

Cirkulärnr: 1994:119
Diariernr: 1994:1568
Handläggare: Ulf Palm
Avdsek: J Civilrätt
Datum: 1994-06-21
Mottagare: Kommunkansliet, Inköp
Rubrik: Lag om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling (SFS 1994:615)
Bilaga: SFS 1994:615

Handläggare
Ulf Palm/GR

1994-06-21

Kommunkansliet
Inköp

Lag om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling (SFS 1994:615)

Bakgrund

I december 1993 avslog riksdagen regeringens proposition 1993/94:35 med förslag om en ny lag om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling. Regeringen har därefter funnit att lagförslaget ännu en gång bör underställas riksdagen. Som skäl för att ta upp lagförslaget på nytt har regeringen åberopat att ytterligare erfarenheter har vunnits och att Konkurrensverket har fått in 150 anmälningar som rör konkurrens- och marknadslösningar inklusive upphandlingar inom kommuner och landsting. Om just dessa ärenden motiverar en ny lag som den föreliggande framgår inte. Såväl Kommunförbundet som Landstingsförbundet har motsatt sig lagförslaget. Vid riksdagens förnyade handläggning av lagförslaget den 2 juni 1994 antogs dock lagförslaget. Lagen, som skall träda i kraft den 1 juli 1994, innebär i korthet följande.

Avsikten med lagen

Avsikten med lagen sägs vara att göra det möjligt att pröva och förbjuda vissa konkurrenssnedvridande beteenden från offentliga upphandlares sida. Den är vidare avsedd att täcka ett behov som inte kan fyllas genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) eller konkurrenslagen (1993:20). När det gäller konkurrenslagen är den normalt inte tillämplig vid offentlig upphandling eftersom den offentliga aktören i det fallet inte är att betrakta som "företag" i konkurrenslagens mening (prop. 1993/94:222 s. 43). Den prövning av Marknadsdomstolen (se nedan) som blir möjlig enligt lagen sägs vidare syfta till att väcka förtroende hos företagen för att de skall få en objektiv och rättvis behandling i samband med offentlig upphandling (prop. 1993/94:222 s. 11). Information om upphandlingslagen finns i cirkulär 1993:43, 1993:206 och 1994:118 och om konkurrenslagen i cirkulär 1993:170.

Vilka omfattas av den nya lagen?

Lagen omfattar alla som är s.k. upphandlande enheter enligt lagen om offentlig upphandling. Det innebär att samtliga kommuner och sannolikt också samtliga företag i vilka kommun har ett dominerande inflytande omfattas av lagen.

Den närmare innebörden av lagen

Lagen innebär ingen skyldighet att upphandla varor och tjänster i konkurrens. Rena egenregiutföranden, utan att externa anbud infordras, omfattas således inte av lagen. Som framgår av 3 § punkt 1 kan lagen bli tillämplig om något företag påtagligt diskrimineras i förhållande antingen till den verksamhet som enheten själv bedriver eller till ett annat företag. Lagen kan bli tillämplig oavsett om egenregin deltar i upphandlingen eller inte.

Förbudet att tillämpa ett visst förfarande är utformat som ett framtida förbud. Det innebär att Marknadsdomstolen, som är beslutande myndighet, inte kan stoppa en pågående upphandling utan endast förbjuda den offentliga aktören att i framtiden tillämpa ett visst beteende avseende upphandlingen. När det gäller en pågående upphandling kan det dock tänkas att bestämmelsen i LOU om s.k. överprövning kan bli tillämplig. Enligt uttalande i prop. 1993/94:222 s. 60 f skulle till och med skadestandsregeln i LOU kunna bli tillämplig om egenregin får utföra arbetet, men samtidigt sägs att visshet hur det förhåller sig i detta avseende saknas i nuläget. Kommunförbundet har hela tiden utgått ifrån att drift i egenregi faller utanför begreppet upphandling (se bl.a. definitionen i 1 kap. 5 § LOU), och att skadestandsregeln i LOU inte skulle kunna bli tillämplig vid en upphandling om egenregin får fortsatt förtroende.

Begreppet otillbörligt beteende

Med otillbörligt beteende menas (3 §)

- beteende som påtagligt diskriminerar ett företag i förhållande till den verksamhet som den upphandlande enheten själv bedriver för att tillgodose behovet av en vara, tjänst eller annan nyttinghet eller till ett annat företag eller
- beteende som på något annat sätt påtagligt snedvrider förutsättningarna för konkurrens vid upphandlingen.

En förutsättning för att Marknadsdomstolen skall kunna förbjuda ett visst beteende är att den upphandlande tidigare tillämpat beteendet eller att det av annan särskild anledning är sannolikt att upphandlaren kommer att tillämpa detta.

När det gäller diskriminering av ett företag i förhållande till ett annat företag nämns som exempel i propositionen, s. 73, att den upphandlande enheten utformar anbudstävlingen så att det sker en otillbörlig snedvridning till förmån för visst företag som upphandlaren av något skäl vill fortsätta att ha affärsförbindelse med.

Som exempel på tänkbara otillbörliga beteenden nämns följande (prop. s. 36 f).

