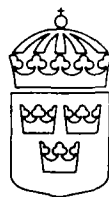


Regeringens proposition

1993/94:35



Ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling

Prop.
1993/94:35

Regeringen överlämnar denna proposition till riksdagen.

Stockholm den 7 oktober 1993

Carl Bildt

Per Westerberg
(Näringsdepartementet)

Propositionens huvudsakliga innehåll

I propositionen läggs fram förslag till en lag om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling. Lagen är en av de åtgärder som nu vidtas för att få en effektiv konkurrens i den offentliga sektorn och för att därmed skynda på omvandlingen av denna sektor, dvs. öka omvandlingstrycket. Åtgärderna skall bidra till en långsiktig utveckling för sysselsättning, tillväxt och samhällsekonomisk balans.

Produktion av varor och tjänster som det allmänna bedriver eller som sker för dess räkning bör, på sikt i sin helhet, upphandlas i konkurrens när det inte är fråga om myndighetsutövning eller annat är särskilt föreskrivet. Därför bör anbudstävlingar anordnas som medger konkurrens på lika villkor mellan upphandlaren verksamhet för produktion i egen regi och privata företag liksom inbördes mellan privata företag.

Några särskilda, tvingande regler om skyldighet att anordna anbudstävlingar föreslås inte nu. I fråga om kommuner och landsting ges det utvecklingsarbete som dessa nu bedriver för en ökande konkurrens möjlighet att få genomslag. Också i fråga om statliga myndigheter bör anbudstävlingar anordnas i ökande omfattning.

Den nu föreslagna lagen skall främja en effektiv konkurrens när sådana tävlingar sker. Lagen gör det möjligt att pröva och förbjuda vissa konkurrenssnedvridande beteenden från offentliga upphandlars sida.

Förbud beslutas av Marknadsdomstolen efter ansökan av i första hand Konkurrensverket och får förenas med vite.

Vissa följdändringar föreslås i lagen (1970:417) om marknadsdomstol Prop. 1993/94:35
m.m.

Den nya lagstiftningen avses träda i kraft samtidigt som EES-avtalet.

- 1 Förslag till riksdagsbeslut
 - 2 Lagtext
 - 2.1 Förslag till lag om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling
 - 2.2 Förslag till lag om ändring i lagen (1970:417) om marknadsdomstol m.m.
 - 3 Ärendet och dess beredning
 - 4 Lagar på konkurrens- och upphandlingsområdena
 - 4.1 Konkurrenslagen
 - 4.2 Lagen om offentlig upphandling
 - 5 Behovet av ett ökat omvandlingstryck i den offentliga sektorn
 - 6 Att utsätta offentlig tjänsteproduktion m.m. för konkurrens genom upphandling
 - 7 Behovet av ingripande mot otillbörliga beteenden avseende offentlig upphandling
 - 7.1 Översiktlig redovisning för lagstiftningsärendets bakgrund och allmänna utgångspunkter
 - 7.2 Konkurrenssnedvridande beteenden
 - 7.3 Regeringens överväganden i behovsfrågan
 - 7.4 Lagen om offentlig upphandling och konkurrenslagen
 - 7.5 Ett kompletterande skydd
 - 7.6 Behovet av åtgärder i övrigt
 - 7.7 Översiktlig sammanfattning
 - 8 Förbud mot otillbörliga beteenden avseende offentlig upphandling
 - 8.1 Utgångspunkter för ett nytt system
 - 8.2 Ett kompletterande system till skydd mot otillbörliga beteenden avseende offentlig upphandling
 - 8.3 Tillämpande organ och instansordning
 - 8.4 Övrigt
 - 9 Frivillig granskning
 - 9.1 Anpassningen till reformen görs bäst på den lokala marknaden
 - 9.2 En regel om frivillig granskning
 - 10 Kostnader och andra effekter av förslagen
 - 11 Specialmotivering
 - 11.1 Lagen om ingripande mot otillbörliga beteenden avseende offentlig upphandling
 - 11.2 Lagen om ändring i lagen (1970:417) om marknadsdomstol m.m.
-
- Bilaga 1 Arbetsgruppens sammanfattning av departementspromemorian Anbudskonkurrens vid offentlig produktion - ett lagförslag (Ds 1992:121)
- Bilaga 2 Arbetsgruppens lagförslag
- Bilaga 3 Förteckning över remissinstanser
- Bilaga 4 Lagrådsremissens lagförslag
- Bilaga 5 Lagrådets yttrande

1 Förslag till riksdagsbeslut

Regeringen föreslår riksdagen att anta regeringens förslag till

1. Lag om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling,
2. Lag om ändring i lagen (1970:417) om marknadsdomstol m.m.

2 Lagtext

Regeringen har följande förslag till lagtext.

2.1 Förslag till

Lag om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling

Härigenom föreskrivs följande.

Inledande bestämmelser

1 § Denna lag gäller otillbörliga beteenden avseende upphandling som omfattas av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

2 § I denna lag avses med "enhet": statliga, kommunala och andra myndigheter, beslutande församlingar i kommuner, landsting och kyrkliga kommuner samt sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som utgör upphandlande enhet enligt 1 kap. 5 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, med undantag av företag som har särskilt tillstånd enligt vad som anges i 4 kap. 1 § andra stycket den lagen.

Ingripande mot otillbörligt beteende

3 § Marknadsdomstolen får efter ansökan förbjuda en enhet att vid genomförande av upphandling i anbudskonkurrens tillämpa ett visst beteende avseende upphandling som vid en samlad bedömning är att anse som otillbörligt på grund av att

1. något företag påtagligt diskrimineras i förhållande antingen till den verksamhet som enheten själv bedriver för att tillgodose behovet av en vara, tjänst eller annan nyttinghet eller till ett annat företag, eller
2. beteendet på något annat sätt påtagligt snedvrider förutsättningar för konkurrens vid upphandlingen.

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

Ett förbud får gälla inte bara ett visst angivet beteende utan även beteenden som väsentligen överensstämmer med det angivna. Prop. 1993/94:35

Beslut i väntan på slutlig prövning

4 § Om det finns särskilda skäl för det, får beslut om förbud enligt 3 § meddelas för tiden till dess att frågan slutligt har avgjorts.

Omprövning

5 § Har Marknadsdomstolen prövat en fråga om förbud enligt 3 § hindrar detta inte att frågan efter ny ansökan omprövas, om

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

Ansökan

6 § Ansökan om förbud enligt 3 § eller om omprövning enligt 5 § får göras av Konkurrensverket.

Om verket för ett visst fall beslutar att inte göra ansökan, får ansökan göras av en sammanslutning av konsumenter, löntagare eller företag eller av ett företag som berörs av beteendet.

Ansökan om omprövning får också göras av en enhet mot vilken ett beslut om förbud riktar sig.

Uppgiftsskyldighet

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

Ett sådant åläggande får inte innebära att någon betungas onödigt.

8 § Ett förbud eller åläggande enligt 3 eller 7 § gäller omedelbart, om något annat inte bestäms.

Vite

9 § Ett förbud eller åläggande enligt 3 eller 7 § får förenas med vite.

10 § Talan om utdömande av vite som förelagts med stöd av denna lag förs vid länsrätten av Konkurrensverket. I fråga om vite som Marknadsdomstolen har förelagt på talan av någon annan, får talan om utdömande föras även av denne.

Överklagande

11 § Konkurrensverkets beslut enligt 7 § får överklagas hos länsrätten. Andra beslut av verket enligt denna lag får inte överklagas.

Frivillig granskning

12 § En handelskammare som är auktoriserad enligt lagen (1990:515) om auktorisation av handelskamrar får på begäran av en enhet utse en oberoende granskare som prövar och ser över enhetens rutiner för att ta till vara konkurrensmöjligheter när enheten skall tillgodose behovet av varor och tjänster. Granskaren skall därefter i ett skriftligt utlåtande redovisa utfallet av granskningen.

Enheten skall stå för kostnaderna för granskningen.

Denna lag träder i kraft den dag regeringen bestämmer.

2.2 Förslag till

Lag om ändring i lagen (1970:417) om marknadsdomstol m.m.

Härigenom förekrivs att 1, 13, 14 och 15 §§ lagen (1970:417) om marknadsdomstol m.m. skall ha följande lydelse.¹

*Nuvarande lydelse**Föreslagen lydelse*1 §²

Marknadsdomstolen handlägger mål enligt

1. konkurrenslagen (1993:20),
2. marknadsföringslagen (1975:1418),
3. lagen (1971:112) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden,
4. lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare,
5. produktsäkerhetslagen (1988:1604).

Marknadsdomstolen handlägger mål enligt

1. konkurrenslagen (1993:20),
2. marknadsföringslagen (1975:1418),
3. lagen (1971:112) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden,
4. lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare,
5. produktsäkerhetslagen (1988:1604),
6. lagen (1993:000) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling.

Bestämmelserna i 14, 15 och 16-22 §§ tillämpas inte i mål enligt konkurrenslagen (1993:20). I stället gäller vad som föreskrivs i den lagen.

13 §³

Ansökan om förbud eller åläggande enligt 2-4 §§ marknadsföringslagen (1975:1418), 1 § lagen (1971:112) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden, 1 § lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare eller 5-9 §§ eller 12 § tredje stycket produktsäkerhetslagen (1988:1604) görs skriftligen. Av ansökningsfrågan skall de skäl framgå på vilka ansök-

Ansökan görs skriftligen om förbud eller åläggande enligt 2-4 §§ marknadsföringslagen (1975:1418), 1 § lagen (1971:112) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden, 1 § lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare, 5-9 §§ eller 12 § tredje stycket produktsäkerhetslagen (1988:1604) eller 3 § lagen (1993:000) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende

¹Omtryckt 1984:294. Senaste lydelse av lagens rubrik 1972:732.

²Senaste lydelse 1993:22

³Senaste lydelse 1993:22

*Nuvarande lydelse**Föreslagen lydelse*

ningen grundas och den utredning som sökanden åberopar.

offentlig upphandling. Av ansökan skall de skäl framgå på vilka ansökan grundas och den utredning som sökanden åberopar.

Sökanden och hans motpart skall beredas tillfälle att vid sammanträde inför Marknadsdomstolen lägga fram sina synpunkter och förebbringa den utredning de vill åberopa.

14 §⁴

I mål enligt marknadsföringslagen (1975:1418), lagen (1971:112) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden och produktsäkerhetslagen (1988:1604) skall konsumentombudsmannen kallas till sammanträde, även om han inte är sökande. Vidare skall den som medverkar enligt 13 a § kallas till sammanträde.

I mål enligt marknadsföringslagen (1975:1418), lagen (1971:112) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden och produktsäkerhetslagen (1988:1604) skall konsumentombudsmannen kallas till sammanträde, även om han inte är sökande. Vidare skall den som medverkar enligt 13 a § kallas till sammanträde. *I mål enligt lagen (1993:000) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling skall Konkurrensverket kallas till sammanträde, även om verket inte är sökande.*

Före sammanträde kan muntlig eller skriftlig förberedelse äga rum i den utsträckning domstolen bestämmer.

Mål får avgöras och dom med anledning av särskild prövning enligt 15 a § meddelas utan sammanträde enligt 14 § första stycket, om tillfredsställande utredning föreligger och part inte begär sammanträde.

Ansökan som uppenbart inte förtjänar avseende får avslås utan sådant sammanträde.

⁴Senaste lydelse 1993:22

15 §⁵

Fråga om förbud eller åläggande enligt 13 § marknadsföringslagen (1975:1418), 5 § lagen (1971:112) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden eller 21 § produktsäkerhetslagen (1988:1604) får prövas utan sammanträde enligt 14 § första stycket.

Fråga om förbud eller åläggande enligt 13 § marknadsföringslagen (1975:1418), 5 § lagen (1971:112) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden, 21 § produktsäkerhetslagen (1988:1604) eller 4 § lagen (1993:000) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling får prövas utan sammanträde enligt 14 § första stycket.

Förbud eller åläggande som avses i andra stycket får inte beslutas utan att den som förbudet eller åläggandet avser fått tillfälle att yttra sig i frågan, såvida det inte finns anledning anta, att han avvikit eller eljest håller sig undan. I ett mål om åläggande eller förbud enligt 5-9 § eller 12 § tredje stycket produktsäkerhetslagen får Marknadsdomstolen dock även i annat fall omedelbart meddela beslut enligt 21 § samma lag, om synnerliga skäl föreligger.

Denna lag träder i kraft den dag regeringen bestämmer.

⁵Senaste lydelse 1993:22

3 Ärendet och dess beredning

Chefen för Näringsdepartementet beslutade den 31 augusti 1992 att tillsätta en arbetsgrupp med uppgift att pröva förutsättningarna för och lägga fram förslag till ett system avseende upphandling i konkurrens vid offentlig verksamhet i egen regi. Arbetsgruppen avlämnade i december 1992 departementspromemorian "Anbudskonkurrens vid offentlig produktion - ett lagförslag" (Ds 1992:121). I promemorian presenterades ett lagförslag som innebar skyldighet för statliga och kommunala myndigheter m.fl. att vid en viss brytpunkt upphandla tjänsteproduktion m.m. i egen regi inom angivna områden i konkurrens. Vidare kunde enligt lagförslaget otillbörliga upphandlingsförfaranden förbjudas, i syfte att främja konkurrensneutralitet vid anbudstävlingar. Arbetsgruppens sammanfattning av promemorian finns i *bilaga 1* och arbetsgruppens lagförslag i *bilaga 2*.

