokalisering i samband med diskussioner om deras uppgifter inom ramen för en framtida tillsynsorganisation.

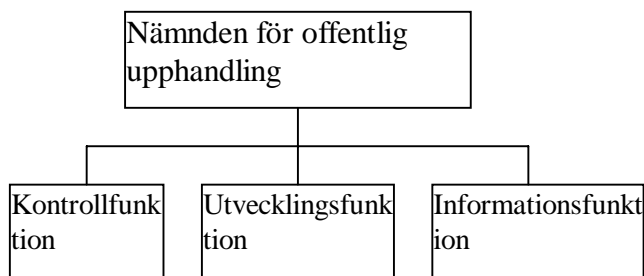
Något annorlunda förhåller det sig med den nya myndighet som tillskapas enligt en av våra modeller – modell 4 – i det följande. Här är det rimligt att en förutsättningslös prövning äger rum beträffande myndighetens lokalisering och att utrymme ges för aktuella lokaliseringspolitiska frågor.

## 11.7 Valet av organisationsmodeller

I det följande presenteras ett antal organisationsmodeller som kommittén valt att arbeta med för att strukturera kraven på organisationen efter några huvudlinjer.

Valet av modeller är resultatet av kontinuerliga diskussioner. De återspeglar inte alls alla tänkbara möjligheter som varit föremål för denna diskussion. Bl.a. återfinns inte vissa alternativ som nämns i våra direktiv. Hit hör tänkbara sammanslagningar med Statskontoret eller Kammarkollegiet. Just dessa alternativ har försvunnit ur bilden eftersom de mött ringa intresse hos de nämnda myndigheterna, som påpekat nackdelar med dem. Andra har inte tagits med eftersom de bedömts som mindre intressanta än de kommittén har valt.

## 11.8 Modell 1: Nollalternativet



Modell 1; Nollalternativet



### 11.8.1 Beskrivning

I nollalternativet utgår kommittén från att NOU:s nuvarande nämndmyndighetsstruktur bibehålls. Nämndmyndighetsmodellen bygger på att myndighetens ansvarsområde är begränsat och avgränsat. Om målen för den offentliga upphandlingen är så omfattande som vi beskrivit i avsnitt 8, är i och för sig tillsynsuppgiften likaså omfattande. I nollalternativet begränsas dock tillsynsuppgiften för nämndmyndigheten till regelkontroll, information och en del av utvecklingsfunktionen. Organisationen är fortsatt liten.

Tillsynsmyndighetens verksamhet omfattar en kontrollfunktion: kontroll av regelefterlevnad, åtgärder för åstadkommande av rättelse (talerätt i marknadsskademål, ålägganden som kan förenas med viten m.m.), en utvecklingsfunktion: stabsfunktion/regeringsstöd och en informationsfunktion. Utrymmet för andra tillsynsuppgifter, bl.a. att verka för en effektivare upphandling, är dock mycket begränsat inom ramen för nämndmyndigheten.

Vi räknar med att kontroll- och informationsfunktionerna behöver utökas och att myndighetens samlade resursbehov är ca 21 årsarbetskrafter, en utökning med 12. Marknadsfunktionen och huvuddelen av utvecklingsfunktionen ligger utanför nämndmyndigheten och är uppdelad på Kammarkollegiet och Kommerskollegium. Vidare har Konkursverket enligt denna modell kvar sina uppgifter med anledning av LIU.

### 11.8.2 Kollektivt beslutsfattande

En grundläggande förutsättning för denna modell är att kommittén kommer fram till att ett kollektivt beslutsfattande är nödvändigt för den fortsatta verksamheten. Kollektivt beslutsfattande kan förekomma inom en nämndmyndighet men även inom ett statligt verk med lekmannastyrelse där myndighetens chef normalt är ordförande i styrelsen.

Skälen för kollektivt beslutsfattande inom en statlig tillsynsmyndighet kan vara att kvaliteten i beslutsfattandet kräver tillgång till en särskild sakkunskap och erfarenhet från praktiska förhållanden. Det skall inte finnas någon risk för att de beslut som fattas av nämnden och som innefattar myndighetsutövning eller annan rättstillämpning gentemot enskild uppfattas som intresseavvägningar mellan partsintressen. Det skall även finnas ett särskilt behov av insyn från såväl tillsynsobjekt som leverantö-

rer även om nämndens ledamöter formellt sett är att betrakta som oberoende experter. Kollektivt beslutsfattande lämpar sig bäst om antalet tillsynsobjekt och tillsynsärenden är relativt få. Under alla förhållanden måste löpande ärenden som kansliet kan avgöra på eget ansvar kunna avgöras med stöd av delegation från nämnden.

### 11.8.3 Renodling

Om man med renodling menar att tillsynen över offentlig upphandling bör begränsas till kontroll av regelefterlevnad och att uppgifter som handlar om att främja effektiviteten i den offentliga upphandlingen genom råd och stöd till upphandlande enheter i frågor om upphandlingsteknik, kvalitets- och miljöfrågor och andra utvecklingsfrågor bör skäras bort från den statliga tillsynen kan formen av en liten myndighet, eventuellt en nämndmyndighet, vara en lämplig lösning.

### 11.8.4 Styrning och ledning

En förutsättning för nämndmyndighetsformen är att styrning, stöd och organisation kan ordnas så att myndigheten kan utföra sitt uppdrag effektivt och med gott resultat. Enligt den förvaltningspolitiska propositionen bör nämndmyndigheter antingen ges en mycket självständig roll eller göras hårt uppknutna till en värdmyndighet. Blandlösningar skapar alltför otydliga förutsättningar för att bedriva en effektiv verksamhet. Det förra alternativet bör bland annat innebära eget ramanslag och självständigt ansvar för personal och administrativt stöd. Det senare innebär att en värdmyndighet tar fullständigt ansvar för nämnden vad gäller såväl finansiering, som handläggande personal och administrativt stöd. I detta fall blir det i stor utsträckning värdmyndigheten som får ta ansvaret för att nämnden uppnår ett tillfredsställande resultat.

En förutsättning för nämndmyndighetsformen är att ledningsansvaret är tydligt mellan nämnden, nämndens ordförande och chefen för kansliet. En stor del av kritiken mot NOU går ut på att det finns oklarheter i detta avseende. Vid brådskande fall finns risk för att nämnden inte uppfattar kansliets ställningstaganden som sina egna.

Med de utökade tillsynsuppgifterna finns anledning att diskutera en lösning med en bibehållen nämnd och med en ordförande som tillika är myndighetschef på heltid. Ordföranden leder nämndens sammanträden, deltar i besluten men har dessutom ett eget ansvarsområde. Det kollektiva beslutsfattandet förbehålls ärenden av övergripande principiell natur.

Ordföranden fattar beslut i ärenden som innefattar löpande förvaltning (beslut med koppling till myndighetens talerätt i marknadsskademål, vittesförelägganden, yttranden till domstolar och andra myndigheter, personalfrågor, upphandling m.m.). Ärenden som innefattar övergripande ställningstaganden av policykaraktär, rapporter till departement, kommittéer och särskilda utredare bör tas av nämnden i sin helhet.

Diskussionen inom kommittén när det gäller de olika modellernas utformning har föranlett att NOU lämnat ett förslag, som går något längre på den sista punkten och syftar till att dela upp beslutsfunktionerna i olika typer av ärenden inom myndighetens verksamhetsområde. Enligt detta förslag ligger beslutanderätten i ärenden gällande den direkta regel efterlevnaden hos nämndens ordförande, som är myndighetens chef. Ordföranden skall vara lagfaren domare.

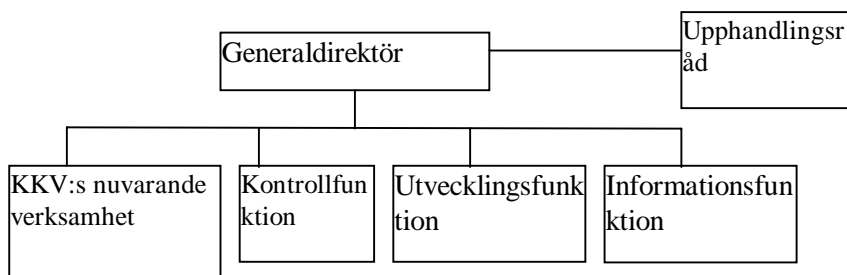
### 11.8.5 Kort analys

Modellen bygger på en fortsatt liten organisation, som dock har fått tillräckliga resurser för att möjliggöra kompetensuppbyggnad och resursplanering. Tillsynen i snäv mening är renodlad.

Tillsynsmyndigheten är till skillnad från NOU en mindre "tandlös" myndighet.

De förvaltningspolitiska betänkligheterna finns kvar. Det är tveksamt om denna tillsyn kräver en kollektiv beslutsform. Eftersom organisationen fortfarande är liten kvarstår i stor utsträckning de problem som små myndigheter, inklusive nämndmyndigheter, har. Detta innebär bl.a. att nämndmyndigheten även i fortsättningen kommer att vara sårbar och inte tillräckligt flexibel. Även styrningsproblemen torde kvarstå.

## 11.9 Modell 2: Myndigheter och organisationer i samverkan



Modell 2; Myndigheter och organisationer i samverkan

### 11.9.1 Beskrivning

I detta alternativ utgår vi från att kontrollfunktionen inordnas i Konkursverket (KKV) och att informationsfunktionen förstärks. Marknadsfunktionen och delar av utvecklingsfunktionen finns hos Kammarkollegiet eller Kommerskollegium, eller hos organisationer och andra intressenter.

Ett särskilt samrådsorgan, Upphandlingsrådet, inrättas för att tillgodose behovet av gemensamma överläggningar och för att vara plattform för gemensamma arbetsgrupper och forum för samråd med komunförbunden, branschorganisationer, Kammarkollegiet, Kommerskollegium m.fl.

Resursmässigt räknar vi med att kontrollfunktionen med tillhörande informationsuppgifter behöver utökas i förhållande till det som finns i dag. Samtidigt bör man kunna räkna med positiva effekter av att kontrollfunktionen förs in i Konkursverket. Det handlar om större flexi-

bilitet, bredare erfarenhetsbas och möjligheter till ökat lärande i organisationen samt en minskad sårbarhet.

Sammantaget är behovet av ökade resurser något mindre än i modell 1 och kan anges till ca 5 årsarbetskrafter.

Tillsynsverksamheten i Konkurrensverket är i huvudsak anslagsfinansierad. Finansieringen av tillsynsverksamhet vid sidan av Konkurrensverket är i huvudsak avgiftsfinansiering. Upphandlingsrådets kostnader är obetydliga. Resurserna får tas från de samverkande myndigheterna och organisationerna.

### 11.9.2 Renodling

Funktioner som innebär tillsyn eller utveckling av offentlig upphandling är i dag knutna till flera olika myndigheter. Genom att föra samman sådana funktioner i en gemensam organisation kan man, enligt ett sätt att argumentera, måhända skapa större slagkraft genom resurskoncentrationen, ökad flexibilitet i en större organisation m. m.

Det är dock inte säkert att en sådan koncentration kan genomföras utan nackdelar. Vissa funktioner kan utövas bättre om de inte förenas i samma organisation. Enligt detta synsätt kan man göra gällande att en stark kontrollfunktion inte kan bedrivas sida vid sida med service- och utvecklingsarbete till gagn för dem som skall kontrolleras. Arbetet föranleder målkonflikter av olika slag. Typexemplet är att man i utvecklingsarbetet tar fram verktyg av olika slag, som sedan föranleder kritik från dem som utövar kontrollen.

De båda synsätten konfronteras ofta i dagens förvaltningspolitik. Förvaltningspolitiska kommissionen konstaterar: "Av många skäl ökar behovet av samverkan mellan grenar av förvaltningen. När statsmakterna föredrar renodling framför samordning inom en gemensam, enhetlig organisation, måste behovet av handlande för det gemensamma bästa tillgodoses genom samarbete mellan myndigheterna."

En förvaltningspolitiskt aktuell modell är renodling med samordning genom samarbete mellan inblandade myndigheter. I en sådan modell är det naturligt att tänka sig att kontrollfunktionen inordnas i Konkurrensverket. En utgångspunkt är den kritik som riktas mot nämndmyndighetsformen i den förvaltningspolitiska propositionen.

Om flera myndigheter skall ingå i en balanserad samrådsorganisation är det viktigt att de kan göra detta med samma myndighetsstatus och med styrformer som är likadana.

En annan utgångspunkt är naturligtvis den nära släktskapen mellan tillsynen av den offentliga upphandlingen och den verksamhet som Kon-

kurrensverket i dag bedriver. Kunskap och erfarenheter av "det konkurrensinriktade synsättet" och marknadens mekanismer och spelregler är av stort värde också för tillsynen av den offentliga upphandlingen. Konkurrensverket tillämpar redan i dag lagstiftningen om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling. Verket har en ställning där kontakter med näringslivet och dess aktörer är en del av vardagen och där informationsutbytet i frågor om marknad och konkurrens är mycket stort. Man har väl etablerade kanaler till näringslivsorganisationerna.

En ytterligare utgångspunkt är frågan om effekter på de samlade resurserna av att renodla tillsynsverksamheten.

### 11.9.3 Samlat grepp om upphandlingstillsynen

I kapitel 10 har presenterats vissa utvecklings- och marknadsfunktioner som hör hemma i myndighetsorganisationen. I dagens organisation svarar NOU, Kammarkollegiet och Kommerskollegium för sådana funktioner.

I en organisation som bygger på renodling och samråd kan det vara klokt att inte i alla avseenden låsa fast hur man skall arbeta med frågor som på olika sätt berör flera parter. Detta får i stället bli en vital del av samrådet. Där kan man komma fram till att en viss uppgift skall tas om hand av någon av de involverade myndigheterna eller någon av de organisationer man samverkar med, eller också att ett visst initiativ får överlåtas på helt andra aktörer och att myndigheterna avstår från åtgärder. Ett sådant flexibelt förhållningssätt kan vara bra från flera utgångspunkter, t.ex. frågan om tillgängliga resurser eller frågan om hur mycket utvecklingsarbete en tillsynsmyndighet kan delta i.

Denna modell bygger därför på att hanteringen av utvecklings- och marknadsfunktionerna görs till föremål för ett så effektivt samrådsförfarande som möjligt. En utgångspunkt är att dagens förhållanden ligger till grund för uppgiftsfördelningen. Det är lätt att tänka sig en fortsättning där Kommerskollegium t.ex. tar ett ökat ansvar för gränshandelns utveckling och ett större ansvar för informationsverksamheten eller Kammarkollegiet t.ex. tar ett ansvar för frågor om ramavtalen som utvidgas till att omfatta också ett samråd med Kommunförbundet och Landstingsförbundet.

Samrådsmodellen bygger på att olika krafter ges spelrum för det gemensamma bästa. Det behövs därför ett särskilt forum för ett effektivt samrådsförfarande. I samrådet bör myndigheter och organisationer som är verksamma på upphandlingsområdet vara representerade.

I modellen kallas detta organ Upphandlingsrådet och tanken är att regeringen utser ledamöterna, förslagsvis nio, som hämtas ur kretsen av berörda myndigheter och organisationer (kommunförbunden och näringslivsorganisationerna). Rådets huvuduppgifter skall vara att verka för en samordning av de statliga insatserna för en effektivare offentlig upphandling och att likaledes verka för att utveckla en samverkan mellan staten, kommunerna och näringslivet vad gäller att stödja en sådan effektivisering.

Regeringen bör ge en instruktion för rådets arbete. Rådet bör ha ett sekretariat. Detta bör kunna tillgodoses genom de samverkande myndigheterna.

#### 11.9.4 Styrning och ledning

Genom inordnandet av kontrollfunktionen i Konkurrensverket får man den i förhållande till Konkurrensverket vanliga etablerade styrningen av verksamheten och en annan ledningsfunktion. Konkurrensverket är ett enrådgighetsverk, vilket har ansetts bäst förenligt med myndighetens uppgifter. Något kollegialt beslutsfattande av det slag som förekommer i NOU:s verksamhet finns sålunda inte. I modellen ingår inte att ledningsformen i Konkurrensverket skall ändras av det skälet att kontrollfunktionen i fråga om offentlig upphandling tillförs verket. Arbetsformerna är väl anpassade till de förstärkta befogenheter vi föreslår när det gäller kontrollen.

Man bör emellertid inse att i ett helhetsperspektiv försvinner på detta sätt en expertmedverkan och också en insyn från olika samhällsreträdare som har varit av stort värde för utvecklingen. Detta kan i någon mån kompenseras genom en sådan medverkan i det föreslagna Upphandlingsrådet.

#### 11.9.5 Kort analys

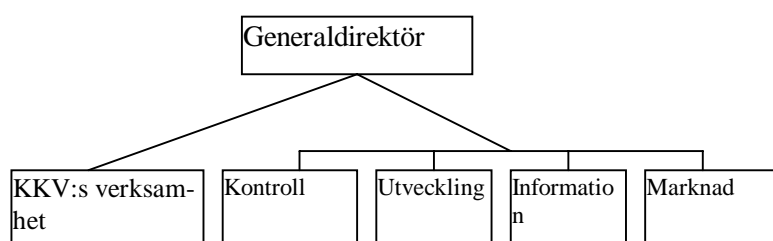
Modellen fäster störst vikt vid renodlingen av kontrollfunktionen och bygger på förutsättningen att något kollektivt beslutsfattande inte är erforderligt när kontrollfunktionen skärps, och på att renodlingen ger störst effekt vid en inordning i Konkurrensverket. Vidare är en viktig faktor att de tre myndigheterna Konkurrensverket, Kommerskollegium och Kammarkollegiet bör ha goda förutsättningar för övergripande samråd, bör kunna fungera i balans och har likartade styr- och ledningsformer

(Konkurrensverket och Kommerskollegium är enrådgivningsverk, Kammarkollegiet har en styrelse med begränsade beslutsbefogenheter).

Modellens förtjänster ligger sannolikt främst i dess konsekventa betoning av kontrollfunktionens ansvar och befogenheter. Uppsikten över regel efterlevnaden och rollen som processförande myndighet blandas inte ihop med andra tillsynsuppgifter av rådgivnings- och servicekaraktär.

Risken med modellen är att kraftsamlingen inom upphandlingsområdet uteblir och att samrådet i modellen inte kommer att fungera särskilt väl, när allt kommer omkring. Ett organ som det föreslagna Upphandlingsrådet är tämligen oprövat.

## 11.10 Modell 3: Samordning i Konkurrensverket



Modell 3; Samordning i Konkurrensverket (KKV)

### 11.10.1 Beskrivning

I den förvaltningspolitiska propositionen anser regeringen att nämndmyndighetsformen bör användas sparsamt och att en förutsättning bör vara att ett kollektivt beslutsfattande är nödvändigt för den aktuella verksamheten. I första hand bör prövas om en vanlig förvaltningsmyndighet kan hantera uppgiften, eventuellt i kombination med att myndigheten för den aktuella uppgiften endast är beslutsför i en särskild sammansättning. Detta innebär också en prövning om den aktuella uppgiften är olämplig att hantera inom en organisation som har ansvar även för andra uppgifter.<sup>272</sup>

Modell 3 är ett uttryck för tanken på ett samlat grepp om den statliga tillsynen inom området för offentlig upphandling. Ett samlat grepp

<sup>272</sup> Prop. 1997/98:136, s. 39.



skulle innebära att man samlar erfarenhet och kompetens inom en myndighet, vilket minskar risken för dubbelarbete och att frågor ”hamnar mellan stolarna”. Vidare ökar organisationens förmåga att se övergripande mål för den offentliga upphandlingen. Splittringen mellan de olika funktionerna, vars uppgifter idag utförs av olika myndigheter, minskar. Styrningen blir lättare.

Konkurrensverket får enligt modell 3 ta över ansvaret för de upphandlingsfrågor som idag ligger på NOU, Kammarkollegiet samt i viss mån även på Kommerskollegium. Enligt denna modell förs de funktioner som beskrivs i kapitel 10 – kontroll, utveckling, marknad och information – över till Konkurrensverket. Till skillnad från modell 2 ligger även det vi kallar marknadsfunktionen på Konkurrensverket.

Resursbehovet kan anges till 25 årsarbetskrafter, varav 19 motsvarar dagens organisation i NOU, Kammarkollegiet och Kommerskollegium.

Modellen utgår från att upphandlingstillsynen i Konkurrensverket får en förändrad ledningsorganisation antingen så att verket får en lekmanstyrelse eller på det sättet att ett särskilt besluts- eller insynsorgan tillskapas för verksamheten.

### 11.10.2 Renodling och ett samlat grepp om upphandlingstillsynen

#### *LOU, LIU och konkurrenslagens gemensamma drag*

En förutsättning för att Konkurrensverket kan väljas som den myndighet, i vilken hela tillsynsverksamheten inordnas, är att upphandlings- och konkurrenslagstiftningen har, om inte samma, så åtminstone förenliga syften. EG:s regler om offentlig upphandling grundas på EGFördragets bestämmelser som garanterar fri rörlighet för varor, tjänster och kapital, vilka fastställer de grundläggande principerna (likabehandling, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande) och förbjuder all diskriminering p.g.a. nationalitet.<sup>273</sup> De svenska upphandlingsreglerna införlivar upphandlingsdirektiven men innehåller också regler om att offentlig upphandling skall ske genom iakttagande av principen om affärsrättmässighet. Härigenom införs en ytterligare aspekt på offentlig upphandling. Kommittén redovisar i annat sammanhang också tankegången att den offentliga upphandlingen i vissa bestämda situationer skall kunna användas

<sup>273</sup> Kommissionens Grönbok om offentlig upphandling, s. 3.

för att främja uppnående av andra samhällspolitiska mål som uttryckts i lag (se avsnitt 8).

Konkurrensverkets uppgift är att verka för en effektiv konkurrens i privat och offentlig verksamhet till nytta för konsumenterna.<sup>274</sup> Enligt Konkurrensverket utmärks LOU, konkurrenslagen och LIU av åtminstone tre gemensamma drag:

- Konkurrensen på marknaden skall utnyttjas
- Företagen skall ges lika förutsättningar att konkurrera
- Det företag som säljer aktuella varor och tjänster till förmånligast pris skall vinna.

Avsteg från dessa principer drabbar medborgaren både som konsument av berörda varor och tjänster och som skattebetalare. Konkurrensverket uttrycker det något förenklat att konkurrenslagens tillämpningsområde vid offentlig upphandling främst är offentliga och privata aktörers beteende i sin producentroll. LOU är centrerad omkring den upphandlande enhetens agerande och bl.a. dennes val av leverantör. De flesta beteenden som står i strid med LIU torde enligt Konkurrensverket också vara oförenliga med LOU:s krav på affärsmässigt agerande vid offentlig upphandling.<sup>275</sup>

Till grund för modellen ligger bedömningen att LOU:s, LIU:s och konkurrenslagens bakomliggande principer i huvudsak är överensstämmande. Strävan efter en effektiv offentlig upphandling och de mål som inryms i ett sådant begrepp, måste också kunna förenas med Konkurrensverkets verksamhet för att modellen skall kunna förverkligas.

### ***De olika funktionernas uppgifter och deras förenlighet med Konkurrensverkets verksamhet***

Kontrollfunktionens uppgift är att kontrollera att de upphandlande enheterna håller sig inom LOU:s och gemenskapsrättens ramar. Konkurrensverket utövar motsvarande kontroll över konkurrenslagens efterlevnad genom handläggning av klagomål och egeninitierad tillsyn. Även om LOU inte fullt ut kan anses vara en ”konkurrenslag” torde de syften som ligger bakom LOU och konkurrenslagen, i allt väsentligt vara överensstämmande.

Utvecklingsfunktionens uppgift är att främja en effektiv offentlig upphandling. Konkurrensverket arbetar idag med utveckling av konkur-

<sup>274</sup> 2 § Förordning (1996:353) med instruktion för Konkurrensverket.

<sup>275</sup> Konkurrensverket, ”Vad gäller vid offentlig upphandling och anbudskonkurrens?”, s. 9.

rensfrågor inom Sverige, bl.a. genom att ge förslag till avregleringsåtgärder, att uppmärksamma hinder mot effektiv konkurrens och att främja ett konkurrensinriktat synsätt. Vidare skall verket följa den internationella utvecklingen på konkurrensområdet och vid behov samverka med konkurrensmyndigheter i andra länder. Utvecklingsfunktionens arbete med regeringsuppdrag, besvarande av remisser, yttranden till domstolar m.m. torde kunna utföras utan konflikter. NOU och Konkurrensverket lämnar ibland yttranden till domstolar i samma mål.

Konkurrensverket har erfarenhet av att ta fram allmänna råd vilket kan vara till nytta när utvecklingsenheten skall ta fram motsvarande råd på upphandlingsområdet. Utvecklingsenheten skall också med sin särskilda kompetens bidra till att främja utvecklingen av ekologisk hållbar offentlig upphandling och framtagande av sociala klausuler. Detta arbete kan vara ytterligare betjänt av att även konkurrenslagens aspekter iakttas. Ansvar för den upphandlingsverkstad och det kvalitetssäkringsarbete som berörs i tidigare avsnitt bör dock enligt kommittén huvudsakligen ligga på kommunförbunden och branschorganisationerna.

Informationsfunktionens uppgift är att sprida information (avgränsat från rådgivning) och bl.a. främja forskning och utbildning på upphandlingsområdet. Det till Konkurrensverket knutna "Rådet för konkurrensfrågor" främjar redan idag forskningsprojekt m.m. omkring offentlig upphandling. Även Konkurrensverkets ansvar över LIU-frågor föranleder verket att lämna viss information som rör offentlig upphandling.

Marknadsfunktionens uppgifter är att främja samverkan och stimulera konkurrensen på upphandlingsmarknaden. Flera uppgifter är av mer praktisk karaktär. Konkurrensverket skall visserligen främja ett konkurrensinriktat synsätt men överlåter idag till andra aktörer att utföra det praktiska arbetet med anledning av detta. Vidare beror förenligheten på hur långt uppgiften att samordna ramavtal och leverantörers anbudsgivning sträcker sig. Förvisso får aldrig samordningsuppgiften vara oförenlig med konkurrenslagen. Det kan dock vara svårt att förena samordning av ramavtal med konkurrensverkets uppgift att uppmärksamma hinder mot en effektiv konkurrens i offentlig verksamhet och lämna förslag på åtgärder för att undanröja dessa<sup>276</sup>.

Marknadsfunktionens arbete med att främja samverkan mellan leverantörer får givetvis inte leda till konkurrensbegränsningar. Konkurrenslagen innehåller bl.a. ett förbud mot samarbete mellan företag som "märkbart" påverkar konkurrensen (6 §). I syfte att underlätta samverkan mellan små och medelstora företag för att stärka konkurrensen på marknaden, har Konkurrensverket i ett allmänt råd (KKVFS 1993:3)

<sup>276</sup> 4 § förordning (1996:353) med instruktion för Konkurrensverket.

gett vägledning för hur begreppet ”märkbart” bör tolkas i konkurrens-sammanhang.<sup>277</sup>

### 11.10.3 Styrning och ledning

Vid inordnande av samtliga tillsynsfunktioner under Konkurrensverket förändras bl.a. den nuvarande ledningen och styrningen av tillsynsarbetet. Konkurrensverket är ett enrådighetsverk. Ansvaret hamnar hos verkets myndighetschef. Organisationsformen har valts bl.a. utifrån den erfarenhet som fanns av verkets föregångare, Statens pris- och kartellnämnd (SPK).

Inom Konkurrensverket anser man att verket, i sin roll som lagtillämpande myndighet och med anledning av att dess praxis måste vara överensstämmande med gemenskapsrätten, inte lämpligen kan ledas av ett organ, som kan komma att representera partsintressen. Därmed är enligt kommitténs uppfattning visserligen inte avgjort på vilket sätt ledningsfunktionen i Konkurrensverket skulle kunna förändras, om tillsynen över den offentliga upphandlingen integreras i verket. Alternativet med en styrelse med begränsat ansvar är fullt tänkbart, liksom även tanken att myndigheten är beslutsför i särskild sammansättning. Modellen bygger på att ledningsfunktionen ändras på endera sättet.

### 11.10.4 Kort analys

Modellen skall ses som ett tydligt uttryck för ett samlat grepp. Det är inte bara uppgifterna avseende kontroll av regelefterlevnad när det gäller den offentliga upphandlingen som har förts samman (LOU och LIU). Dessa uppgifter har dessutom förenats med de närbesläktade frågorna om marknad och konkurrens. Konstruktionen avser att bidra till en förstärkning i fråga om tillsynsmyndighetens tyngd, en gemensam organisationskultur, en utvecklande gemenskap mellan konkurrens- och upp-

<sup>277</sup> Konkurrensverket, ”Vad gäller vid offentlig upphandling och anbudskonkurrens?”, s. 6 f. Av det allmänna rådet framgår att samverkan mellan företag som normalt inte märkbart påverkar konkurrensen om företagen tillsammans har en marknadsandel på högst 10 % och årsomsättningen inte överstiger 200 miljoner kronor för någon avtalspart och till denne anknutet företag. Överstiger inte årsomsättningen för varje företag 10 miljoner kronor kan deras sammanlagda marknadsandel vara högst 15 %. I övriga fall måste företagen ansöka om undantag från konkurrenslagen.

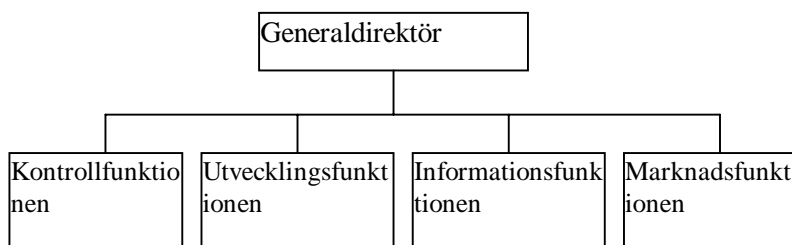
handlingsfrågor, minskad sårbarhet i organisationen och en effektivare informationsverksamhet i väl etablerade och sedan länge prövade former. Samordningseffekterna är stora och uppenbara.

Marknadsfunktionens förenlighet med kontrollfunktionen kan ifrågasättas. Idag bedrivs vissa sådana uppgifter, t.ex. samordning av statliga ramavtal ur ett koncernperspektiv. Även om marknadsfunktionen inte skall utföra några upphandlingar kan råden till upphandlande myndigheter komma att granskas av kontrollenheten. Tillsynsmyndighetens opartiskhet kan komma att ifrågasättas om delar av den egna verksamheten har ett visst ansvar över operativa upphandlingar. Upphandlande enheter kan undvika att vända sig till marknadsfunktionen av rädsla för att kontrollenheten skall ingripa, trots att de upphandlande enheterna verkligen behöver råd och stöd.

Konkurrensverket har ör närvarande ca 115 anställda och ett anslag på 60 miljoner kronor. Behovet av resurser för upphandlingstillsynen i denna modell motsvarar ca 25 årsarbetskrafter eller ca 12-15 miljoner kronor. Det kan finnas en viss risk för att upphandlingsfrågorna drunknar i Konkurrensverkets övriga verksamhet.

I Danmark kombineras framgångsrikt bl.a. upphandlings- och konkurrensfrågorna i samma myndighet. Danska Konkurrencestyrelsen består av flera separata enheter, som handhar konkurrens-, upphandling inklusive vissa statsstödsfrågor samt energifrågor. Dessa enheter arbetar självständigt inom sina respektive områden. Något som motsvarar statlig inköpsamordning finns dock inte i Konkurrencestyrelsen.

### 11.11 Modell 4: Upphandlingsverket



Modell 4; Upphandlingsverket

### 11.11.1 Beskrivning

I upphandlingsverksmodellen koncentreras de statliga tillsynsinsatserna avseende offentlig upphandling till en central tillsynsmyndighet. Modellen utgår från att det finns ett behov av samordning av de tillsynsinsatser som idag utförs av NOU, Konkurrensverket, Kammarkollegiet och Kommerskollegium.

Nämndmyndigheten avskaffas och ersätts med en vanlig myndighet med ansvar för samtliga tillsynsfunktioner. Ansvaret för kontrollenhetens handläggning av ärenden som rör myndighetsutövning och annan lagtillämpning kan i och för sig ha en annan ledningsform än resten av myndigheten. I modellen har antagits att ledningen utövas av en myndighetschef och en styrelse med begränsat ansvar.

Bildandet av ett nytt upphandlingsverk är den lösning som är mest resurskrävande för att få full genomslagskraft. Förutom de ökningarna av resurserna för kontroll- och informationsfunktionerna, som antagits även för andra lösningar, erfordras i denna modell också vissa nya resurser för administrationen av en ny myndighet. Modellen bygger på ett antaget behov av drygt 30 årsarbetskrafter.

### 11.11.2 Renodling och samlat grepp om upphandlingstillsynen

Hur modellen följer den förvaltningspolitiska propositionens intentioner är en fråga om vilket tillsynsbegrepp man använder sig av. Här är det å ena sidan inte fråga om att renodla genom att reducera tillsynen till endast kontroll utan att tvärtom samla den statliga tillsynen och öka dess tyngd. En sådan kraftsamling innebär å andra sidan att övriga tillsynsmyndigheter renodlar sin tillsynsverksamhet när deras uppgifter inom upphandlingsområdet tas bort. Rådgivning eller konsultstöd i konkreta upphandlingar, processer, kompetensutvecklingsprogram och utbildningspaket m.m. utgör inte uppgifter som bör ligga inom verkets ordinarie verksamhet. Sådana uppgifter ingår inte i det offentliga åtagandet och ankommer primärt på kommunförbunden och branschorganisationerna.

### 11.11.3 Styrning och ledning

Verket kan ha en platt organisation med fyra tillsynsenheter: kontrollenheten, utvecklingsenheten, informationsenheten och marknadsenheten. En administrativ enhet hanterar personal- och löneadministration, IT-stöd m.m.

Myndighetschef är en generaldirektör. En verkstyrelse med begränsade uppgifter finns enligt verksförordningen. Eftersom en stor del av arbetet i myndigheten avser lagtillämpning är det viktigt att styrelsen inte beslutar i enskilda ärenden. Styrelsen består av politiker och oberoende experter. Det går att genom olika ledningsorgan och beslutsfattande i särskild sammansättning utforma beslutsfattandet i verket på ett sådant sätt att det inte behöver uppkomma konflikter och problem beroende på sammanblandning av olika myndighetsroller inom verket. Eventuellt kan verket knyta till sig ett råd med praktiker och kanske ett råd med företrädare för intresseorganisationer.

### 11.11.4 Kort analys

En förutsättning för modellen är att den offentliga upphandlingen är av stor betydelse för samhällsutvecklingen och ett optimalt resursutnyttjande. Ett upphandlingsverk förstärker den offentliga upphandlingens betydelse som ett redskap för samhällsutvecklingen. Genom att samla de olika funktionerna i ett verk ökas förståelsen för sambandet mellan de olika funktionerna. Synergieffekter kan utnyttjas inom ramen för en lärande organisation, vilket torde öka slagkraften och effektiviteten i tillsynsverksamheten.

Ett bildande av ett upphandlingsverk skulle utgöra en markering av att riksdagen finner upphandlingsfrågorna så betydelsefulla att det är värt med en rejäl satsning på tillsynsverksamheten. Det nuvarande anslaget motsvarar betydligt mindre än 0,025 promille av det totala årliga värdet av den offentliga upphandlingen. Modellen utgår från att det är viktigt att se till att upphandlande enheter inte bryter mot regelverket i sådan utsträckning att leverantörer förlorar tilltron till den offentliga upphandlingen. En annan utgångspunkt är att den offentliga upphandlingens mål är så viktiga att uppfylla att det inte kan accepteras att den till stor del bedrivs ineffektivt och oprofessionellt. Modellen bygger på att det är nödvändigt med väsentliga resursförstärkningar och nya metoder och tankesätt för att få till stånd en effektivare offentlig upphandling.

Genom samordningen minskar risken för fragmentisering, dvs. att tillsynsmyndigheterna inte ser till helheten och de övergripande målen för den offentliga upphandlingen. Leverantörer och upphandlande enheter får vid en fullständig samordning som förutsätts i modellen en myndighet att vända sig till i alla slags upphandlingsärenden.