- Metod för urval av deltagare.
- Sättet att utforma anbudsunderlaget.
- Krav för att få delta.
- Fastställande av tider, t.ex. kort anbudstid.
- Handläggarens förhållande till egenregiverksamheten.
- Utvärderingen.
- Sättet att förhandla med anbudsgivarna.

Som exempel på förfaranden som får betydelse för de privata företagens möjligheter att konkurrera på lika villkor i förhållande till upphandlarens egenregiverksamhet nämns bl.a. följande (prop. s. 37).

- Anbudspaketet görs för stort för de privata företagen på den lokala marknaden.
- Bristfällig information ges i förfrågningsunderlaget så att tidsnöd uppstår för de privata företagen i ett läge där egenregin är väl förberedd.
- Krav ställs på att dyra investeringar skall ha gjorts före anbudstävlingen.
- Krav ställs på att vinnande privat företag skall köpa egenregitillgångar.
- Obefogade krav på att de privata företagen skall ställa bankgaranti.
- Upphandlande enhet väger in kostnader om egenregiverksamheten förlorar, utan att det finns saklig grund för detta.

Ansökan om ingripande

Ansökan om ingripande får göras av Konkurrensverket (6 §). Om Konkurrensverket beslutar att inte göra någon ansökan får ansökan göras av en sammanslutning av

- konsumenter
- löntagare
- företag eller av ett företag som berörs av beslutet

Konkurrensverkets beslut att inte ansöka om åtgärd får inte överklagas. Den som är missnöjd får då själv ansöka om åtgärd.

Ansökan om ingripande görs hos Marknadsdomstolen (3 §).

Omprövning av tidigare beslut

Marknadsdomstolen kan komma att ompröva tidigare beslut efter ny ansökan om

- de omständigheter som låg till grund för det första avgörandet har förändrats i något väsentligt avseende eller
- det finns något annat särskilt skäl som bör föranleda omprövning.

För att nytt beslut skall få meddelas fordras således "särskilda skäl". Det handlar i första hand om ändrade förhållanden i väsentlighetskravet. Ändrade omständigheter kan leda till såväl en utvidgning som en begränsning av ett förbud eller åläggande. Ansökan om omprövning kan göras av samma krets som får ansöka om ingripande och av den enhet mot vilken ett beslut om förbud riktar sig (6 §).

Uppgiftsskyldighet

Om det behövs för att Konkurrensverket skall kunna fullgöra sina uppgifter enligt lagen får Konkurrensverket ålägga en enhet eller någon annan att tillhandahålla uppgifter, handlingar eller annat (7 §).

Med uppgift avses muntliga eller skriftliga upplysningar. Uppgifterna eller handlingarna måste ha relevans för den prövning som är aktuell. Begreppet handling kan också omfatta upptagningar som kan läsas, avlyssnas eller på annat sätt uppfattas endast med hjälp av tekniska hjälpmedel, t.ex. en bildskärm.

Vite

Ett förbud eller ett åläggande att tillhandahålla uppgifter får förenas med vite (9 §). Enligt uttalande i propositionen, s. 78, är det i normalfallen naturligt att ett förbud enligt 3 § förenas med vite. Något högsta belopp är inte föreskrivet för vitet. Tanken är att vitet skall kunna bestämmas till ett mycket högt belopp, om det finns skäl till det. Storleken av de ekonomiska intressen som berörs skall därvid vägas in i bilden. Möjlighet finns också att föreskriva s.k. löpande vite enligt lagen (1985:206) om viten.

Talan om utdömande av vite skall föras hos länsrätt på begäran av Konkurrensverket (10 §). När vite har förelagts på talan av ett företag eller annan som är behörig enligt 6 § får talan om vitets utdömande föras även av denne.

Frivillig granskning

Lagen innehåller också en bestämmelse om frivillig granskning (12 §). Granskningen skall utföras på begäran av en upphandlande enhet. Granskaren utses av auktoriserad handelskammare. Granskaren skall pröva och se över enhetens rutiner för att ta tillvara konkurrensmöjligheterna när enheten skall tillgodose behovet av varor och tjänster. Granskaren skall efter fullgjort uppdrag redovisa utfallet av granskningen i ett skriftligt utlåtande. Tanken med granskningsinstitutet sägs vara att framtida otillbörliga beteenden avseende upphandling så långt som möjligt skall kunna undvikas. Granskningen enligt denna lag skall inte förväxlas med granskningen enligt 7 kap. 9 § LOU, och som bara gäller inom de s.k. försörjningssektorerna.

Av intresse när det gäller granskningen kan vara att Riksrevisionsverket i sitt remissvar avstyrkte lagen i denna del och uttalade att handelskamrarna för närvarande sällan har någon erfarenhet av offentlig upphandling eller kunskap om den offentliga och kommunala revisionen.

Frågor om den nya lagen besvaras i första hand av Ulf Palm, Hans Ekman, Lena Dalman och Agneta Lefwerth på juridiska avdelningen samt Bengt O Renberg på avdelningen för kommunalekonomi och personalpolitik (KEP). Samtliga kan nås på telefon 08-772 41 00.

Detta cirkulär bör spridas till alla som berörs av offentlig upphandling, även de kommunala företagen.

SVENSKA KOMMUNFÖRBUNDET
Juridiska avdelningen

Hans Ekman

Ulf Palm

Bilaga
SFS 1994:615