Promemorian har remissbehandlats. En förteckning över remissinstanserna finns i *bilaga 3*. En sammanställning av remissyttrandena har publicerats i Ds 1993:40. En utfrågning om vissa rättegångsfrågor i anslutning till beredningen av ett reviderat lagförslag har vidare hållits den 18 maj 1993. Protokollet från utfrågningen finns tillgängligt i Näringsdepartementet (dnr 2579/92).

I det följande presenteras, med det redovisade materialet som grund, åtgärder som pågår eller övervägs för ökad konkurrens vid produktion för det allmänna räkning. Bland dessa ingår förslaget till en lag om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling.

Lagrådet

Regeringen beslutade den 15 juli 1993 att inhämta Lagrådets yttrande över de lagförslag som finns i *bilaga 4*.

Lagrådets yttrande finns i *bilaga 5*.

Lagrådets granskning har inte givit anledning till erinringar i fråga om bl.a. den föreslagna lagregleringens förhållande till grundlagarna och andra rättsregler av övergripande natur. Däremot har granskningen av förslaget från andra synpunkter föranlett en omarbetning av det remitterade lagförslaget, huvudsakligen i redaktionellt avseende.

Regeringen har i propositionen följt Lagrådets förslag. Vi skall i det följande återkomma till Lagrådets närmare synpunkter.

4 Lagar på konkurrens- och upphandlingsområdena

4.1 Konkurrenslagen

Den 1 juli 1993 trädde en ny konkurrenslag (1993:20) i kraft (prop. 1992/93:56, bet.1992/93:NU17, rskr.1992/93:144). De materiella

konkurrensreglerna i lagen har utformats efter förebild från EG:s och EES-avtalets konkurrensregler.

Konkurrenslagen har till ändamål att undanröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens i fråga om produktion av och handel med varor, tjänster och andra nyttigheter (1 §).

I lagen avses med företag en fysisk eller juridisk person som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur. Till den del en sådan verksamhet består i myndighetsutövning omfattas den dock inte av begreppet företag. Med företag avses också en sammanslutning av företag (3 §).

Lagen innehåller två principiella förbud.

Enligt 6 § är avtal mellan företag förbjudna om de har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på den svenska marknaden på ett märkbart sätt eller om de ger ett sådant resultat. I lagen ges exempel på avtal som kan komma att omfattas av förbudet.

Avtal eller avtalsvillkor som är förbjudna enligt 6 § är ogiltiga (7 §).

Konkurrensverket får i det särskilda fallet besluta om undantag från förbudet i 6 § för ett avtal som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande och som tillförsäkrar konsumenterna en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås. Ytterligare förutsättningar är angivna (8 §).

Undantag från förbudet i 6 § kan för grupper av avtal (gruppundantag) även anges i verkställighetsföreskrifter av regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer (17 §).

Av 19 § framgår att missbruk från ett eller flera företags sida av en dominerande ställning på den svenska marknaden är förbjudet. I paragrafen ges exempel på förfaranden som kan innebära missbruk av en dominerande ställning.

Konkurrensverket får efter ansökan av ett företag enligt vad som är närmare föreskrivet förklara att ett avtal eller förfarande inte omfattas av något av förbuden i lagen och att det därför inte finns anledning för verket att ingripa (icke-ingripandebesked, 20 §).

Konkurrensverket får ålägga ett företag att upphöra med överträdelser av förbuden. Om Konkurrensverket i ett visst fall beslutar att inte meddela ett sådant åläggande, får Stockholms tingsrätt göra det på talan av ett företag som berörs av överträdelsen (23 §).

Ett åläggande enligt 23 § gäller omedelbart, om något annat inte bestäms (24 §).

Om det finns synnerliga skäl för det, får ett åläggande enligt 23 § meddelas för tiden till dess att frågan slutligt har avgjorts. Tingsrätten får meddela ett sådant åläggande bara sedan rättegång inletts (25 §).

Enligt 26 § får Stockholms tingsrätt på talan av Konkurrensverket besluta att ett företag skall betala en särskild avgift (konkurrensskadeavgift), om förbuden eller särskilt villkor överträts uppsåtligen eller av oaktsamhet.

Konkurrensskadeavgift skall fastställas till lägst fem tusen kronor och högst fem miljoner kronor eller till ett högre belopp dock inte över-

stigande tio procent av företagets omsättning föregående räkenskapsår (27 §). Prop. 1993/94:35

Om ett företag uppsåtligt eller av oaktsamhet överträder förbuden skall företaget ersätta den skada som därigenom uppkommer för ett annat företag eller en avtalspart (33 §).

I 34 - 44 §§ finns bestämmelser om prövning av företagsförvärv.

I 45 - 56 §§ ges föreskrifter om uppgiftsskyldighet och undersökning.

Konkurrensverkets beslut om undantag, icke-ingripandebesked och vitesåläggande kan överklagas hos Stockholms tingsrätt. Dess avgöranden kan överklagas hos Marknadsdomstolen (60-63 §§). Mot Marknadsdomstolens avgöranden kan talan inte föras.

4.2 Lagen om offentlig upphandling

EG:s regelverk på upphandlingsområdet syftar till att göra den ekonomiskt mest betydelsefulla upphandlingen öppen och konkurrensutsatt. Vad som kallas procedurdirektiven är därför tillämpliga endast på upphandling som uppgår till eller överskrider vissa s.k. tröskelvärden. Direktiven innehåller detaljerade förfaranderegler vid upphandling på den öppna marknaden av varor, byggtreprenader och tjänster samt inom de s.k. försörjningssektorerna som traditionellt hittills legat i offentlig regi (försörjning av vatten, energi, transporter och telekommunikation). Bestämmelserna omfattar en generell huvudregel om affärsmässighet vid upphandling. Grundläggande är också regler om insyn. Vidare finns numera även regler om prövning.

EG:s direktiv tar sikte på situationer där myndigheter m.fl. ingår skriftliga avtal (kontrakt) med fysisk eller juridisk person. Beteckningen myndighet inbegriper även regionala och lokala offentliga organ. Detta innebär att avtal som sluts mellan en myndighet och ett privat företag självklart omfattas av regelverket. Det innebär emellertid också att reglerna även omfattar avtal som sluts mellan två juridiska personer inom det allmännas verksamhet, t.ex. mellan en myndighet och ett offentligt bolag eller mellan två offentliga bolag.

Om en myndighet eller en kommun m.fl. fördelar arbetsuppgifter inom sig är det inte fråga om att sluta avtal eller kontrakt mellan två juridiska personer. Därmed gäller att verksamhet för produktion av tjänster m.m. som bedrivs i egen regi inom en och samma juridiska person inte omfattas av bestämmelserna. Det finns i procedurdirektiven inte något krav på att en sådan egenregiverksamhet skall upphandlas.

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling innebär, förutom att reglerna i EG:s direktiv om offentlig upphandling införlivas i svensk rätt, att huvudregeln om affärsmässighet och reglerna om överprövning m.m. görs tillämpliga även på upphandlingar under tröskelvärdena (prop.1992/93:88, bet.1992/93:FiU5, rskr.1992/93:120). Lagen kommer att sättas i kraft samtidigt som EES-avtalet blir gällande.

I en inom Finansdepartementet den 2 september 1993 upprättad promemoria Upphandling under de tröskelvärden som anges i lagen

(1992:1528) om offentlig upphandling föreslås vissa ändringar i upphandlingslagen. Promemorian har remissbehandlats.

En ny myndighet, Nämnden för offentlig upphandling, har inrättats, med uppgift att utöva tillsyn enligt lagen om offentlig upphandling, när lagen har trätt i kraft. Nämnden har den normgivningsmakt som kan grundas på s.k. subdelegation enligt 8 kap. 13 § regeringsformen, dvs. rätt att meddela verkställighetsföreskrifter. Den skall bl.a. utöva tillsyn över den offentliga upphandlingen, följa utvecklingen på upphandlingsområdet inom EG m.m. och lämna information och allmänna råd. Nämnden har inte initiativrätt gentemot felande part i domstol i enskilda fall. För nämndens verksamhet gäller förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.

I 1 kap. lagen om offentlig upphandling finns de allmänna bestämmelser som gäller för samtliga områden.

I 1 kap. 4 § anges att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Bestämmelsen innebär att det skall om möjligt skapas en marknad där aktörerna reellt tävlar med varandra. Detta uppnås genom krav på internationell annonsering i vissa fall samt genom regler för hur upphandlingen skall gå till. Dessa regler berörs i det följande. I orden "affärsmässigt" och "utan ovidkommande hänsyn" ligger att grunden för antagande av anbud i princip skall vara det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och att anbudsgivare skall behandlas objektivt. Principen om icke-diskriminering spelar här roll, dvs. vissa leverantörer får inte gynnas eller missgynnas på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Detta kommenteras närmare i det följande.

I 1 kap. ges i övrigt allmänna bestämmelser bl.a. om tidpunkt och formerna för annonsering av upphandlingar (7-11 §§), former för anbud och ansökningar om deltagande i anbudsgivning (19 §), mottagande och öppnande av anbud (20-21 §§) samt prövning av anbud (22-23 §§).

I 2-5 kap. ges särskilda bestämmelser för varuupphandling (2 kap.), byggentreprenader (3 kap.), upphandling inom de s.k. försörjningssektorerna (4 kap.) och tjänster (5 kap.). De särskilda bestämmelserna omfattar bl.a. regler om s.k. tröskelvärden, annonsering, val av upphandlingsförfarande och tidsfrister.

I 6 kap. ges allmänna bestämmelser om överprövning, skadestånd, granskning och medling.

Enligt 6 kap. 1 § kan en leverantör, som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 §, i framställning till länsrätten ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf. En sådan ansökan får inte prövas efter den tidpunkt då beslut om leverantör har fattats. Det är således en avgörande förutsättning att själva anbuds-förfarandet fortfarande pågår när länsrätten prövar framställningen.

Om den upphandlande enheten brutit mot någon bestämmelse i lagen om offentlig upphandling och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall länsrätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse

gjorts. Om det är fråga om en upphandling inom försörjningssektorerna får länsrätten vid vite förbjuda den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen utan att avhjälpa bristerna (6 kap. 2 §).

I samband med att en materiell överprövning införts har den kommunala laglighetsprövningen avskaffats vad gäller kommunala upphandlingsbeslut som omfattas av lagen om offentlig upphandling (6 kap. 5 §).

Enligt 6 kap. 6 § skall en upphandlande enhet som inte följt bestämmelserna i denna lag ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör.

Talan om skadestånd skall väckas vid allmän domstol inom ett år från den dag då beslut om leverantör fattats (6 kap. 8 §).

Inom försörjningssektorerna finns särskilda bestämmelser om granskning och medling. Nämnden för offentlig upphandling skall på begäran av en upphandlande enhet utse en oberoende granskningsman som skall granska enhetens rutiner för upphandling. Granskningsmannen skall, om vederbörande försäkrat sig om att eventuella brister rättats till, utfärda intyg om resultatet av granskningen (6 kap. 9 §).

En anbudsgivare eller anbudssökande som anser att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att upphandlande enhet inte följer lagens bestämmelser får begära medling hos EFTA:s övervakningsmyndighet eller Nämnden för offentlig upphandling (6 kap. 10 §).

Åtagandena enligt EES-avtalet innebär vidare att det finns ett överstatligt förfarande för prövning av upphandlingsförfaranden. Förfarandet kan inledas när EFTA:s övervakningsmyndighet i visst fall anser - innan ett avtal har träffats - att en klar och konkret överträdelse av bestämmelserna i EES-avtalet har ägt rum i samband med ett visst upphandlingsförfarande (prop. 1991/92:170, del 1, s. 325, och prop. 1992/93:88 s. 47).

Förfarandet innebär att övervakningsmyndigheten skall underrätta EFTA-staten och den upphandlande enheten som berörs om skälen till varför man anser att en klar och konkret överträdelse ägt rum och begära att rättelse sker. Inom 21 dagar (30 dagar om det är fråga om upphandling inom försörjningssektorerna) efter mottagandet skall den berörda EFTA-staten till EFTA:s övervakningsmyndighet översända dess bekräftelse på att överträdelsen rättats, eller en motiverad inlaga om varför ingen åtgärd vidtagits eller ett meddelande om att upphandlingsförfarandet har ställts in tills vidare. Ytterligare föreskrifter finns.

5 Behovet av ett ökat omvandlingstryck i den offentliga sektorn

Regeringens bedömning: Hela den offentliga sektorn behöver utsättas för konkurrens. Det tryck som då skapas skyndar på omvandlingen inom denna sektor som ett led i arbetet för sysselsättning, tillväxt och samhällsekonomisk balans.

Promemorian: Överensstämmer med regeringens bedömning.

Remissinstanserna: Flertalet remissinstanser delar bedömningen att ett ökat inslag av konkurrens leder till en nödvändig omprövning och ökad effektivitet i den offentliga sektorn.

Skälen för regeringens bedömning: Konkurrens leder till en ständig omprövning av befintlig verksamhet och till ett utbud som är bättre anpassat till medborgarnas önskemål. Verksamhetens omfattning, innehåll och anpassning till köparnas behov kan lättare värderas om olika lösningar ställs mot varandra i en konkurrenssituation. Konkurrens inom den offentliga sektorn öppnar vidare nya marknader för företag i den privata sektorn.