Till skillnad från modell nr 2 och 3 blandas tillsynsmyndighetens uppgifter inte samman med Konkurrensverket, som har sin särskilda roll i fråga om marknad och konkurrens och av många företrädare för kommuner och landsting uppfattas som okänsligt för kommunernas och landstingens särskilda förhållanden.

Genom att samla de olika tillsynsfunktionerna under en ”hatt” finns en risk för att den lagtillämpande kontrollenheten inte uppfattas som helt oberoende från de uppfattningar om gällande rätt som är förhärskande i marknadsenheten. Genom att verka i samma myndighet finns en risk för att den dynamik som kan ligga i att företrädare för olika myndigheter har olika perspektiv kan gå förlorad.

## 11.12 Kommitténs överväganden

### 11.12.1 Modellerna representerar olika alternativ

De fyra organisationsmodellerna skiljer sig åt på de punkter, som varit avgörande för valet av just dessa modeller. De har sålunda olika grader av renodling och samlat grepp, de representerar olika styrnings- och ledningsformer, de innehåller olika stora myndigheter med olika resurser till sitt förfogande. De kommer, omsatta i praktiken, att fungera tämligen olika när det gäller samordning och samverkan inom upphandlingsområdet och de representerar på ett tydligt sätt alternativ med olika tyngdpunkt när det gäller å ena sidan den nödvändiga kontrollen av regelefterlevnaden, å andra sidan behovet av råd och stöd till upphandlingsverksamhetens aktörer.

I en modell är det samlade greppet själva poängen, medan en annan modell utgår från önskemålet att renodla kontrollfunktionen så att den står relativt fri från arbete med rådgivning och service. Tre modeller utgår från den existerande organisationen medan den fjärde aktualiserar en helt ny.

Av det sistnämnda framgår att valet av utvärderingskriterier i vissa fall blir direkt utslagsgivande. Ansluter man sig till det som anges som



förutsättningar för t.ex. modell 2, blir i realiteten en diskussion om de övriga alternativen överflödiga.

Förvaltningspolitiken blir förhållandevis styrande genom riktlinjerna i den förvaltningspolitiska propositionen. Nämndmyndighetsformen är kritiserad och kan komma i fråga bara om den framstår som klart lämpligast.

Modellerna kräver en tydligt skiftande grad av resurser. Om tillsynsuppgifterna förs till en existerande myndighet blir effekten av de avsatta resurserna åtminstone i utgångsläget större. För att starta en ny myndighet krävs nya resurser för ledning och administration.

### 11.12.2 Hur utvärderar vi modellerna?

För att välja mellan de fyra modellerna, eller för att komma fram till ett alternativ som i olika avseenden skiljer sig från dem alla, krävs utvärderingskriterier i förhållande till beskrivna för- och nackdelar och de diskussioner kommittén fört i det föregående. Vissa utvärderingskriterier är tämligen givna, medan andra bygger på mera svårbedömbara faktorer med bäring in i framtiden och med den osäkerhet som därvid råder. Den närmaste utvecklingen på EG-rättens område är ett exempel på sådana oklarheter som är svåra att överblicka.

Ett av de mera givna utvärderingskriterierna är myndighetens ledning och styrning - det förvaltningspolitiska kriteriet.

Hur skall en tillsynsmyndighet ledas och styras? Enligt kommitténs bild av myndigheternas organisationsformer finns det inte något entydigt svar på den frågan. En tillsynsmyndighet kan ha en styrelse med fullständigt ansvar. Den kan också, vilket är vanligt, ha en styrelse med begränsat ansvar. Det finns också tillsynsmyndigheter med insynsråd (Riksrevisionsverket) och ett flertal med formen enrådighetsverk. Det finns, slutligen också, vid sidan av NOU några tillsynsmyndigheter som är nämndmyndigheter, t.ex. Revisorsnämnden och Fastighetsmäklarnämnden. I dessa myndigheter är nämndens ordförande också chef för myndigheten.

Genomgången illustrerar att det i dagens organisation inte finns någon given organisationsform för tillsynsmyndigheter. Avgörande är istället vad som är lämpligast i det enskilda fallet och vilka uppgifter myndigheten har vid sidan av sina tillsynsuppgifter.

För en framtida organisation måste de aktuella riktlinjerna för förvaltningspolitiken vara avgörande. I nollalternativet är lösningen att behålla den nuvarande nämndmyndigheten. Från förvaltningspolitiska ut-

gångspunkter är detta otillfredsställande. Kommittén återkommer i det följande till frågan om vilken tyngd detta skall ges.

Förvaltningspolitiken påverkar också de övriga alternativen. Här finns emellertid inte några motsättningar eller låsningar i dagens organisation. Den kan anpassas efter vad verksamheten kräver i fråga om ledning och styrning.

Ett annat kriterium vid en utvärdering av modellerna är ställningstagandet i fråga om renodling av kontrollfunktionen. Hur mycket kan tillsynsmyndigheten bära av ansvar för rådgivning och utveckling? Hur samlar man på bästa sätt olika krafter i ett ansvarstagande för de mjukare frågorna om kompetensutveckling och kvalitetssäkring inom upphandlingssektorn? Ställningstagandet på denna punkt har stor betydelse för valet mellan flera av alternativen.

Resursfrågorna påverkar också valet mellan alternativen. Här ligger en uppenbar svårighet i att göra den rätta avvägningen när det gäller satsade resurser och utbytet av dessa. En ren sammanslagning av funktioner som finns idag ger i gynnsamma fall bättre styrning, effektivisering och rationaliseringsvinster. Om däremot satsade nya resurser kan påvisas ge vinster som är långt större, t.ex. i form av samverkan mellan stat och kommun, eller ännu bredare, bör dessa förmodligen göras.

Arbetet med reformer inom upphandlingsområdet, den uppmärksamhet som detta har givit och de ytterligare frågor som arbetet aktualiserar, är också en faktor att beakta. Valet av alternativ kan fånga upp många förväntningar. Ett nytt Upphandlingsverk kan, från sådana utgångspunkter, vara en positiv signal.

### 11.12.3 Vilket är det bästa organisationsalternativet?

I valet mellan de olika alternativen utgår kommittén från följande bedömningar.

- Alla fyra modellerna är mer eller mindre tänkbara.
- Det slutliga alternativet får anpassas på bästa möjliga sätt till de förvaltningspolitiska riktlinjerna.
- För att få effekter av en reform behövs vissa resursförstärkningar. I viss utsträckning kan dessa åstadkommas genom avgiftsfinansiering av informationstjänster m.m.

### *Det förvaltningspolitiska kriteriet*

Vid bedömningen av alternativen vill kommittén, som en första fråga, behandla huruvida nollalternativet bör komma ifråga, närmast från utgångspunkten att nämndmyndighetsformen utpekats som en svaghet. Kommittén konstaterar att redan våra direktiv, i kombination med den förvaltningspolitiska propositionen, ger ett tämligen smalt utrymme för att föreslå att den nuvarande organisationen behålls i nollalternativets form. Det är för kommittén uppenbart att det är möjligt att inordna den nuvarande verksamheten i en annan myndighet. Den omständigheten gör att nämndmyndighetsformen skall undvikas, om den inte framstår som den lämpligaste.

För att finna den nuvarande organisationsformen lämpligast skulle kommittén vilja vara övertygad om att vissa resursförstärkningar, i kombination med en tydligare ledningsfunktion, skulle ge NOU den lämpliga och avpassade organisationen för att utveckla kraften och tyngden hos den tillsynsmyndighet som blir resultatet av kommitténs förslag i övrigt. Kommittén skulle också behöva vara övertygad om att just den kollektiva beslutsfunktionen i NOU:s tappning är den riktiga. Eftersom det är möjligt att införa samma beslutsfunktion även vid inordnandet i en annan myndighet är detta inte på något sätt utslagsgivande.

Kommittén gör en annan bedömning på dessa punkter. NOU i nuvarande form, med sambandssvårigheter i organisationen och osäkerhet om resursprioriteringen i verksamheten, illustrerar relativt väl svårigheterna med dels styrning av, dels utvärdering av resultatet hos en nämndmyndighet. Den obestriddliga kompetensen hos såväl nämnden som dess kansli förtjänar att tas tillvara i en starkare organisation.

Nollalternativet, liksom den variant därav som aktualiserats av NOU, bör därför inte komma ifråga, under förutsättning att en annan lösning är möjlig och lämplig.

Det är sant att ytterligare förändringar kan göra NOU både starkare och effektivare. Det handlar då om sådana förändringar i styrning, ledning och resurstilldelning att kommittén hänför detta till diskussionen om ett nytt Upphandlingsverk (modell 4).

När det gäller de övriga modellerna kan kommittén inte finna att det förvaltningspolitiska kriteriet är på något sätt avgörande. De står i god överensstämmelse med den förvaltningspolitik som redovisats. Graden av renodling och samordning växlar mellan dem. Den organisatoriska lösningen bör väljas efter vad som är lämpligast med hänsyn till verksamhetens mål och innehåll.

### *Samlat grepp om upphandlingstillsynen*

Modellerna 3 och 4 redovisar olika långt gående varianter av samordning och integration av verksamheter, medan alternativ 2 bygger på ett motsatt betraktelsesätt, nämligen att det är bra att hålla vissa av tillsynsfunktionerna åtskilda för att renodla kontrollverksamheten. Det blir därför tämligen avgörande för det slutliga valet hur man analyserar möjligheterna att med framgång integrera utvecklings- och stödfunktioner tillsammans med kontrollfunktionen i en samlad tillsynsmyndighet.

Kommittén vill först framhålla att på det sätt som dagens verksamhet ser ut skall skillnaden mellan alternativ 2 och alternativ 3 inte överdrivas. Det är betydligt större skillnad mellan alternativ 3 och alternativ 4. Det som kallas marknadsfunktionen ligger emellertid i sin linda och kan under den närmaste framtiden komma att ta omfattande proportioner och engagera antingen Konkurrensverket (alternativ 3), Upphandlingsverket (alternativ 4) eller Kommerskollegium och Kammarkollegiet, tillsammans med andra aktörer (alternativ 2), i en verksamhet som omspannar ett betydande samarbete mellan stat och kommun och stora utvecklingsprojekt inom områdena elektronisk handel, upphandlingsstöd, ramavtal, kompetensutveckling och kvalitetssäkring. Kommittén vill i detta sammanhang framhålla som sin bestämda grundhållning att uppbyggnad av stödfunktioner och utveckling av nya verktyg inom upphandlingsområdet är en minst lika viktig del av arbetet på vägen mot en effektivare offentlig upphandling som de skärpta kontrollåtgärder kommittén föreslår. Kommittén gör bedömningen att värdet av samordning och gemensamt grepp är stort. Ett skäl är den kraftsamling som blir följden, med stora möjligheter att använda gemensam kompetens på ett mer effektivt och flexibelt sätt. Också samverkan mellan stat och kommun blir effektivare om ansvaret för den statliga tillsynen ligger hos en myndighet, i stället för flera. Ett annat skäl är att möjligheten till styrning och uppföljning av den statliga tillsynsinsatsen ökar. Ett tredje skäl är att värdet av tillsynsmyndigheten som stabsresurs för regeringen, särskilt i det angelägna arbetet med riktlinjer för Sveriges agerande i EU, ökar genom kompetenskonsentrationen.

Mot detta skall ställas de integritetsproblem som redovisats i samband med analyserna av de olika modellerna. Kan man blanda samman "mjuka" och "hårda" uppgifter i samma myndighet? Delningen av det tidigare Riksrevisionsverket i ett Riksrevisionsverk och ett Ekonomistyrningsverk är en praktisk illustration till behovet av att skilja råd och stöd från granskning och kontroll. Vid en jämförelse mellan detta och de förhållanden som gäller upphandlingsområdet kan man å ena sidan finna att problematiken är densamma, å den andra hävda att den offentliga upp-

handlingen är ett begränsat sakområde där det är nödvändigt att samla kompetensen och där det inte föreligger samma behov av att skilja på den som ger hjälp och den som granskar. Kompetensinsatsen måste vara densamma i båda fallen och bedömningarna kan rimligen inte komma att skifta nämnvärt. Det är, med andra ord, inte särskilt tänkbart att den som ger hjälp skulle föreslå sådant som sedan skulle komma att klandras av den som granskar.

Kommittén ansluter sig, om än med försiktighet, till det senare betraktelsesättet. Vi ser alltså framför oss en tillsynsmyndighet som inte enbart engagerar sig i kontrollverksamheten, utan också gör betydande insatser när det gäller att sprida information om regelverket och dess tillämpning, och också därutöver verkar för det vi vill beteckna som "god upphandlingssed" och en höjning av kompetensen och utveckling av upphandlingskulturen i allmänhet.

Detta ställningstagande ger inte omedelbart utslag i valet mellan modellerna. Det bredare ansvar för tillsynsmyndigheten, som vi tänker oss, kan nämligen å ena sidan tillgodoses av myndigheten själv så långt det går, å andra sidan utföras i samverkan med andra.

### ***Ett Upphandlingsverk?***

Några kriterier återstår för att avgöra om det är bättre att välja en samordningslösning, att genomföra en total integration mellan upphandlingsfrågorna och frågor om marknad och konkurrens i Konkurrensverket, eller skilja på dessa frågor, som har många beröringspunkter, och därmed kanske i stället välja en lösning som bygger på tillskapandet av ett nytt Upphandlingsverk.

Kommittén noterar att en integration i Konkurrensverket är mest tilltalande ur resursynpunkt. Åtskilliga kostnader sparas genom att välja en existerande myndighet med en fungerande administrativ ryggrad och åtföljande samordningsvinster. Kommittén kan inte heller finna att Konkurrensverkets roll och dess trovärdighet på något avgörande sätt påverkas av att verket också får ansvar för upphandlingsområdet. De förvaltningspolitiska riktlinjerna kan följas upp, sannolikt genom att verket får ett insynsorgan, motiverat av ansvaret för upphandlingsområdet.

Vad som kan vinnas genom att i stället tänka sig ett nytt Upphandlingsverk är den särskilda satsningen på upphandlingsfrågorna, de nya möjligheterna genom koncentrationen på ett givet sakområde och de särskilda initiativ som följer av en närhet till aktörerna på upphandlingsområdet och engagemanget i en professionell organisation. Sannolikt är detta bara delvis möjligt att uppnå inom ramen för Konkurrensverket,

som också kommer att fortsätta sitt tidigare arbete med den profil verket har. Det är inte heller säkert att verket, utifrån sina kontrolluppgifter, kan engagera sig särskilt mycket i utvecklings- och stödfrågor.

Kommittén menar därför att tillskapandet av ett Upphandlingsverk, i vilket samtliga tillsynsfunktioner inom området för offentlig upphandling samlas, i och för sig är en intressant lösning. Lösningen kräver mer resurser än de andra. Kommitténs utgångspunkt är att en sådan resurssatsning också ger ett mycket gott utbyte i form av en effektivare upphandling genom bättre regelefterlevnad och ett bättre stöd till upphandlingssektorns aktörer. Kommittén är emellertid tveksam till storleksordningen av den särskilda satsning som krävs och samtidigt intresserad av att se effekterna av en samordning av tillsynsinsatserna på konkurrens- respektive upphandlingsområdet.

### *Slutsatser*

Kommitténs analyser har utmynnat i tankegångar som ligger i gränslandet mellan modellerna 2 och 3. Kommittén önskar att NOU slås ihop med Konkurrensverket så att man får en större verksamhet och ett större ansvar för upphandlingsområdet än i modell 2, nämligen i huvudsak i enlighet med modell 3. Ett särskilt upphandlingsråd bedömer vi vara överflödigt. Det bör ankomma på i första hand den nya myndigheten att ta ett ansvar för den samverkan som behövs mellan stat, kommun och näringslivets organisationer.

Vi föreslår alltså att NOU med verksamheten inom kontrollutvecklings- och informationsfunktionerna på upphandlingsområdet slås samman med Konkurrensverket, som ombildas till Konkurrens- och upphandlingsverket.

Den nya myndigheten bör därutöver tillföras nya resurser motsvarande 9-12 årsarbetskrafter.

Marknadsfunktionen bör ligga kvar utanför den nya myndigheten av flera skäl, främst därför att den inte innehåller tillsynsuppgifter i snävare mening och därför kan komma att stå i ett spänningsförhållande till de mer huvudsakliga tillsynsuppgifterna i den nya myndigheten.

Ur förvaltningspolitisk synpunkt är det lämpligt att förse Konkurrens- och upphandlingsverket med en styrelse eller ett insynsorgan av lämpligt slag. Enskilda ärenden om överprövning och vitesföreläggande eller marknadsskadeavgift bör normalt inte prövas i kollegial beslutsform, men principiella frågor och långsiktiga riktlinjer för verksamheten bör vara föremål för insyn av det slag som en styrelse med begränsat ansvar eller ett insynsråd utövar. Kommittén föreslår därför att Konkur-

rens- och upphandlingsverket skall ha en sådan styrelse eller ett sådant råd.

Kommittén föreslår vidare att verket har en generaldirektör som chef.





## 12 Överväganden och förslag beträffande 6 kap. LOU

### 12.1 Inledning

Sjätte kapitlet LOU omfattar bestämmelser för upphandlingar under de tröskelvärden som anges i 2 till 5 kap. Vidare omfattar 6 kap. upphandling av s.k. B-tjänster oavsett värde. Med B-tjänster avses t.ex. tjänster inom kultur, fritids- och idrottsverksamhet, utbildnings-, social- samt hälso- och sjukvårdstjänster.<sup>278</sup> Slutligen skall upphandlingar som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet och försvarsupphandlingar, göras i enlighet med 6 kap.

Upphandlingen enligt 6 kap. är klart mera omfattande såväl beloppsmässigt som till antalet, än den upphandling som sker enligt de direktivstyrda reglerna.

Utöver Sverige har ett flertal andra EES-länder bestämmelser, som åtminstone delvis, reglerar upphandlingar under tröskelvärdena och upphandling av B-tjänster. Finland, Norge, Belgien, Luxemburg och Spanien har regler som gäller generellt för upphandling under tröskelvärdena. I Nederländerna, Österrike och Storbritannien regleras delar av den offentliga upphandlingen under tröskelvärdena och i Finland, Norge, Belgien, Luxemburg och Spanien finns regler för upphandling av B-tjänster. Vissa medlemsländer anser att icke-direktivstyrda upphandlingar inte behöver följa några särskilda procedurregler.<sup>279</sup> Däremot skall det allmänna iakttas gemenskapsrättens grundläggande principer om likabehandling, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet som följer av EG-fördraget.

Bestämmelserna i 6 kap. LOU som trädde i kraft den 1 januari 1994, utformades efter mönster av bestämmelserna i de regelverk som tidigare

<sup>278</sup> Se avsnitt 4.10.1.

<sup>279</sup> Jämför med avsnitt 6.1.

gällde i Sverige.<sup>280</sup> Dessa regler återfanns i Upphandlingsförordningen (UF) och Upphandlingsreglementet (UR).

Trots att det ibland framkommit kritik mot att reglerna i 6 kap. är krångliga, har det inte till kommittén förts fram krav på avskaffande av 6 kap. eller en återgång till den reglering som gällde före 1994. Regler för upphandling under tröskelvärdena har tvärtom bedömts vara av stor betydelse för små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling.

Mot bakgrund av det anförda anser kommittén att det även fortsättningsvis skall finnas regler för icke-direktivstyrda upphandlingar, dvs. att 6 kap. LOU skall finnas kvar.

I kommitténs arbete med 6 kap. skall regelförenkling vara en ledstjärna. I detta sammanhang innebär en förenkling, dels ett förtydligande av otydliga och invecklade bestämmelser, dels en justering av gällande regler, då problemen inte kan lösas genom tolkning av reglerna. Reglerna i 6 kap. bör inte tyngas av en onödigt hög detaljeringsgrad. En avvägning måste dock alltid göras mot inköparnas och leverantörernas intresse av klara och tydliga spelregler för den offentliga upphandlingen.

## 12.2 Allmänna överväganden om 6 kap. LOU

Kommittén anser att det föreligger vissa svårigheter med att tolka bestämmelserna i 6 kap. Detta kapitel bygger som tidigare nämnts till stora delar på det nationella regelsystem Sverige hade innan LOU infördes. Enligt förarbetena skall bestämmelserna tolkas i enlighet med det tidigare regelverket.<sup>281</sup>

EG:s grundläggande principer om likabehandling, transparens, proportionalitet, ömsesidigt erkännande och icke-diskriminering gäller dock även upphandlingar som genomförs enligt 6 kap. LOU. Dessa principer ställer, enligt kommittén, åtminstone vissa krav på tolkning i enlighet med EG-domstolens domar avseende upphandlingar över tröskelvärdena.

Vissa bestämmelser har införts i både 6 kap. och 2, 3, 4, eller 5 kap. efter förebild av bestämmelser i upphandlingsdirektiven. Några av bestämmelserna i 2, 3, 4, eller 5 kap. har därefter ändrats medan ingen ändring skett i motsvarande bestämmelse i 6 kap.<sup>282</sup> Kommittén anser att det i syfte att få en enhetlig praxis, är angeläget att så långt som möjligt göra ändringar i dessa bestämmelser så att lagtexten i 6 kap. överensstämmer med den text

<sup>280</sup> SFS 1993:1468, prop. 1993/94:78.

<sup>281</sup> Prop. 1992/93:88 s. 42.

<sup>282</sup> Jämför t.ex. 1 kap. 23 § första stycket med 6 kap. 12 § tredje stycket.

som gäller över tröskelvärdena. Skall dessa regler i 6 kap. utformas annorlunda än motsvarande regler över tröskelvärdena bör goda skäl för detta föreligga.

Ett annat förhållande som också det försvårar tolkningen av 6 kap. är att det inom EU framförallt är domstolarna, främst EG-domstolen, som tolkar lagen. Det finns i regel inte några förarbeten att tillgå. I Sverige har vi däremot varit vana att tolka författningar med hjälp av förarbeten. Vilken betydelse förarbetena skall tillmätas är därför något oklar.<sup>283</sup>

Kommittén anser att om en bestämmelse i LOU saknar motsvarighet i EG:s upphandlingsdirektiv så skall förarbetena avseende bestämmelserna i 6 kap. LOU ha samma tyngd som svenska förarbeten normalt har. Motsvaras däremot en bestämmelse i 6 kap. av en artikel i direktiven är det framför allt EG-domstolen praxis som får vara vägledande. I rättsfall från EG-domstolen anges att "När en nationell lagstiftning för lösningen av problem i rent interna situationer anpassas till den lösning som valts i gemenskapsrätten - för att bland annat undvika att inhemska medborgare diskrimineras, eller att det uppstår eventuella snedvridningar av konkurrensen, såsom i det aktuella fallet - föreligger det ett bestämt gemenskapsrättsligt intresse av att de bestämmelser eller begrepp som har hämtats från gemenskapsrätten blir tolkade på ett enhetligt sätt, oberoende av under vilka omständigheter de skall tillämpas, för att undvika att det i framtiden förekommer tolkningar som skiljer sig åt".<sup>284</sup>

## 12.3 Sjätte kapitlets tillämpningsområde

### 12.3.1 Skall privata företag undantas från sjätte kapitlets tillämpningsområde ?

I förarbetena till 6 kap. framhölls att kretsen av upphandlande enheter bör vara densamma över som under tröskelvärdena.<sup>285</sup> Konsekvensen av detta har blivit att vissa privata företag som innefattas i begreppet upphandlande enhet enligt 4 kap. 1 § LOU även omfattas av bestämmelserna i 6 kap. LOU. Dessa företag bedriver verksamhet enligt 4 kap. 1 § med sådant

<sup>283</sup> Främst avses prop. 1993/94:78.

<sup>284</sup> C-28/95, A. Leur-Bloem och Inspecteur der Belastingdienst/Onderneming Amsterdam, REG 1997, s. 4160, p. 32.

<sup>285</sup> Prop. 1993/94:78 s. 14.

”särskilt tillstånd” från en myndighet som innebär att ett eller flera företag förbehålls rätten att bedriva verksamheten. Det kan t.ex. röra sig om drift eller tillhandahållande av fasta nät i syfte att tillhandahålla allmänheten i fråga om produktion, transporter, distribution eller försörjning med dricks-vatten, elektricitet, gas eller värme eller av leverans av sådana nyttigheter till fasta nät. Andra verksamheter som omfattas är utnyttjande av mark- eller vattenområden för prospektering eller utvinning av olja, gas, kol eller andra fasta bränslen eller för tillhandahållande av terminaler, flygplatser eller hamnanläggningar. Även drift av nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om transporter med järnväg, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana omfattas av bestämmelserna i 4 kap. Är det fråga om upphandling under tröskelvärdena gäller endast reglerna i 6 kap. Slutligen omfattas även drift eller tillhandahållande av ett allmänt telekommunikationsnät eller tillhandahållande av en eller flera allmänna telekommunikationstjänster.

En anledning till att undanta företag som bedriver verksamhet av uppräknat slag från 6 kap. kan vara att de inte omfattades av tidigare gällande upphandlingsregler (UR, UF). Vidare kan hävdas att privata företag faktiskt har till syfte att driva vinstgivande verksamhet och att det därmed inte finns anledning att ställa krav på deras upphandling.

De privata företag som utpekats i direktiven bedriver dock sin verksamhet med ”särskilt tillstånd” vilket ger dem en särställning på marknaden. Företagens monopolställning innebär en betydande risk för att anskaffningarna inte görs på bästa sätt. Eventuella merkostnader p.g.a. en ineffektiv upphandling kan övervältras på företagets kunder, konsumenterna, eftersom dessa inte har någon möjlighet att vända sig till någon annan leverantör. EU har ansett det nödvändigt att tvinga dessa privata företag att utnyttja den förefintliga konkurrensen genom att tillämpa reglerna i upphandlingslagstiftningen. Enligt kommitténs mening finns inte tillräckliga skäl för att utesluta dessa företag från sjätte kapitlets tillämpningsområde.

### 12.3.2 Upphandling av telefonitjänster

#### *Inledning*

LOU stadgar inte någon skyldighet för upphandlande enheter att tillämpa upphandlingsreglerna vid anskaffning av telefonitjänster. Denna omständighet skall bland annat ses mot bakgrunden av att tjänstedirektivet

(92/50/EEG) kom till under en tid då telekommunikationssektorn ännu inte var avreglerad. Tillhandahållandet av telefonitjänster var då inte en konkurrensutsatt marknad, eftersom det bara fanns en leverantör i respektive medlemsstat. Det saknades därför skäl att ställa krav på att dessa tjänster skulle upphandlas. Idag är situationen annorlunda. Sektorn är nu avreglerad och en effektiv marknadssituation föreligger i stort sett i alla EU:s medlemsländer. EG-kommissionen har i ett meddelande offentliggjort den 8 maj 1999 i Europeiska gemenskapernas tidning förklarat att telekommunikationssektorn har avreglerats och att det i stort föreligger en effektiv konkurrenssituation i alla medlemsstaterna. I Sverige finns det för närvarande 13 företag som har tillstånd att tillhandahålla fast telefoni. Ytterligare ca 30 företag har anmält sådan verksamhet. Det finns vidare tre tillståndshavare för mobiltelefoni samt en som ännu inte påbörjat sin verksamhet.

### ***Upphandling av telekommunikationstjänster enligt 5 och 6 kap. LOU***

Genom 5 kap. LOU har Sverige införlivat tjänstedirektivet. Detta kapitel reglerar upphandling av tjänster och närmare bestämt upphandling av vissa uppräknade tjänstekategorier där kontraktet uppgår till eller överstiger angivet tröskelvärde. Tröskelvärdena är för närvarande 1 157 000 kr för statliga myndigheter och 1 728 000 kr för övriga upphandlande enheter. I 5 kap. 1 § första stycket presenteras tjänstekategorierna genom en hänvisning till avdelning A och B i bilagan till lagen, s.k. A- respektive B-tjänster. Tjänsterna är indelade i 27 tjänstekategorier. Den sista kategorin bland B-tjänsterna benämns ”Andra tjänster”. Detta innebär att alla tjänster som inte ingår i någon annan kategori omfattas av nämnda kategori om de inte är uttryckligen undantagna.

A-tjänster över tröskelvärdena skall upphandlas enligt bestämmelserna i 5 kap. förutsatt att de inte skall upphandlas enligt bestämmelserna i 2 kap. eller 3 kap. I 6 kap. regleras upphandling av B-tjänster och A-tjänster under tröskelvärdena.

I förteckningen över A-tjänster finns telekommunikationstjänster, dock görs ett undantag för telefoni, telex, radiotelefoni<sup>1</sup>, personsökning och satelittjänster.

För att förstå vad som omfattas av begreppet telekommunikationstjänster kan man söka ledning i den nomenklatur som kommissionen har utarbetat. Denna nomenklatur benämns ”Community Procurement Vocabulary” (CPV). CPV-nomenklaturen skall användas för att fast-

<sup>1</sup> I den svenska officiella översättningen används begreppet mobiltelefoni

ställa till vilken kategori en viss tjänst skall hänföras. Den senaste versionen av CPV utkom år 1998 och i denna återfinns under huvudrubriken "telekommunikationstjänster" bl.a. följande underrubriker:

- Telefon- och dataöverföring
- Mobiltelefonitjänster
- Förhyrning av satelitförbindelser
- Telefonväxeltjänster
- Förhyrning av fasta kommunikationsförbindelser
- Elektronisk post
- Telextjänster

I 5 kap. 1 § andra stycket 1-8 görs undantag för ett antal uppräknade tjänster, vilka följaktligen inte omfattas av kravet på upphandling enligt 5 kap. I punkten 3 återfinns telefoni, telex, radiotelefoni, personsökning och satelitjänster. Undantagen gäller även för upphandling enligt 6 kap.<sup>286</sup>

### **Överväganden**

Med hänsyn till den avreglering som ägt rum på telekommunikationsområdet finns det i dag ingen anledning att undanta telefonitjänster samt de övriga undantagen i 5 kap. 1 § andra stycket punkten 3 från ett upphandlingsförfarande. Kommittén bör följaktligen verka för att dessa tjänster upphandlas i vanlig ordning. Det krävs direktivändringar för att kunna reglera upphandling av dessa tjänster över de i 5 kap. angivna tröskelvärdena. Däremot finns det möjlighet för Sverige att omgående göra ändringar avseende upphandling av dessa tjänster under tröskelvärdena. En ändring bör därför göras i 6 kap. 1 § som innebär att undantagna tjänsterna i angivet lagrum skall upphandlas enligt bestämmelserna i 6 kap. om tröskelvärdet understiger det som anges i 5 kap.

<sup>286</sup> Se prop. 1993/94:78 s. 23 och Regeringsrättens dom 1998-03-04 i mål nr 164-1995.

## 12.4 Upphandlingsförfaranden i 6 kap.

### 12.4.1 Direktupphandling

#### *Ändrad definition*

I 1 kap. 5 § definieras direktupphandling som ”upphandling utan infordrande av skriftligt anbud”. Denna definition har enligt bl.a. NOU föranlett många frågor och synpunkter och emellanåt lett till fel signaler till de upphandlande enheterna. Det vore lämpligt att definiera upphandlingsformen direktupphandling på ett annat sätt eftersom det oftast är både lämpligt och möjligt från affärssynpunkt att infordra skriftliga anbud eller åtminstone göra prisjämförelser. Direktupphandling omfattas inte heller av det krav på annonsering som enligt kommitténs förslag skall vara obligatorisk vid förenklade upphandlingar (se avsnitt 12.6). Kommittén föreslår därför att direktupphandling definieras enligt följande ”Direktupphandling: upphandling utan krav på annonsering och infordran av skriftliga anbud”.

Kommittén vill dock understryka 1 kap. 4 § är tillämplig och att det är lämpligt att den upphandlande enheten varierar kretsen av leverantörer vid direktupphandling.

#### *Direktupphandling vid ”synnerliga skäl”*

I 6 kap. 2 § stadgas att ”Direktupphandling får användas om upphandlingens värde är lågt eller om synnerliga skäl föreligger, såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten”. Vid förhandlad upphandling över tröskelvärdena, där annonsering inte behöver ske, ges fler exempel som enligt kommitténs mening även borde kunna utgöra ”synnerliga skäl” för direktupphandling. Dessa synnerliga skäl kan utöver den situation som nämns i 2 §, föreligga om t.ex.:

1. det som upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan tillhandahållas av endast en viss leverantör.

2. det gäller upphandling av varor som noteras och omsätts på en råvarumarknad.
3. det uppkommit en möjlighet att göra särskilt förmånliga inköp av varor antingen genom att utnyttja tillfälliga erbjudanden att köpa till pris väsentligt under marknadsvärdet eller genom att köpa i samband med att en leverantör upphört med sin verksamhet eller trätt i likvidation eller försatts i konkurs eller varit föremål för liknande rättsligt förfarande.
4. det är fråga om upphandling som enligt tävlingsreglerna ansluter till en formgivningstävling och skall tilldelas vinnaren av tävlingen.

### **Riktlinjer för direktupphandling**

Kommittén har övervägt om ”lågt värde”, i samband med direktupphandling, bör fixeras i lagtexten. I samband med kommitténs andra förslag, speciellt förslagen om ökade sanktionsmöjligheter, kan det anses otillfredsställande om det inte klart och tydligt framgår av lagen under vilka förhållanden som direktupphandling tillåts. Kommittén anser dock att ett system med fixerade beloppsgränser skulle leda alltför långt, vara alltför byråkratiskt och medföra stora praktiska problem för de upphandlande enheterna. Kommittén vill däremot understryka vikten av att den upphandlande enheten tar fram riktlinjer för direktupphandling. Av dessa skall framgå vilka beloppsgränser som den upphandlande enheten tillämpar. De beloppsgränser som fastställs bör utgå från den upphandlande enhetens kostnader för upphandlingsförfarandet. Vid fastställandet av beloppsgränserna bör även vägas in små och medelstora företags intresse av att delta i offentlig upphandling. För små företag kan ett upphandlingskontrakt på två eller tre basbelopp representera en ansenlig del av företagets omsättning. Att sådana företag mer eller mindre systematiskt utestängs från den offentliga upphandlingen måste undvikas.

En stor upphandlande enhet bör inte nödvändigtvis ha högre beloppsgränser än en mindre enhet. Karaktären av det som upphandlas bör snarare vara avgörande för vad som skall anses vara ”lågt värde”.

Kommittén förslår att ”Den upphandlande enheten skall om det inte är uppenbart onödigt, fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling.” Detta är en skärpning i förhållande till den tidigare regleringen då den upphandlande enheten ”vid behov” skulle fastställa dylika riktlinjer. Kommittén anser att i princip alla upphandlande enheter har ett behov av att fastställa riktlinjer. Riktlinjer är dock uppenbart onödiga om den upphandlande enheten inte gör några direktupphandlingar. Det gäller också om den upphandlande enheten under året endast har ett fåtal inköp ”över disk”, som sammanlagt inte avser annat än småsummor, t.ex. köp



av kaffebröd till nämndsammanträden och blommor till högtidsdagar. Det kan även röra sig om upphandlande enheter som existerar under en kortare period, t.ex. när två upphandlande enheter går samman och bildar ett bolag för ett projekt som skall pågå under en kortare period.

Kommittén vill understryka att tillsynsmyndigheten skall kunna ingripa i de fall en upphandlande enhet anger beloppsgränser som överstiger vad som generellt sett, bland de upphandlande enheterna, anses vara lågt värde.

Ytterligare riktlinjer kan även behövas. Som exempel kan nämnas krav på att prisförfrågningar och jämförelser görs. Vidare bör ingå riktlinjer för hur den upphandlande enhetens direktupphandlingar skall dokumenteras. I decentraliserade upphandlande enheter behövs ofta rutiner för att hålla reda på hur mycket enheten totalt sett direktupphandlar för.

### ***Dokumentation***

Den upphandlande enheten föreslås dokumentera skälen till de olika besluten och vad som i övrigt förekommit av betydelse i upphandlingsförfarandet. Vid direktupphandling innebär detta ett krav på dokumentation av skälet till att en leverantör valts. I den mån en upphandlande enhet genomför prisjämförelser skall en tjänsteanteckning skrivas avseende resultatet av jämförelsen åtminstone vid direktupphandlingar som inte enbart rör småsummor. Skälet till att inga prisjämförelser gjorts bör också lämpligen dokumenteras. Enkla blanketter kan tas fram av tillsynsmyndigheten eller den upphandlande enheten själv.

Vid direktupphandling med anledning av att synnerliga skäl förelegat skall den upphandlande enheten dokumentera vilka omständigheter som föregått valet av upphandlingsförfarande.

Dokumentering av direktupphandlingar leder till att den upphandlande enheten får bättre överblick över vilka upphandlingar som görs. Vidare kan tillsynsmyndigheten och leverantörer gå tillbaka och kontrollera huruvida den upphandlande enheten efterlever de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna i sin direktupphandling. Dokumentation är ett uttryck för transparensprincipen.

## 12.4.2 Förenklad selektiv upphandling

### *Bakgrund*

Vissa upphandlingar enligt 6 kap. kan idag locka ett mycket stort antal anbudsgivare. Det gäller upphandling av varor och tjänster inom områden där det finns väldigt många leverantörer, t.ex. städning. Flera upphandlare och Nämnden för offentlig upphandling har framfört till kommittén att det finns ett behov av s.k. selektiv upphandling även vid upphandling enligt 6 kap. Kommitténs vill även påpeka att våra förslag avseende obligatorisk annonsering av förenklade upphandlingar med stor sannolikhet torde medföra att behovet av ett selektivt förfarande ökar. En jämförelse kan även göras med upphandling över tröskelvärdena. Enligt 2-5 kap. LOU är selektiv upphandling ett av huvudförfarandena.

Enligt nu gällande regler i 6 kap. får den upphandlande enheten inte avvisa en potentiell leverantör med hänvisning till att det redan finns ett tillräckligt antal anbudsgivare. Följden kan bli att utvärderingsprocessen blir mycket tids- och resurskrävande, eftersom enheten måste utvärdera alla inkomna anbud. Ett fall från rättspraxis visar att en enhet inte fick neka en potentiell leverantör från att erhålla förfrågningsunderlaget vid en upphandling trots att enheten redan hade tillfrågat 65 tandtekniska laboratorier och utlämnat underlaget till ytterligare 62 laboratorier.<sup>287</sup>

### *Ansökningsinbjudan i elektronisk databas*

Kommittén föreslår att det inrättas en ny upphandlingsform som inbegriper ett selektivt förfarande. Kravet för att ett sådant förfarande skall få tillämpas är att den upphandlande enheten publicerar sin inbjudan till leverantörerna att ansöka om att få lämna anbud (ansökningsinbjudan), i en av tillsynsmyndigheten godkänd elektronisk databas för offentlig upphandling.<sup>288</sup>

<sup>287</sup> Länsrättens i Uppsala län beslut 1996-09-17 och 1996-10-11 (mål nr. 2266-96 och 2267-96).

<sup>288</sup> Se avsnitt 12.6.2.

### ***Ansökningstider***

I vanlig förenklad upphandling får alla leverantörer som vill lämna anbud medan i förenklad selektiv upphandling väljs ett antal ut som får lämna anbud. Det selektiva förfarandet blir något mera formaliserat, t.ex. anges minsta tid för anbudsansökan i lagtexten. Syftet med detta är att främja den anbudskonkurrens som annars begränsas genom det selektiva förfarandet. Kommittén föreslår att leverantörerna bör ha minst femton dagar på sig att lämna ansökan beräknat från den dag då ansökningsinbjudan avsändes för publicering i en godkänd elektronisk databas.

### ***Antalet leverantörer som får lämna anbud***

Det antal leverantörer som får lämna anbud skall framgå av anbudsinfordran. Med utgångspunkt i en sådan information kan en leverantör göra bedömningen om det är mödan värt att lämna anbud. Antalet leverantörer som skall inbjudas att lämna anbud torde variera från bransch till bransch. Antalet leverantörer som erbjuds lämna anbud bör dock aldrig, om flera leverantörer finns, vara färre än tre. Att tillfråga tre leverantörer har enligt gällande lagstiftning avseende förenklade upphandlingar ansetts räcka:

Vid en upphandling av begravnings tjänster skickade den upphandlande enheten inbjudningar till fem olika leverantörer. En leverantör som inte tillfrågats ansökte om överprövning med utgångspunkt i att den upphandlande enheten åsidosatt huvudregeln om affärsmässighet genom att endast skicka förfrågningsunderlaget till en bråkdel av stadens begravningsentreprenörer. Länsrätten hänvisade till förarbetena som hänvisade till upphandlingsreglementet där det står att det torde räcka med att tillfråga tre leverantörer.<sup>289</sup>

Vid selektiv upphandling över tröskelvärdena sägs att antalet leverantörer skall bestämmas utifrån arten av det som upphandlas och vara tillräckligt stort för att uppnå effektiv konkurrens. I lagen anges att det får vara minst fem och högst tjugo leverantörer som väljs ut för att lämna anbud (1 kap. 7 a §).

<sup>289</sup> Länsrättens i Göteborgs och Bohus län, dom 1994-05-25 (mål nr Ö 1615-94).

### *Urval av anbudsgivare*

Kommittén föreslår att 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. Vid utformningen av dessa krav kan den upphandlande enheten ta hänsyn till vad som gäller för upphandling över tröskelvärdena<sup>290</sup> men även andra kvalificeringskrav hänförliga till leverantören kan komma ifråga. De krav som ställs på leverantören skall vara förenliga med 1 kap. 4 §. I syfte att underlätta för nystartade företag att delta i förenklade upphandlingar kan det vara lämpligt att inte bara ställa krav på att företaget skall ha erfarenhet av liknande arbetsuppgifter eller uppdrag. Det kan i många fall räcka med att det hos leverantören finns medarbetare som har denna erfarenhet.

Om fler leverantörer kvalificerar sig, än det i anbudsinbjudan angivna antalet, måste ett urval ske. Enligt kommissionens guider för såväl varor, tjänster som byggtreprenader skall vid selektiv upphandling (över tröskelvärdena) de bästa anbudssökandena väljas. Detta innebär att om flera leverantörer kvalificerat sig utifrån de krav som uppställts så skall "ribban" successivt höjas till det angivna antalet uppnås. Mot denna metod kan invändas att den missgynnar små och medelstora företag. Stora företag har rimligen bättre teknisk förmåga och kapacitet samt bättre finansiell och ekonomisk ställning, vilka är de krav som får ställas på leverantörer enligt direktiven. Vidare kräver denna metod att den upphandlande enheten i annonsen angivit på vilket sätt urvalet kommer att utföras och vilka kvalificeringskrav som kommer att värderas högst (transparens). Kommissionen anger också att hänsyn måste tas till utländska leverantörer. Om det finns utländska leverantörer bör så många av dessa bjudas in som svarar mot det totala antalet sökande.<sup>291</sup>

Enligt ett beslut från den danska Klagenämnden av den 9 oktober 1996 är det inte nödvändigtvis de bästa anbudssökandena som skall väljas utan att konkurrensen kan optimeras genom val av företag av olika storleksordning. I anvisningarna till det kommunala upphandlingsreglementet (9 §) angavs: "Vid infordrande av anbud på annat sätt än genom

<sup>290</sup> 1 kap. 18 § andra stycket LOU "En upphandlande enhet skall i annonsen om upphandling eller inbjudan till anbudsgivning ange vilka bevis den vill ha om en leverantörs finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet."

<sup>291</sup> Se t.ex. Guide to the Community rules on public procurement of services, s. 48.

annonsering bör särskilt beaktas att anbudsgivarkretsens sammansättning i lämplig utsträckning varieras från fall till fall, så att en så omfattande kännedom som möjligt erhålls om förekommande leverantörers förutsättningar att fullgöra uppdrag. Man bör sålunda inte slentrianmässigt alltid vända sig till samma krets av anbudsgivare”.<sup>292</sup>

Kommittén föreslår att om ett stort antal leverantörer kvalificerar sig, utöver det i ansökningsinbjudan angivna antalet, skall den upphandlande enheten genom ett objektivet förfarande välja ut vilka leverantörer som skall få lämna anbud. Kommittén anser att ett sådant objektivet förfarande till exempel kan vara att bland de leverantörer som kvalificerat sig genomföra en lottningsförfarande. Detta förfarande har visserligen underkänts av länsrätten i Skåne län (1373-98). Länsrätten angav i domskälen att ett lottningsförfarande inte tillgodoser ”kraven på objektivitet och affärsrättmässighet vid offentlig upphandling”. Kommittén anser dock att lottningsförfarande är det enda förfarande som är helt fritt från godtycke. De krav som har angivits i en ansökningsinbjudan skall vara proportionerliga i förhållande till det som upphandlas. Genom att successivt ”höja ribban” riskerar dessa krav att bli oproportionerliga. Vidare leder en sådan metod förmodligen till att små och medelstora samt nyetablerade företag har svårt att kvalificera sig om flera stora och väletablerade företag deltar. Ett lottningsförfarande ger alla leverantörer som kvalificerat sig samma chans att få lämna anbud. Dessutom kan det ifrågasättas om kravet på transparens kan anses uppfyllt om de kvalificeringskrav som gällde enligt ansökningsinbjudan, kanske t.o.m. väsentligen ändras vid kvalificeringen av leverantörerna.

### 12.4.3 Försvarsupphandlingar

#### *Bakgrund*

Många av de värdemässigt största offentliga upphandlingar som förekommer i landet utgörs av de inom Försvarets materielverk (FMV) dominerande försvarsmaterielupphandlingarna. Med försvarsmaterielupphandling avses upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning eller som är föremål för försvarssekretess. Sådan upphandling är idag inordnad inom i huvudsak samma regelverk (6 kap.) som mindre upphandlingar under tröskelvärden. Frågan är om regelverket är anpassat för försvarsmaterielupphandling. Det finns anledning, dels mot bakgrund av ett alltmer ökande internationellt samarbete inom försvarsmaterielområdet,

<sup>292</sup> Kommunalt upphandlingsreglemente jämte anvisningar, s. 14 f.

dels mot bakgrund av de ändringar som kommittén föreslår i 6 kap., att överväga särskilda regler för försvarsmaterielupphandling.

### ***Motiv och mål***

Försvarsmaterielupphandlingens inriktning i ett längre perspektiv styrs av de försvars- och säkerhetspolitiska mål som Sverige som nation har. Regeringens möjligheter att ta sådana hänsyn vid upphandling av försvarsmateriel påverkas av vilket författningsstöd som i framtiden skall reglera denna upphandling. Ökat internationellt samarbete vidgar successivt innebörden av begreppet försvars- och säkerhetspolitiska hänsyn till att omfatta vidgade hänsynstaganden, samordning och samarbeten med andra nationer. Sådana hänsynstaganden och samarbeten har inte förutsetts i nuvarande regelverk för upphandling och kan därför visa sig svåra att beakta fullt ut med utnyttjande av nuvarande undantagsmöjligheter i regelverket.

Det framtida författningsstödet för försvarsmaterielupphandling bör utformas så att förutsättningar föreligger för nationell koordinering och internationell samordning med hänsyn till Sveriges nationella försvars- och säkerhetspolitiska mål.

### ***Internationella samarbeten***

Internationellt samarbete inom försvarsmaterielområdet syftar till ekonomiska vinster i form av längre serier och delade utvecklingskostnader, till "militära" vinster i form av ökad standardisering, interoperabilitet och enklare underhåll. Det syftar även till politiska vinster genom att samarbete sammanbinder parter och förstärker de "grupperingar" som Sverige önskar vara delaktig i. Vidare syftar internationella samarbeten till industriella vinster i form av större marknader och att konkurrenter inom samarbetet istället blir partners. Samarbete bygger vidare på att de samarbetande parterna kan identifiera samma behov, har samma tidsförhållanden och att den nationella säkerheten kan lösas inom samarbetsramen.

Den svenska inriktningen syftar till deltagande på myndighetssidan i europeiskt försvarsmateriel-samarbete. Man vill skapa förutsättningar för öppnandet av nationella marknader och internationell konkurrens, för samarbete på forskning och teknikområdet (FoT) samt till bättre resursutnyttjande genom harmonisering av operativa krav. På industrisidan syftar motsvarande samarbeten till att skapa förutsättningar för gränsöverskridande ägande och harmonisering av regelverk för exportfrågor. Vidare vill man utnyttja de möjligheter som EU:s avsedda utvidgning och Västeuropeiska

unionens (VEU) eventuella uppgående i EU-samarbetet ger. Syftet är att stärka den europeiska försvarsindustrin i ett internationellt perspektiv.

Industriell samverkan, i form av så kallat "motköp", är ett allt vanligare inslag i affärsöverenskommelser vad avser köp och försäljning av försvarsmateriel mellan olika länder. Motköpsåtagandet utgör därvid ett affärsvillkor som utvidgar eller kompletterar det traditionella affärsmässighetsbegreppet vid "civil" upphandling. Regeringen anvisar hur svenska motköpskrav vid svensk upphandling från leverantörer i andra länder skall hanteras. Förfarandet kräver undantag från bestämmelserna i 6 kap.

### ***Regeringens möjligheter att styra***

Regeringen har i nuvarande regelverk möjligheter att med hänvisning till nationella försvars- och säkerhetspolitiska intressen inrikta och styra försvarsmaterielupphandlingen genom möjligheten att vid upphandling föreskriva nödvändiga undantag från bestämmelserna i 6 kap. Regeringen kan också överlåta till en upphandlande enhet att själv besluta om sådana undantag. Sådan beslutsrätt har också för visst slag av upphandling, under den tid bestämmelsen varit gällande, i årliga regleringsbrev överlåtits till FMV. Bestämmelsen om undantag är generell i meningen att den, i sin nuvarande lydelse, skulle komma att omfatta också de eventuella nya eller förändrade regler som kan komma att införas i 6 kap. Regeringens framtida möjligheter att via undantag från bestämmelserna i 6 kap. styra försvarsmaterielupphandlingen kan komma att försvåras till följd av de förändringar som kommittén föreslår.

Regeringens framtida möjligheter att styra genom undantagsbestämmelsen i 6 kap. 17 § väntas också påverkas. Vad som avses är dels vad den vidgade innebörden av "det nationella försvars- eller säkerhetspolitiska intresset" kan innebära i en alltmer internationaliserad värld. Dels av vad ett väntat uppgående i EU av det europeiska försvars- och försvarsmateriella samarbetet inom VEU och tidigare WEAG kan innebära.

Den nuvarande undantagsbestämmelsen i 6 kap. 17§ ger inte nödvändigt och tillräckligt nationellt handlingsutrymme för regeringen i ovan skisserad upphandlingsmiljö.

### ***Försvarmaterielupphandling är teknikupphandling***

Försvarmaterielupphandling utgörs i huvudsak av teknikupphandling, d.v.s. 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. Det måste ske innan förfrågningsunderlaget utsänds. Syftet är att ge beställaren en realistisk uppfattning om vad som är tekniskt och ekonomiskt möjligt och affärsmässigt att efterfråga i en därpå följande upphandling. Detta kan vara svårt att åstadkomma inom ramen för nuvarande bestämmelser i 6 kap. med hänsyn till kravet på icke-diskriminering av anbudsgivare. Detta behov av dialog med marknaden har också identifierats och utreds för närvarande i EU-kommissionens översyn av upphandlingsdirektiven.

Kommitténs betänkande i övrigt avses leda till en mer långtgående anpassning av bestämmelserna i 6 kap. till den mindre upphandlingens och mindre upphandlande enheters miljö samt villkor. Detta är ett skäl för att överföra den del av försvarsmaterielupphandlingen, som inte skall ske inom ramen för EU-bestämmelserna, till en särskild förordning, där teknikupphandlingens speciella villkor bättre kan omhändertas. I en sådan förordning bör det bland annat framgå att en dialog skall kunna ske med ett av den upphandlande enheten bedömt lämpligt urval av potentiella leverantörer före utsändande av förfrågningsunderlaget.

### *Upphandling i monopol*

Den försvarsindustriella strukturutvecklingen under de senaste decennierna har lett till en mycket hög grad av monopolisering. Möjligheter till inhemsk konkurrens för avancerade försvarssystem föreligger i praktiken inte. Utvecklingen mot en alltmer omfattande specialisering och produktuppdelening fortsätter och accentueras även på internationell bas genom ökade internationella industriella samarbeten. Sedan länge har det stått klart för beställaren att det i vissa större avtal med väsentlig ekonomisk betydelse för försvaret inte har förelegat upphandlingssituationer där marknadsförhållandena kunnat klargöra prisbildningen. För dessa fall har det därför sedan länge utvecklats och tillämpats metoder för prissättningen, som i princip grundar sig på leverantörens självkostnader jämte olika former för tillägg av vinst. Beställaren har, för att säkerställa en acceptabel prisbild, genomfört granskning av leverantörens anbud. Både tillämpade upphandlingsförfaranden och valda kontraktsformer skall syfta till att ge en god grund för beräkning av kostnader och vinst. Vidare skall de syfta till att ge ekonomiska incitament för leverantören till kostnadsänkande åtgärder i kombination med ekonomisk och teknisk öppenhet mot beställaren.

För att hantera angiven situation har långsiktiga bestämmelser, s k huvud- eller insynsavtal, överenskommit med vissa större försvarsindustri-



er. Avtalen skall tillämpas i de separata kontrakt som sluts mellan parterna under den tid det övergripande avtalet gäller. Mot andra leverantörer, som inte är till karaktären försvarsindustrier, men där en monopolsituation av marknadsskäl ändå föreligger, avtalas om metoder för att kontrollera prissättningen i de enskilda upphandlingsavtalen.

Användning av de speciella regler i form av ekonomiska och tekniska insynsmöjligheter som behövs för att rätt kunna bedöma och uppnå en tillfredsställande affärsmässighet i den enskilda monopolupphandlingen förutsätter idag en överenskommelse om detta med monopolleverantören.

En alltmer ökande grad av monopolisering, i form av specialisering, produktuppdelning och samarbeten på leverantörsmarknaden ökar behovet av författningsstöd. Dessa skulle vara ett komplement till frivilliga överenskommelser, för att säkra att tillräckliga förfaranden och metoder används vid upphandling där konkurrens inte föreligger eller är otillräcklig, i syfte att ge för beställaren godtagbar affärsmässighet i avtalet.

### ***Kommitténs bedömning***

Med hänsyn till de särskilda omständigheterna som gäller vid försvarsupphandlingar anser kommittén att det finns ett behov av särreglering. Kommittén avser att återkomma till dessa frågor i sitt fortsatta arbete.

## 12.4.4 Förenklad upphandling med anbudsinfordran från endast en leverantör

### ***Inledning***

I 2-5 kap. ges en upphandlande enhet möjlighet till förhandlad upphandling utan annonsering. Det innebär att den upphandlande enheten genom ett skriftligt förfarande, under vissa förutsättningar, kan vända sig till endast en leverantör utan krav på annonsering. Kommittén anser att 6 kap. behöver en motsvarande möjlighet.

En upphandlande enhet som investerar miljontals kronor i att utveckla ett nytt datorsystem bör kunna på liknande sätt, som vid upphandling över tröskelvärdena, köpa tilläggstjänster från samma leverantör. Att kräva att en ny upphandling görs kan inte anses skäligt i det fall byte av leverantör är förenligt med stora tekniska svårigheter och kost-

nader. I 6 kap. får byggentreprenader upphandlas till ett värde av ca 43 miljoner kronor. I dagsläget torde dessa entreprenader omfattas av en strängare reglering än vad som gäller för motsvarande entreprenader över tröskelvärdena.

Förfrågningsunderlag skall dock upprättas och anbudsprövning skall ske i vanlig ordning. Avsikten är inte att öka möjligheten att frångå kravet på att uppsöka konkurrens. Snarare skall upphandlingar som enligt nuvarande regelverk genomförs genom direktupphandlingar istället genomföras såsom en förenklad upphandling men med endast en tillfrågad leverantör. Den upphandlande enheten bör naturligtvis inte avslöja för leverantören som enheten vänder sig till, vilket förfarande som tillämpas. Fördelarna med att tillämpa förenklad upphandling, dvs. ett skriftligt förfarande, är nämligen att leverantören vid en formell anbudsinfordran är osäker om huruvida konkurrens föreligger. Andra leverantörer har möjlighet att lämna anbud eftersom en leverantör som inte särskilt tillfrågats har rätt att på begäran få förfrågningsunderlaget på samma villkor som andra leverantörer.

Skälen till att den upphandlande enheten valt att vända sig till endast en leverantör skall dokumenteras.

Kommittén föreslår följande ”Om särskilda skäl föreligger får en upphandlande enhet vid förenklad upphandling genom skrivelse infordra anbud från endast en leverantör. Enheten skall särskilt beakta att huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU efterlevs.”

### ***Särskilda skäl för förenklad upphandling med enbart en leverantör***

Tolkningen av ”särskilda skäl”, dvs. när förfarandet får tillämpas, föreslås ske i enlighet med tolkningen av delar av de bestämmelser i LOU som gäller vid förhandlad upphandling utan annonsering.<sup>293</sup> Kommittén anser att en upphandlande enhet skall få tillämpa ett förenklat upphandlingsförfarande med enbart en leverantör t.ex.:

1. Om det vid en annonserad förenklad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud. Det gäller dock under förutsättning att de i förfrågningsunderlaget ursprungligen angivna kontraktsvillkoren inte väsentligt ändras.
2. Om produkten eller tjänsten som upphandlas är framtagen enbart för forskning, utveckling, studier eller experiment. Den forskning, utveckling samt de studier eller experiment som skall utföras får inte ske i vinstsyfte.

<sup>293</sup> Jämför även med avsnitt 12.4.1 direktupphandlingar vid ”synnerliga skäl”.

3. Om det är fråga om varuupphandlingskontrakt som gäller ytterligare leveranser från den ursprungliga leverantören. Dessa ytterligare leveranser skall vara avsedda antingen som delersättning för eller tillägg till tidigare leveranser. Ett byte av leverantör skall medföra att anskaffning av varor som är tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oskäligen tekniska svårigheter avseende drift och underhåll. Värdet av tilläggstjänsterna får inte överstiga hälften av det ursprungliga upphandlingskontraktets värde. Tilläggsleveranserna bör inte avse en längre tid än 3 år.
4. Om det är fråga om byggtreprenad eller tjänster som gäller tillägsarbeten eller tilläggstjänster av den ursprungliga leverantören och som inte omfattas av det först avsedda projektet eller av en föregående upphandling, men som på grund av oförutsedda omständigheter blivit nödvändiga för arbetets utförande. Förenklad upphandling från samme leverantör får ske under förutsättning att tilläggsarbetena eller tilläggstjänsterna inte utan tekniska eller ekonomiska olägenheter kan skiljas från det ursprungliga upphandlingskontraktet. Vidare får sådan upphandling ske om tilläggsarbetena är absolut nödvändiga för att byggtreprenaden skall kunna slutföras eller om tilläggstjänsterna är absolut nödvändiga för att de ursprungliga tjänsterna skall kunna slutföras. Värdet av tilläggsarbetena eller tilläggstjänsterna får inte överstiga hälften av det ursprungliga upphandlingskontraktets värde. Tilläggsleveranserna bör inte avse en längre tid än 3 år.
5. Om upphandlingen vid byggtreprenad eller tjänst gäller nya arbeten som består enbart av en upprepning av arbeten ingående i ett projekt som tidigare varit föremål för en förenklad upphandling som annonserats och arbetena tilldelas samma leverantör som tidigare fått upphandlingskontraktet. Värdet av arbetena eller tjänsterna får inte överstiga hälften av det ursprungliga upphandlingskontraktets värde. Tilläggsarbetena bör inte avse en längre tid än 3 år.

#### 12.4.5 Formgivningstävlingar

Formgivningstävlingar är inte särskilt reglerade i 6 kap. LOU. Sådana tävlingar har emellertid förekommit och accepterats även före LOU:s ikraftträdande. På Arkitektförbundet och från kommunalt håll anser man att det finns ett behov av att tillåta formgivningstävlingar även under tröskelvärdena. Med formgivningstävling förstås en tävling om arkitekttjänster m.m. som genomförs i syfte att arrangören ges möjlighet att från de tävlande förvärva en ritning eller något annat likande tävlingsbidrag till grund för

utförande av en bestämd uppgift. Formgivningstävlingar som blir aktuella i 6 kap. torde främst avse A-tjänster i avdelning A 12 i bilagan.<sup>294</sup> Kommittén anser att de regler som gäller för formgivningstävlingar över tröskelvärdena efter vissa anpassningar kan vara till vägledning även vid upphandlingar enligt 6 kap. Det innebär bl.a. att arrangören skall för varje tävling fastställa de tävlingsregler som skall gälla för alla tävlande. Antalet tävlande får begränsas men måste vara tillräckligt stort för att uppnå en effektiv konkurrens. En opartisk jury med erforderliga kvalifikationer kan finnas men är inte nödvändigt.

En anskaffning som ansluter till en formgivningstävling och som enligt tävlingsreglerna skall tilldelas vinnaren, får göras som en direktupphandling. Den upphandlande enheten får i sådana fall förhandla enbart med vinnaren. Om tävlingen avslutats med att juryn bedömt att flera utföranden kan komma ifråga skall förhandlingarna avse samtliga bidrag.

För att inte onödigt tynga 6 kap. LOU med detaljbestämmelser föreslår kommittén att ”En upphandlande enhet får genomföra en förenklad formgivningstävling med iakttagande av 1 kap. 4 §. Med formgivningstävling förstås en sådan tävling som beskrivs i 5 kap. 28 § första stycket.”

Förenklade formgivningstävlingar skall i likhet med förenklade upphandlingar annonseras i en elektronisk databas som godkänts av tillsynsmyndigheten (6 kap. 8 §).

## 12.5 Förfrågningsunderlagets innehåll

### 12.5.1 Samla regler om förfrågningsunderlaget i en paragraf

Kommittén föreslår att sjätte kapitlets olika bestämmelser om vad ett förfrågningsunderlag skall innehålla, av pedagogiska skäl, bör föras samman i en paragraf. I gamla UF (5 §) med tillhörande föreskrifter fanns motsvarande paragraf där man samlat det som skulle ingå i förfrågningsunderlaget. Som utgångspunkt skall enligt kommittén förfrågningsunderlaget vara så tydligt som möjligt och innehålla de krav och villkor som avses gälla för upphandlingen.

<sup>294</sup> Främst kategori 12 i bilagan: Arkitektjänster, Ingenjör- och konstruktionstjänster, stadsplanering och landskapsarkitektur och anknutna vetenskapliga och tekniska tjänster.

Kommittén föreslår att följande lagtext från olika paragrafer i 6 kap. samlas i en paragraf.

- 1) om ett anbud kan komma att antas utan föregående förhandling<sup>295</sup>,
- 2) att anbud skall lämnas skriftligt och att anbud som lämnas genom telefax eller e-post skall bekräftas omgående genom en egenhändigt undertecknad handling<sup>296</sup>,
- 3) den dag då anbud senast skall ha kommit in<sup>297</sup>,
- 4) den dag till och med vilken anbudet skall vara bindande<sup>298</sup>,
- 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 anbudsprovning som kommer att tillämpas och
- 7) vilka kriterier som den upphandlande enheten avser tillmäta betydelse vid provning av anbud. Den upphandlande enheten får endast om särskilda skäl föreligger underlåta att ange kriteriernas angelägenhetsgrad, med det viktigaste först.<sup>299</sup>

### 12.5.2 Förfrågningsunderlagets huvudsakliga innehåll

Förfrågningsunderlagen ser ofta olika ut trots att samma slags upphandlingar görs av flera upphandlande enheter. Det förekommer till och med att samma kommun använder olika modeller i olika kommundelar. För anbudsgivarna leder detta ofta till merarbete och osäkerhet om vad som efterfrågas. För att öka lagens styrande effekt i detta avseende bör det enligt kommittén klargöras vilka uppgifter ett förfrågningsunderlaget normalt skall innehålla. Det torde räcka med att ange vilka rubriker som förfrågningsunderlaget skall innehålla. För att inte onödigt tynga lagtexten bör det framgå av förarbetena till paragrafen att ett förfrågningsunderlag, utöver de krav som ställs i lag, skall innehålla

- en allmän orientering om uppdragets huvudsakliga innehåll,
- de administrativa bestämmelser som gäller för upphandlingen, t.ex. kontaktpersoner, sätt för märkning av anbud,
- en kravspecifikation i form av beskrivningar eller programhandlingar uttryckt företrädesvis i funktion- eller prestandatermer och

<sup>295</sup> Nuvarande 6 kap. 3 § andra stycket, texten något modifierad; om istället för att.

<sup>296</sup> Nuvarande 6 kap. 3 § tredje stycket, texten ändrad: e-post likställs med fax, telegram har strukits.

<sup>297</sup> Nuvarande 6 kap. 5 § första stycket.

<sup>298</sup> Nuvarande 6 kap. 5 § andra stycket.

<sup>299</sup> Nuvarande 6 kap. 12 § andra stycket, texten något modifierad.

- de kommersiella villkor som gäller för den aktuella upphandlingen, såsom betalnings- och leveransvillkor m.m.

### 12.5.3 Anbud per e-post

Kommittén anser att lämnande av anbud per e-post bör likställas med anbud som lämnas med telefax. Detta gäller enligt NOU redan idag. Det bör dock framgå av lagtexten för att undvika eventuella missförstånd. Statskontoret har dock fått i uppdrag att ge förslag på ändringar i 6 kap. för att underlätta för elektronisk handel. Statskontoret skall presentera sina förslag för regeringen den 1 december 1999. Enligt uppgift arbetar Statskontoret med ändringförslag avseende möjligheten att lämna anbud med e-post.<sup>300</sup> Vidare pågår inom EU-kommissionen ett omfattande arbete med att ändra upphandlingsdirektiven för att främja elektronisk handel.

Att lämna anbud per telegram får anses som en obsolet metod som bör strykas ur lagen.

### 12.5.4 Implementeringstid

Kommittén föreslår att det skall framgå av förfrågningsunderlaget den tid som beräknas löpa från det att avtal om upphandlingen sluts till det att leverans av vara eller tjänst påbörjas (implementeringstid). I de flesta fall vet den upphandlande enheten när den behöver en viss vara eller tjänst. Det underlättar för leverantören att på ett tidigt stadium, dvs. före anbudslämnande, får reda på hur lång tid han har på sig att förbereda en leverans. Vid till exempel byggtreprenader, som enligt 6 kap. kan uppgå till avsevärda belopp, måste den upphandlande enheten inte sällan kontraktera underleverantörer, anställa personal och anskaffa maskiner. Anser leverantören att han inte inom den utsatta tiden hinner anskaffa behövliga resurser kan han avstå från att lämna anbud om han vet att den utsatta implementeringstiden inte är tillräcklig för honom. På så sätt får också den upphandlande enheten in anbud från leverantörer som med större säkerhet har de resurser som behövs för att leverera på utsatt tid.

<sup>300</sup> "Elektronisk upphandling under tröskelvärdena", rapport nr 1999:39 och dnr 1999/0279-5.

Hur lång implementeringstiden bör vara, får avgöras med utgångspunkt i den enskilda upphandlingen samt med iakttagande av 1 kap. 4 §.

### 12.5.5 Form för prövning av anbud

Enligt 6 kap. 12 § LOU skall antas antingen det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller det anbud som är lägst i pris. Valet av form för prövning av anbud indikerar starkt vad den upphandlande enheten lägger vikt vid i sin upphandling. Kommittén anser därför att det bör framgå av lagen att den upphandlande enheten, i förfrågningsunderlaget, skall ange vilken form som enheten tänker tillämpa vid sin anbudsprövning.

### 12.5.6 Rangordning av utvärderingskriterierna

Det har sedan länge varit känt att fri prövningsrätt inte får förekomma vid offentlig upphandling.<sup>301</sup> Enligt de nu gällande reglerna skall de kriterier som den upphandlande enheten tänker tillämpa vid utvärdering av anbudena ”om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med det viktigaste först”. Det innebär att den upphandlande skall om det är möjligt rangordna kriterierna. Detta skall enligt NOU tolkas restriktivt, endast när det inte är möjligt att redan i annonsen eller förfrågningsunderlaget ange rangordningen, får man avstå från detta.<sup>302</sup> Kommittén har genom kontakter med inköpare och leverantörer erfarit att många upphandlande enheter tolkar reglerna på så sätt att huvudregeln är att kriterierna inte behöver rangordnas. Kommittén föreslår därför en ändring såtillvida att endast om särskilda skäl föreligger, får den upphandlande enheten underlåta att ange kriteriernas angelägenhetsgrad. Vidare skall det viktigaste kriteriet anges först. Syftet med förslaget är att leverantörer skall ges bättre möjligheter att bedöma vad den upphandlande enheten prioriterar. Då kan leverantören på ett bättre sätt kalkylera vilka resurser som kommer att behövas för att på ett tillfredsställande sätt tillhandahålla efterfrågade varor och tjänster. Rangordning torde därmed medföra att den upphandlande enheten får bättre och mer ändamålsenliga anbud. Den leverantör som inte anser sig kunna uppfylla kriterierna kan avstå från att lämna anbud. På så vis besparas leverantören kostnader för att

<sup>301</sup> Se t.ex. NJA 1998, s. 873.

<sup>302</sup> NOU:s dnr 264/95-26.

lämna anbud och upphandlande enheten kostnader för att utvärdera dessa.

Särskilda skäl att underlåta rangordning kan föreligga vid teknisk komplicerade varu- och tjänsteupphandlingar där det inte är möjligt att på förhand fastställa varken kravspecifikation eller utvärderingskriterier. Vid dessa s.k. teknikupphandlingar anskaffar den upphandlande enheten något som inte finns på marknaden. Det råder i dessa upphandlingar en osäkerhet om hur den tekniska lösningen avseende ett visst behov hos den upphandlande enheten kan tillgodoses.

## 12.6 Obligatorisk publicering i elektronisk databas

### 12.6.1 Inledning

Vid upphandling i enlighet med de direktivstyrda reglerna krävs i de flesta fall att publicering av aktuell upphandling sker i EU:s elektroniska databas Tender Electronic Daily (TED). Inom EU pågår ett intensivt arbete med att ändra direktiven så att elektronisk upphandling kan underlättas. Kommittén anser att en obligatorisk annonsering i databas för förenklade upphandlingar kommer att skynda på utvecklingen av elektronisk upphandling.

I NOU:s rapport "Effekter av lagen om offentlig upphandling" uppges att det förmodligen finns ytterligare besparingar att göra om annonsering görs i större utsträckning vid upphandlingar under tröskelvärdena. Av den vidtagna undersökningen inför rapporten visade det sig att andelen upphandlande enheter som ansåg att besparingar hade kunnat göras tack vare LOU var störst i den grupp som hade ökat annonseringen.<sup>303</sup>

Från flera håll har framförts att främst små och medelstora företags möjligheter att delta i offentlig upphandling skulle öka om även upphandlingar under tröskelvärdena annonserades. Det har framförts att det är vanligt att de upphandlande enheterna vanligen vänder sig till större och väletablerade företag när enheterna inforrdar anbud genom skrivelse. Små och medelstora företag har även p.g.a. resursskäl stora svårigheter att bevaka och få vetskap om vad som pågår på upphandlingsmarknaden.<sup>304</sup>

<sup>303</sup> Nämnden för offentlig upphandling, Effekter av lagen om offentlig upphandling, s. 55.

<sup>304</sup> Se avsnitt 7.3.1.



Kravet på obligatorisk publicering i databas kan medföra att upphandlingsförfarande enligt 6 kap. blir mer formaliserat än tidigare.