För att kunna skapa ökad sysselsättning, tillväxt och samhällsekonomisk balans krävs strukturella förändringar i hela den offentliga sektorn. Problemen inom denna sektor har senast belysts i Ekonomikommissionens betänkande Nya villkor för ekonomi och politik (SOU 1993:16) s. 87 ff. och i regeringens kompletteringsproposition 1992/93:150, bil. 1.

Åtgärder för att på lång sikt krympa den offentliga sektorns finansiella underskott genom strukturreformer i de offentliga utgiftssystemen är av grundläggande betydelse. Andra viktiga åtgärder är att effektivisera all produktion för det allmännas räkning och att öka omvandlingstrycket i den offentliga sektorn.

Konkurrensens betydelse för utvecklingen av den offentliga sektorn har närmare belysts i konkurrenskommitténs betänkande Konkurrens inom den kommunala sektorn (SOU 1991:104). Tjänsteproduktion m.m. för det allmännas räkning måste nu i ökande omfattning utsättas för konkurrens för att höja omvandlingstrycket och därmed bidra till omstruktureringen av den offentliga sektorn.

Regeringens bedömning: Produktion för det allmännas räkning, som inte är myndighetsutövning eller för vilken annat inte är särskilt föreskrivet, bör på sikt i sin helhet upphandlas i konkurrens. Upphandlingen bör innebära att den egna verksamheten utsätts för konkurrens på lika villkor och att sådana villkor gäller också i förhållandet mellan privata företag.

Någon lag med tvingande regler om sådana anbudstävlingar föreslås inte nu utan de ökade frivilliga åtgärder för konkurrens som vidtas inom kommuner och landsting med stöd av Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet bör ges möjlighet att få genomslag. För den statliga sektorn bör anbudstävlingar anordnas i ökande omfattning.

Kommunförbundet och Landstingsförbundet vidtar betydande åtgärder för bättre internredovisning och ökad upphandlingskompetens. En arbetsgrupp i regeringskansliet stödjer förbundens utvecklingsarbete på redovisningsområdet.

Konkurrensverket har fått regeringens uppdrag att i samverkan med länsstyrelserna följa det frivilliga utvecklingsarbetet och att senast den 31 december 1994 redovisa omfattning och inriktning av konkurrensutsatt verksamhet i kommuner och landsting.

Statskontoret har fått regeringens uppdrag att främja en ökad omfattning av verksamhet som upphandlas i konkurrens i den statliga sektorn. I uppdraget, som skall redovisas senast den 31 december 1994, ingår även att redovisa omfattning och inriktning av konkurrensutsatt verksamhet hos de statliga myndigheterna.

Promemorian: En ny lag införs med skyldighet för statliga myndigheter, kommuner och landsting att upphandla viss verksamhet i konkurrens där årsproduktionskostnaden överstiger 5 miljoner kronor. Skyldigheten skall inledningsvis gälla minst 50 procent av verksamhet inom särskilt angivna områden. Bygg- och anläggningsarbeten, reparation och underhåll av byggnader, vägar och gator samt fastighetsförvaltning skall emellertid upphandlas i konkurrens i sin helhet.

Skyldigheten skall inte omfatta verksamhet som innebär myndighetsutövning eller om annat är särskilt föreskrivet. Lagen föreslås i departementspromemorian träda i kraft den 1 juli 1993. Ett andra steg föreslås tas den 1 januari 1995.

Remissinstanserna: Ett antal statliga myndigheter, däribland sådana med uppgift att företräda konkurrensintresset, och näringslivet tillstyrker promemorians förslag. Dessa remissinstanser menar att utvecklingen hittills gått för långsamt när det gäller att utsätta offentlig verksamhet för konkurrens. Privata företag ges inte rimliga förutsättningar att i

tävlan med den offentliga sektorns verksamhet i egen regi konkurrera om det arbete som skall utföras. Tvingande lagstiftning är därför nödvändig. Näringslivet menar att lagförslaget, mot bakgrund av de stränga regler som införs genom den nya konkurrenslagen, borde gå längre.

Företrädare främst för kommuner och landsting avvisar promemorian förslag. Förslaget anses innebära ett otillbörligt ingrepp i den kommunala självstyrelsen, öka den statliga detaljregleringen av kommunal verksamhet och föregripa tillämpningen av den nya konkurrenslagen och lagen om offentlig upphandling enligt vilken upphandling i konkurrens skall tillämpas i hela EES-området. Dessa remissinstanser hänvisar vidare till att en rad åtgärder för närvarande vidtas på frivillig väg för att utsätta verksamheten för konkurrens. Flera kommuner och landsting har t.ex. antagit särskilda handlingsplaner för ökad konkurrens. Dessa omfattar även andra områden än de som lagförslaget gäller. Remissinstanserna menar att en reglering i enlighet med lagförslaget blir alltför inflexibel och inte ger utrymme för en utformning av den konkurrensutsatta verksamheten utifrån lokala förutsättningar.

Skälen för regeringens bedömning: Studier av omfattning och inriktning av verksamhet som är konkurrensutsatt i den offentliga sektorn är av begränsad omfattning. Någon fortlöpande rapportering eller publicering genomförs inte. Enligt den studie som redovisades av dåvarande Statens pris- och konkurrensverk i rapporten Kommunala tjänsteentreprenader 1990 (rapportserie 1992:4) uppgick år 1990 andelen konkurrensutsatt kommunal tjänsteproduktion, exklusive bygg- och anläggningsarbeten, till i genomsnitt ca sex procent. Konkurrens är vanligast inom de tekniska områdena (ca 23 procent). Den kraftigaste ökningen av andelen konkurrensutsatt verksamhet har dock skett inom områdena utbildning och socialtjänst. Här är emellertid andelen konkurrensutsatt verksamhet förhållandevis liten (fyra procent). Enligt senare studier som genomförts av Svenska Kommunförbundet och Arbetsmarknadsstyrelsen m.fl. har en ytterligare ökning av andelen konkurrensutsatt verksamhet skett. Totalt torde dock andelen i genomsnitt inte överstiga tio procent.

Enligt en studie som genomförts av Statskontoret (Entreprenader i statsförvaltningen, 1990:19) var ungefär nio procent av de statliga myndigheternas kostnader exklusive transfereringar utlagda på entreprenad. Dåvarande Byggnadsstyrelsen och Vägverket svarade för ungefär hälften av den konkurrensutsatta verksamheten.

Det är mycket angeläget att produktion för det allmännas räkning i ökande omfattning utsätts för konkurrens. I princip bör all verksamhet som inte innebär myndighetsutövning eller där annat är särskilt föreskrivet inom statliga myndigheter, kommuner och landsting på sikt i sin helhet vara utsatt för konkurrens. Detta bör ske genom att anbudstävlingar anordnas så att den egna verksamheten och privata företag konkurrerar på lika villkor. Vinnande bör vara det affärsmässigt mest fördelaktiga anbudet, oavsett om det är fråga om en offentlig eller en privat producent.

Regeringen delar dock Svenska Kommunförbundets och Landstingsförbundets bedömning att lagförslaget i promemorian inte medger till-

räcklig hänsyn till behovet av lokal variation främst i kommuner och landsting. Det är dessutom angeläget att åtgärder som innebär att den egna verksamheten utsätts för konkurrens redan från början omfattar även vård- och omsorgstjänster.

I och för sig är det möjligt att vidareutveckla den i promemorian presenterade modellen på ett sätt som medger sådan hänsyn och breddar antalet områden som omfattas av kravet på anbudstävlan. Emellertid har regeringen erfarit att det inom kommun- och landstingsförbunden pågår ett aktivt arbete för att stödja enskilda kommuner och landsting i en strävan att i ökad utsträckning utsätta den egna verksamheten för konkurrens.

Såsom påpekats av åtskilliga remissinstanser som företrädar kommun- och landstingssidan har i flera fall antagits särskilda handlingsprogram för ökad konkurrens. Handlingsprogrammen innehåller normalt en konkret målsättning för i vilken utsträckning och när verksamheten skall utsättas för konkurrens. Syftet är ofta att öka andelen konkurrensutsatt verksamhet också inom områdena vård, omsorg och utbildning.

Förbunden har även hänvisat till att anbudsupphandling i konkurrens kräver insatser för att höja kompetensen på upphandlingsområdet. Förbunden genomför därför en rad åtgärder för ökad kompetensutveckling.

Vidare har Svenska kommunförbundets styrelse under våren 1993 beslutat om ett utvecklingsarbete för förbättrade redovisningssystem i kommunerna. Ett liknande arbete pågår inom landstingssektorn. Utvecklingsarbetet skall syfta till att få fram ett bra beslutsunderlag vid upphandling, bl.a. i fråga om självkostnad och kostnadsjämförelser. Redovisningssystemen skall utformas så att kostnader för egenregiverksamhet kan beräknas på ett rättvisande och konkurrensneutralt sätt. I arbetet ingår att utarbeta modeller för avgränsade redovisningssystem, kalkyler för upphandling samt en ny baskontoplan för internredovisning.

Förbunden menar att åtgärder för ökad konkurrens som på detta sätt vidtas på frivillig väg är ett effektivare sätt att öka den konkurrensutsatta verksamheten än att införa lagstiftning. Mot detta står framför allt Konkurrensverkets och näringslivets synsätt att frivilliga insatser under en följd av år inte visat sig ge tillräckliga resultat.

Regeringen ser positivt på det utvecklingsarbete som bedrivs i kommun- och landstingssektorn och gör bedömningen att de intensifierade åtgärder som nu vidtas bör ges möjlighet att få genomslag.

Ett riktmärke för kommuner och landsting bör vara att den andel som upphandlas i konkurrens inom ett år bör uppgå till ungefär 20 procent av kostnaden för den sammanlagda tjänsteproduktionen i hela kommun- och landstingssektorn. Detta torde motsvara en upphandlingsvolym på inemot 90 miljarder kronor.

Inom det statliga området pågår, inom ramen för arbetet med avreglering och konkurrens samt genom mål- och resultatstyrning, en renodling av myndighetsuppgifter och av verksamhet som är utsatt för konkurrens. Konkurrensutsatt verksamhet hos de statliga myndigheterna har på regeringens uppdrag utretts av Riksrevisionsverket. Syftet är bl.a. att verksamhet som inte behöver bedrivas i offentlig regi skall avvecklas

och att verksamhet som kan utsättas för konkurrens skall avskiljas från ren myndighetsutövning och bedrivs t.ex. i bolagsform. Detta arbete har drivits längst i affärsverken och de större myndigheterna såsom Televerket, Banverket, Vägverket och den statliga fastighetsförvaltningen. Där har organisatoriska förändringar i bred omfattning vidtagits. Arbetet inom den statliga sektorn för avreglering och konkurrens bör nu drivas vidare inom ramen för mål- och resultatstyrningen med hänsyn tagen till de förutsättningar som gäller på varje enskilt område. Inriktningen bör vara att den andel av verksamheten som är utsatt för konkurrens skall öka ytterligare under det kommande året.

Det är vidare angeläget att de åtgärder som nu vidtas i hela den offentliga sektorn följs upp och att tillräckliga effekter kan avläsas i praktisk handling inom en rimlig tidrymd. Dessutom behövs som komplement till det arbete som nu pågår särskilda insatser bl.a. för att främja marknadens tilltro till en konkurrens på lika villkor vid förekommande anbudstävlingar.

Regeringen har givit Konkurrensverket i uppdrag att i samverkan med länsstyrelserna följa det utvecklingsarbete som nu pågår och studera i vilken omfattning produktionen för kommunernas och landstingens räkning upphandlas i konkurrens. Konkurrensverket bör redovisa utfallet av sitt uppdrag senast den 31 december 1994.

I syfte att stödja förbundens utvecklingsarbete på redovisningsområdet finns en arbetsgrupp i regeringskansliet. I gruppen ingår representanter för berörda departement och några myndigheter.

Regeringen har vidare givit Statskontoret i uppdrag att främja en ökad omfattning av verksamhet som upphandlas i konkurrens i den statliga sektorn och att följa utvecklingen med anledning av vidtagna åtgärder. I uppdraget ingår även att redovisa i vilken omfattning statlig verksamhet upphandlas i konkurrens. Uppdraget bör redovisas senast den 31 december 1994.

Om redovisningen av uppdragen tyder på att de åtgärder som nu vidtas för att öka inslaget av konkurrens inte givit tillräckliga effekter på marknaden, får frågan om lagstiftning tas upp till förnyad prövning.

7 Behovet av ingripande mot otillbörliga beteenden avseende offentlig upphandling

Regeringens bedömning: Ett kompletterande skydd mot otillbörliga beteenden vid genomförande av offentlig upphandling behövs för att främja samhällsekonomins och konsumenternas intressen av konkurrens på lika villkor, och för att främja effektivitet och tillväxt också i fråga om tjänster m.m. för det allmännas räkning.