Vidare varierar leverantörernas datormognad bl.a. beroende av företagens storlek. Företrädare för branschen har uttalat att 60-70 procent av de små och medelstora företagen har tillgång till internet. Detta innebär inte att datormognaden i form av användande av datorer är fullt så utvecklad. En stadig utveckling sker dock avseende små och medelstora företags användning av IT, t.ex. har ungefär 30 procent av dessa företag en egen hemsida. De små och medelstora företagen har enligt undersökningar en hög tilltro till att internet kommer att ha en stor betydelse för dem inom ett par år.<sup>305</sup>

Det föreslagna systemet är inte kostnadsfritt. Enligt uppgift från några av de aktörer som kan erbjuda tjänsten idag ligger kostnaden för ett företag som vill abonnera på bevakning av de upphandlingar som görs mellan 1 200 kr till 6 000 kr per år beroende på hur många upphandlande enheter som skall bevakas. Annonserarna behöver inte betala för att annonsera men kommer givetvis att i slutändan att bära kostnaderna genom att leverantörernas kostnader ligger till grund för prissättningen. Att anslagsfinansiera verksamheten och göra detta till en helt statlig uppgift är inte lämpligt eftersom det redan idag finns en mängd privata aktörer som erbjuder dessa tjänster.

Enligt de privata aktörer som erbjuder databastjänster så föreligger för dem inga tekniska problem med att genomföra ett obligatoriskt annonseringskrav i elektroniska databaser.

Mot bakgrund av att små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling bör främjas, att ökad konkurrens leder till bättre kvalitet och lägre priser för de upphandlande enheterna och att utvecklingen mot elektronisk upphandling främjas föreslår kommittén att krav införs avseende obligatorisk annonsering av förenklade upphandlingar i elektroniska databaser.

Att driva dessa databaser bör inte vara en statlig uppgift. Kommittén anser att det får vara upp till marknadskrafterna att utveckla system som är attraktiva för de upphandlande enheterna och leverantörerna.

Förslaget ställer dock ökade krav på upphandlande enheters och leverantörers datorkompetens vilken i dag får anses vara under utveckling. I princip samtliga upphandlande enheter får anses ha tillgång till den behövliga tekniken. Utvecklingen på leverantörssidan är något mer oklar. Med anledning av detta föreslår kommittén att infordrande av anbud genom skrivelse, tidningsannons eller på annat sätt fortsättningsvis bör kunna användas som

<sup>305</sup> [www.smelink.se](http://www.smelink.se)

ett komplement till den obligatoriska annonseringen. Detta får dock tidigast göras samma dag som annonsen publicerades.

Kommittén föreslår också att regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får föreskriva övergångsbestämmelser med anledning av bestämmelserna om obligatorisk annonsering.

### 12.6.2 Elektronisk databas för offentlig upphandling godkänd av tillsynsmyndigheten

Det krävs för att tillräcklig konkurrens skall uppnås, att den databas som den upphandlande enheten väljer är allmänt känd för leverantörer, åtminstone i det produkt- eller tjänsteområde som upphandlingen avser. Databasen skall vara så välkänd att den upphandlande enheten genom att publicera sin ansökningsinbjudan uppnår tillräcklig konkurrens. I en sådan bedömning bör ingå antalet leverantörer som besöker eller prenumererar på databastjänsten, antalet dagar ett anbud får ligga i databasen etc. Att en enheten lägger ut en annons på sin egen hemsida kan i allmänhet inte anses vara en tillräcklig åtgärd.

Tillsynsmyndigheten föreslås godkänna de databaser, som i enlighet med de objektiva kriterier som tillsynsmyndigheten har uppställt, kan anses uppfylla krav på allmän spridning av upphandlingsannonser bland leverantörer i aktuell bransch. Tillsynsmyndigheten föreslås också tillhandahålla en lista över dessa elektroniska databaser. Denna lista och de kriterier som gäller för godkännandet skall publiceras på myndighetens hemsida så att alla som vill kan ta del av dem. Tillsynsmyndighetens beslut om att inte godkänna en elektronisk databas skall kunna överklagas till länsrätten.

### 12.6.3 Annonsen

Utformningen av annonsen samt antalet dagar annonsen skall publiceras får bestämmas utifrån huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU och vad i övrigt anges i lagen. Annonsen kan innehålla en länk till den upphandlande enhetens hemsida där ytterligare information, t.ex. förfrågningsunderlag kan hämtas.

### 12.6.4 Undantag från annonseringsplikt

Förenklad upphandling med endast en leverantör skall, enligt kommitténs förslag, undantas annonseringsplikten. Vid sådan upphandling räcker det

med att den upphandlande enheten infordrar anbud genom skrivelse. Skrivelsen skall vara utformad i enlighet med huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU.

Vid direktupphandling ställs, i enlighet med den föreslagna definitionen i 1 kap. 5 §, inget krav på annonsering.

## 12.7 Fixerade anbudstider

Det har framförts önskemål om att i lagen fixera anbudstider. Detta skulle kunna underlätta inte minst för mindre och nyetablerade företags deltagande i upphandling. Ett problem är att en generell fixering av anbudstider skulle kunna medföra att upphandling enligt 6 kap. LOU blir att för formaliserad och inflexibel. För att även nyetablerade företag skall kunna lämna anbud bör de upphandlande enheterna även i fortsättningen, i sin bedömning av vad som är skälig tid att lämna anbud, ta hänsyn till dessa företags förutsättningar att delta. Kommittén anser inte att anbudstiderna vid förenklad upphandling skall fixeras i lag.

## 12.8 Ändringar så att vissa regler över respektive under tröskelvärdena blir lika

### *Inledning*

I syfte att underlätta tolkningen av LOU föreslås att vissa bestämmelser i 6 kap. LOU görs identiska med motsvarande regler över tröskelvärdena. De bestämmelser som avses i 6 kap. har ursprungligen tillkommit efter förebild av bestämmelser i 1 kap. I några fall har bestämmelserna i 1 kap. ändrats utan att motsvarande ändring skett i 6 kap. I andra fall återfinns samma paragrafer i 1 och 6 kap. De paragrafer som föreslås vara identiska i 1 och 6 kap., föreslås gälla för 6 kap. genom att en hänvisning i 6 kap. 1 §.

### *Hänvisning till viss vara eller viss process*

I 6 kap. 3 § finns en regel som säger att den upphandlande enheten inte får hänvisa till viss vara eller viss process i t.ex. förfrågningsunderlaget om inte särskilda skäl föreligger. Paragrafen infördes efter mönster av 1 kap. 16 §. Bestämmelsen i 1 kap. har sedermera ändrats och förtydligats utan att

motsvarande ändring gjorts i 6 kap. Kommittén föreslår att 1 kap. 16 § skall tillämpas vid upphandling enligt 6 kap. LOU.

### ***Förtydligande och komplettering av anbud och anbudsansökan***

I 6 kap. 8 § anges att en upphandlande enhet *får medge* att ett anbud förtydligas och kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. I 1 kap. 21 § första stycket anges att enheten *får begära* att ett anbud eller en ansökan förtydligas eller kompletteras. Ordvalet tyder på att det i 6 kap. är leverantören som tar initiativ till handlingen medan det i 1 kap. sker på initiativ av den upphandlande enheten. Kommittén anser att sådant förtydligande och komplettering som avses i bestämmelsen, skall ske på begäran av den upphandlande enheten. Anledningen är att leverantörerna skall lämna in så kompletta anbud som möjligt. I konsekvens med att det införs ett selektivt förfarande föreslås den upphandlande enheten få medge att en anbudssökande rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel även i en leverantörs ansökan om att få lämna anbud. Mot denna bakgrund föreslår kommittén att 1 kap. 21 § första och andra styckena skall tillämpas vid upphandling enligt 6 kap. LOU.

### ***Förkastande av orimligt låga anbud***

I 6 kap. 12 § tredje stycket återfinns regler om förkastande av orimligt låga anbud. Denna bestämmelse har införts efter förebild av 1 kap. 23 § första stycket. Bestämmelsen i 1 kap. 23 § har därefter förtydligats utan att motsvarande ändring gjorts i 6 kap. Kommittén föreslår att vid upphandling enligt 6 kap. skall 1 kap. 23 § tillämpas.

Enligt gällande lydelse i 6 kap. får den upphandlande enheten förkasta anbud som den anser vara orimligt lågt, dock först sedan enheten begärt förklaring till det låga anbudet och inte fått tillfredsställande svar. Den föreslagna ändringen innebär att följande tillägg görs. ”Hänsyn får tas endast till förklaringar som kan godtas på objektiva grunder, såsom kostnaderna i tillverkningen eller utförandet, de tekniska lösningarna, och originaliteten i anbudsgivarens förslag.”

### ***Uteslutningsgrunder***

I 6 kap. 9 § behandlas situationer då en leverantör får uteslutas från deltagande i upphandlingen. I paragrafens första stycke 2 anges att en

leverantör får uteslutas om han gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Till denna text har följande tillägg gjorts ”och den upphandlande enheten kan visa detta”. Tillägget har sin motsvarighet vid upphandling över tröskelvärdena (1 kap. 17 §).

I 6 kap. 9 § andra stycket 3 sägs att en leverantör får uteslutas om han inte fullgjort sina åligganden avseende svenska skatter eller socialavgifter. Punkten ändras så att även utländska leverantörer som inte fullgjort sina skatts- och avgiftsskyldighet i det egna landet får uteslutas från deltagande i en upphandling. Ändringen har sin motsvarighet i 1 kap. 17 § vid upphandling över tröskelvärdena.

### ***Förvaring av handlingar***

I 6 kap. 15 § och i 1 kap. 24 § återfinns i stort sett samma regler avseende förvaring av handlingar. Kommittén föreslår att 6 kap. 15 § utgår och att 1 kap. 24 § även skall gälla vid upphandling enligt 6 kap.

## **12.9 Branschsaneringsutredningens förslag till ändringar i 6 kap.**

### **12.9.1 Sammanfattning**

Branschsaneringsutredningen har sett över LOU i syfte att minska möjligheterna för oseriösa företag att genom ekonomisk brottslighet konkurrera ut seriösa företag vid leverans av varor och tjänster till den offentliga sektorn. Genom illojal konkurrens rubbar sådana företag spelreglerna för marknadsekonomin, som t.ex. bestämmelserna i LOU är ett uttryck för. Branschsaneringsutredningens förslag har tagit sikte på upphandling enligt såväl de direktivstyrda bestämmelserna som bestämmelserna i 6 kap. LOU.<sup>306</sup> Kommittén skall enligt sina direktiv endast beakta de förslag som branschsaneringsutredningen lämnat avseende 6 kap. LOU.

<sup>306</sup> SOU 1997:111 s. 449.

## 12.9.2 Förkasta orimligt låga anbud

### ***Branschsaneringsutredningens överväganden och förslag***

*Branschsaneringsutredningens förslag:* "Den upphandlande enheten skall förkasta orimligt låga anbud som anbudsgivaren inte kunnat ge någon rimlig förklaring till".

Ett stort problem med ekonomisk brottslighet är den illojala konkurrensen. Oseriösa företag kan genom att inte följa de regler som gäller för näringsverksamheten, erbjuda lägre priser och därigenom konkurrera ut seriösa företag.

Av en undersökning Riksrevisionsverkets<sup>307</sup> gjort på uppdrag av regeringen framgår att endast 31 procent av de tillfrågade upphandlande enheterna ifrågasätter anbud med orimligt lågt pris. Flera myndigheter, fackförbund och branschorganisationer som branschsaneringsutredningen varit i kontakt med har gjort gällande att den offentliga sektorn regelmässigt upphandlar till priser som är helt orealistiska med hänsyn till bl.a. personalkostnader per arbetad timme. Flera branschorganisationer har angivit att de upphandlande enheterna inte vinnlägger sig om att ingående bedöma anbuden så att underprissättning avslöjas och medvetet fuskande företag diskvalificeras. I många fall anser organisationerna att kravet på låga priser får spela en allt för stor roll.

Branschsaneringsutredningen uppmärksammar problemet, som redan finns i och med nuvarande reglering, med att veta när ett anbud är att anse som orimligt lågt.<sup>308</sup>

### ***Kommitténs bedömning***

I enlighet med flera av remissinstanserna anser kommittén att det är alltför långtgående att kräva att den upphandlande enheten *skall* förkasta orimligt låga anbud. För att kunna bedöma om ett anbud är orimligt lågt måste den upphandlande enheten dels kunna avgöra vad som är orimligt lågt, dels avgöra om en förklaring är tillfredsställande eller inte. Dessa

<sup>307</sup> Under år 1996 sände RRV ut en enkät till 104 kommunala, landstingskommunala och statliga myndigheter för att utreda hur kontrollen av leverantörer i samband med upphandling kan fördjupas i syfte att förebygga ekonomisk brottslighet. Svarsfrekvensen var 75 procent.

<sup>308</sup> SOU 1997:111, s. 495 ff.

två moment kräver skönsmässiga bedömningar som emellanåt är svåra att göra.

Vidare är det vanligt att företag tillämpar låga priser vid marknadsföring av nya produkter. Ett system där förklaring alltid krävs till orimligt låga priser kan komma att upplevas såsom mycket byråkratiskt. Vidare innebär ett sådant krav att upphandlingsprocessen kommer att fördröjas. Kommittén anser att det är tillräckligt med att det vid förenklad upphandling finns en möjlighet för den upphandlande enheten att inte godta orimligt låga anbud.

### 12.9.3 Kontroll av registrering i utländska företagsregister

#### *Branschsaneringsutredningens överväganden och förslag*

*Branschsaneringsutredningens förslag:* ”Kontrollen av om en leverantör är registrerad i företagsregister skall även avse utländska näringsidkares registrering i sådant register.”

Vid upphandling enligt 6 kap. skall den upphandlande enheten innan ett skriftligt anbud antas, om det inte är onödigt, kontrollera att leverantören är registrerad i aktie-, handels- eller föreningsregistret. En upphandlande enhet skall i förfrågningsunderlaget eller dylikt ange på vilket sätt leverantören kan lämna upplysningar om registrering. En upphandlande enhet får inte anta ett anbud, om leverantören inte är registrerad i ett sådant register, under förutsättning att registerskyldighet föreligger.

Hänvisningen till aktiebolags-, handels och föreningsregistret markerar att det är fråga om svenska företagsregister.

För att upprätthålla konkurrensen och motverka företag som håller sig undan registrering saknar det naturligtvis betydelse om företaget är svenskt eller utländskt. För svenska företag som utsätts för registreringskontroll, är det angeläget att motsvarande kontroll görs även för utländska företag. I annat fall kan utländska företag få en konkurrensfördel.<sup>309</sup>

<sup>309</sup> SOU 1997:111, s. 507 f.

**Kommitténs bedömning**

Kommittén har inte erfarit att det föreligger något problem med utländska leverantörer som inte är registrerade i bolagsregister. Det föreligger snarare ett problem med att det knappt förekommer några anbud från utlandsbaserade leverantörer vid förenklade upphandlingar. Kommittén anser att det för närvarande inte finns något behov av den av branschsaneringsutredningen föreslagna bestämmelsen eftersom det innebär ett åliggande för den upphandlande enheten som är alltför tids- och kostnadskrävande i förhållande till de fördelar som kan vinnas.

Den upphandlande enheten kan enligt kommitténs förslag (6 kap. 8 § första stycket 2) uppställa krav på att leverantören är registrerad i ifrågavarande register och att han lämnar bevis, intyg m.m. avseende registreringen. Uppfyller leverantören inte ställda krav skall den upphandlande enheten förkasta anbudet.

## 12.9.4 Kontroll av registrering i utländska register för skatter- och avgifter

**Branschsaneringsutredningens överväganden och förslag**

*Branschsaneringsutredningens förslag:* "Kontrollen av om en leverantör är restförd för skatter och socialavgifter skall, om näringsidkaren är registrerad i utlandet, avse även utländska skatter och avgifter."

Branschsaneringsutredningen motiverar sitt förslag med samma argument som framförts under 12.9.3.<sup>310</sup>

**Kommitténs bedömning**

Kommittén föreslår att en upphandlande enhet får utesluta den leverantör som inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i Sverige. Nuvarande lagstiftning omfattar enbart svenska skatter och avgifter. Ändringen innebär att reglerna i 1 kap. 17 § och i 6 kap. får samma innebörd. Den upphandlande enheten ges därmed möjlighet att ta hänsyn till om leverantören generellt sett fullgör sina åligganden avseende skatter och avgifter. Det branschsaneringsutredningen föreslår avseende kontroll av utländska leverantörer i

<sup>310</sup> SOU 1997:111, s. 508.



detta avseende, innebär ett åliggande och en kostnad för den upphandlande enheten. Den upphandlande enheten bör för att undvika förseningar i det enskilda upphandlingsförfarandet på förhand utröna vilka myndigheter m.m. i de olika medlemsländerna som enheten skall vända sig till för att kontrollera leverantören. I dagsläget anser kommittén anser att det inte är befogat att ställa detta krav på de upphandlande enheterna. Motivet är även detsamma som anförts under 12.9.3, dvs. att ytterst få utländska anbud erhålls vid förenklade upphandlingar. Det bör i dessa fall vara upp till den upphandlande enheten själv att avgöra om den ifrågavarande kontrollen av leverantören skall göras. Kommittén anser att det i dagläget inte finns tillräckligt starka skäl för att införa den av branschsaneringsutredningen föreslagna ändringen.

### 12.9.5 Uteslutningsgrunder skall även omfatta den juridiska personens företrädare

#### ***Branschsaneringsutredningens överväganden och förslag***

*Branschsaneringsutredningens förslag:* ”De krav som idag får ställas på en leverantör (som kan vara både en fysisk eller juridisk person) när det gäller att dels inte ha dömts för brott i näringsverksamheten, dels inte ha gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen utvidgas till att omfatta även den juridiska personens företrädare (verkställande direktör och styrelseledamöter).”

Enligt nuvarande lydelse av 6 kap. 11 § kan en leverantör – fysisk eller juridisk person – uteslutas från deltagande i offentlig upphandling om han är dömd för brott avseende yrkesutövningen enligt lagkraftvunnen dom. Detsamma gäller om någon gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Bestämmelsen har sin motsvarighet i 1 kap. 17 §. En juridisk person kan emellertid inte dömas för brott enligt svensk straffrätt, vilket är möjligt i en del andra EU-länder. Vidare kan ekonomisk brottslighet utövas av fysiska personer med den juridiska personen inte bara som täckmantel utan också, helt eller delvis, som offer. Generellt gäller att vinningen av ekonomisk brottslighet ofta kommer fysiska personer till del och inte den juridiska personen.<sup>311</sup>

<sup>311</sup> SOU 1997:111, s. 498 f.

**Kommitténs bedömning**

Förslaget mottogs positivt av remissinstanserna.

Kommittén instämmer med branschsaneringsutredningens överväganden och föreslår att 6 kap. 9 § första stycket 3 och 4 även skall omfatta den juridiska personens företrädare. Kommittén går dock steget längre och föreslår att även den som handlar på leverantörens vägnar skall omfattas av 6 kap. 9 § första stycket 3 och 4. Härmed avses t.ex. firmatecknare som inte är bolagets företrädare och leverantörens anställda. Denna kategori skall dock enbart omfattas av bestämmelsen såvitt det har betydelse för den enskilda upphandlingen. Den upphandlande enheten skall t.ex. kunna utesluta en leverantör som har en anställd som är dömd för brott i yrkesutövningen enligt lagakraftvunnen dom. Uteslutning får endast ske i de fall då leverantörer låter den anställda arbeta med det som upphandlas och detta har betydelse i den enskilda upphandlingen. De åtgärder som den upphandlande enheten vidtar och de krav enheten uppställer skall vara proportionerliga i förhållande till det som upphandlas.

### 12.9.6 Kontroll av teknisk förmåga och kapacitet samt finansiell och ekonomisk ställning

**Branschsaneringsutredningens överväganden och förslag**

Branschsaneringsutredningens förslag: ”Den upphandlande enheten skall få kontrollera en leverantörs tekniska förmåga och kapacitet samt ekonomiska och finansiella ställning”.

För upphandling över tröskelvärdena får en upphandlande enhet begära upplysningar om en leverantörs tekniska förmåga och kapacitet samt om hans finansiella och ekonomiska ställning (1 kap. 18 § andra stycket). Någon motsvarande regel finns inte under tröskelvärdena. Frågan om en leverantörs tekniska förmåga och kapacitet samt finansiella och ekonomiska ställning är centrala för att bedöma om en anbudsgivare kan uppfylla sin del av avtalet. Det borde därför ligga i sakens natur att en sådan prövning alltid kan göras. Med hänsyn till att en sådan kontroll uttryckligen får ske över tröskelvärdena bör i förtydligande syfte en motsvarande bestämmelse föras i 6 kap.<sup>312</sup>

<sup>312</sup> SOU 1997:111, s. 510.

***Kommitténs bedömning***

Kommitténs bedömning är att en upphandlande enhet redan idag kan ställa dessa krav. Att införa motsvarande regler under tröskelvärdena kan komma att innebära en begränsning av vilka krav den upphandlande enheten får ställa på leverantören vid upphandlingar enligt 6 kap. Kommittén anser att den upphandlande enheten skall ha friheten att utforma dessa krav inom ramen för 1 kap. 4 §.

**12.9.7 Ange underleverantörer*****Branschsaneringsutredningens förslag***

*Branschsaneringsutredningens förslag:* ”Den upphandlande enheten skall få begära att anbudsgivaren redovisar vilka delar av upphandlingskontraktet som han avser att lägga ut på annan.”

***Kommitténs bedömning***

När branschsaneringsutredningen utformade sina förslag fanns regler om att den upphandlande enheten, vid upphandling av byggentreprenader och tjänster, i förfrågningsunderlaget fick begära att den anbudsgivaren redovisar vilka delar av upphandlingskontraktet som han avser att lägga ut på någon annan (tredje man). Sedermera har en generell regel med detta innehåll införts i 1 kap. 18 a § LOU.<sup>313</sup>

Enligt kommitténs bedömning kan en upphandlande enhet vid upphandling enligt 6 kap. redan idag ställa krav på att den upphandlande enheten redovisar vilka delar av upphandlingskontraktet som han avser att lägga ut på annan. Kommittén anser inte att en ytterligare reglering behöver ske.

<sup>313</sup> SOU 1997:111, s. 510 ff.

## 12.10 Tvåstegsförfarande: leverantörskvalifikation och anbudsprövning

För att undvika att upphandlingskontrakt endast tecknas med den leverantör som har längst erfarenhet eller störst finansiella tyngd föreslår kommittén att ett tvåstegsförfarande även skall gälla vid förenklad upphandling.<sup>314</sup> Syftet är att det anbud skall antas som synes vara det bästa i den aktuella upphandlingen.

Ett tvåstegsförfarande innebär att den upphandlande enheten först prövar om anbudsgivarna uppfyller de krav som ställs på leverantören för att sedan pröva anbudet. Den upphandlande enheten skall inte i anbudsutvärderingen gå tillbaka till kvalifikationsfasen för att beakta ställda krav en andra gång och eventuellt höja de angivna kraven. De kvalifikationskrav som angivits i annonsen eller förfrågningsunderlaget skall vara proportionerliga och vid en ev. höjning av "ribban" riskerar den upphandlande enheten att bryta mot denna princip.

De två förfarandena kan inledningsvis pågå parallellt. Om ett anbud visar sig vara prismässigt helt oacceptabelt (vida överstiger budgeten) behöver den upphandlande enheten inte nödvändigtvis genomföra en kvalificering. Detsamma gäller om anbudet uppenbarligen inte uppfyller ställda kvalitetskrav.

Det kan finnas ett berättigat behov av att kunna gå tillbaka till kvalifikationsfasen vid s.k. teknikupphandling, dvs. där enheten upphandlar en produkt som inte finns vid upphandlingstillfället utan skall utvecklas av den valda leverantören. Den upphandlande enhetens behöver i dessa fall kunna kontrollera om en anbudsgivare har tekniska och ekonomiska förutsättningar för att ta fram och leverera den föreslagna produkten. I normalfallet skall dock kvalificeringen och anbudsutvärderingen ske i två separata faser.

## 12.11 Avbruten upphandling

När en upphandlande enhet får avbryta en upphandling och om detta omfattas av LOU är ett flitigt debatterat ämne. NOU har vid nämndsammanträde uttalat att nämnden anser att en upphandling inte får avbrytas utan sakliga skäl. Som exempel nämner NOU att det inträffar en omständighet som den upphandlande enheten inte kunnat råda över.

<sup>314</sup> Jämför 1 kap. 20 a §.

Nämnden anser det sannolikt att själva avbrytandet av en utlyst anbudstävlan, kan prövas enligt LOU.<sup>315</sup> NOU har i ett yttrande påpekat 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).<sup>316</sup>

Göta Hovrätt anser däremot att de föreskrifter som nu gäller på området för offentlig upphandling inte medför någon rätt till skadestånd i de fall en kommun beslutar att avbryta ett inlett upphandlingsförfarande för att istället låta verksamheten bedrivas i egenregi.<sup>317</sup> Svea Hovrätt har intagit en liknande ståndpunkt. Hovrätten anser inte att LOU innehåller någon bestämmelse om skadeståndsansvar för den upphandlande enheten i situationer då upphandlingen avbryts.<sup>318</sup> Båda domarna har överklagats till Högsta Domstolen.

Kommittén föreslår att upphandlingar enligt 6 kap. LOU endast får avbrytas om sakliga skäl föreligger. Sådana omständigheter som kan föranleda ett avbrytande kan vara t.ex. att inga anbud inkommit som uppfyller ställda krav, en ny politisk majoritet har tillsatts som fördrar egenregi framför entreprenad, domstols dom att upphandlingen skall göras om, force majeureliknande omständigheter m.m. De omständigheter som anges bör naturligtvis vara välgrundade för att inte skada leverantörernas tilltro till den upphandlande enhetens upphandling. Ett exempel på avbrytande utan sakliga skäl är om upphandlingen framstår som ett renodlat ”marknadstest” i syfte att stämma av den egna regins kostnadsbild. Om den egna regin däremot deltagit med ett internt bud på samma villkor som andra leverantörer och detta bedöms vara det ekonomiskt mest fördelaktiga alternativet finns inte något hinder mot att förkasta externa bud. Från juridisk synpunkt är ett antagande av ett internt bud att anse som ett avbrytande av upphandlingen. Avbrytandet är i dessa fall sakligt motiverat.

<sup>315</sup> Nämndsammanträde den 18 maj 1999. NOU hänvisar till prop. 1993/94:35, s. 53 f. Och 1994/95:153, s. 16, bet. 1998/99:FiU17, Marknadsdomstolen (dom den 5 mars 1996 i mål nr 6-1996) och förvaltningsdomstolarna (Regeringsrätten meddelade inte prövningstillstånd i Kammarrättens i Sundsvall mål nr 3297-1997).

<sup>316</sup> NOU:s ärende dnr 1999/0077-21.

<sup>317</sup> Göta hovrätts dom den 16 mars 1999 i mål nr T 189/96.

<sup>318</sup> Svea Hovrätts dom den 22 december 1998 i mål nr T 20-98.

## 12.12 Jäv, muta och bestickning

### 12.12.1 Inledning

Regler om förkastande av anbud vid jäv, muta och bestickning fanns i den gamla Upphandlingsförordningen (9 §) och Upphandlingsreglementet (18 §). Syftet med att återinföra dessa regler är främst att upprätthålla leverantörernas tilltro till den offentliga upphandlingen. Om leverantörer har anledning att tro att det inte finns något hinder mot att en upphandlande enhet tar emot ”gåvor” eller har dubbla roller vid anbudsprövningen, föreligger en stor risk för att förtroendet för den offentliga upphandlingen och därmed konkurrensen blir lidande.

### 12.12.2 Jäv

Regler om jäv finns för myndigheter i förvaltningslagen. Dessa regler omfattar dock inte alla upphandlande enheter. Ett ytterligare argument för införande av jävsregler i 6 kap. är att det främst är praktiskt verk-samma inköpare som använder sig av LOU. De är sällan jurister och har därför inte som vana att tillämpa annan lag parallellt med LOU. Enligt kommitténs förslag får en upphandlande enhet inte anta ett anbud om det har lämnats av en fysisk person eller juridisk persons ställföreträdare som hos den upphandlande enheten beslutar eller deltar i handläggningen av upphandlingsärendet. Bestämmelsen kan således innefatta t.ex. en konsult som gjort ett uppdrag under det att upphandlingen förbereddes. Ett anbud får dock endast förkastas om det finns risk för otillbörlig sär-behandling (jämför med icke-diskrimineringsprincipen). Om uppdraget inte kan anses ha givit konsulten otillbörliga fördelar finns inte något hinder mot att anta dennes anbud.

### 12.12.3 Muta och bestickning

Regler om muta och bestickning återfinns i 20 kap. 2 § respektive 17 kap. 7 § brottsbalken. Enligt kommitténs förslag får den upphandlande enheten inte anta ett anbud om anbudsgivaren eller någon på hans vägnar har lämnat, utlovat eller erbjudit muta eller någon annan otillbörlig belöning till den som beslutar eller deltar i handläggningen av upphandlingsärendet. Kommittén anser att en mutad tjänsteman inte kan vara

opartisk i sin bedömning av anbud. I den mån det förekommer korrup­tion inom upphandlingsväsendet skadas tilltron till den offentliga upp­handlingen såväl bland leverantörer som bland allmänheten. Kommitténs förslag innebär även ett förtydligande, i förhållande till 1 kap. 4 § "... utan ovidkommande hänsyn", gentemot företag som överväger möjlig­heten att tillskansa sig uppdrag på ett oseriöst sätt. De riskerar med stor sannolikhet att helt hamna utanför ifrågavarande upphandling.

I vissa fall kan gränsen mellan otillbörligt och tillåten gåva vara svår att dra. Det privata organet "Institutet mot mutor" kan bistå med be­dömningar i sådana fall. Institutets uppgift är att verka för god sed för beslutspåverkan inom näringslivet liksom samhället i övrigt och att söka motverka användningen av mutor och andra otillbörliga förmåner som medel för sådan påverkan.<sup>319</sup>

## 12.13 Obligatorisk dokumentation

Något som det ofta brister i vid offentlig upphandling, enligt de leverantörer och branschföreträdare som kommittén mött, är ordentlig dokumentation av vad som händer i upphandlingsprocessens olika skeden.

Genom att dokumentera upphandlingen på ett riktigt sätt uppfyller den upphandlande enheten också ett av de krav som principen rörande öppenhet (transparensprincipen) ställer på enheten. Anbudsgivare och andra skall således ges möjlighet att ta del av upphandlingen. Detta gäl­ler även upphandlande enheter som inte omfattas av offentlighetsprinci­pen. Sparad dokumentation är även betydelsefull vid händelse av överprövning eller skadeståndstalan. Ett ytterligare syfte med dokumen­ationen är att den upphandlande enheten kan gå tillbaka till tidigare ge­nomförda upphandlingar och inhämta underlag som kan vara till hjälp vid en ny upphandling.<sup>320</sup>

Från leverantörer har förts fram krav på obligatorisk dokumentation av vad som förevarit under referenskontroller, intervjuer med anbudsgi­vare, förhandlingar med anbudsgivare (även vid direktupphandling). Samtliga beslut under anbudsprövningen som inneburit att anbudsgivare uteslutits från prövning eller förkastats skall givetvis kunna redovisas. Som exempel bör följande material finnas i upphandlingsdokumentatio­nen:

<sup>319</sup> Institutets mot mutor hemsida ([www.chamber.se](http://www.chamber.se)).

<sup>320</sup> Nämnden för offentlig upphandling, Vägledning till 6 kap. LOU, s. 62.

- Annonser/ansökningsinbjudan
- förfrågningsunderlag inklusive tilläggsinformation (i förekommande fall)
- sändlista
- ansökningar/anbud
- anbudsförteckning
- öppningsprotokoll, kontroller, utvärderingsprotokoll, protokoll från intervjuer med anbudsgivare, förhandlingsprotokoll m.m.
- tjänsteanteckningar avseende kontakter med leverantörer,
- motiv för val av leverantör,
- skäl för förkastande av anbudsansökningar och anbud
- svarsskrivelser
- avtal/beställning, upprättad rapport m.m.

Det skall även finnas dokumenterat varför den upphandlande enheten valt t.ex. förenklad upphandling där endast en leverantör tillfrågas eller direktupphandling.

## 12.14 Särskilda bestämmelser

Efter önskemål från kommunalt håll lämnar kommittén förslag på en bestämmelse som skall gälla efter det att en upphandling enligt 6 kap. har avslutats. Den förslagna bestämmelsen fanns i de tidigare gällande regelverken för offentlig upphandling (UR, UF).

### *Ändring i avtalade villkor*

Upphandlingskommittén föreslår att ”En upphandlande enhet får överenskomma med leverantör om ändring i avtalade villkor efter avtal tecknats. Därvid skall enheten iakttä 1 kap. 4 §.”

När det gäller avtal som sträcker sig över en längre tid, t.ex. ramavtal, kan ändrade förutsättningar innebära att det finns berättigade skäl att vidta justeringar i redan upphandlade avtal. Sådana förändringar i avtal är inte att betrakta som nya avtal som måste upphandlas på nytt. Det kan t.ex. handla om teknisk utveckling av produkter under avtalstiden eller snabbt sjunkande marknadspriser (jämför med 36 § avtalslagen). Ändringar där de ursprungliga villkoren frångås i större omfattning är dock att betrakta som nya avtal som skall upphandlas på nytt.



## 13 Överväganden och förslag beträffande ändringar i 7 kap. LOU

### 13.1 Inledning

I de kommittédirektiv som ligger till grund för vårt arbete med detta delbetänkande anges att vi skall se över bestämmelserna om skadestånd och undersöka hur andra medlemsländer i Europeiska unionen genomfört rättsmedelsdirektiven i denna del.<sup>321</sup>

En särskild fråga är om skadeståndsskyldigheten är för omfattande för en upphandlande enhet som bryter mot LOU. I doktrinen har gjorts gällande att en tillämpning av det s.k. positiva kontraktsintresset innebär en överkompensation och ett brott mot principen i svensk rätt, att det inte går att få ersättning för utebliven vinst i utomobligatoriska förhållanden eftersom det inte föreligger ett avtal mellan parterna. Dessa kritiska synpunkter har speglats i riksdagsmotioner. I ett betänkande från Finansutskottet sägs att den skadeståndsansättning som kan utgå enligt 7 kap. 6 § LOU, framstår som alltför omfattande.<sup>322</sup>

Från bland annat Svenska Kommunförbundet har framförts en oro för att sanktionssystemet kan bli för effektivt. Om skadestånd m.m. blir för stora kan finnas en risk för att reglerna motverkar sitt syfte genom att kommuner, landsting och statliga myndigheter minskar antalet upphandlingar i stället för att öppna den offentliga sektorn för konkurrens.

<sup>321</sup> Kommittén har uppdragit åt Finansdepartementets rättssekretariat att analysera huruvida den svenska upphandlingslagen och rättspraxis motsvarar de krav EG-direktiven uppställer. Kommittén har även uppdragit till Nämnden för offentlig upphandling att kartlägga hur övriga medlemsländer har införlivat EG:s rättsmedelsdirektiv ifråga om rätten till skadestånd för skadelidande leverantörer. En sammanfattning av kartläggningen redovisas i avsnitt 6, Internationell utblick.

<sup>322</sup> 1997/98:FiU7.

Främst från leverantörshåll har framförts kritik mot att LOU:s preskriptionsregel är extremt kort. Inte något annat medlemsland har en så kort preskriptionstid. Detta kan innebära att det är större svårigheter för leverantörer att ta tillvara sin rätt i Sverige jämfört med andra medlemsländer.