Promemorian: I promemorian redovisas bedömningen att det, utöver de föreslagna reglerna om obligatorisk anbudsupphandling, behövs ett

Remissinstanserna: Från näringslivet har anförts att privata företag ofta avstår från att lägga anbud på det offentliga området på grund av en misstro mot sättet att sköta upphandling. Detta gäller särskilt i de fall upphandlarens egen produktion utsätts för konkurrens. Det behövs därför en fristående myndighetsföreträdare som kan pröva ärenden och föra talan i domstol för att förhindra att kravet på konkurrens på lika villkor åsidosätts. Konkurrensverket har med utgångspunkt i erfarenheter vid prövningen av ärenden på upphandlingsområdet som berör konkurrensintresset anført liknande synpunkter. Företrädare för kommuner och landsting menar att lagen om offentlig upphandling och den nya konkurrenslagen är tillräckliga instrument för åtgärder till skydd för konkurrensintresset. Detta redovisas närmare i avsnitt 8.

Skälen för regeringens bedömning

7.1 Översiktlig redovisning för lagstiftningsärendets bakgrund och allmänna utgångspunkter.

I det följande föreslår vi en lag om ingripande mot vissa konkurrensnedvidande beteenden avseende upphandling vilka statliga myndigheter, kommuner och landsting samt andra offentliga upphandlare kan komma att tillämpa i fråga om sina anbudstävlingar. Sådana beteenden behöver alls inte vara avsiktliga utan kan bero på exempelvis otillräcklig kännedom om de arbetsvillkor företag har. Det kan också handla om brist på erfarenhet av upphandling, generellt eller på särskilda varu- eller tjänsteområden.

I det här avsnittet kommer vi att redovisa varför det finns ett behov av en sådan lag. I avsnitt 8 talar vi om hur lagen bör byggas upp.

Innan vi går närmare in på detta vill vi belysa lagstiftningsärendets bakgrund och översiktligt peka ut allmänna utgångspunkter. Detta sker för att skapa en sådan överblick över de aktuella frågorna som underlättar bedömningen av vårt förslag.

De frågor som behandlas i denna proposition gäller produktion av varor, tjänster eller andra nyttigheter som *det allmänna* (staten, kommun, landsting etc.) självt bedriver (s.k. egenregiverksamhet) eller köper av en annan producent.

I det senare fallet kan det gälla både privata och alltså oberoende företag såväl som de offentliga aktörernas egna bolag eller andra formellt sett fristående juridiska personer, som dessa aktörer dock har ett bestämmande inflytande över.

Privata företags agerande som *upphandlare* berörs inte alls av förslaget i denna proposition, lika litet som - generellt sett - av lagen om offentlig upphandling. De privata företagens uppträdande på marknaden täcks i stället av den nya konkurrenslagen. Den innehåller som nämnts bl.a. ett förbud mot missbruk av dominerande ställning.

Lagstiftningsärendet har samband med det förhållandet att huvuddelen av produktionen för den offentliga sektorns räkning sker i monopolform. Av exempelvis kommunernas totala konsumtion var år 1990 endast omkring sex procent föremål för upphandling i konkurrens. Ekonomikommisionen har i sitt betänkande Nya villkor för ekonomi och politik (SOU 1993:16) pekat på en betydande effektivitetspotential som kan realiseras genom ökad konkurrens och som kan ligga inom intervallet tio till femtio procent.

Lagstiftningsärendet handlar om betydelsen från allmän synpunkt av att också produktion av tjänster m.m. för det allmännas räkning blir utsatt för det tryck den känner som producerar i tävlan med konkurrenter som själva vill utföra prestationen (s.k. konkurrenstryck). Det handlar även om vilka medel som behövs för att uppnå detta.

Det finns en stor skillnad mellan produktion för det allmännas räkning, avskild från tävlan, och läget på en fungerande marknad med en effektiv konkurrens.

När de privata aktörerna tävlar sinsemellan om köparnas efterfrågan kan de senare spela ut skilda säljare mot varandra för att få så bra prestationer som möjligt till så lågt pris som det går.

Detta innebär att som vinnare bland de privata företagen framträder de konkurrenter som är mest effektiva i att driva tillverkningen rationellt för vad som är köparnas reella behov enligt köparnas egen bedömning, att utveckla teknik och metoder för detta, att skapa nya produkter och kombinationer och att satsa på dynamik och tillväxt m.m.

Försöker de effektivare aktörerna att hårt utnyttja, exempelvis genom för höga priser, den ställning de vunnit gentemot köparna, är det meningen att konkurrenterna skall slå till med lägre pris eller annat konkurrensmedel. Vidare skall nya företag både lockas och ha faktisk möjlighet att komma in på marknaden för att utmana de ditintills mest framgångsrika företagen.

Själva drivkraften för varje enskilt, privat företag är dess krav på lönsamhet, överlevnad och tillväxt m.m. Genom att det hela tiden pågår en tävlan om vem köparna skall handla med hindras det enskilda, privata företaget att expandera för mycket, så att dess tillväxt sker på samhällsekonomins och köparnas bekostnad. Det tryck den individuella tävlarer känner från hårda medtävlare behövs alltså för att hindra denne att efter måttet av sin förmåga söka vinna en marknadsdominerande ställning och därmed makten över köparna.

Så länge det finns en sådan effektiv, fungerande konkurrens finns det också en balans som är optimal både för samhällsekonomi och för konsumenterna. Vidare är det nödvändigt att balansen ger företagen tillräckliga ekonomiska incitament att stanna kvar på marknaden - om köparna skall kunna få vad de vill ha.

Det konkurrenstryck som uppstår vid en effektiv, fungerande tävlan på marknaden ger, som berörts, i sin tur rätt resursfördelning samt effektivitet och produktivitetsökning.

Man kan också tala om marknadseffektivitet och tillväxt i förening med mångfald och dynamik - genom nya företag, metoder och produk-

ter m.m. Vidare handlar det bl.a. om att rätt företag gör rätt sak på rätt sätt och till ett för köparna riktigt pris.

Utbud, pris, kvalitet m.m. styrs således genom de nu nämnda tävlingsmekanismerna. Dessa kan inte ersättas med att en viss produktionsfaktor får ensamställning med eget ansvar i förening med ambitioner och instruktioner. Detta anser nog alla vara självklart i andra tävlingssammanhang. Ett syfte med själva tävlandet är ju att den enskilde motiveras fullt ut att göra sitt allra bästa. Översatt till det marknadsekonomiska systemet leder detta till de förut beskrivna, för alla positiva ekonomiska resultaten.

Konkurrensen är dock hela tiden hotad genom fördelar som står att vinna för en eller flera enskilda aktörer av att eliminera tävlingssituationen helt eller delvis. Som exempel kan tas missbruk av dominerande ställning. Det kan också handla om stordriftsfördelar som finns på en viss marknad. Fördelarna kan där leda till en alltför hög företagskoncentration genom uppköp eller annat.

Också Ekonomikommisionen framhåller att bristande konkurrens är ett huvudproblem i svensk ekonomi. Huvudtesen som kommissionen lägger fram är att våra tillväxtproblem i stor utsträckning beror på att marknadsmekanismerna satts ur spel på centrala områden. Här pekas ut de två grundläggande faktorerna, nämligen företagets konkurrensbegränsningar och offentliga regleringar.

I fråga om företagets konkurrensbegränsningar finns numera den nya konkurrenslagen. Den kommer att skydda köparna och samhälls ekonomin på ett mycket bättre sätt än den gamla lagen.

Konkurrenslagens centrala uppgift är att säkra att köparna har reell möjlighet att välja mellan konkurrerande produkter som köparna vill skall finnas på marknaden. Detta förutsätter att det finns ett tillräckligt konkurrenstryck på *privat produktion*. Konkurrenslagen ger medel för detta. Det allmännas intressen bevakas av Konkurrensverket, som har överblick över marknaden i dess helhet och har ansvar för hela den operativa funktionen i förhållande till de kommersiella aktörerna där.

Offentlig produktion däremot - i egen regi eller via en ständig ensamleverantör - kommer inte under ett konkurrenstryck annat än om den offentlige köparen själv väljer att få till stånd ett sådant tryck. Konkurrenslagen är skriven för helt andra situationer än den att köparen frivilligt avstår från att utnyttja konkurrensmöjligheterna och i stället väljer att producera själv eller att koncentrera sina inköp till en enda leverantör.

Konkurrenslagen vänder sig i stället genom förbud m.m. mot karteller och annat som hindrar köparna från att av det marknadsekonomiska systemet få ut de fördelar som konkurrensen ger genom lägre priser m.m. Konkurrenslagen har som given utgångspunkt att köparna förutsetts vilja ha dessa ekonomiska vinster.

Lagstiftningsärendet skall därför som nämnts ses mot bakgrund av behovet av att också produktionen av tjänster m.m. för det allmännas räkning konkurrensutsätts i tillräcklig omfattning, till nytta för samhälls ekonomin och för konsumenterna. Behovet finns både i fråga om

det allmännas egenregiverksamhet och beträffande produktion som bedrivs av annan för det allmännas räkning.

Lagstiftningsarbetet har med den utgångspunkten inriktats på *två huvudaspekter*.

Den första gäller arbetsgruppens förslag om skyldighet för de nämnda offentliga aktörerna att utsätta egenregiverksamhet av visst slag för konkurrens genom att vid givna brytpunkter i form av beloppsgränser upphandla enligt lagen om offentlig upphandling. Det rörde sig alltså om en *upphandlingsskyldighet*.

Den andra huvudaspekten avser arbetsgruppens förslag om lagregler med en särskild ingripandeform mot sådana beteenden från en offentlig upphandlares sida som för privata företag snedvrider konkurrensförutsättningarna. Denna andra aspekt handlar alltså om den offentlige aktörens beteende *när* denne anordnar en anbudstävling. Detta är något annat än frågan om det bör finnas en lagstadgad skyldighet att upphandla eller inte.

Vi har redan redovisat vårt ställningstagande att en sådan upphandlingsskyldighet inte bör införas nu.

I departementspromemorian tas inte särskilt upp situationen med anbudstävlingar som offentliga aktörer anordnar utan att ett lagreglerat obligatorium tvingar fram detta. Just denna situation behandlas i vårt förslag. Det är naturligt att den frågan ställs varför upphandlaren skulle tillämpa beteenden som snedvrider konkurrensen vid den anbudstävling som upphandlaren själv utlyser. Vi behandlar den saken utförligt i det följande. Där kommer vi att peka på bl.a. situationer när upphandlaren inte har tillräcklig erfarenhet av företagens arbetsvillkor eller av upphandling i övrigt samt på den osäkerhet företag verkar att känna i fråga om offentlig upphandling och det problem detta utgör från allmän synpunkt. Vi kommer också att redovisa vår bedömning att inte heller den nya konkurrenslagen kan användas mot sådana beteenden och att det behövs ett särskilt utformat system som kompletterar lagen om offentlig upphandling.

Vi går nu över till att närmare behandla de beteenden som kan komma under bedömning i detta sammanhang.

7.2 Konkurrenssnedvridande beteenden

Arbetsgruppen behandlar (Ds 1992:121 s.75-83 och 97-104) avvikelser, som är möjliga, från en konkurrensneutral behandling, i anslutning till skilda faser i ett upphandlingsförlopp:

- metoden för urval av deltagare i en anbudstävlan,
- kraven för att få delta, sättet att utforma anbudsunderlaget,
- konstruktionen av tidsperioderna i tävlingsförloppet,
- upphandlarens förhållande till egenregiverksamheten,
- utvärderingen av inkomna anbud,
- sättet att förhandla med anbudsgivarna.

I dessa avseenden redovisar (s. 75 ff.) arbetsgruppen en förteckning med *exempel på förfaranden som får betydelse för de privata företagens möjligheter att konkurrera på lika villkor* framför allt i förhållande till upphandlarens egenregiverksamhet. Förteckningen visar *exempel* på beteenden som bör *övervägas* i sammanhanget och är således *inte* en redovisning av vad arbetsgruppen ansåg borde förbjudas som sådant och utan hänsyn till omständigheterna i övrigt. I huvudsak innehåller förteckningen följande.

- Anbudspaketet görs för stort för de privata företagen på den lokala marknaden. Man packar ihop artschilda tjänster där själva kombinationen blockerar bort de privata företagen som inte samtidigt arbetar med båda tjänsterna, vilket däremot egenregiverksamheten gör.

- Bristfällig information ges i förfrågningsunderlaget, så att tidsnöd uppstår för de privata företagen - i ett läge där egenregin är väl förberedd. Onödigt stora krav ställs på att anbudsgivaren skall lämna en stor mängd upplysningar på mycket detaljerad nivå, en mängd som det kostar mycket att ta fram.

- Krav ställs på att dyra investeringar skall ha gjorts före anbuds-tävlingen. Anbudsunderlaget finns inte i nog många exemplar. Krav ställs på att vinnande privat företag skall köpa egenregitillgångar. Privat vinnare vägras få disponera lokaler, fordon eller annat som egenregin haft tillgång till.

- Man bjuder bara in privata företag med bristfälliga resurser för uppgiften eller enbart svaga privata företag, respektive endast dyra sådana. Endast okända privata företag får vara med medan man underlåter att inbjuda befintliga välkända, resursstarka eller framgångsrika privata företag.

- Man för under hand fram till de privata företagen budskap som kan frånta dem viljan att satsa tid och resurser på att delta i anbuds-tävlingen. Som exempel kan tas budskap om att de egentligen nog inte är lämpliga för uppgiften, att de sannolikt kommer att förlora eller att de har bjudits in endast därför att den offentlige upphandlaren känt sig tvungen.

- Upphandlaren tar hänsyn till faktorer såsom vilka anställningsvillkor entreprenören tillämpar för sin personal, huruvida den är anställd eller uppdragstagare, ursprungsland för produkter som entreprenören använder i sitt arbete och om entreprenören har eller inte har finansiellt stöd från en institution som upphandlaren vill eller inte vill stödja. Obefogade krav på att de privata skall ställa bankgaranti sätts upp.

- De privata företagen får betala avgift för att få delta i anbuds-tävlingen. Avgiften för specifikationer sätts för att ge bidrag till kostnaderna för att utarbeta dem i stället för att utgöra kostnaden för att framställa en kopia. Kommunen väger in kostnader om egenregiverksamheten förlorar, utan saklig grund.

I fråga om avvikelser har vid åtskilliga tillfällen förts fram kritiska synpunkter, främst från näringslivets sida. Detta framgår av promemorian och av vad som anförts bl.a. vid remissbehandlingen av denna.

I den nu aktuella promemorian Ds 1992:121 redovisas också uppfattningen hos Sveriges Industriförbund och Svenska Arbetsgivareför-

eningen att det behövs en fristående myndighetsföreträdare som kan föra företagans talan i domstol, om kravet på konkurrens på lika villkor skulle åsidosättas. Grossistförbundet Svensk Handel anger där samma inställning. Förbundet framhåller att det är svårt för företag att själva framföra klagomål om en upphandling anses ha gått felaktigt till. Därvid anges att företagen är beroende av att ha ett gott förhållande till myndigheten eller den kommunala förvaltningen inför kommande upphandlingstillfällen.

Ytterligare näringslivssynpunkter återges i promemorian (s. 66 ff.). Bland annat framhålls i dessa att det inte är så egendomligt att de privata företagen mer sällan lägger anbud på det offentliga området. I detta avseende uttalas där följande: De privata företagen känner nog ofta helt enkelt misstro till det offentligas sätt att sköta upphandling. Man måste ha en bra upplagd upphandlingsprocess för att det skall bli anbud från den privata sidan. Annars undrar de privata företagen om det verkligen är ett reellt anbudsförfarande eller om man bara vill använda de privata som utredningsinstitut och problemlösare eller för kontroll av prisnivån på den privata marknaden. Det framhålls ytterligare från dessa näringslivsföreträdare att det ju vidare alltid bland företagen finns oron för att upphandlaren tänker låta sin egenregiverksamhet vinna.

Som viktiga faktorer pekades vidare från näringslivets sida bl.a. på att förfrågningsunderlaget är klart preciserat i fråga om prestationer som skall fullgöras, så att det genast kan läggas till grund för kalkylering. Exempel anfördes också, där otillräcklig information gjort det omöjligt att lägga anbud och där inte nog tid gavs att räkna på anbud.

I promemorian dras bl.a. slutsatsen att man måste skapa nog stor tilltro hos företagen till att de kommer att ges en affärsmässig och objektiv behandling då deras anbud jämförs med egenregiverksamheten. Annars blir de privata anbuden för få.

Konkurrensverket har vid remissbehandlingen av Ds 1992:121 särskilt framhållit att objektiva val mellan anbudsgivare förutsätter att önskad produktkvalitet klart definieras i förfrågnings- eller anbudsunderlaget. Vidare berör verket en i promemorian lämnad (s. 77 ff.) redogörelse för vissa ärenden hos dåvarande Näringsfrihetsombudsmannen (NO) och hos verket. Redogörelsen omfattar exempel på konkreta ärenden med klagomål från enskilda företag rörande offentliga upphandlingar. Konkurrensverket stryker under att redovisningen återspeglar en liten del av ärendemängden och problemen.

Konkurrensverket erinrar också om vad verket uttalade vid remissbehandlingen av förslaget om en ny lag om offentlig upphandling (Ds 1992:62). Där pekade Konkurrensverket på att upphandlingsområdet många gånger kännetecknas av en situation där köparen har en betydligt större ekonomisk och organisatorisk styrka än säljaren. Det finns vidare påtagliga risker för intressekonflikt och bristande objektivitet vid beställarens val mellan egenregiverksamhet och externa aktörer vid en anbudstävlan. Verket framhöll ytterligare att, även om en anbudsgivare ges rätt att föra en skadeståndstalan mot en upphandlande enhet som bryter mot den föreslagna lagens regler, det i praktiken finns många

omständigheter som kan motverka att anbudsgivaren söker sin rätt, såsom rädsla för att utsättas för diskriminering vid kommande upphandlingar.

Som underlag för ytterligare överväganden redovisas i promemorian Ds 1992:121 vissa särskilda uttalanden vid den nyss nämnda remissbehandlingen av Ds 1992:62. Kammarrätten i Jönköping anförde då att det i praktiken torde bli stora problem för en leverantör att upptäcka att ett fel har blivit begånget och att därvid väcka talan hos länsrätten i tid. Domstolen ansåg vidare att de praktiska möjligheterna att föra en framgångsrik talan torde bli begränsade även när det gäller skadestånd. Liknande synpunkter fördes fram av Hovrätten över Skåne och Blekinge samt av Stockholms universitet. Bland annat framhölls svårigheter för förbigångna företag att visa orsakssamband mellan begångna fel och det faktum att vederbörande lidit skada genom att inte erhålla kontraktet. Universitetet uttalade att det på goda grunder kan antas att det är först efter det att resultatet av anbudstävlingen blivit känt som det står klart för enskilda anbudsgivare att något fel har begåtts.

I promemorian Ds 1992:121 anfördes (s. 102 ff. och 151 ff.) mer generellt bl.a. följande i fråga om vad som där kallas otillbörliga, konkurrenshämmande upphandlingsbeteenden: Det kan handla om metoder för att skydda egenregiverksamheten mot ett reellt konkurrenstryck, så att det i realiteten inte hålls en riktig tävling. Också utan samband med att upphandlaren bedriver egenregiverksamhet finns det exempel på hur man under olika stadier av upphandlingsprocessen med den ena eller den andra metoden, eller i övrigt genom sättet att förfara, utan objektivt bärande skäl kan särbehandla någon, dvs. gynna eller missgynna någon jämfört med hur andra behandlas. Detta kan i det enskilda fallet ske på ett sätt som där framträder som otillbörligt, vägt i förening med omständigheterna i övrigt och sett i förhållande till vad som är själva syftet med upphandling och anbudstävling. Ytterligare uttalanden görs, och vi hänvisar till specialmotiveringen till 3 § för en övergripande beskrivning.

I departementspromemorian understryks starkt att diskriminerande förfaranden av diskuterad art utgör avarter från vad som naturligtvis utgör huvudlinjen vid den anbudsupphandling som statliga myndigheter, landsting och kommuner bedriver i Sverige.

7.3 Regeringens överväganden i behovsfrågan

Det nyss återgivna uttalandet i promemorian torde närmast ha tagit sikte på avsiktliga konkurrenssnedvridningar, och vi delar den däri sålunda uttryckta uppfattningen. Själva utgångspunkten för regeringens bedömning av lagstiftningsbehovet är en annan än sådana medvetna beteenden.

Genom frivilliga åtgärder ute på fältet och genom den nya lagen om offentlig upphandling fortsätter framöver den utveckling som enligt entydiga signaler ger en alltmer ökande upphandling i konkurrens, också i kommuner och landsting. I många fall kommer anbudsförfaranden att vidtas på områden som är mer eller mindre oprövade för

den enskilde upphandlaren. Detta framkommer fullt klart i det samlade remissutfallet i detta ärende.

Mot denna bakgrund är det mycket angeläget från nationella utgångspunkter att den förestående utvecklingen kan i effektiva former länkas i rätt riktning sett även ur samhällsekonomins och konsumenternas synvinkel. För bedömningen därvidlag är två aspekter av central betydelse.

En viktig aspekt gäller de offentliga upphandlarnas ekonomiska kunskaper, upphandlingskompetens och praktiska erfarenheter m.m. Härvidlag finns det högst betydande variationer, visar bl.a. underlaget i detta ärende. I promemorian Ds 1992:121 refereras (s. 66 ff.) till uttalanden som ger denna bild. Bland remissinstanserna framhåller exempelvis Landstinget i Kristianstads län att det krävs bra anbudsunderlag och upphandlingskompetens vilket fordrar stora utbildningsinsatser. Stockholms läns landsting pekar på att förutsättningarna torde variera mellan olika kommuner, beroende på bl.a. nuvarande organisation, utvecklingsnivå för ekonomistyrning och redovisning, konkurrensneutrala villkor, storlek samt utveckling av intern och extern marknad.

Det får antas att själva bristen på erfarenhet m.m. av hur upphandlingsprocessens skilda faser bäst skall hanteras, dvs. upphandlingskompetens, i betydande omfattning kan riskera att leda till situationer där den offentlige upphandlaren av otillräckliga insikter, ren oerfarenhet eller dylikt förfar på ett sådant sätt att konkurrensförhållandena snedvrids. Avsaknaden i de enskilda fallen av praktisk erfarenhet av de skilda upphandlingssituationerna och de villkor privata företag har att leva under kan således orsaka helt oavsiktliga sådana beteenden.

Den andra centrala aspekten är att mycket talar för att det finns en betydande osäkerhet bland privata företag i fråga om hur offentlig upphandling hanteras och om vilken behandling de privata företagen kommer att få jämfört med upphandlarens egenregiverksamhet m.m. Uttryck för att denna osäkerhet eller misstro är mycket stor och utbredd ges enhälligt av Sveriges Industriförbund, Grossistförbundet Svensk Handel, Svenska Handelskammarförbundet och Svenska Arbetsgivareföreningen. I det enskilda fallet kan dessa privata företag kanske bedöma läget så att anbudstävlingen anordnas under påverkan av viss opinion men att andra opinioner inom upphandlarens organisation anser det finnas skäl att skydda egenregiverksamheten, eller att läget är sådant att den upphandlande enheten i vart fall inte kommer att vinnlägga sig nog mycket om konkurrensförutsättningarna.

Säkert kan en sådan osäkerhet eller misstro i en rad fall vara helt eller väsentligen oberättigad. Med utgångspunkt i samhällsekonomins och konsumenternas intressen är det samtidigt en allvarlig brist redan om företagen i mer betydande omfattning drar sig för att delta i anbudstävlingar som offentliga upphandlare anordnar. Därmed uppnår man ju inte den grad av konkurrenstryck som är sådana tävlingars syfte. Det ekonomiska systemets funktionsduglighet och förmåga att generera tillväxt och förnyelse skadas då. Resultatet blir vad som kan vara stora effektivitetsförluster som belastar de nyss nämnda, allmänna intressena.

Det finns därmed sammantaget ett starkt uttalat behov av ett konkurrensrättsligt orienterat system som genom generella normer och praxis-

bildning kan bidra till att leda den fortsatta utvecklingen i den från allmän synpunkt önskvärda riktningen. Ett sådant system bör ha av rättsordningen anvisade former för praktisk och effektiv prövning i angelägna fall av det befogade eller obefogade i klagomål om konkurrensnedvridande beteenden. Vidare bör systemet omfatta ingripandeformer anpassade för de allmänna intressen som skall skyddas.

Detta är påkallat också av rättssäkerhetsskäl, bl.a. hänsynen till det enskilda företags behov av att kunna få sin sak prövad effektivt. Vidare är det en rättvisefråga sett utifrån hela näringslivets situation. Den nya konkurrenslagen ställer kraftiga anspråk på företagen i fråga om konkurrenstryck och effektivitet i den privata produktionen. Konkurrenslagen har vidare ett till dessa krav anpassat, mycket starkt sanktionssystem. Det är fullt ut rimligt att anspråk ställs också i fråga om konkurrens på lika villkor vid produktion som det allmänna bedriver själv eller som sker för dess räkning.

Därmed uppkommer frågan om huruvida det nu redovisade behovet fylls av den rättsliga reglering som redan finns.

7.4 Lagen om offentlig upphandling och konkurrenslagen

Vid remissbehandlingen har flera instanser, som avstyrkt lagförslaget, i sin argumentering åberopat att statsmakterna först borde avvakta effekterna av lagen om offentlig upphandling och den nya konkurrenslagen innan nya regler övervägs.

Lagen om offentlig upphandling innehåller som nämnts tidigare den i 1 kap. 4 § intagna huvudbestämmelsen om affärsmässighet. Där anges att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Till detta kommer vad som sägs i 22 § samma kapitel om att en upphandlande enhet skall anta *antingen* det anbud som har lägst anbudspris *eller* det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, driftkostnader, funktion, miljöpåverkan m.m.

Lagen om offentlig upphandling syftar till att begränsa de offentliga utgifterna och till att skydda enskilds rätt. I sådant syfte görs offentlig upphandling öppen och konkurrensutsatt i hela EES-området. För att det skall vara möjligt att skapa denna öppna och vidsträckt, gränsöverskridande marknad innehåller lagen, som framgått av avsnitt 2.2, en rad procedurregler. Där finns också, som nyss redovisats, regler om ett affärsmässigt uppträdande. Sanktionssystemet i lagen om offentlig upphandling är inriktat på enskilds rätt. Ett företag har rätt att väcka talan för det fall företaget menar sig ha blivit oriktigt behandlat av upphandlaren. Formerna för detta är förfarandet vid länsrätt under pågående upphandling samt skadeståndsprocess i tingsrätt.