Kommittén kan på grundval av den problembild som utkristalliserat sig i fråga om upphandlande enheters tillämpning av lagen om offentlig upphandling konstatera att det förekommer att upphandlande enheter ställer sig helt utanför regelverket och genomför otillåtna direktupphandlingar. Sådana allvarliga överträdelser av upphandlingslagstiftningen är för närvarande inte åtkomliga med det nuvarande sanktionssystemet. Tillämpning av reglerna om skadestånd förutsätter att det genomförs en upphandling. Även andra allvarliga överträdelser framstår som oåtkomliga med dagens regler om överprövning och skadestånd. I vilken utsträckning sådana allvarliga överträdelser förekommer går inte att fastställa. Kommittén anser sig dock på grundval av det samlade utredningsmaterialet ha ett tillräckligt underlag för en bedömning av behovet av lagstiftning

Kommittén har även på grundval av den problembild som tecknats avseende leverantörers rädsla för att bli svartlistade om de begär överprövning, kommit fram till att fler aktörer bör ges talerätt i upphandlingsmål vid förvaltningsdomstol. Aktörer som avses är den nya tillsynsmyndigheten för offentlig upphandling, Konkurrens- och upphandlingsverket och branschorganisationer

För att Konkurrens- och upphandlingsverket, skall kunna utföra en effektiv tillsyn över offentlig upphandling torde krävas att upplysningsplikten vitessanktioneras.

## 13.2 Rättsmedelsdirektiven

Genom rättsmedelsdirektiven 89/665/EEG och 92/13/EEG åläggs medlemsstaterna att införliva regler om överprövning och skadestånd i sina nationella rättsordningar. De regler om överprövning och skadestånd som finns i 7 kap. LOU bygger således på EG:s rättsmedelsdirektiv. I rättsmedelsdirektiv I, sägs inledningsvis att då man öppnar det offentliga upphandlingsområdet för konkurrens mellan medlemsstaterna, krävs en väsentligt större garanti för insyn och icke-diskriminering. För att detta skall ha påtaglig verkan, måste snabba och effektiva rättsmedel stå till buds i händelse av överträdelse av gemenskapsrättens regler för offentlig upphandling eller av nationell lagstiftning om genomförande av sådana

regler.<sup>323</sup> I artikel 2.1 (c) sägs att medlemsstaterna skall se till att införda bestämmelser om prövning innefattar behörighet att ge ersättning åt en person som skadats av överträdelsen. I rättsmedelsdirektiv II artikel 2.1 (d) sägs att medlemsstaterna skall se till att ha regler som gör det möjligt att tillerkänna skadestånd till dem som lidit skada av en överträdelse.

### 13.3 De svenska skadeståndsreglerna

I den svenska lagen om offentlig upphandling finns bestämmelser om skadestånd i 7 kap. 6 § och 7 kap. 7 § LOU. I det förra lagrummet stadgas följande:

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

I förarbetena konstaterar departementschefen att det enligt rättsmedelsdirektiven skall finnas skadeståndsregler. I fråga om avvägningen mellan det positiva och det negativa kontraktsintresset uttalas att det är av ”värde ur effektivitetssynpunkt att möjligheten till fullt skadestånd finns för den lidna skadan.” Det är således det positiva kontraktsintresset som skall ersättas.<sup>324</sup>

I Karnov kommenteras bestämmelsen på följande sätt:

”I bestämmelsen slås fast att en upphandlande enhet skall ersätta skada för leverantör om skadan har uppkommit till följd av att bestämmelserna i lagen inte har följts. Med ”uppkommen skada” avses inte bara onödiga kostnader m.m. utan även det positiva kontraktsintresset. Den som yrkar ersättning är bevisskyldig för skadan. För att det skall anses att en leverantör drabbats av skada på grund av felet skall han i princip ha förlorat kontraktet till följd därav. Ett undantag från denna huvudprincip stadgas dock i 7 kap. 7 §.<sup>325</sup> Med ”leverantör” avses detsamma som i 1 kap. 5 §, dvs. den som tillhandahåller en vara m.m. Begreppet avser även leverantörer som inte deltagit i upphandlingen. Allmänt beträffande skadeståndets funktion kan noteras att syftet bakom direktivets regler är att åstadkomma ett tryck på de upphandlande enheterna att ha korrekta förfaranden. En leverantör bör kunna utgå ifrån att ett anbud som han lägger ned möda och kostnader på kommer att beaktas på ett rättvist sätt.”<sup>326</sup>

<sup>323</sup> Rådets direktiv 89/665 EEG.

<sup>324</sup> Prop. 1992/93:88 s.46 och 103, 1992/93:FiU5.

<sup>325</sup> Se Lagrådets yttrande, prop. 1992/93:88 s. 140.

<sup>326</sup> Eskil Nord i Karnov 1999/2000, s. 1480.

I 7 kap 7 § LOU stadgas:

”Anbudsgivare eller anbudssökande som deltagit i en upphandling enligt 4 kap. är berättigad till ersättning för kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat hans möjligheter att tilldelas upphandlingen.”

Lagrummet är enligt sin lydelse endast tillämpligt för upphandlingar som görs enligt 4 kap. dvs. inom försörjningssektorerna. Det är ersättning för det negativa kontraktsintresset som kan utgå. För att få sina kostnader täckta behöver anbudsgivaren inte visa att han skulle fått kontraktet om överträdelsen inte skett. Det räcker om han kan visa att hans möjligheter att erhålla kontraktet påverkats menligt av felet.<sup>327</sup> I Karnov hävdas att även om felet kan ha haft en viss betydelse för anbudsprövningen i allmänhet bör ersättning inte utgå i de fall då den upphandlande enheten å sin sida kan visa att leverantören av andra skäl inte skulle ha haft en möjlighet att få kontraktet, t.ex. på grund av att han saknar de tekniska förutsättningarna för att klara de villkor som gällde för upphandlingen. Den som inte deltagit i en upphandling kan inte ha haft några kostnader för deltagandet. Däremot kan han i vissa fall ha förlorat en handelsvinst. Ett yrkande om sådan ersättning skall göras enligt 7 kap. 6 §. Lagrådet har påpekat att tillämpning av denna bestämmelse är oklar med hänsyn till dess samband med den föregående paragrafen.<sup>328</sup>

### 13.4 Det positiva kontraktsintresset

Frågan om vilken beräkningsprincip som skall gälla för skadestånd enligt 7 kap. 6 § LOU slogs fast av Högsta domstolen i NJA 1998 s. 873. En kommun hade vid upphandling av en arkitektjänst antagit ett anbud som inte var det lägsta trots att kommunen på grund av utformningen av förfrågningsunderlaget och annonsen inte på ett tydligt sätt hade uttryckt att något annat än lägsta pris skulle gälla vid anbudsprövningen. Kommunen hade dessutom förbehållit sig ”fri prövningsrätt”. Den anbudsgivare som avgett det lägsta anbudet krävde skadestånd enligt det positiva kontraktsintresset. HD kom fram till att kommunen brutit mot LOU och att den förbigångne anbudsgivaren hade rätt till skadestånd med följande motivering:

”Kommunen har påstått att det positiva kontraktsintresset inte bör ersättas (jfr. Hellner, Skadeståndsrätt, 5 upp. s. 468). Med den uppbygg-

<sup>327</sup> Lagrådets yttrande prop. 1992/93:88 s. 140.

<sup>328</sup> Lagrådets yttrande, prop. 1992/93:88 s. 141.

nad LOU har fått ligger det nära till hands att se saken så att ett kvasi-kontraktsrättsligt förhållande uppkommer mellan den upphandlande och presumtiva anbudsgivare i och med att upphandlingen inleds. Som tingsrätten framhållit har också i förarbetena antagits att det positiva kontraktsintresset skall ersättas (prop. 1992/93:88 s. 46 och 102; jfr. Wahl i JT 1997-98 s 619 ff.). En anbudsgivare som har rätt till skadestånd skall därför försättas i samma läge som om anbudsförfarandet hade fullgjorts på ett riktigt sätt. Vad som förekommit i övrigt i Högsta domstolen rörande skadeståndets beräkning föranleder inte till någon annan bedömning än den tingsrätten gjort.”

Professor Jan Hellner har i sin bok Skadeståndsrätt och i debatten anfört kritik mot utformningen av 7 kap. 6 § och det sätt som det positiva kontraktsintresset har beräknats i praxis. Hellner anser att det vore uppseendeväckande om den som inte har ingått ett avtal och därför inte kommit i tillfälle att utföra kontraktet alltid skulle erhålla en så omfattande ersättning. Det är inte rimligt att i utomobligatoriska förhållanden ge ersättning efter samma principer som vid ett giltigt ingånget avtal. Han tar avstånd från tanken att det fulla positiva kontraktsintresset alltid skulle ersättas och förordar att skadeståndet skall omfatta ett med hänsyn till kostnader och utsikter till vinst skäligt belopp.<sup>329</sup>

Hellner anser att ersättning för det negativa kontraktsintresset bör kunna utgå även utanför försörjningssektorerna och att skadestånd inte skall utgå om det inte är fråga om ett uppsåtligt åsidosättande av reglerna. ”Ehuru 7 kap. 6 § har formuleringen ‘inte följt lagen’, synes det rimligt att (i likhet med vad som sägs i 7 §...och med formuleringen i departementspromemorian Ds 1992:629) skadeståndsansvaret förutsätter ‘åsidosättande’ dvs. en medveten handling. Det är osäkert om i några fall av oaktsamt handlande (en upphandlande myndighet har exempelvis förbisett något papper bland dem som en anbudsgivare har lämnat in) skadeståndsskyldighet kan uppstå.”

I en artikel med kommentar till Högsta domstolens avgörande i det ovan refererade målet beskriver Hellner rättsläget på följande sätt: ”Närhelst ett fel förekommit som skall bedömas enligt 7 kap. 6 § LOU skall den vars anbud skulle ha antagits om intet fel begåtts, ha full ersättning för den vinst som han skulle ha gjort om den antagits. Detta är onekligen förmånligt för den förbigångna parten. I stället för att ha besväret och kostnaden av att fullgöra kontraktet och risken att ha gjort en felbedömning eller att begå kontraktsbrott skall den förbigångne ha fulla vinsten. I detta fall var skadeståndsbeloppet jämförelsevis ringa, men vid stora entreprenader kan ersättningsbeloppen springa upp i höjden. För den upphandlande är konsekvenserna desto dyrbarare. Förutom att den

<sup>329</sup> Hellner, Skadeståndsrätt, femte upplagan 1995 s. 467 ff.

som utför kontraktet skall ha avtalad ersättning (vilket innefattar hans vinst) skall också den förbigångne ha ersättning för den vinst han skulle ha gjort. Om jag tolkat HD rätt är ansvaret rent strikt. Kanske kan den upphandlande också bli skyldig att ersätta andra förbigångna anbudsgivare deras kostnader för upprättande av anbud m.m.”<sup>330</sup>

Hellner anser att, oavsett om man gillar HD:s dom eller inte, är det viktigt att det kommer lagstiftning. ”Osäkerheten i det allmänna rättsläget måste vara besvärande för dem som har att arbeta med stora upphandlingar. De måste ofta balansera på en nålspets när de skall avgöra vilket anbud som skall antas, medvetna om att minsta felsteg kan medföra fatala konsekvenser.”<sup>331</sup>

Docenten Nils Wahl har i en artikel anfört att en begränsning av 7 kap. 6 § till att avse ersättning för endast kostnaderna vore dels direkt felaktig med hänsyn till EG-rättens krav, dels olycklig eftersom det vid sidan av skadestandsreglerna saknas effektiva sanktionsregler för att komma till rätta med direkt felaktiga upphandlingar. Det följer direkt av rättsmedelsdirektiven att en leverantör skall kunna tillerkännas fullt skadestånd. Inte minst talar uppdelningen i två typer av skadestånd i det andra rättsmedelsdirektivet för det. Wahl pekar på att t.ex. Storbritannien har implementerat direktivet på detta sätt. ”I likhet med de andra medlemsstaterna har Sverige att rätta sin lagstiftning efter direktivens krav, alldeles oavsett huruvida dessa strider mot etablerade principer i respektive rättsordning. Att kravet på full ersättning möjligen skulle vara främmande för svenska skadeståndsrättsliga principer är således inget skäl för att vägra sådan ersättning.”<sup>332</sup>

Adj. professorn Curt Riberdahl och förbundsjuristen Ulf Palm är mycket kritiska mot att skadestånd enligt 7 kap. 6 § LOU skall utgå med det positiva kontraktsintresset. De menar att för det första är det principiellt dubiöst att använda det positiva kontraktsintresset eftersom ersättning för utebliven vinst endast utgår när det föreligger ett kontraktsförhållande. För det andra kan det faktum att samma skadestånd skall utgå även för upphandlingar under tröskelvärdena innebära att även upphandlingar till mycket små belopp kan bli föremål för omfattande och tidskrävande processer. För det tredje är det inte ovanligt att käranden är företag som knappast kunnat fullfölja uppdraget om de hade fått kontraktet. För det fjärde menar författarna att skadestandsreglerna tenderar till att upphandlande enheter väljer utvärderingsformen lägsta pris fram-

<sup>330</sup> Juridisk Tidskrift nr 4 1998/99 s. 954.

<sup>331</sup> Juridisk Tidskrift nr 4 1998/99 s. 955.

<sup>332</sup> Svensk Juridisk Tidskrift 197/98 s.620 ff.

för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet på grund av risken för att dra på sig en skadeståndstalan.<sup>333</sup>

Kanslichefen Margareta Hentze och chefjuristen Hans Sylvén, båda tjänstemän på nämnden för offentlig upphandling, har i sin lagkommentar kommenterat skadeståndsbestämmelserna. De menar i motsats till professor Jan Hellner till att börja med att skadestånd bör kunna utgå även på grund av ett oaktsamt handlande från den upphandlande enhetens sida. Det krävs således inte uppsåt för att skadestånd skall kunna dömas ut. Motiven är att skadeståndet är en del av de rättsmedel som medlemsstaterna måste ha för att tillgodose kravet på att bevaka gemenskapsrätten, dels att rättsmedlens kanske främsta syfte är det allmänpreventiva. ”Det kan förväntas att de upphandlande enheterna, som ofta hanterar upphandlingar till mycket höga belopp, har såväl kompetent personal som goda upphandlingsrutiner med ordning och reda”. De hänvisar även till EG-domstolens praxis i målen C-46/93 och 48/93 Brasserie du pêcheur och Factortame där domstolen hävdade att nationella skadeståndsregler inte får göra skadeståndet beroende av att de organ som kan tillskrivas brottet förfarit uppsåtligt eller vårdslöst om brottet innebär en klar överträdelse av gemenskapsrätten.

Hentze och Sylvén delar den uppfattning som framförts av Wahl och andra ifråga om skadeståndsberäkningen. Det är det positiva kontraktssintresset som skall ersättas. Liksom kommissionen framfört i grönboken 3:38 är ersättning för kostnader att förbereda anbud inte på något sätt en full ersättning för den skada som den klagande lidit genom att inte erhålla kontraktet. Leverantören skall vara berättigad till fullt skadestånd, dvs. han är berättigad till ersättning för förlorad handelsvinst. Vid beräkning av denna kan viss ledning fås från köprätten. Den skadelidande leverantören bör åläggas att visa vilka produktionskostnader leveransen skulle ha inneburit, t.ex. genom revisorsgranskning av anbudet. Dessa kostnader skall dras från anbudspriset.

Leverantören är skyldig att om möjligt begränsa skadorna. Om leverantören inte gjort detta, bör detta underlåtande beaktas vid fastställande av skadeståndet. Om ingen bevisning om förlorad handelsvinst kan frambringas torde, om så kan visas, havda kostnader i normalfallet rimligen vara den lägsta gränsen för ersättning av det positiva kontraktssintresset.<sup>334</sup>

### ***Kommitténs bedömning***

Kommittén anser att lagen om offentlig upphandling måste ha regler om skadestånd för leverantörer som blivit förbigångna. Det åligger med-

<sup>333</sup> Svensk Juristtidning 1966 s. 644 ff.

<sup>334</sup> Hentze, Sylvén, Offentlig upphandling s. 472 ff.

lemsländerna att införliva EG:s rättsmedelsdirektiv i sin nationella lagstiftning för att tillgodose kravet på att gemenskapsrätten bevakas. Rättsmedlen syftar främst till att upphandlande enheter skall avhållas från att bryta mot upphandlingsreglerna. En förfördelad enskild leverantör som inte kunnat få till stånd rättelse under upphandlingen skall givetvis kunna få full ersättning för den förlust som drabbat honom till följd av att han gått miste om ett kontrakt som rätteligen borde ha tilldelats honom. Anledning saknas att skilja mellan den situationen att företrädare för den upphandlande enheten uppsåtligen eller av oaktsamhet bryter mot reglerna och den situationen att en regelöverträdelse beror på en missuppfattning om reglernas innehåll eller annat misstag. Skadestånd skall således utgå såväl vid uppsåt som vid oaktsamhet.

I frågan om det är det positiva kontraktsintresset eller det negativa kontraktsintresset som skall ersättas enligt 7 kap. 6 § LOU är det kommitténs inställning att den skadeståndsberättigade skall erhålla samma vinst som han skulle ha fått om avtal hade ingåtts med honom. Utgångspunkten för beräkningen av skadeståndets storlek bör således alltjämnt vara det positiva kontraktsintresset. Detta ställningstagande grundas dels på en tolkning av rättsmedelsdirektiven dels på att reglerna om skadestånd måste vara effektiva från allmänpreventiv synpunkt. Det kan noteras att nästan alla medlemsländer implementerat rättsmedelsdirektiven på detta sätt.

Även om det är det positiva kontraktsintresset som skall ersättas är det emellertid inte givet hur skadeståndet skall beräknas. Kommittén anser det vara naturligt att en skadelidande leverantör vidtar skäliga åtgärder för att begränsa sin skada. Om han försummar detta får han själv bära en motsvarande del av förlusten. Kommittén anser därutöver att skadeståndet skall kunna jämkas om det är oskäligt med hänsyn till den upphandlande enhetens möjligheter att förutse och hindra skadans uppkomst och omständigheterna i övrigt. Vidare måste beaktas att om skadestånden blir för höga kan det finnas en risk att statliga myndigheter, kommuner och landsting väljer att driva en större del av verksamheten i egen regi för att undvika eventuella skadestånd som kan drabba verksamheten. En rädsla att drabbas av höga skadestånd kan få en hämmande inverkan på upphandlingsverksamheten och därmed få en kontraproduktiv effekt. Kommittén anser därför att skadeståndet borde kunna jämkas inom ramen för det positiva kontraktsintresset. Detta innebär att ersättning för utebliven vinst kan komma att jämkas så att skadeståndet omfattar ett med hänsyn till kostnader och utsikter till vinst skäligt belopp.



## 13.5 Preskription

Preskriptionstiden för skadestånd enligt LOU är ett år från den dag då avtal om upphandlingen slöts. Preskriptionstiden regleras inte av upphandlingsdirektiven och kan därför bestämmas helt enligt nationella önskemål. Preskriptionstiden är dock jämfört med andra länder enligt NOU:s rapport mycket kort. I förarbetena anger departementschefen att "Mitt förslag om en tidsfrist på ett år innebär i förhållande till de allmänna reglerna på området i Sverige en markant förkortning. Arbetsgruppens motsvarande förslag har dock utsatts för stark remisskritik med hänsyn till den osäkerhet som denna långa tid skulle innebära för de upphandlande enheterna som därmed inte skulle kunna avsluta sina upphandlingar innan fristen gått ut. Mitt förslag utgår från den olägenheten och önskemålet om att skadeståndsreglerna är effektiva."<sup>335</sup>

De omständigheter som berördes i förarbetena till stöd för den ettåriga preskriptionstiden är idag inte relevanta på grund av att en upphandling idag anses avslutad när avtal sluts med leverantör. En upphandlande enhet kan mycket väl avsluta sin upphandling trots att en eventuell skadeståndstalan kan aktualiseras vid en senare tidpunkt. Dessutom följer de andra medlemsstaterna allmänna preskriptionstider. Den allmänna preskriptionstiden enligt preskriptionslagen är tio år.<sup>336</sup>

### *Kommitténs bedömning*

Kommittén anser att tidsfristen för att begära skadestånd är för kort. Om en leverantör först vänder sig till kommissionen eller till tillsynsmyndigheten med klagomål avseende en upphandling torde en leverantör i normalfallet inte hinna få ett yttrande innan preskriptionstiden löpt ut. Med hänsyn till risken för att stå för rättegångskostnaderna är det naturligt att en leverantör först vänder sig till kommissionen eller tillsynsmyndigheten för att få en tolkning av upphandlingens överensstämmelse med reglerna innan han inleder en skadeståndstalan. Den allmänna preskriptionstiden enligt preskriptionslagen är 10 år. Kommittén anser att en lämplig avvägning kan vara att preskriptionstiden förlängs till två år. Den vanligaste avtalstiden är 2-3 år. Kommittén anser att en upphandlande enhet skall ges möjlighet att inför nästa upphandling åtgärda eventuella fel.

<sup>335</sup> Prop. 1992/93:88 s.47

<sup>336</sup> Hentze, Sylvén, Offentlig upphandling, s. 483

## 13.6 Skärpta sanktioner mot upphandlande enheter som inte följer reglerna

### 13.6.1 Marknadsskadeavgift

I förarbetena till LOU antogs risken för överprövning i kombination med skadeståndsförfarandet utgöra en tillräckligt avskräckande effekt på de upphandlande enheterna för att regelverket skulle efterlevas.<sup>337</sup> En relativt samstämmig bild framträder i den rapport avseende fel och brister vid den offentliga upphandlingen som kommittén beställt från NOU och de hearings och omfattande kontakter som förevarit med företrädare för upphandlande enheter och leverantörer. Den problembild som vuxit fram i kommitténs kartläggning av de upphandlande enheternas hantering av upphandlingslagstiftningen visar att regelefterlevnaden är otillfredsställande.

Klagomål och kritik mot att upphandlande enheter inte följer reglerna har riktats mot nästan alla slags upphandlande enheter. Inte heller regeringkansliets upphandlingar har gått fri från kritik. Sannolikt finns även ett stort mörkertal med avvikelser som inte uppmärksammas av media och inte kommer till NOU:s kännedom. Det är inte heller säkert att avvikelserna blir kända av berörda leverantörer.

Kommittén gör trots detta bedömningen att många upphandlingar sannolikt görs i huvudsaklig överensstämmelse med gällande regler och med en ambition att utnyttja upphandlingen som ett verktyg för att få ut mesta möjliga värde och nytta av skattebetalarnas pengar. Det finns många exempel på upphandlande enheter vars upphandlingsverksamhet präglas av professionalism och höga ambitioner att lojalt följa regelverket. Detta gör det än mera befogat att försöka komma till rätta med de mer eller mindre systematiska avvikelser som visar sig på andra håll. Kartläggningen av fel och brister vid offentlig upphandling visar att den sannolikt mest frekventa avvikelserna från LOU är otillåten direktupphandling. Det förekommer således att upphandlande enheter tar kontakt med och sluter avtal med en leverantör utan att LOU:s bestämmelser efterlevs överhuvudtaget. Detta har på sina håll kommit att bli ett sätt att kortsiktigt "förenkla" arbetet med anskaffningar av varor och tjänster. I praktiken är förfarandet riskfritt. En leverantör som kräver skadestånd av en upphandlande enhet som sluter avtal med en annan leverantör utan något anbudsförfarande har en näst intill omöjlig uppgift.

Andra allvarliga brister som påtalats av NOU är otydliga och otillbörligt styrande kravspecifikationer, godtyckliga utvärderingskriterier

<sup>337</sup> Prop. 1992/93:88

utan rangordning, felaktigheter vid anbudsprovning såsom att den upphandlande enheten tagit nya hänsyn jämfört med vad som angivits i förfrågningsunderlaget. För att komma till rätta med upphandlande enheter som uppsåtligen eller av oaktsamhet underlåter att följa regelverket, t.ex. genom att sluta avtal med leverantörer utan något upphandlingsförfarande trots att detta krävs enligt LOU eller att använda godtyckliga grunder för anbudsprovningen krävs nya former av sanktioner. Kommittén anser att det bör införas en helt ny sanktionsform benämnd marknadsskadeavgift.

Bestämmelser om marknadsskadeavgift bör införas i LOU. Marknadsskadeavgift är inget skadestånd. Sanktionen syftar inte till att ge ersättning till en enskild skadelidande som lidit förlust till följd av den upphandlande enhetens agerande. Syftet är i stället att förebygga den skada som en otillåten direktupphandling eller annat otillbörligt beteende kan föra med sig. Det som står på spel är tilltron till den offentliga upphandlingen och marknaden för offentlig upphandling om en eller flera upphandlande enheter i väsentligt hänseende bryter mot gällande regler.

Lagens grundläggande syften ifråga om att främja rörligheten av varor, tjänster, kapital och arbetskraft samt att ge skydd för leverantörer som konkurrerar om kontrakt i offentlig sektor och som är ett åtagande för Sverige som stat får inte äventyras av enstaka upphandlande enheter som av ett eller annat skäl inte anser sig behöva reglerna.

Syftet med marknadsskadeavgiften är primärt att komma till rätta med överträdelser som det inte går att komma till rätta med inom ramen för det nuvarande regelverket. Marknadsskadeavgiften kan emellertid också tillämpas i situationer när överprovning inte kan ske på grund av att upphandlingen avslutats eftersom avtal tecknats med en leverantör.

Det är inte möjligt att exakt ange de olika situationer då marknadsskadeavgift skall kunna dömas ut. 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 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.

Kommittén anser att det inte finns något som hindrar att Konkurrens- och upphandlingsverket för talan om marknadsskadeavgift vid länsrätten samtidigt med att en leverantör för talan om skadestånd vid tingsrätten.

Talan om marknadsskadeavgift föreslås kunna väckas inom två år efter det att avtal tecknats. En kortare preskriptionstid än två år kan försvåra en effektiv tillämpning av sanktionsformen. Vi föreslår som tidigare nämnts samtidigt att preskriptionstiden för skadestånd utsträcks till två år.

Kommittén anser att marknadsskadeavgift skall vara reserverad för flagranta regelöverträdelser. Ett sådant beteende är typiskt sett skadligt för tilltron till den offentliga upphandlingen och därmed ägnat att skada marknaden för den offentliga upphandlingen. Sanktionen marknadsskadeavgift bör vara kopplad till uppsåt eller oaktsamhet hos den upphandlande enhetens företrädare efter mönster från konkurrenslagen. Marknadsskadeavgift kan på talan av tillsynsmyndigheten dömas ut av länsrätt. Domen skall kunna överklagas till kammarrätt.

Marknadsskadeavgiften bör vara lägst 5 000 kr och högst fem miljoner kronor eller till ett högre belopp dock inte överstigande 20 procent av anskaffningens värde. Vid bedömningen av marknadsskadeavgiftens storlek skall bl.a. beaktas kontraktsvärdet och sannolikheten för att överträdelsen medfört väsentlig skada för marknaden för den offentliga upphandlingen, den upphandlande enheten eller annan vid framtida upphandlingar. Vid ramavtalsupphandlingar där kontraktsvärdet inte klart framgår av kontrakt eller förfrågningsunderlag krävs en särskild beräkningsmodell.

I fall då Konkurrens- och upphandlingsverket beslutar sig för att inte föra talan om marknadsskadeavgift får ”berörd leverantör” utnyttja sin subsidiära talerätt och för talan mot den upphandlande enheten (se avsnitt 13.8).

### 13.6.2 Föreläggande att inte upprepa en viss regelöverträdelse

Kommittén anser att det finns behov av en bestämmelse om förbud mot att en upphandlande enhet upprepar en regelöverträdelse om länsrätten på talan av Konkurrens- och upphandlingsverket bedömt att enheten handlat i strid mot LOU. Ett sådant föreläggande kan användas i fall, som visserligen kan vara lika allvarliga som när det är aktuellt att döma ut marknadsskadeavgift, men som inte täcks upp av uppsåt eller oaktsamhet. Ett föreläggande med förbud att upprepa en regelöverträdelse föreslås kunna förenas med vite.

Vid överträdelse av föreläggande kan länsrätten på talan av tillsynsmyndigheten döma ut vitet. Vitets storlek fastställs av länsrätten. Vitet sätts i förhållande till den upphandlande enhetens ekonomiska förhållanden och till omständigheterna som i övrigt kan antas leda till att föreläggande följs (viteslagen).

I de fall Konkurrens- och upphandlingsverket beslutar att inte föra talan får ”berörd leverantör” subsidiärt föra talan om föreläggande och eventuellt utdömmande av vite.

## 13.7 Vitessanktionerad upplysningsplikt

I LOU föreskrivs en skyldighet för upphandlande enheter att lämna de uppgifter som NOU begär i sin tillsynsverksamhet. Uppgiftsskyldigheten är dock inte sanktionerad med någon påföljd för den upphandlande enhet som underlåter att fullgöra sin upplysningsplikt. I NOU:s tillsynsverksamhet finns flera exempel på att upphandlande enheter trots påstötningar inte lämnat efterfrågade upplysningar. Ett sådant beteende är ägnat att allvarligt försvåra tillsynsmyndighetens arbete. Kommittén föreslår att tillsynsmyndigheten får förelägga en upphandlande enhet att vid vite lämna ut efterfrågade upplysningar. Vitet kan på talan av tillsynsmyndigheten dömas ut av länsrätt. Beslutet kan överklagas till Kammarrätten.

## 13.8 Talerätt i överprövningsmål

### 13.8.1 Talerätt för Konkurrens- och upphandlingsverket

Enligt LOU har endast leverantörer och upphandlande enheter talerätt i överprövningsmål. Kretsen av taleberättigade leverantörer är inte helt klart definierat. Rättsmedelsdirektiven uppställer minimikrav avseende medlemsstaternas rättsmedel. Medlemsstaterna skall "se till att prövningsförfaranden med närmare bestämmelser enligt medlemsstaternas bestämmande införs och kan återopas av var och en som haft intresse av att få kontrakt om viss offentlig upphandling och som har lidit skada eller riskerat att lida skada av en påstådd överträdelse".<sup>338</sup> Enligt EG-domstolen innefattas även "potentiella leverantörer" i den taleberättigade skaran<sup>339</sup>.

I flera sammanhang har leverantörer, branschorganisationer m.fl. understrukit behovet och vikten av att ge tillsynsmyndigheten talerätt i överprövningsmål.

I prop. 1992/93:88 ansåg departementschefen att ytterligare part inte behövde ges talerätt i allmän förvaltningsdomstol. Departementschefen ansåg dock att man skulle avvakta utfallet av en talerätt begränsad till enbart leverantörer. Sedan fick man avgöra om det fanns behov av att ge även andra talerätt. Riksdagens revisorer sade i sitt förslag till riksdagen (1997/98:RR10) att frågan om vilka instanser som skall få väcka talan mot upphandlande enheter bör övervägas vid översyn av upphandlingsreglerna. Av NOU:s rapport "Effekter av lagen om offentlig upphandling" (januari 1998) framgår att omkring 40 % av de tillfrågade leverantörerna övervägt att klaga på en upphandling men avstått främst p.g.a. rädsla för svartlistning. Vidare kan man misstänka att vissa lagöverträdelser sällan eller aldrig beivras eftersom leverantörer inte känner till dem eller är tillräckligt intresserade av att beivra dem. Det kan röra sig om grundläggande regler som inte efterlevs t.ex. annonseringsreglerna. I detta tidiga skede av upphandlingsprocessen anser få leverantörer att det mödan värt att begära överprövning och därmed kan uppenbara regelöverträdelser undgå att beivras. Vidare kan det vara så att sådana regelavvikelser aldrig upptäcks av en leverantör.

På grund av det anförda anser kommittén att Konkurrens- och upphandlingsverket bör ges talerätt i överprövningsmål.

<sup>338</sup> Artikel 1(3) i direktiv 89/665/EEG och artikel 1 (3) i direktiv 92/13/EEG.

<sup>339</sup> C-359/93 Kommissionen mot Nederländerna (UNIX-domen).

### 13.8.2 Talerätt för branschorganisationer

Kommittén anser att även branschorganisationer skall ges talerätt i överprövningsmål. I många överprövningsmål är leverantörerna förhållandevis små och saknar de resurser och kompetens som krävs för att tillvarata sina rättigheter. De upphandlande enheterna har däremot ofta egen kompetens eller åtminstone tillgång till den sakkompetens som krävs vid överprövningar. Genom att ge branschorganisationer talerätt skulle detta stor-liten-förhållande kunna ges en bättre balans. Ett annat tungt skäl för att ge branschorganisationer talerätt är att leverantörer ofta är rädda för svartlistning. Även om en upphandlande enhet ofta ändå kan räkna ut vem som klagat så kan branschorganisationens talerätt vara avgörande för om regelöverskridandet kommer att beivras eller inte. Branschorganisationerna kan också utifrån sina upphandlingskunskaper komma att förhindra klagomål som saknar grund.

Skall branschorganisationernas ges talerätt måste man ställa sig frågan om den skall vara parallell eller subsidiär i förhållande till leverantörens och eventuellt också tillsynsmyndighetens? Här handlar det också om tidsaspektens inverkan på de praktiska möjligheterna att föra talan vid subsidiär talerätt. Branschorganisationerna kan förmodas föra talan i sin medlems intresse och därför föreligger knappast något hinder mot att ge branschorganisationen talerätt jämte leverantören.

Med branschorganisation avses en sammanslutning av leverantörer. Lagtekniskt förelås att definitionen av ordet leverantör utvidgas till att avse även en sammanslutning av leverantörer. För att få överklaga räcker det inte att sammanslutningen har talerätt. Den måste dessutom vara parts- och processbehörig. Rekvisiten för detta finns i 11 kap. 2 § rättegångsbalken. För partsbehörighet krävs att sammanslutningen är en juridisk person, dvs. att den har rättskapacitet. För processbehörighet förutsätts att det finns en behörig ställföreträdare som kan föra sammanslutningens talan.

Andra statliga tillsynsmyndigheter, kommunförbunden, sammanslutningar av arbetstagare, konsumentorganisationer och miljöorganisationer föreslås inte få talerätt i överprövningsmål.

### 13.8.3 Talerätt i marknadsskademål och mål om föreläggande med förbud att upprepa ett visst beteende

Kommittén föreslår att det i första hand är Konkurrens- och upphandlingsverket som skall ha rätt att föra talan om utdömande av marknads-

skadeavgift. Det är i första hand en fråga om att ett av verkets kontrollobjekt brutit mot det regelverk som verket skall utöva tillsyn över. Om verket av något skäl beslutar att inte föra talan, kan andra intressenter ges subsidiär talerätt. "Berörd leverantör" föreslås kunna föra talan i såväl marknadsskademål som mål om föreläggande med förbud att upprepa ett visst beteende. I enlighet med 6 § LIU bör talerätt kunna ges till en förhållandevis stor krets, förslagsvis enskilda leverantörer och branschorganisationer som berörs av beteendet.

Med branschorganisation avses på samma sätt som när det gäller mål om överprövning en sammanslutning av leverantörer. Lagtekniskt förelås att definitionen av ordet leverantör i samband med mål om överprövning, marknadsskadeavgift och föreläggande med förbud att upprepa ett visst beteende att utvidgas till att avse även en sammanslutning av leverantörer.

### 13.9 Förebyggande av regelöverträdelse

Inte sällan beror meningsskiljaktigheter mellan företrädare för upphandlande enheter och leverantörer på bristande kunskaper om regelverket. Onödiga konflikter kan uppstå mellan parterna som en utomstående objektiv instans skulle kunna föregripa. Många företag försöker i det längsta att undvika konfrontation med sina existerande eller potentiella kunder därför att det strider mot företagets policy. Om man eftersträvar långsiktiga och goda affärsrelationer kan domstolsprocesser motverka och förstöra samarbetet i sådana kontrakt som inte berörs av en upphandling där allt inte gått rätt till. En möjlighet här skulle vara att tillsynsmyndigheten efter danskt mönster ges möjlighet att hjälpa till med att informera parterna om gällande rätt innan ett mål anhängiggörs vid domstol. Kommittén anser att tillsynsmyndigheten även bör ges en mer aktiv roll i det förebyggande arbetet och föreslår att en bestämmelse av följande lydelse i tillsynsmyndighetens instruktion.

*För att förebygga regelöverträdelser i ett enskilt fall får Konkurrens- och upphandlingsverket informera den upphandlande enheten och berörda leverantörer om gällande bestämmelser, lämna övriga upplysningar samt aktivt verka för en godtagbar lösning.*



## 14 Författningskommentar

### 1 kap.

#### 5 §

##### *Leverantör*

Till definitionen av leverantörer görs ett tillägg. *Andra meningen* utvidgar definitionen av leverantör avseende 7 kap. 1-2 b och 10 a-b §§ till att även innefatta en sammanslutning av leverantörer. Härmed avses att ge branschorganisationer talerätt i överprövnings- och marknadsskademål samt mål om föreläggande att inte upprepa ett beteende som bedöms stå i strid med 1 kap. 4 § eller annan bestämmelse i LOU.

##### *Formgivningstävling*

Till definitionen av formgivningstävling görs ett tillägg. Med formgivningstävling avses enligt den nuvarande lydelsen en sådan tävling som beskrivs i 5 kap. 28 § första stycket. Tillägget innebär att definitionen kommer att innefatta formgivningstävlingar enligt 6 kap. På dessa formgivningstävlingar ställs dock inte samma formella krav som i 5 kap.

##### *Anbudssökande*

Till definitionen görs ett tillägg med anledning av det nya förfarandet i 6 kap., förenklad selektiv upphandling. Förfarandet medför att anbudssökande även kommer att förekomma vid upphandling enligt 6 kap.

##### *Ansökningsinbjudan*

Begreppet och definitionen är ny. Den anger att ett underlag skall upprättas varigenom den upphandlande enheten inbjuder leverantörer att ansöka om att få lämna anbud. Ansökningsinbjudan används vid förenklad selektiv upphandling.

##### *Förenklad selektiv upphandling*

Definitionen är ny. Förenklad selektiv upphandling är en ny form av upphandling i 6 kap. Den ger alla leverantörer rätt att ansöka om att få lämna anbud. Till skillnad mot förenklad upphandling, får den upphandlande

enheten i ansökningsinbjudan begränsa antalet leverantörer som skall få lämna anbud.

#### *Direktupphandling*

Av den ändrade lydelsen framgår att det inte är något krav att den upphandlande enheten annonserar eller inforrar anbud vid direktupphandling. Omdefinieringen har skett p.g.a. att det oftast är både lämpligt och möjligt från affärssynpunkt att inforra skriftliga anbud eller åtminstone göra prisjämförelser. Direktupphandling omfattas inte heller av det krav på annonsering som är obligatorisk vid förenklade upphandlingar.

### **6 kap.**

#### *1 §*

Första *stycket 2* är nytt och innebär att telekommunikationstjänster skall upphandlas då tröskelvärdet i 5 kap. underskrids.

Paragrafens *andra stycke* anger vilka bestämmelser i 1 kap. som är tillämpliga även vid upphandling enligt 6 kap. Enligt den nya lydelsen hänvisas i *andra stycket* till ytterligare fem paragrafer varav fyra har sin motsvarighet i den nuvarande lydelsen av 6 kap. De paragrafer som avses är 16, 21 första och andra styckena, 23 första stycket och 24 §§.

Hänvisningen till 1 kap. 16 § (bestämmelse om den tekniska beskrivningen av föremålet för upphandlingen) innebär ett förtydligande i förhållande till den nuvarande lydelsen i 6 kap 3 § andra stycket.

Hänvisningen till 1 kap. 21 § första och andra styckena (bestämmelse om komplettering och förtydligande av anbud och anbudsansökningar) innebär en viss ändring i förhållande till den nuvarande lydelsen i 6 kap. 8 §. Det är enligt 1 kap. 21 § den upphandlande enheten som *begär* att ett anbud eller ansökan förtydligas eller kompletteras. Vidare omfattas även ansökningar om att få lämna anbud av bestämmelsen.

Hänvisningen till 1 kap. 23 § första stycket (förkastande av orimligt låga anbud) innebär ett förtydligande i förhållande till den nuvarande lydelsen som återfinns i 6 kap. 12 § tredje stycket.

Hänvisningen till 1 kap. 24 § (förvaring av handlingar) innebär i förhållande till den nuvarande lydelsen i 6 kap. 15 § att även anbudsansökningar skall förvaras på ett betryggande sätt.

## 2 §

Till *första stycket* har gjorts ett tillägg såtillvida att upphandlingar enligt 6 kap. även kan göras genom förenklad selektiv upphandling eller formgivningstävling enligt 6 kap. 5 §.

Paragrafens *andra stycke* har ändrats så att riktlinjer för direktupphandling skall fastställas om det inte är uppenbart onödigt. Detta är en skärpning i förhållande till den nuvarande lydelsen enligt vilken den upphandlande enheten "vid behov" skall fastställa dylika riktlinjer. Skälet till ändringen är att i princip alla upphandlande enheter har ett behov av att fastställa riktlinjer.

Riktlinjer är dock uppenbart onödiga om den upphandlande enheten inte gör några direktupphandlingar eller om enheten under ett år endast har ett fåtal inköp "över disk" som sammanlagt inte uppgår till annat än småsummor. Det kan även röra sig om upphandlande enheter som existerar under en kortare period, t.ex. när två upphandlande enheter går samman och bildar ett bolag för ett projekt som skall pågå under en kortare period.

Av riktlinjerna skall framgå vilka beloppsgränser som den upphandlande enheten tillämpar. Den upphandlande enheten bör vid bestämmandet av vad som är lågt värde bl.a. ta hänsyn till de administrativa kostnaderna för att genomföra en förenklad upphandling och väga det mot små och medelstora företags intresse av att få tävla om upphandlingskontrakt.

Tillsynsmyndigheten skall kunna ingripa i de fall en upphandlande enhet anger beloppsgränser som överstiger vad som generellt sett, bland de upphandlande enheterna, anses vara lågt värde.

Ytterligare riktlinjer kan även behövas. Som exempel kan nämnas krav på att prisförfrågningar och jämförelser görs. Vidare bör i riktlinjerna ingå anvisningar för hur den upphandlande enhetens direktupphandlingar skall dokumenteras. I upphandlande enheter med en decentraliserad organisation behövs ofta en ordning för att hålla reda på hur mycket enheten direktupphandlar för. Även vid direktupphandling skall 1 kap. 4 § iakttas.

## 3 §

Paragrafen har en ny lydelse. I *första stycket* stadgas att den upphandlande enheten får tillämpa förenklad selektiv upphandling om enheten publicerar en ansökningsinbjudan i en elektronisk databas som godkänts av tillsynsmyndigheten. Ansökningsinbjudan definieras i 1 kap. 5 §.

Första och andra styckena i den nuvarande lydelsen av 3 § återfinns i 1 § andra stycket och tredje stycket återfinns i 6 §.

Bestämmelsen i *andra stycket första meningen* anger att valet av leverantörer som skall få lämna anbud skall baseras på de krav som ställts på leverantören i ansökningsinbjudan. De krav som ställs på leverantören skall

vara förenliga med 1 kap. 4 §. Härutöver finns ytterligare krav i 8 och 9 §§ avseende vad som skall framgå av ansökningsinbjudan.

I syfte att underlätta för nystartade företag att delta i förenklade upphandlingar kan det vara viktigt att inte bara ställa krav på att företaget skall ha erfarenhet av det som efterfrågas, dvs. den tjänst eller vara som upphandlas. Det kan räcka med att kräva att det finns personal på företaget som har denna erfarenhet.

Av *andra stycket första meningen* framgår att den upphandlande enheten skall välja ut de leverantörer som skall få lämna anbud utifrån de krav på leverantören (kvalifikationskrav) som uppställts i förfrågningsunderlaget.

Av *andra stycket andra meningen* framgår att om fler leverantörer kvalificerar sig, än det i anbudsinbjudan angivna antalet, skall den upphandlande enheten genom ett objektiva förfarande välja ut vilka leverantörer som får lämna anbud. Den valda metoden skall vara förenlig med 1 kap. 4 §. Om ett stort antal leverantörer kvalificerar sig, dvs. utöver det i förfrågningsunderlaget angivna antalet, kan den upphandlande enheten genom lottning välja ut vilka som skall få lämna anbud. Om endast ett fåtal leverantörer utöver det angivna antalet kvalificerar sig, får den upphandlande enheten erbjuda alla att lämna anbud.

#### 4 §

Paragrafen har en ny lydelse. Om särskilda skäl föreligger får en upphandlande enhet vid förenklad upphandling genom skrivelse infordra anbud från endast en leverantör. Inför valet av detta förfarande skall den upphandlande enheten särskilt beakta att huvudregeln i 1 kap. 4 § efterlevs. Avsikten är inte att öka möjligheten att frångå kravet på att uppsöka konkurrens. Fördelarna med att tillämpa förenklad upphandling, dvs. ett skriftligt förfarande, är att leverantören vid en formell anbudsinfordran är osäker om huruvida konkurrens föreligger. Andra leverantörer har i enlighet med 11 § rätt att lämna anbud och få dem prövade enligt 15 § andra stycket.

Förfarandet får endast tillämpas om särskilda skäl föreligger. Skälen till att den upphandlande enheten valt att vända sig till endast en leverantör skall dokumenteras.

Efter förebild av de bestämmelser som gäller vid förhandlad upphandling utan föregående annonsering över tröskelvärdena skall särskilda skäl anses föreligga t.ex.:

- Om det vid en annonserad förenklad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud. Det gäller dock under förutsättning att de i förfrågningsunderlaget ursprungligen angivna kontraktsvillkoren inte väsentligt ändras.

- Om produkten eller tjänsten som upphandlas avses användas enbart för forskning, utveckling, studier eller experiment. Den forskning, utveckling samt de studier eller experiment som skall utföras får inte ske i vinstsyfte.
- Om det är fråga om varuupphandlingskontrakt som gäller ytterligare leveranser från den ursprungliga leverantören. Dessa ytterligare leveranser skall vara avsedda antingen som delersättning för eller tillägg till nuvarande leveranser. Ett byte av leverantör skall medföra anskaffning av varor som är tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oskäligen tekniska svårigheter avseende drift och underhåll. Värdet av tilläggsleveranserna får inte överstiga hälften av det ursprungliga upphandlingskontraktets värde. Tilläggsleveranserna bör inte avse en längre tid än 3 år.
- Om det är fråga om byggtreprenad eller tjänster som gäller tillägsarbeten eller tilläggstjänster av den ursprungliga leverantören och som inte omfattas av det först avsedda projektet eller av en föregående upphandling, men som på grund av oförutsedda omständigheter blivit nödvändiga för arbetets utförande. Förenklad upphandling från samme leverantör får ske under förutsättning att tillägsarbetena eller tilläggstjänsterna inte utan tekniska eller ekonomiska olägenheter kan skiljas från det ursprungliga upphandlingskontraktet. Vidare får sådan upphandling ske om tillägsarbetena är absolut nödvändiga för att byggtreprenaden skall kunna slutföras eller om tilläggstjänsterna är absolut nödvändiga för att de ursprungliga tjänsterna skall kunna slutföras. Värdet av tillägsarbetena eller tilläggstjänsterna får inte överstiga hälften av det ursprungliga upphandlingskontraktets värde. Tilläggsleveranserna bör inte avse en längre tid än 3 år.
- Om upphandlingen vid byggtreprenad eller tjänst gäller nya arbeten som består enbart av en upprepning av arbeten ingående i ett projekt som tidigare varit föremål för en förenklad upphandling som annonserats och arbetena tilldelas samma leverantör som tidigare fått upphandlingskontraktet. Värdet av arbetena eller tjänsterna får inte överstiga hälften av det ursprungliga upphandlingskontraktets värde. Tillägsarbetena bör inte avse en längre tid än 3 år.

Den nuvarande lydelsen av 4 § återfinns delvis i 10 §.

#### 5 §

Av bestämmelsen *första stycke* framgår att formgivningstävling i förenklad form får genomföras enligt 6 kap. med iakttagande av 1 kap. 4 §. Med formgivningstävling skall förstås en tävling om arkitekttjänster eller andra tjänster som avses i avdelning A 12 i bilagan. Tävligen skall genomföras i

syfte att ge arrangören en möjlighet att från de tävlande förvärva en ritning eller något annat liknande tävlingsbidrag till grund för utförandet av en viss uppgift.

De regler som gäller för formgivningstävlingar över tröskelvärdena kan vara till vägledning t.ex. beträffande tävlingsregler och annonsering. Den upphandlande enheten får teckna avtal med vinnaren under förutsättning att detta framgår av tävlingsreglerna.

Den nuvarande lydelsen av 5 § återfinns i 6 och 7 §§.

#### *Förfrågningsunderlag, ansökningsinbjudan, infordrande av anbud*

##### 6 §

I denna paragraf samlas bestämmelserna om förfrågningsunderlagets innehåll. *Första stycket* är nytt. Det stadgar att förfrågningsunderlaget skall vara så tydligt som möjligt och innehålla de krav och villkor som avses gälla för upphandlingen. I de allra flesta upphandlingar kan den upphandlande enheten på förhand klargöra vilka krav och villkor som skall gälla.

Ett förfrågningsunderlag bör innehålla följande:

- en allmän orientering om uppdragets huvudsakliga innehåll,
- de administrativa bestämmelser som gäller för upphandlingen, t.ex. kontaktpersoner, sätt för märkning av anbud,
- en kravspecifikation i form av beskrivningar eller programhandlingar uttryckt företrädesvis i funktions- eller prestandatermer och
- de kommersiella villkor som gäller för den aktuella upphandlingen, såsom betalnings- och leveransvillkor m.m.

Bestämmelsen i *andra stycket 1* återfinns i den nuvarande lydelsen av 3 § tredje stycket första meningen.

I *andra stycket 2* återfinns den nuvarande lydelsen av 3 § tredje stycket andra meningen. Telegram har strukits ur texten eftersom metoden anses ålderdomlig. Istället har införts möjligheten att lämna anbud med elektronisk post vilket skall bekräftas omgående genom en egenhändigt undertecknad handling. Med egenhändigt undertecknad handling avses ett komplett egenhändigt undertecknat anbud eller en egenhändigt undertecknad handling som refererar till det tidigare översända anbudet. Om anbudet skickas i sin helhet skall detta överensstämma med det anbud som skickats med telefax eller elektronisk post. Anbudsgivaren löper risken för att ett anbud inte kommer fram i rätt tid eller rätt ordning.

*Andra stycket 3* överensstämmer med den nuvarande lydelsen av 5 § första stycket, första meningen och *andra stycket 4* motsvarar den nuvarande lydelsen av 5 § andra stycket.

*Andra stycket 5* är nytt. Stycket stadgar att det skall framgå av förfrågningsunderlaget den tid som beräknas löpa från det att avtal om upphandlingen sluts till det att leverans av vara eller tjänst påbörjas (implementeringstid). I de flesta fall vet den upphandlande enheten när den behöver en viss vara eller tjänst. Det underlättar för leverantören att på ett tidigt stadium få reda på hur lång tid han har på sig att förbereda en leverans. Vid till exempel byggtreprenader, som enligt 6 kap. kan uppgå till avsevärda belopp, måste den upphandlande enheten inte sällan kontraktera underleverantörer, anställa personal och anskaffa maskiner. Anser leverantören att han inte inom den utsatta tiden hinner anskaffa behövliga resurser kan han avstå från att lämna anbud. På så sätt får också den upphandlande enheten in anbud från leverantörer som med större säkerhet har de resurser som behövs för att leverera på utsatt tid. Hur lång implementeringstiden bör vara måste avgöras från upphandling till upphandling med utgångspunkt i 1 kap. 4 §.

*Andra stycket 6* är nytt och stadgar att det av förfrågningsunderlaget skall framgå vilken form för prövning av anbud som kommer att tillämpas. Härmed avses att den upphandlande enheten skall ange om den skall anta den leverantör vars anbud är ekonomiskt mest fördelaktigt eller den leverantör som lämnar anbud med lägst pris.

*Andra stycket 7* återfinns i den nuvarande lydelsen av 12 § andra stycket andra och tredje meningen. Den sista meningen i den föreslagna lydelsen har ändrats såtillvida att huvudregeln är att den upphandlande enheten skall ange utvärderingskriteriernas angelägenhetsgrad. Endast om särskilda skäl föreligger får den upphandlande enheten underlåta detta. Anbudsgivarna skall bättre kunna kalkylera de resurser som erfordras för att uppfylla de kriterier som den upphandlande enheten ställer avseende t.ex. kvalitet. Anbudslämnandet och prövningen av anbuden underlättas om inte alltför många utvärderingskriterier anges.

Särskilda skäl kan föreligga vid tekniskt komplicerade varu- och tjänst-upphandlingar där det inte är möjligt att på förhand fastställa varken kravspecifikation eller utvärderingskriterier. Vid dessa s.k. teknikupphandlingar anskaffar den upphandlande enheten något som inte finns på marknaden. Det råder i dessa upphandlingar en osäkerhet om hur den tekniska lösningen avseende ett visst behov hos den upphandlande enheten kan tillgodoses.

#### 7 §

Paragrafen har bytt beteckning. I den nuvarande lydelsen återfinns bestämmelsen i 5 § första stycket andra meningen. Den nuvarande lydelsen av 7 § återfinns i 12 §.

## 8 §

Paragrafen har fått en ny lydelse. Bestämmelsens *första stycke* stadgar att det skall framgå av förfrågningsunderlag, annons eller skrivelse enligt 4 § på vilket sätt leverantören kan lämna upplysningar om förhållanden och krav som rör denne. Den upphandlande enheten skall, om enheten ställer krav på leverantören med anledning av 13 § första, andra och fjärde styckena eller andra utgångspunkter, ange hur leverantören kan lämna upplysningar om detta. Det kan röra sig om bevis, intyg, referenser m.m. Första stycket 1 återfinns i den nuvarande lydelsen av 9 § fjärde stycket.

*Första stycket 2* återfinns delvis i 1 kap. 18 § andra stycket men gäller då endast upphandling enligt 2-5 kap. Det finns dock en skillnad såtillvida att andra stycket 2 inte begränsas till enbart bevis och intyg avseende leverantörens finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet.

Den nuvarande lydelsen av 8 § återfinns i 1 § andra stycket genom en hänvisning till 1 kap. 21 § första och andra styckena.

## 9 §

Paragrafen har fått en ny lydelse. Bestämmelsen avser förenklad selektiv upphandling. Utöver det som stadgas i 8 § skall av ansökningsinbjudan även framgå den dag då ansökan om att få lämna anbud skall ha kommit in. Enligt *första stycket 2* skall det framgå hur många leverantörer som skall få lämna anbud.

Av paragrafens *andra stycke* framgår att ansökningstiden skall vara skäligen dock aldrig kortare än 15 dagar. Syftet med detta är att främja den anbudskonkurrens som annars begränsas genom det selektiva förfarandet.

Enligt *tredje stycket* skall antalet leverantörer som får lämna anbud bestämmas med hänsyn till arten av det som upphandlas och vara tillräckligt stort för att uppnå effektiv konkurrens. Antalet leverantörer som skall inbjudas att lämna anbud torde variera från bransch till bransch beroende av föremålet för upphandlingen. Antalet leverantörer som erbjuds lämna anbud bör dock aldrig, om flera leverantörer finns, vara färre än tre.

Nuvarande lydelse av 9 § återfinns i 13 §.

*Publicering av annons i elektronisk databas*

## 10 §

Paragrafen har fått en ny lydelse. Det *första stycket första meningen* ålägger de upphandlande enheterna att infordra skriftliga anbud genom publicering av annons i en elektronisk databas som godkänts av tillsynsmyndigheten. Paragrafen är tillämplig vid förenklad upphandling.



Tillsynsmyndigheten skall godkänna de databaser, som i enlighet med de objektiva kriterier som tillsynsmyndigheten har uppställt, kan anses uppfylla krav på allmän spridning av upphandlingsannonser bland leverantörer i aktuell bransch. Databasen skall vara så välkänd att den upphandlande enheten genom att publicera sin upphandling uppnår tillräcklig konkurrens och öppenhet. Att en enheten lägger ut en annons på sin egen hemsida kan i allmänhet inte anses vara en tillräcklig åtgärd.

*Första stycket andra meningen* stadgar att som komplement till den obligatoriska annonseringen får den upphandlande enheten infordra anbud genom skrivelse eller på annat sätt. Med ”annat sätt” avses t.ex. tidningsannonser, anslag på anslagstavlor eller annonser på enhetens egna hemsida. Enligt *första stycket tredje meningen* får detta dock tidigast göras samma dag som annonsen publicerades i den elektroniska databasen.

Paragrafens *andra stycke* stadgar att vid annonsens utformning skall enheten särskilt beakta 1 kap. 4 §. Hänvisningen till 1 kap. 4 § skall ses som en påminnelse eftersom denna regel gäller vid all offentlig upphandling.

Enligt *tredje stycket* skall tillsynsmyndigheten tillhandahålla en lista över dessa elektroniska databaser. Här bör även återfinnas de kriterier som gäller för godkännandet av de elektroniska databaserna.

Nuvarande lydelse av 10 § återfinns i 14 §.

#### 11 §

Paragrafen har fått en ny lydelse. Den förtydligar att alla leverantörer har rätt att lämna anbud. Detta gäller dock inte vid förenklad selektiv upphandling.

Nuvarande lydelse av 11 § återfinns i 15 och 16 §§.

#### *Motagande och öppnande av anbud*

#### 12 §

Paragrafen har bytt beteckning. I den nuvarande lydelsen återfinns bestämmelsen i 7 §.

Den nuvarande lydelsen av 12 § första stycket återfinns i 18 § och andra samt tredje styckena återfinns i 6 §.

#### *Krav som får ställas på leverantören*

#### 13 §

Paragrafen har bytt beteckning och fått en delvis ny lydelse. Den nuvarande lydelsen återfinns bestämmelsen i 9 §. Den nuvarande lydelsen av 13 § återfinns i delvis ändrad i 19 §.

I paragrafens *första stycke 4* anges att en leverantör får uteslutas om han gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Till denna text har följande tillägg gjorts ”och den upphandlande enheten kan visa detta”. Tillägget har sin motsvarighet i 1 kap. 17 §.

I *första stycket 5* stadgas att även utländska leverantörer som inte fullgjort sin skatt- och avgiftsskyldighet i det egna landet eller i Sverige får uteslutas från deltagande i en upphandling. Ändringen har sin motsvarighet i 1 kap. 17 §.

Paragrafens *andra stycke* är nytt. Där stadgas att företrädare för den juridiska personen eller någon som handlar på leverantörens vägnar även kan föranleda att leverantören utesluts från deltagande i upphandlingen om de förhållande som anges i första stycket 3 och 4 föreligger. Syftet med bestämmelsen är att undvika oseriösa leverantörer. De åtgärder som den upphandlande enheten vidtar och de krav enheten uppställer skall vara proportionerliga i förhållande till det som upphandlas.

#### 14 §

Paragrafen har bytt beteckning från 10 § till 14 §. Följdändring har skett med anledning av ändringar i 13 §. Den nuvarande lydelsen av 14 § återfinns i 20 §.

#### *Prövning av anbud och ansökningar*

#### 15 §

Paragrafen har delvis fått en ny lydelse såtillvida att den innehåller regler om prövning av ansökningar om att få lämna anbud vid förenklad selektiv upphandling. *Första stycket andra meningen* stadgar att den upphandlande enheten inte får pröva anbud som kommit in för sent, om det inte är uppenbart att förseningen skett utan leverantörens vållande. Vad som avses är omständigheter av force majeure-karaktär.

Alla andra anbud och ansökningar skall prövas enligt andra stycket om inte annat följer av tredje stycket, 14, 16 andra stycket eller 17 §.

*Tredje stycket* är nytt. Den upphandlande enheten får inte vid förenklad selektiv upphandling pröva ett anbud som lämnats av en leverantör som inte kvalificerat sig i enlighet med de krav som uppställts i ansökningsinbjudan.

Den nuvarande lydelsen av 15 § återfinns i 1 § genom en hänvisning till 1 kap. 24 §.

#### 16 §

Paragrafens *första stycket* har fått en ny lydelse. I syfte att undvika att upphandlingskontrakt endast tecknas med den leverantör som har längst

erfarenhet eller största finansiella tyngd skall ett tvåstegsförfarande även tillämpas vid förenklad upphandling. Det anbud skall antas som synes vara det bästa i den aktuella upphandlingen vilket inte behöver vara avhängit leverantörens finansiella styrka m.m. Motsvarande bestämmelse finns i 1 kap 20 a §. Ett tvåstegsförfarande innebär att den upphandlande enheten i två separata steg prövar om anbudsgivarna uppfyller de krav som ställs på leverantören, respektive om anbudet uppfyller ställda krav m.m. Prövningen av leverantörens kvalifikationer respektive anbudet kan pågå parallellt. Den upphandlande enheten får dock inte i anbudsutvärderingen beakta leverantörens kvalifikationer och vice versa.

Om ett anbud visar sig vara prismässigt helt oacceptabelt, dvs. vida överstiger den upphandlande enhetens budget för upphandlingen, behöver enheten inte pröva om leverantören uppfyller ställda krav.

Det kan finnas ett berättigat behov av att kunna gå tillbaka till kvalifikationsfasen vid bl.a. så kallade teknikupphandlingar. Med teknikupphandling avses en sådan upphandling där enheten anskaffar en produkt som inte finns vid upphandlingstillfället utan skall utvecklas av den upphandlade leverantören. Den upphandlande enheten behöver i dessa fall kunna kontrollera om en anbudsgivare har de tekniska och ekonomiska förutsättningar som krävs för att ta fram och leverera den föreslagna produkten.

*Andra stycket* återfinns i den nuvarande lydelsen av 11 § andra stycket. Ett tillägg har gjorts såtillvida att om de fysiska personer som anges i 13 § andra stycket gjort sig skyldig till de omständigheter som anges i 13 § första stycket 3 och 4, får den upphandlande enheten förkasta leverantörens anbud.

Den nuvarande lydelsen av 16 § återfinns i 22 §.

#### 17 §

Paragrafen har fått en ny lydelse. Liknande bestämmelser fanns i 9 § Upphandlingsförordningen (1986:366) och 18 § i det kommunala upphandlingsreglementet.

*Första stycket 1* innehåller regler om jäv. Regler om jäv finns avseende myndigheter i även förvaltningslagen. Den nya paragrafen medför dock att alla som är upphandlande enheter enligt 6 kap. LOU skall iaktta LOU:s jävsregler. Ett anbud skall dock endast förkastas om det finns risk för otillbörlig särbehandling. En bedömning måste därmed ske i varje enskilt fall med iakttagande av 1 kap. 4 §. Uteslutande av en leverantör som inte erhållit fördelar p.g.a. sin medverkan i upphandlingsärendet, kan strida mot likabehandlingsprincipen.

I *första stycket 2* stadgas att en upphandlande enhet inte får anta ett anbud 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. Regler om mutbrott återfinns i 20 kap. 2 § respektive 17 kap. 7 § brottsbalken.

Den nuvarande lydelsen av 17 § återfinns i 23 §.

#### 18 §

Paragrafen har en ny beteckning. Beteckningen i den nuvarande lydelsen är 12 §.

#### 19 §

Paragrafen har bytt beteckning och delvis ändrats. Nuvarande beteckning är 13 §. Ändringen innebär en skärpning av dokumentationsplikten. Samtliga beslut och vad som i övrigt förekommit av betydelse vid upphandlingsförfarandet skall dokumenteras. Skärpningen innebär att även direktupphandlingar skall dokumenteras.

#### 20 §

Paragrafen har bytt beteckning. Bestämmelsen återfinns i 13 § i den nuvarande lydelsen.

#### 21 §

Paragrafen är ny. Sådana omständigheter som kan anses utgöra sakliga skäl och föranleda ett avbrytande kan vara att inga eller endast ett anbud har inkommit som uppfyller ställda krav, ingen eller endast ett anbud ligger inom enhetens budgetramar för upphandlingen, en ny politisk majoritet har tillsatts som föredrar egenregi framför entreprenad, domstols dom att upphandlingen skall göras om, vid force majeure m.m.

Om den egna regin med ett internt anbud vinner en anbudstävlan kommer ett beslut att anta det interna budet att juridiskt sett vara att jämställa med ett avbrytande av upphandlingen. Det beror på att en juridisk person inte kan teckna juridiskt bindande avtal med sig själv. Valet av det interna anbudet, som har vunnit en offentlig upphandling, utgör ett sakligt skäl för att avbryta en upphandling.

De omständigheter som anges såsom sakliga skäl, skall vara välgrundade för att inte skada leverantörernas tilltro till den upphandlande enhetens upphandling. En upphandlande enhet skall, när den påbörjar en upphandling, ha som mål att upphandlingen skall fullföljas.

*Särskilda bestämmelser*

## 22 §

Paragrafen har bytt beteckning. Den nuvarande beteckningen är 16 §. Ett tillägg har gjorts till *första stycket 1*. Tillägget innebär att de bestämmelser och undantag som är särskilda för 4 kap. även skall vara tillämpliga vid upphandling av s.k. B-tjänster.

## 24 §

När det gäller avtal som sträcker sig över en längre tid, t.ex. ramavtal, kan ändrade förutsättningar innebära att det finns berättigade skäl att vidta justeringar i redan upphandlade avtal. Sådana förändringar i ett avtal är inte att betrakta som nya avtal som måste upphandlas på nytt. Det kan t.ex. handla om teknisk utveckling av produkter under avtalstiden eller snabbt sjunkande marknadspriser (jämför med 36 § avtalslagen). Den upphandlande enheten skall vid överenskommelsen iaktta 1 kap. 4 §.

**7 kap.**

## 1 §

Paragrafen är delvis ny. Av bestämmelsens *första stycke* framgår att det inte bara är en leverantör som kan begära överprövning utan även leverantörens branschorganisation samt Konkurrens- och upphandlingsverket. Med branschorganisation avses här en sammanslutning av leverantörer. I 1 kap. 5 § har definitionen av leverantör beträffande 7 kap.1-2 b och 10 a-b §§ utvidgats till att avse även en sammanslutning av leverantörer.

Det skaderekvisit som gäller för en enskild leverantörs talerätt "lidity eller kan komma att lida skada" gäller även för en sammanslutning av leverantörer. Sammanslutningen skall anses ha lidity skada eller komma att lida skada om en av dess medlemmar har lidity eller kan komma att lida skada.

För att få överklaga räcker det inte att sammanslutningen har talerätt. Den måste dessutom vara parts- och processbehörig. Rekvisiten för detta finns i 11 kap. 2 § rättegångsbalken. För partsbehörighet krävs att sammanslutningen är en juridisk person. För processbehörighet förutsätts att det finns en behörig ställföreträdare som kan föra sammanslutningens talan.

*2 a §*

Paragrafen är ny. I *första stycket* stadgas att Konkurrens- och upphandlingsverket i en framställning till länsrätten får ansöka om åtgärder enligt 2 b §, dvs. marknadsskadeavgift. I bestämmelsens *andra stycke* anges att berörd leverantör får göra ansökan om marknadsskadeavgift.

Med berörd leverantör avses inte endast att leverantören lidit eller kan komma att lida skada till följd av den upphandlande enheten brutit mot LOU på det sätt som anges i 2 b §. En leverantör kan även vara berörd om det till exempel är fråga om en otillåten direktupphandling och leverantören har, på grund av att det inte skett något upphandlingsförfarande, inte haft någon möjlighet att delta i en upphandling. För talerätt torde dock krävas att leverantören allmänt sett har tillräckliga kvalifikationer för att leverera en vara, tjänst eller byggtreprenad av det slag som ifrågavarande anskaffning avser och att möjligheterna att vinna en på korrekt sett genomförd upphandling inte framstår som helt utsiktslösa.

Av 7 kap. 16 § följer att verkets beslut att inte ansöka om åtgärder enligt 2 b § inte går att överklaga. Den leverantör som är missnöjd med ett sådant beslut får själv utnyttja sin subsidiära talerätt. Med leverantör avses, på samma sätt som när det gäller mål om överprövning, en sammanslutning av leverantörer.

Av *tredje stycket* framgår att en ansökan om marknadsskadeavgift skall göras inom två år efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts eller upphandlingsärendet på annat sätt slutförts. Preskriptionstiden börjar att löpa från avtalstidpunkten eller den tidpunkt då en påbörjad upphandling avbröts.

*2 b §*

Paragrafen är ny. För att marknadsskadeavgift skall kunna utdömas krävs uppsåt eller oaktsamhet hos den upphandlande enheten eller den som handlat på den upphandlande enhetens vägnar. Det kan vara fråga om t.ex. en förtroendevald, anställd eller konsult. För att uppsåt skall vara för handen krävs ett avsiktligt handlande från den som handlat på den upphandlande enhetens vägnar i syfte att begränsa urvalet av leverantörer och därmed begränsa konkurrensen. Det handlar om medvetna eller oaktsamma överträdelser som innebär väsentliga brott mot kravet på affärsmässighet och de övriga principerna i 1 kap 4 §. Men även överträdelse av andra bestämmelser i LOU som t.ex. annonseringsreglerna kan innebära att den upphandlande enheten i väsentligt hänseende brutit mot LOU.

Marknadsskadeavgift skall vara reserverad för allvarliga regelövertredelser. 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 enligt bestämmelsen. 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. skall annonseras.

En överträdelse kan anses begången av oaktsamhet om den upphandlande enheten eller den som handlar på den upphandlande enhetens vägnar rimligtvis borde ha förutsett att handlandet skulle ha negativa verkningar på marknaden för offentlig upphandling eller en enskild leverantör. Bristande kännedom om regelverket är inget försvar för en överträdelse.

## 2 c §

Paragrafen är ny. I *första stycket* föreskrivs att 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. Det ankommer på sökanden att i ett mål om marknadsskadeavgift utforma yrkandet till att avse ett bestämt belopp och ange vilka omständigheter som åberopas till stöd för detta. Det är också sökandens uppgift att frambringa utredning rörande de förhållanden som skall läggas till grund för avgiftens storlek. Det torde i likhet med vad som gäller vid talan om konkurrenskadeavgift enligt konkurrenslagen inte finnas något hinder mot att Konkurrens- och upphandlingsverket höjer ett yrkat belopp om nya omständigheter av vikt kommer fram under processen. Avgiften kan således bestämmas till ett mycket högre belopp än fem miljoner kronor. Av 17 kap. 3 § rättegångsbalken följer att avgiften inte får bestämmas till högre belopp än vad som yrkats av sökanden.

Av *första stycket 2* framgår att när marknadsskadeavgift skall påföras skall särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är och om det är fråga om ett upprepat beteende. Avgiften skall bestämmas på ett sådant sätt att den verkar avhållande på den upphandlande enheten i fråga och avskräckande på andra upphandlande enheter. Vid bestämmandet av marknadsskadeavgiftens storlek är det en given utgångspunkt att den upphandlande enheten uppsåtligen eller av oaktsamhet i väsentligt hänseende brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i LOU. En överträdelse av annan natur träffas inte av marknadsskadeavgift.

När det gäller allvarligheten i överträdelsen måste det göras en bedömning av de skadliga effekterna på marknaden såväl för den upphandlande enheten själv, andra upphandlande enheter och leverantörerna inom en viss bransch. Det är liksom vid fastställande av konkurrenskadeavgift enligt konkurrenslagen svårt att mera exakt beräkna omfattningen av konkurrensskador. En ekonomisk realistisk bedömning är eftersträvansvärd. Föreligger bevisvärigheter har domstolen möjlighet att enligt 35 kap 5 § rättegångsbalken skatta skadan till ett skäligt belopp.

En upphandlande enhet som visserligen har överträtt reglerna på ett allvarligt sätt men som upphör med överträdelsen sedan det påtalats av Konkurrens- och upphandlingsverket, samarbetar väl med verket under utredningen, har en begränsad medverkan i överträdelsen och om den upphandlande enheten har ålagts att betala skadestånd för överträdelsen bör kunna påräkna en mildare behandling vid bestämmandet av avgiftens storlek.

Av *andra stycket* framgår att avgift inte får påföras för åtgärder som omfattas av ett föreläggande som har meddelats vid vite enligt den-



na lag. Samma överträdelse kan således inte träffas av både ett vitesföreläggande och marknadsskadeavgift.

Av *tredje stycket* framgår att avgiften tillfaller staten.

### 3 §

Paragrafen har fått ett tillägg såtillvida att åtgärder med avseende på 2 b § (marknadsskadeavgift) inte får avgöras slutligt så länge medlingsförfarande enligt 12 och 13 §§ pågår.