I sin anmälan till prop. 1992/93:88 om offentlig upphandling anförde föredragande statsrådet bl.a. följande: Konkurrensen uppnås genom krav på att en upphandlande myndighet inte får godtyckligt förkasta

anbud. Myndigheten måste kunna motivera såväl varför avtal slöts i ett fall, som varför övriga anbud förkastades. Principen om icke-diskriminering spelar roll i detta sammanhang. En diskriminerande upphandling innebär ju att affärsmässigheten sätts åt sidan till förmån för i sammanhanget ovidkommande hänsyn, uttalade föredraganden ytterligare.

Vi ser det beskrivna systemet som en naturlig ordning med utgångspunkt i de i EG:s upphandlingsdirektiv framträdande gemenskapsintressena av att se till att pågående upphandlingar går rätt till, så att enskilds rätt tillvaratas.

Då propositionen om nämnda lag beslöts var det förutsatt (prop. 1992/93:88 s. 43 och 46) att ytterligare överväganden kunde aktualiseras till följd av det då inom arbetsgruppen pågående arbete som sedermera avslutades genom departementspromemorian Ds 1992:121 vilken ligger till grund för detta lagstiftningsärende.

I och för sig är det sannolikt att de konkurrenssnedvridande beteenden som vi har behandlat strider mot det förut (avsnitt 2.2) redovisade kravet på affärsmässighet som finns i lagen om offentlig upphandling, åtminstone när de har ekonomisk betydelse. Hur det förhåller sig därmed avgörs i rättstillämpningen. Någon visshet i nuläget finns därmed inte om hur begreppet affärsmässighet mer generellt kommer att bedömas i förhållande till de i detta ärende aktuella beteendena.

Vill man, som här nu har aktualiserats, skapa ett tillräckligt skydd för samhällsekonomin och konsumenternas intressen, är själva systemet i lagen om offentlig upphandling mot denna bakgrund självfallet inte konstruerat för just detta. Till en början är begreppet affärsmässighet inte lämpat att kopplas till ett ingripande, såsom vi kommer att redovisa i det följande. Vidare kan, som berörts i promemorian och i det föregående, skilda faktorer göra att det enskilda företaget inte startar en process mot exempelvis den kommun i vilken företaget är beläget. Kanske visar sig inte heller ett oriktigt beteende förrän vid valet av vinnare, och då är vägen via länsrättsförfarandet stängd.

Till detta kommer att skadeståndskyldighet inte är en lämplig sanktionstyp för att tillgodose behovet av skydd för de nu aktuella, allmänna intressena, fastän denna skyldighet är en adekvat sanktion för att ta till vara enskilds rätt.

Inte heller företräds i nuläget det allmännas konkurrensintressen på detta område av en sådan offentlig representant med ingripandebefogenheter som finns för den privata sektorn. Där har ju Konkurrensverket den rollen och har sin särskilda kompetens just för bedömningen av konkurrensfrågorna. Så länge som de privata företagen befinner sig i den situationen att det saknas en sådan offentlig företrädare för samhällsekonomin och konsumenternas intressen som har rättsliga möjligheter att ingripa mot här aktuella beteenden, är det osannolikt att den förut berörda osäkerheten eller misstron skulle kunna minska i tillräcklig omfattning. Som har framgått är det samtidigt mycket angeläget att produktion för det allmännas räkning i ökande omfattning utsätts för reell konkurrens genom anbudstävlan på lika villkor.

Regeringen delar bl.a. därför bedömningen i promemorian att sanktionssystemet i lagen om offentlig upphandling inte kan förväntas ge det allmännas nu aktuella intressen ett tillräckligt skydd.

Denna bedömning är inte speciell för Sverige. EFTA:s övervakningsmyndighet, eller EG-kommissionen, kan ju som nämnts (avsnitt 4.2) inskrida vid en klar överträdelse i samband med ett visst upphandlingsförfarande. Nämda offentliga organ har således getts egen ingripanderätt. Denna rätt kan dock helt naturligt inte ersätta särskilda skyddsregler på den nationella nivån.

Den nya konkurrenslagen kan inte heller bedömas ge det skydd som behövs, lika litet som den äldre konkurrenslagen. Det finns flera skäl till detta, som redovisas i promemorian (s. 105 ff.). Skälen kan sammanfattas så här.

Fråga är om *köparbeteenden vid offentlig upphandling* och det är i hög grad osannolikt att en offentlig aktör i rollen som upphandlare omfattas av begreppet näringsidkare i den äldre konkurrenslagen. Detta kan gälla trots det förhållandet att den offentlige aktören samtidigt kanske är producent genom egenregiverksamhet avseende t.ex. vissa *andra* nyttigheter än dem som upphandlingen omfattar, och i *det* sammanhanget får anses som näringsidkare i den äldre konkurrenslagens mening.

Som berörts tidigare bygger den nya konkurrenslagen på EG-rätten och det där använda begreppet företag. I förarbetena till den nya konkurrenslagen görs dock en återkoppling till den äldre konkurrenslagens näringsidkarbegrepp. Där anges (prop. 1992/93:56 s. 67) att begreppet företag i dag har väsentligen samma innebörd som begreppet näringsidkare. Det är på motsvarande sätt som i fråga om sistnämnda begrepp i hög grad osannolikt att termen "företag" kan anses tillämplig i fråga om förfaranden som en offentlig aktör vidtar vid upphandling, således som *köpare*.

Till detta kommer att, eftersom EG:s konkurrensbestämmelser i väsentliga delar i princip införlivats med svensk rätt, rättstillämpningen torde ha att ta avsevärt intryck av den pågående utvecklingen inom EG i denna fråga.

På grund av det anförda blir det också i motsvarande grad osannolikt att beteenden av det här aktuella slaget omfattas av det rättsliga begreppet konkurrensbegränsning, vilket har aktualitet även enligt den nya konkurrenslagen.

Dessutom finns det knappast någon sannolikhet över huvud för att *kartellförbudet* i konkurrenslagen omfattar förhållandet mellan en upphandlare och dennes egenregiverksamhet, som ju inte är en ensformellt fristående juridisk person.

Därefter gäller det *förbudet mot missbruk av dominerande ställning*. Dominans över den relevanta marknaden kan naturligtvis i ett visst enskilt fall en myndighet eller en kommun ha i en *producentroll*. Ett exempel är rollen som leverantör av fjärrvärme och förutsatt att man kan anse att det finns en marknad i konkurrenslagens mening. Dominans *behöver* dock inte föreligga utan det kan ju i ett annat fall finnas starka privata konkurrenter. I så fall kan man inte tillämpa förbudet mot

missbruk av en dominerande ställning ens i *producentrollen*. Än vidare är man tillbaka till att det handlar om offentliga *inköp* i det diskuterade sammanhanget. Därtill kommer att begreppet företag måste vara tillämpligt också här. Inte heller det nu berörda förbudet kan därför ses som ett skydd för samhällsekonomin och konsumenternas intressen.

Det är så osannolikt att konkurrenslagen är tillämplig att den får anses inte vara användbar i detta sammanhang.

7.5 Ett kompletterande skydd

Av det anförda framgår att det starkt uttalade behov vi nyss redovisat och motiverat inte kan fyllas genom lagen om offentlig upphandling eller den nya konkurrenslagen. Därför är det angeläget att nu ta fram ett system med klara rättsregler som bl.a. ger möjlighet att i förekommande fall i lämplig form gripa in mot vissa konkurrenssnedvridande beteenden. Därigenom kan ett sådant system tänkas skapa nog stor tilltro hos de privata företagen till att de kommer att ges en affärsmässig och objektiv behandling vid anbudstävlingar. Ett sådant system kan även i övrigt höja konkurrenstrycket vid sådana tävlingar, så att effektiviteten ökar och priserna pressas.

Vi vill tillägga att vad det nu i grunden handlar om är att ge näringspolitiken ett samlat innehåll där enskilda viktiga delar bringas till att samfundera effektivt för ytterligare ekonomisk tillväxt till fördel för samhällsekonomin och konsumenterna.

I regeringens övergripande strategi för detta behövs särskilda, näringspolitiskt orienterade instrument som är inriktade på marknaden. Två är redan beslutade av riksdagen. Den nya konkurrenslagen förbjuder som nämnts karteller och missbruk av dominerande ställning. Detta ökar konkurrenstrycket i ekonomin och leder till marknadseffektivitet, också vid offentlig upphandling. Det andra instrumentet är lagen om offentlig upphandling. Även denna är effektivitetsskapande inom sin ram och med det skydd den ger för det enskilda företags rätt.

Ett tredje instrument utgörs av det här behandlade lagförslaget som bl.a. skall bidra till att hos de privata företagen skapa tilltro till offentlig upphandling.

Det nya systemet beträffande vissa konkurrenssnedvridande beteenden avseende upphandling bör följa huvudlinjen i arbetsgruppens förslag. Därmed blir systemet ett självständigt, konkurrensrättsligt komplement till det på begreppet affärsmässighet uppbyggda systemet i lagen om offentlig upphandling.

Ett skydd av detta slag bör inte regleras i detalj. Regeringen anser i stället att systemet bör fungera som en plattform som ger möjligheter för de berörda - bl.a. företagen och den lokale upphandlaren - att sinsemellan finna gemensamma problemlösningar på lokal nivå, utan att man behöver anlita det allmännas organ.

Som kommer att framgå i följande avsnitt bör således en ny lag införas som ger Marknadsdomstolen rätt att för framtiden förbjuda ett offentligt organ att tillämpa vissa konkurrenssnedvridande beteenden vid

genomförande av upphandling i anbuds konkurrens. Till grund för detta kompletterande system och för den samlade bedömning som systemet bör ge utrymme för får läggas vad som lagtekniskt beskrivs som *otillbörligt beteende avseende upphandling*. Vi kommer senare att redovisa bestämmelsens närmare inriktning.

Mot en sådan lag har Nämnden för offentlig upphandling samt Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet riktat ytterligare invändningar, utöver vad vi har behandlat i det föregående. Vi kommenterar denna kritik i avsnitt 8 under rubriken Övrigt. På där anförda skäl anser vi kritiken mot vad vi föreslår inte vara vägande.

Den nu avsedda gruppen av konkurrenssnedvridande beteenden avseende upphandling kan som berörts samtidigt omfattas av lagen om offentlig upphandling. Vi ser inte något hinder mot detta, vid en vägning av de fördelar som sammantaget uppstår från allmän synpunkt genom ett förstärkt skydd. De överväganden som ligger till grund för denna bedömning redovisar vi också i avsnitt 8 under rubriken Övrigt.

Regeringen vill understryka att konkurrenssnedvridande beteenden från offentliga upphandlares sida redan genom den av riksdagen antagna lagen om offentlig upphandling förutsatts kunna förekomma. Detta ligger ju inrymt i 1 kap. 4 § nämnda lag. Därför är det inte fråga om någon principiell nyhet när vi föreslår en bestämmelse inriktad mot snedvridning av förutsättningarna för konkurrens. Än vidare gäller principen om icke-diskriminering, som har framgått, inom EG-rätten på den offentliga upphandlingens område. Inte heller för den svenska rättsordningen är det främmande att också offentliga aktörer ibland kan förfara i strid mot det allmännas intressen såsom dessa skyddas enligt särskild lagstiftning. Som exempel kan tas konkurrenslagens förbud mot karteller m.m. och mot missbruk av dominerande ställning, marknadsföringslagens bestämmelse om förbud mot otillbörlig marknadsföring och lagstiftningen om oskäliga avtalsvillkor, låt vara att den offentlige aktören därvid måste anses omfattad av begreppet näringsidkare.

7.6 Behovet av åtgärder i övrigt

Regeringen ser som nämnts i avsnitt 6 positivt på det utvecklingsarbete som nu bedrivs i kommun- och landstingssektorn. Vi har redan redovisat vår bedömning att ett förslag om en lag om just skyldighet att upphandla inte bör läggas fram nu. I stället bör de intensifierade åtgärder som vidtas i detta avseende ges möjlighet att få genomslag.

Detta innebär att regeringen väljer en annan teknik för att nå målet i fråga om att konkurrensutsätta produktion för det allmännas räkning för att främja samhälls ekonomins och konsumenternas intressen.

Att lagstiftning om en upphandlingsskyldighet saknar aktualitet nu innebär inte att man kan lämna vissa andra, särskilda frågor åt sidan. I promemorian (s. 83) ges en samlad problembild när det gäller offentlig upphandling. I bilden ingår, förutom de nämnda konkurrenssnedvridande beteendena, bl.a. brister i redovisningssystemen, underprissättning, behov av kostnadsmedvetande, lönsamhetstänkande och upphandlings-

erfarenhet samt brister i fråga om utformning av anbudsunderlaget och beträffande metoder för kvalitetsjämförelser mellan konkurrerande produkter.

I det utvecklingsarbete som nu pågår inom kommun- och landstingssektorn ingår vad som framträder som ett brett och djupt handlingsprogram med inriktning just på kompetenshöjande åtgärder och förbättrade redovisningssystem. Dessa skall bl.a. ge ett bra beslutsunderlag i fråga om självkostnader och jämförelser. I ett utvecklingsarbete av sådant slag bör det finnas goda förutsättningar att få till stånd kunskapshöjande åtgärder och förbättrade redovisningssystem.

En diskussion förs i övrigt (s. 97 ff.) i promemorian bl.a. kring frågor om s.k. underprissättning. Som information vill vi i detta avseende uttala följande.