### 6 §

Paragrafen är delvis ny. Av *andra stycket* framgår att skadeståndet skall omfatta ett med hänsyn till kostnader och utebliven vinst skäligt belopp till följd av att den skadeslidande leverantören felaktigt gått miste om ett upphandlingskontrakt. Bestämmelsen syftar till att klargöra att den ersättning som skall kunna utgå enligt detta lagrum är det positiva kontraktintresset. I förhållande till den nuvarande lydelsen är emellertid möjligheterna att erhålla skadestånd begränsade till ett med hänsyn till kostnader och utebliven vinst skäligt belopp. En skadelidande leverantör skall vidta skäliga åtgärder för att begränsa sin skada. Om han försummar detta får han själv bära en motsvarande del av förlusten. Skadeståndet skall därutöver kunna jämkas om det är oskäligt med hänsyn till den upphandlande enhetens möjligheter att förutse och hindra skadans uppkomst och omständigheterna i övrigt.

### 8 §

Paragrafen är delvis ny. I överensstämmelse med vad som föreslås beträffande marknadsskadeavgift förlängs preskriptionstiden till två år. 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 §

Paragrafen är delvis ny. I bestämmelsen stadgas att Konkurrens- och upphandlingsverket utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt denna lag. Tillsynen utövas genom kontroll av regelefterlevnad och genom främjande av förutsättningarna för en effektiv offentlig upphandling.

### 10 §

Paragrafen är delvis ny. Enligt bestämmelsen är en upphandlande enhet skyldig att tillhandahålla de upplysningar som Konkurrens- och upp-

handlingsverket begär för sin tillsyn. Nämnden för offentlig upphandling har bytts ut mot Konkurrens- och upphandlingsverket.

#### 10 a §

Paragrafen är ny. I *första stycket* stadgas att Konkurrens- och upphandlingsverket får föra talan vid länsrätten om att förelägga en upphandlande enhet att inte upprepa ett beteende som står i strid med 1 kap 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag. Bestämmelsen kan bli tillämplig när tillsynsmyndigheten bedömer att det saknas förutsättningar att vinna framgång i länsrätten med en talan om marknadsskadeavgift på grund av de angivna beviskraven. Valet av sanktionsform görs givetvis utifrån regelöverträdelsens omfattning och den skadelidande leverantörens situation. Om det är fråga om en överträdelse som upprepats blir bedömningen strängare

I *andra stycket* stadgas att en berörd leverantör subsidiärt kan föra talan om föreläggande att inte upprepa ett beteende som står i strid med 1 kap 4 § eller någon annan bestämmelse i LOU.

I *tredje stycket* stadgas att preskriptionstiden är två år från den tidpunkt då avtal om upphandling slöts eller upphandlingsärendet på annat sätt slutförts.

#### 10 b §

Paragrafen är ny. I *första stycket* stadgas att länsrätten får förena ett föreläggande enligt 10 a § med vite. Det ankommer på Konkurrens- och upphandlingsverket eller berörd leverantör att visa att ett föreläggande enligt 10 a § behöver förenas med vite. Vitets storlek fastställs av länsrätten. Vitet sätts i förhållande till den upphandlande enhetens ekonomiska förhållanden och till omständigheterna som i övrigt kan antas leda till att föreläggande följs. Regler om viten finns i lagen (1985:206) om viten.

I *andra stycket* föreskrivs att Konkurrens- och upphandlingsverket får förena ett föreläggande enligt 10 § med vite. Verket har härvid utrustats med en möjlighet att med hot om vite förmå en upphandlande enhet att efterkomma ett föreläggande att tillhandahålla de upplysningar som verket begär för sin tillsyn.

I *tredje stycket* sägs att verket eller berörd leverantör får föra talan vid länsrätten om utdömande av vite som förelagts med stöd av denna paragraf. Genom bestämmelsen ges såväl Konkurrens- och upphandlingsverket som berörd leverantör i princip ett avgörande inflytande över om det är påkallat att viten döms ut.

*16 §*

Paragrafen är ny. Beslut av Konkurrens- och upphandlingsverket enligt 10 § och sådant godkännande som avses i 6 kap. 3 och 10 §§ får överklagas till länsrätten. Det förhållandet att andra beslut av verket enligt LOU inte får överklagas innebär t.ex. att ett beslut av verket enligt 2 a § att inte ansöka om marknadsskadeavgift inte kan överklagas.



## Reservationer och särskilda yttranden

### Särskilt yttrande och reservation från ledamoten Gunvor G. Ericson (mp)

#### Särskilt yttrande

##### *Allmänt i texten*

Genomgående i texten så talas om att upphandling kan bidra till tillväxt. Det är viktigt att poängtera att tillväxt i sig inte är ett självändamål om den inte kommit till på ett sådant sätt att den bidrar till ett ekologiskt och socialt hållbart samhälle.

Som i så många andra skrifter förekommer ordet sysselsättning trots att man egentligen menar arbetstillfällen och möjlighet till att försörja sig. På flera ställen i texten har det ändrats men finns fortfarande kvar. Jag menar att ordet sysselsättning är ett destruktivt uttryck eftersom det sociala målet inte är att enbart att sysselsätta människor med aktiviteter utan att ge dem möjligheter att försörja sig.

##### *Organisation av tillsyn*

Kommittén föreslår organisations modell 3 där upphandlingstillsynen samordnas med konkurrensverket. Jag hade föredragit modell 4 med ett eget upphandlingsverk men inser problematiken att föreslå ett helt nytt statligt verk i stället för nämndmyndigheten NOU. En ny myndighet är dock betydligt enklare att placera utanför Stockholm än att utlokalisera befintliga verksamheter och det finns ju behov av att föra ut myndigheter till övriga delar av landet inte minst i samband med försvarsomstruktureringarna.

Upphandlingsverket skulle kunna bli den nystart för tillsynsmyndigheten som behövs för att lyfta fram och utveckla upphandlingsfrågorna som ett verktyg för att nå ett långsiktigt ekologiskt och socialt hållbart samhälle. Risken finns att upphandlingstillsynen inom konkurrensverket drunknar i den övriga verksamheten och att man ser LOU enbart som en konkurrenslag istället för en procedurlag för en effektiv upphandling där konkurrens är en självklar del av de olika samhällsliga mål som man vill arbeta för.

Jag kan dock i nuläget ändå ställa mig bakom organisationsmodell 3 eftersom det föreslås en ny ledningsorganisation och att man i Danmark har goda erfarenheter av liknande modell. Ledningsorganisationen för det nya konkurrens och upphandlingsverket är tänkt att utformas med en lekmannastyrelse eller ett särskilt besluts- eller insynsorgan för verksamheten. Jag förordar en styrelse för att det ska finnas beslutsmöjligheter och demokratisk insyn i verksamheten. Ett partsammansatt råd tenderar mer att få rollen som en referensgrupp utan beslutande möjligheter.

### ***LOU Kapitel 6***

Kommittén har under det halvår vi parlamentariker varit med inte ordentligt hunnit diskutera ändringar i kapitel 6, kanske är det ytterligare ändringar som behöver göras. För mig är det inte självklart att reglerna behöver vara lika över och under tröskelvärdena. Det viktigaste är att upphandling ska kunna fungera som ett verktyg för att nå samhällsliga mål som t.ex. ekologisk hållbar miljö, konkurrens, jämställdhet och antidiskriminering.

## **Reservation**

### ***Preskriptionstid***

Förslaget att tidsfristen för att begära skadestånd ska utökas till två år är inte bra. Då den vanligaste avtalstiden är två-tre år räcker det med ett års tidsfrist. Att förlänga tiden skulle innebära osäkerhet och att man inte alls hinner åtgärda eventuella fel innan nästa upphandling påbörjas.

**Marknadsskadeavgift**

För miljöpartiet är det viktigt att de mjuka delarna lyfts fram så att man ger chansen att göra rätt genom utbildning och kunskap innan man slår till med straffsanktioner. Jag anser att marknadsskadeavgiften behövs som en ytterlighetsåtgärd men reserverar mig mot skrivningen hur man ska kunna ta ut denna avgift. Jag anser att det räcker med att det står att marknadsskadeavgiften bör vara lägst 5000 kr och högst fem miljoner kronor.

Att därutöver kunna ta ut ett högre belopp dock inte överstigande 20% av anskaffningens värde är onödigt hårt och kan motverka upphandling.

**Reservation från ledamöterna Gunnel Bengtsson (c) och Gunvor G. Ericson (mp)****Förbud mot överklagande**

I LOU 7 kap. regleras överprövning, skadestånd m.m. vid överträdelse av lagens bestämmelser. I föreliggande delbetänkande föreslås bl.a. att kretsen med rätt att påkalla överprövning m.m. utökas. Däremot kvarstår 7 kap. § 5 med förbud mot överklagande med stöd av 10 kap. kommunallagen. Enligt vår åsikt är det en medborgerlig och demokratisk rättighet att få pröva lagligheten i kommunala beslut, som inte bör inskränkas. Denna rättighet bör gälla också upphandlingsbeslut. Att kommunala beslut kan prövas efter mer än en lag är inte unikt. Prövningar av upphandlingsärenden enligt LOU och laglighetsprövning enligt kommunallagen sker ifrån helt olika utgångspunkter.

## Reservation och särskilt yttrande från ledamoten Gunnel Bengtsson (c)

### Reservation

#### *Preskriptionstid*

I betänkandet föreslås att tiden för såväl talan om skadestånd som föreslagen framställning om marknadsskadeavgift ska vara två år. Preskriptionstiden skall vara en avvägning mellan leverantörernas möjlighet att tillvarata sin rätt och samtliga parter intresse av att den upphandlande enheten gör rätt i nästa upphandling. I nuvarande LOU ska talan om skadestånd väckas inom ett år, LOU 7 kap. 8 §. Svea Hovrätt har i en dom uttalat att talefristen på 1 år inte strider mot rättsmedelsdirektivet och att ettårsfristen inte heller är orimlig sett ur ett gemenskapsrättsligt perspektiv. Avtal gäller ofta två år. Det är väsentligt när ny upphandling påbörjas att upphandlande enhet vet att förra upphandlingen skedde utan anmärkning. En preskriptionstid på ett år bör därför enligt min mening gälla också i fortsättningen.

Jag reserverar mig mot förslagen i betänkandet till förmån för att kommunala beslut också i upphandlingsärenden skall kunna laglighetsprövas enligt kommunallagens 10 kap. och att preskriptionstiden för skadeståndstalan och framställning om marknadsskadeavgift även fortsättningsvis sätts till ett år.

### Särskilt yttrande

Lagen om offentlig upphandling, LOU, började gälla 1994. Nya regler ger inledningsvis en osäkerhet om tillämpning och tolkning. Detta har också gällt LOU, som dessutom upplevts som snårig. I beaktande av detta och att det uppskattningsvis finns 10 000 upphandlande enheter, som årligen gör ca 200 000 större och mindre upphandlingar är det inte förvånande om många felaktigheter har skett. Särskilt anmärkningsvärt är när direktupphandling skett i direkt strid med bestämmelserna.

Bästa sättet att förbättra effektiviteten i offentlig upphandling är genom utbildning och rådgivning samt förbättrade upphandlingsrutiner.



Detta är uppgifter som framför allt berörda aktörer och kommunförbunden och branschorganisationer har ett ansvar för att det genomförs. Tillsynsmyndighetens medel för att åstadkomma förbättrad upphandling bör främst vara genom information samt uppföljning av att regelverket följs. För den skull behöver tillsynsmyndighetens roll och sanktionsmöjligheterna stärkas för att komma tillrätta med de överträdelser som sker och inte minst för att stävja otillåten direktupphandling. Ett enklare regelverk, som underlättar upphandlingen, skulle också ge bättre resultat.

### *Upphandling för samhällsutveckling*

Upphandlingen är ett medel för att använda offentliga medel på bästa sätt genom att tillvarata konkurrensen på marknaden men också som ett medel för att uppnå andra samhällspolitiska mål, t.ex. miljömål. Marknaden utvecklas efter krav från konsumenterna/kunderna. Stat, kommun och landsting är också kunder. Det är naturligt att samhället försöker uppnå de mål man ställer upp med hjälp av de medel, som står till buds. Villkor, som upphandlande enhet väljer att ställa, skall rymmas inom lag och gemenskapsrätten. Det fortsatta arbetet i kommittén kommer att vara viktigt för att klargöra hur de samhällseliga målen kan komma att främjas med den offentliga upphandlingen som instrument.

Upphandling ska naturligtvis ske korrekt. Det är också viktigt, som ett led i att uppnå målet om tillväxt i samhället, att det offentliga genom upphandling använder sig av marknadens tjänster i större utsträckning än nu. Regelverk och sanktioner ska utformas så att de förhindrar felaktig upphandling. För den skull får de inte avhålla stat, kommun och landsting från att upphandla. Både leverantörer och samhället förlorar, om upphandlande enheter i rädsla för att bryta mot lagen och ådra sig skadestånd och/eller marknadsskadeavgift väljer att bedriva verksamheten i egen regi. Risk för alltför kraftiga sanktioner kan medföra färre upphandlingar och har därmed motverkat sitt syfte. Det är en fråga om balans.

### *Upphandling under tröskelvärdet*

Upphandlingsreglerna i LOU uppfattas i allmänhet som snåriga. Enklare regler efterlyses. EU:s direktiv gäller upphandlingar över tröskelvärdena. Sverige valde emellertid att, när LOU infördes, också föra in upphandling under tröskelvärdena i LOU, kap 6, vilket inte skett i övriga EU-länder. Jag ser inga större praktiska fördelar med samma regelverk för

små och stora inköp. I decentraliserade organisationer görs upphandling uti i verksamheten oftast till lägre värden. Större upphandlingar, över tröskelvärdena, sker med hjälp av central expertis. Eftersom EU satt en nedre beloppsgräns för direktivstyrd upphandling har man inte ansett att samma regler krävs, utan överlåt it åt varje land att själv avgöra.

Särskilt viktigt i kommitténs arbete har varit att göra det möjligt för små och medelstora företag att delta i konkurrensen. Ett krångligt upphandlingsförfarande kan avhålla dessa från att delta eller kan de riskera att slås ut p.g.a. ofullständiga anbud.

Kommittén föreslår mycket kännbara sanktioner mot fel och brister i upphandlingen och det är olämpligt att också dessa gäller icke-direktivstyrd upphandling.

Jag anser att kommittén i sitt fortsatta arbete bör närmare utreda möjligheterna att upphandling under tröskelvärdena regleras i särskild ordning, dock med iakttagande av gemenskapsrättens grundläggande principer om likabehandling, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet som följer av EG-fördraget.

### ***Myndighetens organisation***

Jag instämmer i kommitténs förslag att det inrättas ett Konkurrens- och upphandlingsverk, där nuvarande Konkurrensverkets verksamhet inrymmer tillsammans med tillsynsverksamhet enligt LOU. Detta kan ge en effektiv tillsynsmyndighet, som både kan inrikta sig på regelefterlevnad i upphandling och informationsverksamhet. Då Konkurrens- och upphandlingsverket ska syssla med frågor, som är av vikt på hela upphandlingsområdet, anser jag att den del av marknadsfunktionen, som avser samordning och effektivisering av statens egna upphandlingar, bör ligga på annat organ.

På upphandlingsområdet sker en ständig utveckling. Det är nödvändigt att berörda parter deltar i arbetet att forma god upphandlingssed. Därför bör det övervägas att inrätta ett partssammansatt forum för upphandlingsfrågor, ett Upphandlingsråd, för att nå ökad samsyn om hur de långsiktiga spelreglerna på området ska formuleras. Upphandlingsrådet skall inte delta i tillsynsmyndighetens beslut men tillfrågas framförallt i principiellt viktiga ärenden. I rådet bör ingå representanter för såväl inköps- som leverantörssidan.

## Särskilt yttrande och reservationer från ledamoten Mats Ericson (v)

### *Synen på LOU*

LOU tillkom 1992/93 som en direkt följd av Sveriges anslutning till EES-samarbetet. Lagstiftaren försökte kombinera EG-rättens upphandlingsdirektiv med då gällande svenska upphandlingsregler, vilket ledde till att lagen fick en omfattning och detaljregleringsnivå som var främmande för den i Sverige normalt tillämpade lagstiftningstekniken. Ur EG-perspektiv var regelverkets primära syfte att säkerställa rättvisa villkor för privata leverantörer till den offentliga sektorn och därigenom främja den fria rörligheten av kapital, arbetskraft, varor och tjänster inom den inre marknaden. Genom karaktären av en rättighets- och skyddslag för leverantörerna och näringslivet, kom upphandlingslagen utifrån svenska förhållanden att stå i motsättning till den kommunala självstyrelsen.

I flera avseenden går de svenska upphandlingsreglerna längre än vad som varit nödvändigt utifrån gemenskapsrättens upphandlingsdirektiv. Mest uppmärksammat är att LOU:s sjätte kapitel innehåller bestämmelser om upphandlingar under tröskelvärdena och B-tjänster oavsett värde, vilka inte regleras av EG-rätten.

En annan skillnad som kommittén uppmärksammat är att det gamla begreppet »affärsmässighet« följde med in i LOU:s portalparagraf, trots att begreppet inte har någon motsvarighet i EG-rätten. Affärsmässighetsbegreppet innebär att rent företagsekonomiska hänsyn får tas enligt LOU. I detta avseende skiljer sig LOU från EG-rätten, som ger vissa öppningar att ta andra hänsyn vid upphandlingen än just strikt ekonomiska. Därigenom utesluter eller åtminstone begränsar LOU handlingsfriheten att ta hänsyn till andra samhällspolitiska mål om miljö, arbetsmarknad och social hänsyn. Ett borttagande av affärsmässighetsbegreppet ge vissa öppningar för att kunna ställa miljökrav eller för att ta andra långsiktiga samhällspolitiska hänsyn under förutsättning att de är förenliga med gemenskapsrätten. Frågan tas inte upp i detta delbetänkande utan får förhoppningsvis en framskjuten plats i kommitténs fortsatta arbete.

### **Ändringar i 6 kap. LOU**

Det som förmodligen ifrågasätts mest av allt när det gäller LOU, är de detaljerade och långtgående reglerna i 6 kap., vilka dessutom inte behöver ha den utformning de har eftersom EG-rätten inte uttalar andra krav än att upphandling under tröskelvärdena ska följa gemenskapsrättens grundläggande principer om icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet, öppenhet, förutsebarhet mm.

Upphandlare, leverantörer, riksdagsledamöter från olika partier, riksdagens revisorer och andra ifrågasätter regelsystemet i LOU kap. 6, vilket bl.a. uppfattas som komplicerat och snarare förhindrar än leder till en effektiv offentlig upphandling. Det är därför anmärkningsvärt att kommittén inte fått möjlighet att ordentligt gå igenom vilka möjligheter som kan finnas att göra en genomgripande förändring av regelverket under tröskelvärdena. I stället tenderar de många förslagen i detta delbetänkande att ytterligare öka detaljrikedomen. Ett alternativ som mycket väl kan övervägas för dessa upphandlingar, är att i stället för en utförlig lagtext hänvisa till de ovan nämnda gemenskapsrättens principer och beskriva upphandlingsförfarandets olika moment i exempelvis branschvisa riktlinjer utfärdade av tillsynsmyndigheten.

### **Tillsynsmyndighetens organisation - en ny NOU**

Upphandlingskommitténs uppdrag att analysera behovet av statlig tillsyn över den offentliga upphandlingen och att utreda organisationen av Nämnden för Offentlig Upphandling (NOU), skulle ta sin utgångspunkt i den förvaltningspolitiska propositionen (1997/98:136). Regeringen vill renodla och samordna statliga tillsynsuppgifter och använda nämndmyndighetsformen sparsamt, vilket talar för en avveckling av nuvarande NOU. När nämndmyndighetsformen ändå framstår som lämpligast skall i stället styrning och resurstilldelning ordnas så att myndigheten kan utföra sina uppdrag effektivt och målinriktat.

Den av kommittémajoriteten föreslagna samordningen med Konkurrensverket innebär att upphandlingsfrågorna kan komma att drunkna i verkets nuvarande verksamhet och färgas av dess politiskt präglade syn på konkurrensfrågor. Företrädare för kommuner och landsting ifrågasätter dessutom Konkurrensverkets trovärdighet och dess förståelse för de upphandlande enheternas ställning, vilket inte ger några goda förutsättningar för den tänkta tillsynsmyndigheten. Samtidigt som LOU kan

ses som en skyddslag för leverantörernas intressen, är den även en procedurlag när kommuner och landsting väljer att handla upp offentligt eller konkurrensutsatta tjänster. Det innebär att LOU inte är en konkurrenslagstiftning utan får något av en särställning mellan offentlig och privat sektor, vilket talar för att tillsynen ska stå oberoende av konkurrenslagstiftningen och Konkurrensverkets domän.

Slutsatsen av detta resonemang är, att man antingen behåller och stärker upp NOU eller också skapar man ett nytt självständigt upphandlingsverk. Jag förordar därför att NOU ska vara utgångspunkten för att tillskapa den nya tillsynsmyndigheten enligt det alternativ som lagts till det s.k. nollalternativet. Det ger även en möjlighet att låta det nya NOU senare utvecklas till en verksam myndighet om det skulle bli aktuellt. För att nya NOU ska kunna fullgöra sitt uppdrag en självständig myndighet måste den ges ökade personella resurser, vilka kan föras över från de olika organ som i kommitténs arbete identifierats ha likartade eller angränsande uppgifter. Normalt sett kan man inte ha en separat statlig myndighet för varje enskild lagstiftning, men utifrån upphandlingens särställning finns det skäl att tillåta en egen organisation. Det finns även stöd för detta resonemang hos EU-kommissionen som förordar oberoende nationella myndigheter som har offentlig upphandling som specialitet. Det behövs även en myndighet som kan följa utvecklingen inom EU och bevaka den svenska statens ansvar och intressen gentemot EU i upphandlings- och angränsande frågor.

### ***Fel och brister i den offentliga upphandlingen***

Upphandlingskommitténs arbete har i stor utsträckning baserats på en kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling utförd av NOU. Rapporten är ensidig i den meningen att den huvudsakligen lyfter fram antalet klagomål som de kommit till uttryck i tidningsreferat, klagomål, ärenden vid NOU och rättsliga prövningar, utan att göra en värdering i vilken de grad de varit berättigade eller ej. Exempelvis har endast ett fyrtiotal av de 578 påstådda bristerna dokumenterats vara felaktiga genom utslag i rättslig instans. Det är därför vanskligt att dra långtgående slutsatser baserat på enbart ett sådant material. Kommittén har efter hand samlat sig kring en mer nyanserad bild som visar att de offentliga upphandlingarna i de flesta fall genomförs i överensstämmelse med reglerna i LOU. Trots förekommande fel och brister är regelefterlevnaden hos upphandlande enheter i Sverige i ett internationellt perspektiv sannolikt hög. Antalet överprövningar är i relation till det totala antalet gjorda upphandlingar inte alarmerande.

Den problembild som ändå har identifieras tyder på att regelefterlevnaden inte är tillfredsställande när det gäller förekomsten av framför allt otillåtna direktupphandlingar. Med nuvarande sanktionssystem är det inte möjligt att komma åt, att vissa upphandlande enheter inte alls bryr sig om reglerna i LOU, medan kommuner och landsting som anstränger sig för att följa LOU riskerar skadestånd om något fel begås under upphandlingen.

Vill man förbättra upphandlingskulturen kan man dock inte inrikta sig enbart på repressiva åtgärder. Fel kan begås av okunskap eller försumlighet, p.g.a. komplicerade regler, utvecklade upphandlingsrutiner mm. Medlen för att komma till rätta med sådana brister är information, utbildning och bättre kvalitet i upphandlingsrutinerna. LOU upplevs som ett krångligt regelverk. Är regelsystemen alltför komplicerade och förenade med risker för skadestånd och andra påföljder, kan det få motsatt effekt: kommuner och landsting avstår från att göra upphandlingar. Utan dessa insikter kan varken den statliga tillsynen fungera eller lagstiftningen omformas så att den offentliga upphandlingen blir effektivare och ändamålsenlig.

### ***Vitesförelägganden bättre än marknadsskadeavgift***

Någon form av sanktioner är dock nödvändigt för att avskräcka från ett medvetet eller vårdslöst åsidosättande av LOU:s regelverk. Kommitténs majoritet föreslår en »marknadsskadeavgift« som ska utdömas av länsrätt och fastställas till allt från 5.000 kr till 20 procent av anskaffningsvärdet, vilket kan innebära betydande belopp. Avgiften ska sättas i relation till en förmodad skada på en odefinierad »marknad« vilket leder fokus bort från själva brottet mot den lagstiftning som kommittén egentligen har till uppgift att öka efterlevnaden av. Sannolikt uppstår också nya avvägningsproblem kring bedömningen av ifall och i vilken utsträckning »marknaden« skadats, hur skadan ska värderas i relation till upphandlingens värde osv. En »marknadsskadeavgift« av denna kaliber blir förmodligen unik i EU. Att dessutom föra in nya påföljdsbegrepp i svensk rättspraxis, anser jag heller inte bör ske, särskilt som det är möjlighet, att genom den redan etablerade formen vitesförelägganden angripa problemen med de upphandlande enheter som inte respekterar lagstiftningen.

Vitesförelägganden har tyvärr inte använts aktivt som styrmedel för att förbättra efterlevnaden av LOU, men föreslås nu införas i kombination med förbud om upprepade regelöverträdelser. Ett system av vitesförelägganden med olika nivåer på vitesbelopp beroende på överträdelsens omfattning skulle ge flexibla sanktionsmöjligheter. I stället för ett direkt straff i form av en »marknadsskadeavgift« skulle ett förhållandevis högt

vitesbelopp kunna utdömas, eventuellt relaterat procentuellt till de aktuella kontraktens värde.

Inför risken att ett rejält vite kan dömas ut, skulle en upphandlande enhet inte upprepa en tidigare avvikelse från LOU, medveten eller ej. Skillnaden mellan enbart ett repressivt inslag och ett vitesföreläggande, är att den upphandlande enheten har en möjlighet att inse sitt misstag och/eller korrigera sin inställning till LOU, vilket den offentliga upphandlingen tjänar på i det långa loppet.

Av dessa skäl avvisar jag konstruktionen med »marknadsskadeavgift till förmån för olika nivåer av vitesförelägganden med förbud att upprepa regelöverträdelser.

### **Talerätten**

Det är naturligt att en statlig tillsynsmyndighet ges talerätt i överprövningsmål och vid begäran om vitesförelägganden, om man vill förstärka tillsynen över de offentliga upphandlingarna och kunna följa upp statens ansvar för att gemenskapsrätten efterlevs. Däremot är det inte självklart att branschorganisationer villkorslöst ska ges talerätt i upphandlingsmål vid förvaltningsdomstol. Problemen för små och medelstora företag att hävda sin rätt är kända, varför de bör ha rätt att anlita en branschorganisation som sin företrädare i sådana mål. Medlemskap i branschorganisationen eller annan direkt anknytning bör tillsammans med fullmakt krävas för att styrka uppdraget att föra en leverantörs talan inför rätten. Om riksdagen väljer att, istället för den föreslagna marknadsskadeavgiften, införa vitessanktioner för brott mot LOU i syfte att upprätthålla respekten för lagstiftningen, är det enbart tillsynsmyndighetens ansvar att väcka talan, inte branschorganisationernas.

### **Skadeståndens beräkning**

Grundfrågan handlar om vilken beräkningsprincip som skall gälla för skadestånd \* det positiva eller det negativa kontraktsintresset \* när en upphandlande enhet inte följer LOU. I förarbetena till LOU gjordes en tolkning av EG-rätten till förmån för det positiva kontraktsintresset, vilket fått som konsekvens att olika rättsliga instanser utdömt omfattande skadestånd till anbudsgivare som lyckats visa att de blivit förfördelade när en upphandling inte skötts korrekt. Den kritik som riktats mot att det positiva kontraktsintresset ska råda, utgår från de uppseendeväckande situationer när en förbigången leverantör får en omfattande ersättning trots att han inte

ingått något avtal och för ett uppdrag som han inte behöver utföra. Att en förbigången leverantör inte kan få mer i skadestånd än vad som motsvaras av det negativa kontraktsintresset är inte mer uppseendeväckande än att en leverantör som förlorar kampen om ett avtal i en korrekt upphandling, själv får bära sina kostnader för framtagande av anbudsunderlag etc.

Det finns därför många skäl att, precis som kommittén föreslår, begränsa möjligheterna till dryga skadestånd, och även om det positiva kontraktsintresset ska gälla, bör skadestånden jämkas med hänsyn till en förfördelads faktiska kostnader.

### ***Preskriptionstiden räcker med ett år***

Preskriptionstiden för skadestånd regleras inte av EG:s upphandlingsdirektiv och till skillnad från kommittémajoriteten anser jag, att det är motiverat och fullt möjligt för Sverige att behålla den preskriptionstid på ett år som hittills gällt. Längre preskriptionstider skulle leda till en orimlig osäkerhet för upphandlande enheter om en skadeståndstalan kan väckas sedan avtal och upphandlade verksamheter varit igång mer än ett år.

## **Reservation från ledamöterna Christer Eirefelt (fp), Allan Eriksson (m) och Brita Ullman (kd)**

Förslagen i kommitténs delbetänkande präglas av en vilja att åstadkomma en bättre och effektivare offentlig upphandling. Mot bakgrund av bristerna i efterlevnaden av LOU föreslås nu en uppstramad lag med bl.a. effektivare sanktionsmöjligheter och vidgade möjligheter att överklaga felaktiga beslut. Förslagen innebär även en viss förenkling, vilket kommer att underlätta handeln. Kommitténs slutsats att Nämnden för Offentlig Upphandling (NOU) bör slå samman med Konkurrensverket, som ombildas till en ny myndighet, Konkurrens- och upphandlingsverket, ger enligt vår mening goda förutsättningar för en effektiv tillsyn och en bra hantering i övrigt av upphandlingsfrågorna. De frågor som regleras i LOU och i konkurrenslagen är så pass näraliggande att valet av Konkurrensverket framstår som naturligt.



### *Samhälleliga mål*

I ett avseende är vi dock kritiska till kommittémajoritetens uppfattning. Det gäller föreställningen att offentlig upphandling skall kunna användas som ett instrument att främja även andra samhälleliga mål, exempelvis miljö, jämställdhet, minskad diskriminering, rättvisa, arbetsmarknads- och regionalpolitiska syften, än själva upphandlingen av varor och tjänster. Frågan, som varit ett återkommande tema vid kommitténs överläggningar har nu visserligen skjutits fram till behandlingen av slutbetänkandet, men utgångspunkten att den offentliga upphandlingen skall tjäna olika syften synes vara förutbestämd.

Man öppnar för detta bl.a. genom att skrivningar i delbetänkandet av innebörden att den offentliga upphandlingen skall användas som instrument för att främja samhälleliga mål genom att ställa exempelvis "ekonomiska, konkurrenspolitiska, sociala, arbetsmarknadspolitiska och miljöpolitiska krav på resultatet av offentlig upphandling under förutsättning att de rymms inom LOU och gemenskapsrätten".

Vi finner det därför angeläget att redan nu markera att vi anser det vara fel inriktning att försöka låta en rad olika samhälleliga mål, som finns reglerade i andra lagar och förordningar inkorporeras i en upphandlingslag som har helt andra syften. Självklart skall det viktiga arbetet att förbättra miljön och öka jämställdheten fortsätta. Dessa mål främjas emellertid effektivare på annat sätt.

Enligt vår mening är det av stor betydelse att LOU även i fortsättningen hanteras som den renodlade konkurrenslag som den är och skall vara. Visserligen förutsätts kravställandet inrymmas i LOU och gemenskapsrätten, vilket är självklart. Det finns emellertid en betydande risk om man öppnar dörren för krav som är ovidkommande för själva upphandlingen att man skapar osäkerhet hos upphandlare och leverantörer om vad som gäller. Vi vill erinra om att det förekommer att upphandlande enheter redan idag ställer sådana krav som bryter mot LOU, men som kan förekomma, därför att de inte påtalas.

Man riskerar också att undergräva tilltron till offentlig upphandling och försvåra eller omöjliggöra de grundläggande kraven på likabehandling, opartiskhet och affärsmässighet i upphandlingen. Krav som saknar relevans för inköp av de varor eller tjänster som upphandlingen omfattar bör således inte få ställas.

### ***Kundvalssystem***

Flera kommuner och landsting har infört olika former av kundvalssystem med check. Enligt vår uppfattning är det en alternativ driftsform med många förtjänster. Bl.a. innebär det stor valfrihet för den enskilde och det öppnar på ett effektivt sätt upp den offentliga sektorn för konkurrens. Systemet förordas också i flera sammanhang av bl.a. Kommunförbundet.

Kundvalssystemet har varit föremål för diskussion i kommittén och förslag har redovisats för att säkra en positiv utveckling av denna alternativa driftsform. I betänkandet nämns emellertid frågan endast i förbigående som en utvecklingstendens inom den offentliga sektorn.

Enligt vår uppfattning utgör kundvalssystemet ett viktigt inslag i det förnyelsearbete som pågår i kommuner och landsting och borde därför ha behandlats i betänkandet.

## Särskilt yttrande från ledamöterna Christer Eirefelt (fp) och Allan Eriksson (m)

### ***Angående problembilden***

I kap. 7 redovisas de omfattande problem som kännetecknar offentlig upphandling. I den bedömning kommitténs majoritet därefter gör av situationen förringas emellertid problemen. Enligt vår uppfattning visar en rad kartläggningar och rapporter, bl. a. från Riksdagens revisorer och Nämnden för Offentlig Upphandling, att det finns ett klart behov såväl av en förändrad och skärpt lagstiftning som av utbildning och attitydförändringar hos de upphandlande myndigheterna.

## Särskilt yttrande av sakkunniga Lisbeth Edlund, Ulf Palm och Eva Sveman

### *Tillsynsmyndigheten*

Tillsynen över den offentliga upphandlingen utövas för närvarande av Nämnden för offentlig upphandling, NOU. Denna myndighet består av en nämnd med oberoende experter som utses av regeringen. Nämnden har ett kansli till sitt förfogande som svarar för den löpande ärendehantering. Enligt vår mening fungerar denna myndighet väl och mycket talar för att den skulle fungera ännu bättre om den hade större resurser till sitt förfogande. De upphandlande enheterna förefaller också vara nöjda med verksamheten. Av rapporten *Effekter av lagen om offentlig upphandling (NOU 1998)* framgår att 92 procent av tillfrågade upphandlande enheter anser att NOU:s rådgivning är godkänd, bra eller mycket bra och att 89 procent ger NOU-info betyget godkänt eller bättre. Mot bakgrund av dessa uppgifter finns det inga skäl som talar för att överföra dessa uppgifter till en annan myndighet.

Kommunerna, landstingen och de kommunala bolagen står för ca två tredjedelar av all offentlig upphandling. En stor del av det som upphandlas av dessa enheter upphandlas i stort sett inte alls inom den statliga sektorn, t.ex. omsorgstjänster, läkemedel och medicinteknisk utrustning. Kommuner och landsting är också annorlunda organiserade än statliga myndigheter och sinsemellan mycket olika. Dessa omständigheter kräver att den statliga tillsynsmyndigheten besitter särskild kunskap när den handlägger ärenden, utfärdar råd och lämnar information som rör kommuner och landsting. Detta tillgodoses bäst av en nämndmyndighet. Vi avvisar förslaget att Konkurrens- och upphandlingsverket skall bli ny tillsynsmyndighet. Vi föreslår i stället att man höjer det statliga anslaget till NOU, eftersom nämndens resurser är otillräckliga. För att inte riskera att partsintressen tillåts påverka tillsynsverksamheten, kan en lämplig väg vara att låta chefen för myndigheten, som tillika bör vara nämndordförande, självständigt fatta beslut i klagomålsärenden och talarärenden, efter samråd med nämnden. Övriga ärenden bör beslutas i nämnden, med möjlighet till sedvanlig delegation.

## Särskilt yttrande av experterna Ulf Palm och Eva Sveman

### 6 kap.

#### *Obligatoriskt annonseringsförfarande*

Vid förenklad upphandling och den nya upphandlingsformen förenklad selektiv upphandling föreslås att den upphandlande enheten skall infordra anbud respektive publicera ansökningsinbjudan i en elektronisk databas som godkänts av tillsynsmyndigheten. I nuvarande regelverk finns inget krav på annonsering utan den upphandlande enheten kan välja mellan att infordra anbud genom annons eller skrivelser. En kombination av dessa åtgärder tillämpas också ofta av de upphandlande enheterna.

Vi kan förstå att det vid upphandling enligt 6 kap. LOU kan vara svårt för leverantörer att få kännedom om aktuella upphandlingar. Detta måste dock ställas i relation till det arbete och åtföljande kostnader som blir följderna om den upphandlande enheten på grund av annonseringen får in ett större antal anbud. Någon begränsning av annonseringsskyldigheten, t.ex. vid låga kontraktsbelopp, föreslås inte heller.

Vi anser att den föreslagna upphandlingsformen förenklad selektiv upphandling är bra och att det finns ett behov av en sådan upphandlingsform under tröskelvärdena. Vi menar också att det behövs ett annonseringsförfarande för att den upphandlingsformen skall få användas. Om det skall vara i en databas bör den handhas av offentlig myndighet, förslagsvis Kommerskollegium, och vara kostnadsfri för annonsören eller i vart fall bygga på självkostnadsprincipen. Annonseringar över tröskelvärdet är som bekant kostnadsfri för de upphandlande enheterna. För den som väljer förenklad upphandling utan selektivt förfarande bör annonseringen fortfarande vara frivillig. Om det införs en annonseringsskyldighet som den föreslagna också i dessa fall tror vi att selektivt förfarande kommer att bli huvudregel, vilket inte kan vara meningen. Den selektiva upphandlingsformen medför vidare längre handläggningstider och torde vara svår att motivera vid lägre kontraktsbelopp, då den kräver mer arbete av den upphandlande enheten.

### ***Avbrytande av upphandlingar***

Vi delar den uppfattningen att en upphandling inte skall avbrytas utan att det finns starka skäl härför. Det ligger för övrigt i de upphandlande enheternas eget intresse för att upprätthålla en trovärdighet på upphandlingsområdet. Svårigheten som vi ser det är att avgöra vad som är sakliga skäl. Frågan har också varit föremål för utredning, Avbrutna upphandlingar och interna bud (Ds 1994:83), utan att ha lett till någon lagstiftning. Uppenbarligen just på grund av svårigheten att bestämma vad som är sakliga skäl i det enskilda fallet. Att sakliga skäl bara skulle handla om s.k. force majeureliknande situationer, som vissa har hävdat, menar vi är alltför begränsat.

Vår uppfattning är vidare att avbrutna upphandlingar inte är något större problem idag och att information borde vara ett tillräckligt för att komma tillrätta med eventuellt missbruk.

Frågan om ett avbrytande av en upphandling kan leda till skadeståndsskyldighet har besvarats nekande i två hovrättsavgöranden. Högsta domstolen har meddelat prövningstillstånd i båda fallen och det finns enligt vår uppfattning anledning att avvakta HD:s dom i dessa mål innan 6 kap. eventuellt kompletteras med en bestämmelse om avbrytande av upphandlingar.

## 7 kap.

### ***Marknadsskadeavgift***

Enligt NOU:s kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling är s.k. otillåten direktupphandling ett av det vanligaste brotten mot LOU. Det behöver givetvis inte innebära att det är så i praktiken. Å andra sidan förekommer det uppenbarligen så ofta att det är ett problem. Frågan om skadestånd kan utgå till den leverantör som påstår sig har förlorat kontraktet på grund av att en konkurrensupphandling enligt LOU aldrig har ägt rum har hittills besvarats nekande av domstolarna. Frågan är för närvarande föremål för prövning i ett mål i Högsta domstolen.

Vi anser i likhet med kommittén att det är angeläget att det införs någon form av sanktion mot den upphandlande enhet som bryter mot upphandlingsreglerna genom att använda sig av direktupphandling där detta inte är tillåtet, särskilt vid upprepade otillåtna direktupphandlingar. Vi anser också att konkurrensskadeavgift skulle kunna vara ett lämpligt

sanktionsmedel. Dock bör sådan avgift bara tillämpas när andra sanktionsmedel som vite eller skadestånd inte är användbara. Som vi ser det kan det då i princip bara handla om otillåtna direktupphandlingar.

Vi tillstyrker således förslaget om marknadsskadeavgift i den del det avser otillåtna direktupphandlingar, men inte i övriga fall som kan bli aktuella med den föreslagna skrivningen. Såvitt vi känner till finns inte heller någon motsvarighet till den föreslagna regeln om marknadsskadeavgift i övriga EU-länders upphandlingsregler.

Vad de föreslagna avgiftsbeloppen beträffar är vi övertygade om att redan ett mycket lågt belopp skulle få den avhållande effekt som eftersträvas med införandet av en marknadsskadeavgift. Vi anser därför att marknadsskadeavgiften som högst skall kunna sättas till en miljon kronor och att 20-procentsregeln skall tas bort.

Rätten att föra talan om marknadsskadeavgift bör begränsas till tillsynsmyndigheten. Det finns inga bärande skäl för att ge leverantörer eller branschorganisationer rätten att föra talan om marknadsskadeavgift om tillsynsmyndigheten skulle komma fram till att det inte finns grund för en sådan talan. Risken för missbruk kan inte heller uteslutas om leverantörerna skulle ges den rätten.

### ***Talerätt för tillsynsmyndigheten och branschorganisationer i överprövningsmål***

Vi tillstyrker förslaget i den del den avser tillsynsmyndighetens talerätt. Däremot anser vi att det inte finns skäl att också ge branschorganisationerna denna rätt. Det gäller som sagt även talan om marknadsskadeavgift och talan enligt 7 kap. 10 a-b §§ i förslaget. Kravet att tillsynsmyndigheten skall ges talerätt i överprövningsmål har främst drivits av branschorganisationerna, och vi menar att det är att gå för långt att dessutom ge branschorganisationerna samma rätt.

Som framgår av LOU i nuvarande lydelse krävs för att en leverantör skall få ansöka om överprövning att han lidit eller kan komma att lida skada. Motsvarande regel finns i artikel 1 punkt 3 i Rådets rättsmedelsdirektiv. Branschorganisationerna uppfyller inte något av dessa krav. Argumentet att många leverantör avstår ifrån att klaga på grund av rädslan för svartlistning kan inte heller motivera en talerätt för branschorganisationerna. För det första finns inget belegg för att så skulle vara fallet (400 mål i förvaltningsdomstol) och för det andra går det knappast att dölja vem som kan komma att lida skada vid eventuellt brott mot upphandlingsreglerna.

Det finns inte anledning att tro att branschorganisationerna bättre än tillsynsmyndigheten skulle kunna bedöma vad som är brott mot upphandlingsreglerna. Något skäl för att ge branschorganisationerna subsidiär talerätt i förhållande till tillsynsmyndigheten kan vi således inte heller finna. Att ge branschorganisationerna parallell talerätt med tillsynsmyndigheten framstår som direkt olämpligt. Branschorganisationerna har vidare samma möjligheter som de upphandlande enheterna att uppträda som ombud för sina medlemmar i mål om överprövning. Även denna omständighet talar mot förslaget att ge branschorganisationerna talerätt i överprövningsmål.

### ***Skadeståndet***

Vi delar kommitténs bedömning att det positiva kontraktsintresset skall kunna ersättas enligt 7 kap. 6 § LOU, inte minst mot bakgrund av att det förefaller vara den uppfattningen som råder i de flesta andra EU-länder. Däremot menar vi, i likhet med professor Jan Hellner, att man vid beräkningen av skadeståndsbeloppets storlek måste använda sig av ett mer

nyanserat synsätt än vad som framgår av Högsta domstolens dom i målet NJA 1998 s. 873.

Om domstolarna dömer ut mycket höga skadeståndsbelopp i förhållande till anbudssummorna, som vi har sett flera exempel på, finns en stor risk för att kommuner och landsting avstår ifrån att upphandla vissa tjänster enligt LOU och låter utföra dessa i egen regi eller avstår ifrån att konkurrensutsätta den egna regin. Den som förlorar på detta är således de privata företagen.

Ersättningen för t ex. utebliven vinst måste kunna jämkas betydligt inte minst på grund av att den anbudsgivare som väcker skadeståndstalan inte behöver utföra något uppdrag. Det är kanske inte säkert att det skulle ha uppstått någon vinst över huvud taget. Det är vidare så gott som omöjligt för den upphandlande enheten att visa att anbudsgivaren hade kunnat begränsa skadan genom att t.ex. ta andra uppdrag, då det inte ligger i anbudsgivarens intresse att medge detta. Vi känner inte till något fall där detta har medgetts. Samma svårigheter uppstår när det gäller att bedöma inbesparade kostnader med anledning av att anbudsgivaren inte behöver utföra något uppdrag. Det handlar då om att anbudsgivaren utesluter eller redovisar alltför låga kostnader för att få upp skadeståndsbeloppet.

Ersättning för det positiva kontraktsintresset är i grunden avsett för att tillämpas i kontraktsförhållanden där förutsättningarna är helt andra än i upphandlingssituationen. Detta måste också visa sig vid skadeståndsberäkningen, vilket inte är fallet enligt hittillsvarande rättspraxis på området. För övrigt delar vi i allt väsentligt kommitténs bedömning i denna del.

### ***Preskriptionstiden***

Kommittén föreslår att preskriptionstiden för skadeståndstalan förlängs från ett till två år. Tvåårsregeln föreslås också gälla vid talan om marknadsskadeavgift. En tvåårig preskriptionstid föreslogs redan i det ursprungliga förslaget till lag om offentlig upphandling, Offentlig upphandling och EES – ett lagförslag (Ds 1992:4), men ändrades till ett år efter skarp kritik från bl.a. Kommun- och Landstingsförbunden.

Kritiken gick ut på att det inte kunde anses rimligt att en upphandlande enhet skulle behöva leva i ovisshet i två år när det gäller eventuell skadeståndstalan på grund av procedurfel. Möjligheten att snabbt rätta till eventuella fel och undvika samma misstag vid nya upphandlingar ansågs vidare begränsas av den långa tidsfristen för skadeståndstalan. Vidare framhölls att en anbudsgivare som vill ifrågasätta upphandlingen och kräva ska-



destånd rimligen bör göra detta i anslutning till upphandlingen. Den stora insyn och öppenhet som följer med upphandlingsreglerna åberopades också för att en anbudsgivare skulle agera i nära anslutning till upphandlingen och inte vänta i upp till två år med en skadeståndstalan.

Vi menar att den kritik som riktades mot en preskriptionstid på två år även gäller idag. En tvåårig preskriptionstid skulle kunna leda till att ett avgörande i tingsrätt kan ta upp till fyra år från det att upphandlingen avslutats. Det säger sig självt att det är högst otillfredsställande med en sådan tidsutdräkt. Inte minst den långa osäkerhet som den upphandlande enheten måste leva med gör att vi bestämt avvisar den av kommittén föreslagna förlängningen av preskriptionstiden för skadeståndstalan. Samma skäl talar för att preskriptionstiden när det gäller marknadsska-deavgiften inte skall sättas till mer än ett år.

## Särskilt yttrande från experterna Lars-Olof Eklöf, Anders Stenlund och Jens Karlsson

### *Inledning*

Upphandlingskommittén redovisar i detta betänkande ett antal förslag som syftar till att skapa en bättre offentlig upphandling. Från näringslivets sida anser vi att de flesta av dessa är välgrundade och vill framhålla att som helhet utgör detta en angelägen reform. Mot bakgrund av problemen inom sektorn kommer en skärpt tillsyn att leda till betydande vinster både för näringsliv och för skattebetalare. På några punkter anser vi emellertid att kommittén inte drar rätt slutsatser och i en mycket central fråga menar vi att den vill leda in den offentliga upphandlingen på helt fel spår. Vi redovisar nedan våra huvudsakliga invändningar och utvecklar särskilt vår syn på ändamålet med den offentliga upphandlingen.

### *Problemen*

Inom näringslivet har det länge varit känt att det finns problem inom den aktuella sektorn. Dessa består bland annat i att upphandlande enheter inte följer bestämmelserna i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), till exempel genom att direktupphandla i sådana situationer när lagen inte tillåter detta. Denna bild bekräftas av undersökningen från Nämnden för

offentlig upphandling, som utförts på kommitténs uppdrag, och även av rapporter från Riksdagens Revisorer och näringslivets organisationer.

Mot den bakgrunden är kommittén alltför försiktig i sin värdering av materialet (se kommitténs bedömning under 7.2.1 NOU:s kartläggning). De betydande problemen inom området är väl belagda. Kommittén borde klart ha uttryckt detta i sin bedömning, eftersom detta stämmer med resultatet i undersökningarna och då det hade gett en fastare grund för de förslag som kommittén lägger.

### ***Tillsynen***

Vi vill först understryka vikten av att tillsynsmyndigheten har goda resurser och en oberoende ställning. Vi bedömer att tillsynen av området kräver åtminstone ett tillskott av det högsta antal personer som kommittén redovisar (se 11.4 Personalbehov). Det handlar då om minst 30 personår för att lösa uppgiften. En mindre organisation får inte tillräcklig kraft och kompetens och blir dessutom sårbar för vakanser.

Vi anser vidare att en sådan myndighet inte bör arbeta under en styrelse. En tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen bör verka helt fristående för att kunna fullgöra sina granskande uppgifter. Detta är inte förenligt med inrättandet av en styrelse, där de myndigheter och företag som ska granskas, är representerade. Om det är önskvärt med ett förstärkt inflytande och mer insyn än vad som normalt gäller i myndigheter, kan detta lämpligen lösas genom att det knyts en rådgivande referensgrupp till tillsynsmyndigheten.

### ***Inriktningen***

Mot bakgrund av att kommittén föreslår en bestämmelse i instruktionen för tillsynsmyndigheten om att denna ska verka för helt nya mål inom upphandlingen och av att denna tanke nämns på flera ställen i betänkandets text, vill vi utförligt redovisa vår syn på denna fråga som vi anser är avgörande för utvecklingen inom området.

Kommittén föreslår att tillsynsmyndigheten ska bidra till att övergripande samhällsekonomiska, sociala, arbetsmarknadspolitiska och miljöpolitiska mål främjas enligt de grunder som anges i lag och i gemenskapsrätten. Begreppet lag ska här förstås som svensk lag.

Från näringslivets sida har vi en annan syn. Den offentliga upphandlingen handlar om det offentligas inköp av varor, tjänster och andra nyttigheter. I Sverige har det sedan lång tid rått enighet om att upphandlingen ska

präglas av affärsmässighet, vilket framförallt innebär att den leverantör som kan lämna det bästa anbudet också ska få kontraktet. Samma perspektiv präglar även den offentliga upphandlingen inom EU och har också kommit till uttryck i EU-direktiv. Direktiven präglas av en konkurrenspolitisk syn som bland annat innebär att leverantörerna ska skyddas mot godtycke vid upphandling. Detta tillgodoser även konsumentintresset genom att det leder till att skattemedel används på bästa sätt.

För näringslivet och skattebetalarna är det alltså viktigt att den offentliga upphandlingen präglas av affärsmässighet. Detta är en garanti för sund konkurrens inom näringslivet och för en god hushållning med skattemedel. Kravet på en affärsmässig upphandling innebär dock inte något hinder mot att vid upphandling beakta andra faktorer än de rent ekonomiska, förutsatt att dessa är rimliga och har samband med det som upphandlas. Det är helt i sin ordning att vid en upphandling ställa till exempel miljökrav på varan eller tjänsten. Och det är i allra högsta grad önskvärt att kvalitetskrav har en stark ställning vid upphandling. Däremot leder det in på fel väg att vid upphandling ställa krav som riktar sig mot faktorer utanför varan eller tjänsten. Det kan röra sig om att leverantören ska producera varan eller tjänsten på visst sätt eller tillämpa en viss jämställdhetspolitik eller uppfylla vissa arbetsmarknadspolitiska krav. Vi anser att sådana samhällsmål, som kan vara nog så viktiga, bäst hanteras av de lagar och myndigheter som är skapade för det särskilda området.

Att låta den offentliga upphandlingen bli ett verktyg för allmänna samhällsmål leder i själva verket till en politisering av området. Detta kan inte ligga i någon intresse, inte heller i de upphandlande enheternas. Kommitténs försök att lindra sådana effekter genom att kräva att målen ska vara förankrade i lag eller i gemenskapsrätten är inte effektivt. Svensk rätt innehåller en mängd allmänt hållna målformuleringar som i praktiken öppnar för att ställa långtgående krav på leverantörerna. Sådana krav har inte någon direkt motsvarighet i lagstiftningen men kan komma att ställas vid upphandling med en hänvisning till en sådan allmänt hållen målparagraf. Det får till och med antas att det är en sådan användning som är avsedd. För om syftet endast vore att leverantörerna ska uppfylla redan väl angivna krav i lagstiftningen, så vore förslaget poänglöst.

Vi vill här peka på framförallt tre tydliga nackdelar med den tänkta ordningen. För det första leder den till ett ökat godtycke vid offentlig upphandling. Det är redan idag svårt att rättvist utvärdera anbuden i en anbudstävling. Det är vanligt att leverantörerna upplever en osäkerhet om huruvida de har blivit rätt bedömda. Det ligger i sakens natur att en sådan osäkerhet ökar ju fler faktorer som ska vägas in i bedömningen. Att

till en sådan prövning tillföra ytterligare faktorer, vilka skulle röra allmänna samhällspolitiska mål, försvårar markant en rättvis prövning. Detta leder inte bara till svårhanterliga problem för inköparna utan också till sämre anbud och därmed även till ökade kostnader för skattebetalarna. Till slut blir faktorerna så många att det inte går att säga vilket anbud som vid en helhetsbedömning är det bästa. Den offentliga upphandlingen kommer då att präglas av rättsosäkerhet, trots att reglerna om upphandling syftar till att garantera rättssäkerhet.

För det andra försvårar den föreslagna ordningen för små och medelstora företag. Det kan antas att principen om upphandlingen som ett verktyg för allmänna samhällsmål, kommer att leda till nya krav vid upphandling som bland annat fordrar långtgående och kostsamma verifieringar. Små företag har redan idag svårt att delta i upphandlingar, inte minst på grund av utformningen av dessa. Det kan handla om att kontrakten är för omfattande eller om att de krav som ställs, exempelvis på miljöområdet, är för långtgående. Det är givet att företagen måste uppfylla krav som framgår av lagstiftningen, men den nu föreslagna ordningen öppnar för längre gående krav. Detta kommer ytterligare att försvåra för mindre företag att delta i offentlig upphandling.

För det tredje leder förslaget till att svenska och utländska företag kan komma att behandlas olika vid offentlig upphandling. Så kan exempelvis bli fallet om det vid upphandling ställs krav som tar utgångspunkt i allmänna mål inom arbetsmarknads- eller jämställdhetspolitiken. Sådana krav kan i vart fall bara ställas på svenska företag, inte på utländska. Principen om likabehandling, som bär upp hela regelverket om offentlig upphandling, sätts därmed ur spel. Konsekvenserna av detta är svåra att överblicka. Det är tveksamt om den föreslagna ordningen är förenlig med LOU då kravet på affärsmässighet innefattar ett krav på just likabehandling mellan anbudsgivare. Det är också tveksamt om förslaget går att förena med EU-direktiven, som vilar på samma princip.

Från näringslivets sida vill vi sammanfattningsvis understryka vikten av en affärsmässig offentlig upphandling, såväl för näringsliv och skattebetalare som för effektiviteten i offentlig verksamhet. En affärsmässig upphandling går att förena med krav på de varor och tjänster som köps in, såväl ekonomiska som andra krav, men inte med principen om upphandlingen som ett verktyg för samhällspolitiska krav, riktade mot leverantörernas verksamhet. Sådana krav får hanteras i annan ordning. Reglerna om offentlig upphandling bör förbli en garant för lika konkurrens inom näringslivet och för god hushållning inom offentlig sektor.

## Kommittédirektiv

Dir. 1998:58

Översyn av Nämnden för offentlig upphandling, m.m.

---

Beslut vid regeringssammanträde den 25 juni 1998

### Sammanfattning av uppdraget

En särskild utredare tillkallas med uppgift att utreda organisationen av Nämnden för offentlig upphandling och vilken roll samt vilka uppgifter nämnden bör ha i framtiden med hänsyn till behovet av tillsyn av offentlig upphandling.

Vidare skall utredaren göra en översyn av bestämmelserna i 6 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), som bl.a. avser upphandlingar under de s.k. tröskelvärdena.

Slutligen skall utredaren se över bestämmelsen om skadestånd i 7 kap. 6 § LOU.

Utredaren skall inom ramen för gemenskapsrätten utarbeta de författningsförslag som behövs.

Möjligheterna att effektivisera den offentliga upphandlingen skall vara utgångspunkt för utredningen.

Utredarens arbete skall vara slutfört senast den 30 april 1999.

### Bakgrund

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), som trädde i kraft den 1 januari 1994, innehåller bestämmelser om hur den offentliga sektorn skall upphandla. Knappt ett år innan lagen trädde i kraft inrättades en myndighet, Nämnden för offentlig upphandling (NOU). Myndigheten fick bl.a. i uppgift att informera om lagen och att utöva tillsyn över den offentliga upphandlingen. I praktiken har NOU:s resurser till övervägande del använts för informationsverksamhet. Mot bakgrund av den problembild som successivt har vuxit fram på upphandlingsområdet under de drygt fem år som NOU har funnits är det angeläget att NOU:s framtida organisation, roll och uppgifter nu ses över. En sådan översyn överensstämmer också med regeringens ställningstagande till användningen av nämndmyndigheter i propositionen Statlig förvaltning i medborgarnas tjänst (prop. 1997/98: 136). Regeringens bedömning är att när så är möjligt bör särskilda

beslutsformer inom vanliga förvaltningsmyndigheter användas i stället för nämndmyndighetsformen.

I 6 kap. LOU finns bestämmelser om bl.a. upphandling under de tröskelvärden som anges i LOU. Bestämmelserna grundar sig dels på upphandlingsförordningen (1986:366), som gällde för statliga myndigheter, dels på det kommunala upphandlingsreglementet, som gällde för det kommunala området. Det kommunala upphandlingsreglementet överensstämde i allt väsentligt med upphandlingsförordningen. Bestämmelserna fördes in i LOU i princip utan några sakliga ändringar och behöver nu ses över.

I propositionen Ändringar i lagen om offentlig upphandling (prop. 1996/97:153) föreslog regeringen vissa justeringar av LOU. Finansutskottet (bet. 1997/98:FiU7) tillstyrkte regeringens förslag och tog särskilt upp frågan om skadestånd vid upphandling. Skadeståndsbestämmelsen i LOU har diskuterats i doktrinen. Från vissa håll har kritik framförts. Bestämmelsen bör mot bakgrund av detta nu ses över.

## Uppdraget

### *Organisering av tillsynen m.m.*

Organisering av tillsynen m.m. NOU är en s.k. nämndmyndighet. Nämndmyndigheter är en kategori myndigheter som främst kännetecknas av ett begränsat och avgränsat ansvarsområde, organisationens ringa storlek samt framför allt av behovet av en kollektiv beslutsform. NOU uppvisar samma problembild som andra nämnd- och småmyndigheter. Framför allt är nämnd- och småmyndigheter ett problem när det gäller styrning. Bristande administrativ och ekonomisk kompetens medför att små myndigheter kan ha svårt att möta regeringens krav på en myndighets förmåga att tillämpa de för statsförvaltningen gemensamma regelverken. Få anställda innebär en sårbar organisation. Detta begränsar möjligheterna att hantera toppar i belastning och arbetskraftsbortfall vid sjukdomsfall eller annan frånvaro. Ett särskilt problem vad gäller NOU är att effekterna av verksamheten är svåra att mäta och överblicka, t.ex. när det gäller om regelefterlevnaden har blivit bättre.

Utredaren skall analysera behovet av tillsyn av offentlig upphandling. Utredaren skall vidare lägga fram förslag om styrning, stöd och organisation av den offentliga upphandlingen och NOU:s verksamhet bl.a. med utgångspunkt i vad som sägs i propositionen Statlig förvaltning i medborgarnas tjänst. Regeringen gör där bedömningen att nämndmyndig-

hetsformen bör användas sparsamt. Även i de fall där ett kollektivt beslutsorgan bedöms som nödvändigt är det dock inte självklart att verksamheten måste organiseras i en egen nämndmyndighet. Utredaren skall därför pröva om inte en vanlig förvaltningsmyndighet kan hantera NOU:s uppgift, eventuellt i kombination med att myndigheten för den aktuella uppgiften endast är beslutsför i särskild sammansättning. Således skall utredaren pröva förutsättningarna att inordna NOU:s verksamhet under t.ex. Kammarkollegiet, Statskontoret eller Konkurrensverket. Utredaren skall också pröva om nämnden bör slås samman med några andra myndigheter. En noggrann analys av för- och nackdelar med olika organisationslösningar skall göras. Möjligheterna att effektivisera den offentliga upphandlingen och att följa upp effekterna av gjorda insatser bör styra valet av organisationsform.

### *Framtida uppgifter*

Utredaren skall se över de framtida uppgifterna för den nya organiseringen av tillsynsverksamheten.

Enligt NOU:s rapport "Effekter av lagen om offentlig upphandling" följer många upphandlande enheter inte regelverket fullt ut. Enligt LOU är det endast berörda leverantörer som kan klaga på upphandlande enheters tillämpning av lagen. Den enskilde leverantörens beroende-förhållande kan emellertid leda till att han inte väcker talan av rädsla för att bli "svartlistad". Utredaren skall analysera om den framtida tillsynsfunktionen och/eller andra organisationer skall ha rätt att väcka talan.

Vikten av en väl fungerande tillsyn har betonats i olika sammanhang under de senaste åren. Regeringens bedömning är att den statliga tillsynen av myndigheter, kommuner och företag bör ses över. Den statliga tillsynen bör bl.a. ges en tydligare innebörd. Regeringen avser därför att genomföra en generell översyn av den statliga tillsynen (prop. 1997/98:136 Statlig förvaltning i medborgarnas tjänst s. 45 f.). Utredaren skall följa detta arbete och göra en bedömning av vilka konsekvenser denna översyn får för tillsynen av den offentliga upphandlingen. Utredaren skall särskilt utreda vad begreppet tillsyn innebär, dvs. formulera en definition av begreppet tillsyn inom upphandlingsområdet.

NOU har bedrivit en omfattande informationsverksamhet. Tillsynsverksamheten har däremot varit av mindre omfattning och i princip koncentrerats till yttranden i klagomålsärenden. Regeringen anser att tillsynsverksamheten skall prioriteras. I regleringsbrevet för budgetåret 1998 anges därför att NOU:s egeninitierade tillsyn skall vara

minst 20 % av den totala arbetstiden. Med hänsyn till den offentliga upphandlingens omfattning och möjligheterna till effektiviseringar är det viktigt att det finns en ändamålsenlig tillsynsfunktion för den offentliga upphandlingen. Utredaren skall föreslå hur tillsynsrollen skall utvecklas och ges större tyngd. Utredaren skall också vid prövningen av det offentliga åtagandet särskilt pröva hur informationsverksamheten bör avgränsas i förhållande till andra aktörer och precisera den informationsskyldighet som har ett direkt samband med tillsynsfunktionen och som kan anses vara ett offentligt åtagande.

#### *Upphandling under de s.k. tröskelvärdena*

6 kap. i LOU innehåller bl.a. bestämmelser för upphandling vars värde understiger de tröskelvärden som anges i lagen. Bestämmelserna har för statliga myndigheter, kommuner och landsting i sak funnits länge men fick lagform när LOU trädde i kraft (prop. 1993/94:78 Frågor om offentlig upphandling). De fördes in i LOU i princip utan några sakliga ändringar. Utredaren skall se över bestämmelserna i 6 kap. och bl.a. utreda om annonsering bör göras i större utsträckning och om det skall finnas en beloppsgräns för när en upphandlande enhet får direktupphandla. Utredaren skall också överväga om privata företag som omfattas av reglerna över tröskelvärdena bör omfattas av 6 kap. Utredaren skall slutligen undersöka hur andra medlemsländer i Europeiska unionen reglerat upphandlingar som inte omfattas av upphandlingsdirektiven.

#### *Branschsanering*

I branschsaneringsutredningens betänkande Branschsanerings- och andra metoder mot ekobrott (SOU 1997:111) föreslogs dels att en upphandlande enhet skall få begära upplysningar om en leverantörs tekniska förmåga och kapacitet samt finansiella och ekonomiska ställning, dels att den upphandlande enheten skall få begära att anbudsgivaren redovisar vilka delar av upphandlingskontraktet som han avser att lägga ut på någon annan. Motsvarande bestämmelser finns i 1 kap. LOU och gäller för upphandlingar över tröskelvärdena. Vidare föreslogs det att en leverantör som är juridisk person skall kunna uteslutas från en upphandling om företrädaren har begått brott i yrkesutövningen. Dessa förslag fick ett positivt mottagande av remissinstanserna.

Utredaren skall beakta branschsaneringsutredningens förslag och



remissinstansernas synpunkter och mot denna bakgrund utarbeta de författningsförslag som bör föras in i 6 kap.

### *Skadestånd*

I propositionen Ändringar i lagen om offentlig upphandling (prop. 1996/97:153) föreslog regeringen vissa justeringar av LOU. Finansutskottet (bet. 1997/98:FiU7) tillstyrkte propositionens förslag. Utskottet behandlade bl.a. frågan om skadestånd vid upphandling i strid med LOU och angav att skadeståndsreglerna i LOU härrör från två direktiv (89/665/EEC och 92/13/EEC). I direktiven anges att ersättning skall kunna utgå till dem som lidit skada av en överträdelse. Det framgår dock inte av direktiven vilken form av skade-ersättning som skall omfattas. Något rättsfall på upphandlingsområdet från EG-domstolen som ger ledning för hur direktiven skall tolkas finns inte.

Skadeståndsskyldigheten enligt LOU omfattar hela den lidna skadan. Bestämmelsen om skadestånd i 7 kap. 6 § LOU har diskuterats i doktrinen. Kritik har bl.a. framförts som innebär att skadeståndsbestämmelserna är alltför omfattande. Högsta domstolen meddelade den 15 september 1997 prövningstillstånd i ett mål om skadestånd. Finansutskottet angav att Högsta domstolens avgörande borde avvaktas innan man tog ställning till om bestämmelsen om skadestånd skulle ändras. Utskottet hemställde därför att riksdagen som sin mening skulle ge regeringen till känna vad utskottet anfört. Riksdagen biföll utskottets hemställan. Utredaren skall se över bestämmelserna om skadestånd och undersöka hur andra medlemsländer i Europeiska unionen genomfört rättsmedelsdirektiven i denna del.

### **Utredningsarbetet**

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

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

Utredaren skall hålla berörda centrala arbetsorganisationer informerade om arbetet och bereda dem tillfälle att framföra synpunkter samt genomföra förhandlingar enligt lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.

Utredaren skall beakta direktiven till samtliga kommittéer och särskilda utredare om att pröva offentliga åtaganden (dir. 1994:23), om att redovisa av regionalpolitiska konsekvenser (dir. 1992:50), om att redovisa jämställdhetspolitiska konsekvenser (dir. 1994:123) samt om att redovisa konsekvenser för brottsligheten och det brottsförebyggande arbetet (dir. 1996:49).

Utredaren skall samråda med Svenska kommunförbundet och Landstingsförbundet.

Utredarens arbete skall vara slutfört senast den 30 april 1999.

(Finansdepartementet)

## Questionnaire

1. Does your country have national legislation for public procurement below the threshold values ?

- No, there is no national legislation.
- Yes, there is national legislation.
- Yes, there is national legislation but only in certain areas or for certain contracting authorities.

1. Does your country have national legislation for public procurement concerning non-prioritised services listed in annex I B of directive 92/50/EEC ?

- No, there is no national legislation.
- Yes, there is national legislation.
- Yes, parts of the non-prioritised services are covered by national law.

1. If your answer on # 1 or 2 is yes, please write down the names and numbers of the national statutes.

.....

2. Does your country have provincial/local legislation on public procurement below the threshold values ?

- No, there is no provincial/local legislation on public procurement.
- Yes, there is provincial legislation/local on public procurement in a majority of the provinces of my country.
- Yes, there is provincial legislation on public procurement but only in a few of the provinces of my country.

1. Does your country have one or more than one national functions, e.g. the Swedish "National board for public procurement", that supervises the compliance to the procurement laws in your coun-

try ? (the term “national function” does not include your country’s regular court system or the ministry concerned with public procurement issues.)

- Yes, my country has one such national function for supervision.
- Yes, my country has more than one such national function for supervision.
- No, my country has no such national function for supervision.

If your answer is no on question #5 go directly to question # 12.

1. If you have answered yes on # 5, does the supervising function operate from a ...

- central level
- regional level
- local level

1. If you have answered yes on # 5, please write down the names and addresses of the national authority/-ies in charge of the supervision of the public procurement in your country.

.....

8. If you have answered yes on # 5, what is the *main* purpose of the supervising function ?

- To supervise and control the compliance of the procurement legislation in my country.
- To improve the efficiency of the public procurement in my country, e.g. by developing competition strategies for best value-practice.
- To advice/inform parties concerned by the public procurement legislation.
- To mediate between contracting authorities and suppliers when there are problems in a on-going public procurement process.
- The supervising function does mainly:

.....

9. Does the supervising function in your country consider complaints from suppliers that feel they have been discriminated in the procurement process ?

- No, the authority does not consider complaints.
- Yes, the authority consider complaints.
- Yes, the authority considers complaints but only in exceptional cases.

9. Does the supervising function consider anonymous complaints against contracting authorities ?

- Yes
- No

9. Does the supervising function provide information to contracting authorities, suppliers and others concerned by public procurement ?

- No, the authority does not provide any information.
- Yes, the authority provides information to all interested parties.
- Yes, the authority provides information but only to ... (please fill in the missing part)

.....

If you have answered yes on # 11, please continue to # 13.

9. If the answer on # 11 is no, who provides interested parties information on public procurement ?

- Other public authorities
- Private bodies e.g. law firms, auditors.
- The contracting authorities themselves.
- Others:

.....

9. When implementing the Public Remedies Directive (89/665/EEC) and the Remedies Utilities Directive (92/13/EEC) my country has ...

- ... a law/regulation/statute/act that refers to the use of the EC-directives.
- ... incorporated the EC-directives into national legislation.
- ... transformed the EC-directives into national law, i.e. changes in structure and words have been done.
- ... only been using the EC-directives without a particular reference in national law.
- ... used another method which is:  
.....

9. What costs are the damages supposed to cover when awarded a discriminated party by you national courts ?

- Costs for producing the tender/bid and other expenses related to the participation in the tendering procedure.
- Expected profit of sales excluding estimated production costs.
- Production costs.
- Other costs .....

9. Who can be awarded damages according to the public procurement legislation of your country ?

- All potential tendering parties.
- Only parties participating in the contracting procedure by at least asking for tendering documents.
- Only parties that can prove they should have been awarded the contract.
- Others:  
.....

9. Are the damages reduced if the discriminated party is able to contract with someone else during the contract period stated in the tendering documents/advertisement ?

- No
- Yes

9. Are there electronic procurement carried out already today in your country ?

- Yes
- No

If you answer on # 17 is no please continue to # 22.

9. If you answered yes on # 17, what kind of procurement are done electronically ?

.....

10. Does your country have a specific regulation governing electronic procurement ?

- No
- Yes (please fill in name and number of the regulation, code etc.):

.....

9. Could a contracting entity in your country choose to accept electronic tenders only ?

- Yes
- No

9. Are there, according to your country's regulation, (legal or other) requirements on the level of the security of the electronic means being used ?

- Yes
- No

9. If you would like submit any further information about the public procurement system in your country, you are welcome to use the following lines: .....