I det praktiska konkurrensfrämjande arbetet har klagomål om en sådan icke kostnadstäckande prissättning från offentliga upphandlars sida varit särskilt vanliga. Bedömningen i promemorian är att det knappast är meningsfullt att diskutera någon form av särskilt förbud mot underprissättning så länge som det saknas redovisningssystem som medger en effektiv kontroll i det enskilda fallet av att förbudet efterlevs. Konkurrensverket har pekat på de stora bevissvårigheterna vid tillämpningen av konkurrenslagstiftningen på fall av påstådd underprissättning.

När det gäller frågor om underprissättning torde det beträffande offentliga aktörer ofta handla om vad som kan kallas subventionsströmmar, dvs. ett underskott i viss produktion täcks genom att medel tillförs från annat håll, mer än vad som utomlands kallas "predatory pricing". Sistnämnda uttryck innebär närmast att ett företag använder prissättningen som vapen mot medtävlare för att beröva dem deras marknadsandelar. Metoden för detta är en aggressiv prissättning under självkostnaden och till förlust för prissättaren. Syftet eller effekten är att finansiellt mindre uthålliga konkurrenter slås ut. Metoden blir för ett privat företag som ju är uppbyggt på ett rörligt riskkapital ekonomiskt möjlig och meningsfull endast om den ger prissättaren marknadsmakt att därefter höja priset och i efterhand kompensera tidigare förluster, sedan de finansiellt svagare konkurrenterna fallit bort.

För en sådan makt förutsätts att nya medtävlare inte kan ta sig in på marknaden. Alternativt täcker prissättaren förlusten genom överprissättning på en marknad där denne redan har makten. Det övergripande syftet med operationen är en i vart fall långsiktigt ökad lönsamhet.

Offentliga aktörers prissättningsbeteenden av detta slag samt täckning av underskott i rörelse genom korssubventionering m.m. torde i allmänhet styras av andra överväganden än de som rör långsiktigt ökad vinst. Inte desto mindre skadar beteendena de privata företagen på ett ibland allvarligt sätt. Såsom framgår av departementspromemorian Ds 1992:121 täcker otillbörlighetsbestämmelsen inte situationen med underprissättning, som ju är ett säljarbeteende och inte ett beteende avseende upphandling.

Speciella överväganden med hänsyn till samhällsekonomin och konsumenternas intressen kan behöva ägnas denna typ av offentlig

underprissättning. I praktisk rättstillämpning har den visat sig vara svår att hantera med stöd av konkurrenslagstiftningen, inte bara på grund av bevisvärigheter. Här kan bl.a. erfarenheter av arbetet med bättre redovisningssystem vara av betydelse. Det kan vidare aktualiseras att pröva frågan om offentlig underprissättning särskilt, med hänsyn till dess angelägenhetsgrad som sådan oavsett kopplingen till nuvarande bristfälliga redovisningsmetodik.

Innan vi går över till att redovisa uppbyggnaden av den nya lagen vill vi för översiktlighetens skull kort sammanfatta vad som är väsentliga utgångspunkter för och inslag i förslaget.

7.7 Översiktlig sammanfattning

Sammanfattningsvis gäller bl.a. följande i fråga om vad vi föreslår i denna proposition:

- Lagförslaget nu går inte ut på en skyldighet att upphandla. I stället handlar det om att, när den offentlige aktören själv väljer att upphandla, motverka vissa beteenden som kan vara helt oavsiktliga men som snedvrider förutsättningarna för konkurrens vid upphandlingen.

- Det får anses att den nya konkurrenslagen inte är användbar mot dessa konkurrenssnedvridande beteenden från en offentlig upphandlares sida. En helt annan sak är att denne offentlige aktör som säljare i princip omfattas av konkurrenslagen.

- De konkurrenssnedvridande beteenden som är aktuella kan samtidigt tänkas strida mot lagen om offentlig upphandling. Det är domstolarna som avgör hur det förhåller sig på denna punkt. Den lagen är dock på sanktionssidan utformad för att tillgodose det enskilda företagets rätt. Det krävs att företaget väcker talan om länsrättsingripande och skadestånd vilket bedöms vara otillräckligt när det gäller att skydda samhällsekonomins och konsumenternas intressen. Det finns inte heller någon offentlig företrädare för dessa intressen.

- Ett nytt, kompletterande system behövs. Skyddet specialutformas som ett framåtriktat förbud vid vite som meddelas i varje enskilt fall. Förbudets innebörd är bl.a. att det i framtiden är otillåtet för den offentlige aktören att vid genomförande av upphandling i anbudskonkurrens tillämpa ett visst, konkret beskrivet beteende avseende upphandling som vid en samlad bedömning är att anse som otillbörligt genom att det påtagligt snedvrider förutsättningar för konkurrens vid upphandlingen.

- Endast *offentlig* upphandling berörs. Konkurrenslagen gäller för de privata företagens beteende på marknaden och för offentliga aktörer när de är *säljare, alltså inte som nu är aktuellt upphandlare, dvs. köpare*. Konkurrensverket ges i uppgift att företräda de nu aktuella allmänna intressena även i fråga om den nya lagen.

- Såväl produktion som det allmänna själv bedriver som produktion som utförs av annan (fristående företag eller eget bolag m.m) för det allmännas räkning omfattas.

- Den föreslagna lagen gäller även i det fall upphandlaren inte har någon egenregiverksamhet.

- Att både lagen om offentlig upphandling och den nu föreslagna lagen som nämnts kan bli tillämpliga på ett och samma beteende bedöms inte möta hinder, vid en vägning av de fördelar som sammantaget uppstår från allmän synpunkt.

- I första hand Konkurrensverket får föra talan vid Marknadsdomstolen. Om verket inte gör ansökan får talan föras bl.a. av företag som berörs.

- Lagen skall inte användas för centralstyrning. Den skall vara en plattform som ger möjlighet för de berörda att finna lösningar gemensamt på lokal nivå, efter den gräns som lagen anvisar för vad som är otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling.

8 Förbud mot otillbörliga beteenden avseende offentlig upphandling

Regeringens förslag: En lag införs om ingripande mot vissa konkurrensnedvidande beteenden avseende offentlig upphandling.

Marknadsdomstolen får efter ansökan förbjuda en i lagen definierad enhet att vid genomförande av upphandling i anbuds-konkurrens tillämpa ett visst beteende avseende upphandling som vid en samlad bedömning är att anse som otillbörligt på grund av att något företag påtagligt diskrimineras i förhållande antingen till den verksamhet som enheten själv bedriver eller till ett annat företag, eller beteendet på något annat sätt påtagligt snedvrider förutsättningar för konkurrens vid upphandling. Vissa ytterligare förutsättningar finns angivna.

Ett förbud eller åläggande får förenas med vite. Ansökan om ingripande skall göras av Konkurrensverket. Om verket för ett visst fall beslutar att inte göra ansökan får ansökan göras av en sammanslutning av konsumenter, löntagare eller företag eller av ett företag som berörs av beteendet.

Har Marknadsdomstolen prövat frågan om förbud mot ett visst beteende hindrar detta inte att frågan efter ny ansökan omprövas, 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.

Promemorian: Förslaget i promemorian såvitt avser en regel om förbud mot otillbörligt upphandlingsbeteende överensstämmer i sak i väsentlig del med regeringens förslag.

Remissinstanserna: Åtskilliga remissinstanser uttalar sig om lagförslaget i sin helhet, och inte specifikt om förbudet mot otillbörligt

förfarande vid offentlig upphandling. Av domstolarna förklarar sig Marknadsdomstolen inte ha avgörande invändningar vare sig mot de tankar som ligger bakom lagförslaget eller mot lagens utformning. Hovrätten för Nedre Norrland finner, utifrån de synpunkter som den närmast bör beakta, skäl att ifrågasätta om otillbörlighetsbestämmelsen bör gälla också förfaranden utan samband med obligatoriet (förslaget om skyldighet att upphandla), m.m. Någon principiell invändning framförs inte. Stockholms tingsrätt, som föreslogs tillämpa lagen, har utifrån sina utgångspunkter ingen erinran mot den föreslagna lagens principiella utformning. Otillbörlighetsprövningen kommenteras inte särskilt av tingsrätten. Kammarrätten i Göteborg avstyrker att förslaget läggs till grund för lagstiftning. Kritiken synes inriktad mot vad som anges snarast vara en övertro på konkurrensens verkningar och får därmed uppfattas avse skyldigheten att upphandla.

Kommerskollegium, Statskontoret, NUTEK, Konkursverket, Konsumentverket och Högskolan i Karlstad tillstyrker, har inget att erinra eller riktar inga avgörande invändningar mot förslaget. Länsstyrelsen i Stockholms län håller med om att sådana åtgärder som direkt syftar till att skydda den egna verksamheten bör förhindras. Juridiska fakulteten vid Lunds universitet bedömer hela förslaget i högsta grad välmotiverat men anser att man på sikt, då praxis utvecklats, bör i fråga om otillbörlighetsbestämmelsen gå över till förbudsprincipen, med kännbara, bakåtriktade påföljder.

På olika sätt understryks det angelägna i att förslaget genomförs av bl.a. Sveriges Industriförbund, Grossistförbundet Svensk Handel, Sveriges Köpmannaförbund, Företagens Riksorganisation, Svenska handelskammarförbundet, Tjänsteförbundet, Skattebetalarnas förening, Svenska Arbetsgivareföreningen och Byggtreprenörerna.

En grupp av remissinstanser som avstyrker obligatoriet yttrar sig inte alls eller mer i förbigående i otillbörlighetsfrågan. Dit hör Riksrevisionsverket, Länsstyrelsen i Örebro län och Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet.

På den kommunala sidan är man över hela linjen avvisande till obligatoriet. Denna negativa inställning får uppfattas avse också förbudet mot otillbörligt förfarande vid offentlig upphandling, vare sig detta i det enskilda fallet framkommer uttryckligt eller inte. Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet har avstyrkt förbudet.

Skälen för regeringens förslag

8.1 Utgångspunkter för ett nytt system

I departementspromemorian Ds 1992:121 (s. 107 ff.) diskuteras och förkastas vissa alternativa lösningar av frågan om lämplig form för ingripande. Dit hör överprövning av beslut om att upphandla, sanktionsavgifter kopplade till detaljerade förbudsregler respektive ett nätverk av regler för att styra bort olika möjligheter till diskriminerande beteenden. Vi ansluter oss till detta ställningstagande.

I övrigt bör det nya system som behövs bygga på följande *utgångspunkter*.

Det rör sig om ett konkurrenspolitiskt motiverat skydd som skall värna om effektiv konkurrens och skall komplettera lagen om offentlig upphandling. Skyddets centrala funktion torde fyllas i situationen att upphandlaren har en egenregiproduktion som, vare sig den deltar i anbudstävlingen eller ej, praktiskt sett står i ett konkurrensförhållande till utomstående företag. Skyddet är inte inriktat på enskilda företag, vars intressen tillgodoses genom lagen om offentlig upphandling.

I systemet bör som nämnts inte ingå sanktionsavgifter eller liknande påföljder. Dock bör till ett ingripande mot otillbörligt beteende avseende upphandling kunna kopplas ekonomiska konsekvenser för att hindra överträdelser, när så är befogat i ett enskilt fall.

Till skillnad mot vad som gäller enligt konkurrenslagstiftningen skall det sakna betydelse om den offentlige upphandlaren kan anses ha handlat i egenskap av att vara näringsidkare respektive företag eller inte. Frågan hur det förhåller sig därvidlag har länge vållat problem i rättstillämpningen. Genom den nu föreslagna lagen löses detta problem.

Släktskapet med och närheten till konkurrenslagens område bör uppmärksammas. Det är naturligt att pröva med att bygga upp ett nytt, förstärkande system efter principer och tillvägagångssätt på det marknadsrättsliga området, även i fråga om den institutionella ramen. Vi hänvisar vidare till vad vi förut sagt om att systemet skall kunna fungera som en plattform för gemensamma problemlösningar.

Som redan i sig avgörande framstår vidare behovet av att det allmännas intressen företräds av en offentlig representant med en övervakande roll och särskild kompetens just på konkurrensområdet, på sätt som tidigare har redovisats.

8.2 Ett kompletterande system till skydd mot otillbörliga beteenden avseende offentlig upphandling

I promemorian redovisas en strävan att pröva om det gick att ersätta en mycket vidlyftig detaljreglering i själva lagen med ett för ändamålet särskilt avpassat sanktionsingripande mot sådant som visar sig vara oförenligt med en generellt avfattad handlingsregel.

Ett sådant system ger självfallet inte samma mått av förutsägbarhet som regler på konkret detaljnivå. Därför måste sanktionen anpassas till detta.

På det marknadsrättsliga området används i flera olika sammanhang den rättsliga konstruktionen att en instans prövar om ett visst konkret förfarande strider mot principerna bakom en allmänt hållen, i lag intagen handlingsregel. Denna är inte i sig generellt bindande i den meningen att någon drabbas av en påföljd om denne handlar i strid mot bestämmelsen. Om det i ett enskilt fall anses föreligga en överträdelse, har denna instans i vissa situationer rätt att förbjuda det enskilda företaget som det rör sig om att - vid risk för utdömande av ett i förväg särskilt bestämt penningbelopp (vite) - i framtiden tillämpa ett i det enskilda

förbudsbeslutet konkret beskrivet beteende. Beslutet binder alltså inte rättsligt andra rättssubjekt, såsom skulle ha varit fallet med exempelvis straffbelagda föreskrifter.

En fördel med ett system av detta slag är att man undviker en detaljreglering som blir stelbent och som därigenom kan leda till krångel och byråkrati.

Vi vill särskilt understryka att vid tillämpningen i det enskilda fallet av en allmänt utformad regel kommer man med den nu redovisade principen ned på en tillräckligt konkret nivå sett från rättssäkerhetssynpunkt. Det individuella företaget drabbas alltså inte av någon sanktion för vad som redan skett utan förbjuds endast att framdeles göra något som beskrivs konkret.

Detta är en viktig och grundläggande skillnad i förhållande till sanktionssystemet i lagen om offentlig upphandling.

Sistnämnda system får anses ha väsentligen tillbakariktad kraft som är inriktad mot vad som redan har inträffat, och tar form genom skadeståndsskyldighet eller länsrättsingripande. I ett traditionellt marknadsrättsligt system är det rätt ofta i stället så att det är först när någon bryter mot ett förbud som vid vite riktats mot vederbörande personligen med stöd av en generell lagbestämmelse som en ekonomisk påföljd kan utlösas. Detta sker då i den formen att vitet döms ut.

Denna teknik hänger samman med att marknadsrätten i väsentliga delar är framtidsinriktad och relaterad till samhällsekonomin och konsumenternas intressen i det långsiktiga perspektivet. Förbud vid vite mot att vissa som negativa bedömda beteenden tillämpas framdeles blir därmed ett medel att hindra fortsatta marknadsstörande inslag (s.k. marknadsimperfectioner). Dessa kan sammantagna vålla stora ekonomiska förluster för de nämnda intressena. Marknadsrätten, och i särskilt hög grad konkurrensrätten, täcker som framgått in allmänna, icke individualiserbara intressen.

Just konkurrensrätten är inriktad på, inte att skydda enskilda företags rätt utan på att skydda själva konkurrensen och det tryck som tävlan skapar. De fördelar konkurrensstrycket ger för oss alla har beskrivits tidigare.

Arbetsgruppens förslag har tagits fram under sådana överväganden, som också baserades på ett annat lagstiftningsförslag på området. Konkurrenskommittén lämnade nämligen år 1991 betänkandet Konkurrens för ökad välfärd (SOU 1991:59). Där föreslogs en ny konkurrenslag med nya, generella förbud mot pris- och marknadsdelningskarteller.

I likhet med 1982 års konkurrenslag omfattade det nu nämnda lagförslaget en s.k. missbruksbestämmelse som gav stöd för ingripanden, i det enskilda fallet, mot konkurrensbegränsande förfaranden från företagens sida. I stället för att som motsvarande regel i den äldre konkurrenslagen vara inriktad på från allmän synpunkt skadliga effekter på prisbildning och effektivitet m.m. tog bestämmelsen sikte på skador på själva konkurrensen. Den av Konkurrenskommittén föreslagna lagregeln fick följande lydelse: "Om en konkurrensbegränsning motverkar ändamålet med denna lag genom att 1. hämma eller vara ägnad att hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens, och om 2.

detta sker på ett sätt som är skadligt från allmän synpunkt, skall åtgärd vidtas enligt lagen mot den skadliga konkurrensbegränsningen."

Enligt förslaget skulle Marknadsdomstolen besluta om en sådan åtgärd. Den fick riktas mot en näringsidkare som föranledde skadligheten. Domstolen fick därvid enligt kommittéförslaget rätt bl.a. att meddela näringsidkaren förbud att tillämpa ett visst avtal, avtalsvillkor eller annat konkurrensbegränsande förfarande eller att tillämpa väsentligen samma förfarande som det sålunda förbjudna.

Vidare kunde Marknadsdomstolen meddela näringsidkaren åläggande att på annat sätt ändra ett konkurrensbegränsande förfarande. Ett förbud eller ett åläggande skulle förenas med vite, om inte detta av särskilda skäl var obehövligt. Därtill föreslogs regler om kontroll av företagsförvärv med motsvarande materiella krav, som grund för förbud mot företagsförvärv, såsom i den citerade paragrafen men med tilläggskravet att det skulle vara fråga om ett väsentligt hämmande. Konkurrensverket skulle föra det allmännas talan vid Marknadsdomstolen.

Förslaget har remissbehandlats. En sammanställning över remissyttrandena finns i Ds 1992:11.

Som framgått av avsnittet 2.1 har den nya konkurrenslagen utformats med EG-rätten som förebild. Någon motsvarighet till den av Konkurrenskommittén framtagna missbruksbestämmelsen finns därför inte. Däremot har reglerna om kontroll av företagsförvärv byggts på den av kommittén föreslagna regeln om hämmande av förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens, dvs. på vad som brukar prövas genom ett s.k. konkurrenstest.

I fråga om den tekniska utformningen av en lagbestämmelse mot otillbörligt upphandlingsförfarande knöts i promemorian an till Konkurrenskommitténs lagförslag beträffande kravet på att förfarandet skulle hämma konkurrensen. Fortsatta överväganden visar att en sådan knytning kan undvaras i lagtexten, även om de konkurrenspåverkande omständigheterna bildar den naturliga bakgrunden och bör komma till uttryck i annan form.

Inriktas prövningen helt på frågan om huruvida ett beteende av det aktuella slaget är otillbörligt i mer konkretiserade avseenden än som rör just begreppet "hämma konkurrensen" kan själva bestämmelsen göras gripbarare för de berörda intressenterna. Detta belyses närmare i specialmotiveringen till 3 § lagförslaget.

Som nämndes förut har vi gjort den bedömningen att man inte bör koppla en sanktion till vad som strider mot begreppet affärsmässighet i lagen om offentlig upphandling. Att göra något sådant skulle nämligen som vi ser saken vara materiellt sett alldeles för ingripande gentemot offentliga upphandlare. Bestämmelsen om affärsmässighet i nämnda lag är ju långt mer omfattande än otillbörlighetsregeln i det nu aktuella förslaget.

Vidare skulle en sådan koppling möta invändningar från rättstekniska utgångspunkter. Det förhåller sig så att det system promemorian bygger på är speciellt inriktat på att avskilja en viss grupp beteenden som snedvrider förutsättningar för konkurrens. Detta specifikt utformade

system omfattar beteenden vilka kan sägas vara möjliga att skönja utifrån, såsom en åtgärd eller en underlåtenhet. Därvid kan det t.ex. röra sig om kombinationer av prestationer, utformning av anbudsunderlag och längden på frister. Därmed tar systemet inte sikte på om inre bevekelsegrunder för upphandlingsbeslut kan anses brista i affärsmässighet eller inte.

I vårt förslag lyfts dessa otillbörliga beteenden fram som en särskild grupp av specifika och i generella termer beskrivna förfarings sätt. I sig kan dessa, som berörts, mycket väl vid en domstolsprövning visa sig strida mot vad som kan anses affärsmässigt enligt lagen om offentlig upphandling. Samtidigt utgör de bara en del av vad som kan antas vara icke affärsmässigt enligt sistnämnda lag. Vidare omfattar den otillbörlighetsbestämmelse vi föreslår ytterligare krav som skall vara uppfyllda och som inte är inrymda i begreppet affärsmässighet. Dessa redovisas i det följande.

Med det synsätt som anlades i departementspromemorian var det inte aktuellt att begränsa räckvidden av förbudsbestämmelsen till endast de fall där den offentlige upphandlaren har en egenregiverksamhet som tillhandahåller samma tjänst eller dylikt som den tävlingen avser och som gynnas genom detta beteende, på bekostnad av de privata. Synsättet kan illustreras med ett praktiskt exempel.

Antag att t.ex. en statlig myndighet klarar sitt behov av transporttjänster genom egenregiverksamhet och efter en tid konkurrensutsätter verksamheten. Antag vidare att samma myndighet inte själv producerar de datatjänster den behöver utan sedan länge köper dessa av ett visst privat företag. Myndigheten utlyser nu en anbudstävlan beträffande sådana tjänster.

Vid båda tävlingarna tillämpar myndigheten ett och samma snedvridande beteende i form av för kort anbudstid och mycket väsentliga brister i anbudsunderlaget. I båda fallen är det till nackdel för privata företag som inte kan konkurrera på lika villkor.

Med hänsyn också till samhällsekonomins och konsumenternas intressen bedömdes det i departementspromemorian påkallat att låta lagen omfatta även fall där upphandlaren helt saknar egenregiverksamhet och där snedvridningen sker uteslutande i förhållandet mellan privata företag. Motsatsen ansågs inte vara rimlig (Ds 1992:121 s. 108 och 150). Vi delar denna uppfattning.

I sak föreslår regeringen att en offentlig upphandlare skall kunna förbjudas att vid genomförande av upphandling i anbudskonkurrens tillämpa ett visst, konkret beskrivet beteende avseende upphandling. En förutsättning skall vara att beteendet vid en samlad bedömning är att anse som otillbörligt genom att det på närmare beskrivet sätt påtagligt snedvrider förutsättningar för konkurrens vid upphandlingen. Bestämmelsen förutsätter inte uppsåt eller oaktsamhet. Den bör i väsentliga delar bygga på övervägandena i departementspromemorian. Kraven för ingripande bör dock höjas genom att det anges att beteendet skall påtagligt snedvrider förutsättningar av det nämnda slaget. I specialmotiveringen till 3 § redovisas samlat för uppbyggnaden och innebörden av

otillbörlighetsbestämmelsen. Vid utformningen av paragrafen och av lagtexten i övrigt har regeringen anslutit sig till Lagrådets förslag.

Att förena förbudet och åläggandet med vite, på sätt som Konkurrenskommittén föreslog, är mot bakgrund av det tidigare anförda enligt vår mening det naturliga valet vid en nyordning, som det rör sig om i förevarande fall. I promemorian bedöms på anförda skäl (s. 116) hinder inte möta mot att en myndighet träffas av ingripande enligt en regel av detta slag. Vi ansluter oss till denna uppfattning.

Väsentligt för bestämmelsen är att den inte bygger på begreppen näringsidkare eller företag i fråga om den offentliga upphandlaren. Det räcker med att denne utgör en myndighet eller en kommun eller i övrigt ingår i den i lagen uppräknade kretsen.

8.3 Tillämpande organ och instansordning

Genom den föreslagna lagen skapas möjligheter att i konkurrensrättslig ordning pröva offentliga upphandlares beteenden som kan snedvrída konkurrensen. Det är naturligt och påkallat att Konkurrensverket ges den aktiva rollen i den prövningen.

Bakgrunden är givetvis verkets breda fälterfarenheter av bl.a. klagomål rörande upphandling sett ur just konkurrensrättslig synvinkel. Självfallet handlar det också om verkets särskilda erfarenheter och speciella kompetens beträffande alla de konkurrensfrågor som här är aktuella. I detta ingår att den föreslagna lagen måste tillämpas i samklang med den nya konkurrenslagen. Därvidlag är det av särskild betydelse att de offentliga aktörerna i princip omfattas av konkurrenslagen när de har säljarrollen men av den nu föreslagna lagen när de har köparställning. Det torde ofta förekomma att i vart fall kommuner och landsting på en och samma gång har båda rollerna men på skilda varu- och tjänsteområden. Redan de nu redovisade förhållandena kräver i sig en samordning i tillämpningen av dessa två konkurrensrättsliga system. Så sker i och med valet av Konkurrensverket som företrädare för det allmännas intressen.

Det är viktigt att Konkurrensverket och Nämnden för offentlig upphandling håller fortlopande kontakter när detta behövs.

Av liknande skäl som beträffande Konkurrensverket är det naturligt att välja Marknadsdomstolen som dömande instans.

Det finns för närvarande skilda instansordningar inom det marknadsrättsliga området beroende på vilken typ av frågor som skall prövas. Mål och ärenden enligt den nya konkurrenslagen prövas av Stockholms tingsrätt och Marknadsdomstolen, medan övriga marknadsrättsliga mål prövas enbart av sistnämnda domstol.

Det tvåinstanssystem som har byggts upp särskilt för konkurrensområdet har motiverats främst av att kännbara, bakåtriktade sanktioner införs i och med den nya konkurrenslagen. I den nu föreslagna lagen finns endast sanktioner som tar sikte på framtiden. Det saknas därför skäl att frågå vad som nu gäller i övrigt utanför konkurrensområdet, nämligen att Marknadsdomstolen dömer som första och sista instans.

I sammanhanget bör påpekas att instansordningen kan komma att ändras som ett resultat av Marknadsföringsutredningens arbete. Marknadsdomstolens uppgifter behandlas också i en departementspromemoria Specialdomstolarna i framtiden (Ds 1993:34).

Under rubriken Övrigt i detta avsnitt behandlas frågan om någon annan skall ha talerätt om Konkurrensverket i visst fall beslutar att inte föra talan.

Bestämmelserna för rättegångsförfarandet m.m. bör följa lagen (1970:417) om marknadsdomstol m.m. De redovisas i specialmotiveringen. Där behandlas också förfaranderegler om omprövning, uppgiftsskyldighet m.m.

8.4 Övrigt

Det förslag vi lägger fram innebär att regeringen inte kan ansluta sig till en annan ordning, som Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet aktualiserat. Under beredningen i regeringskansliet har förbunden pekat på att Nämnden för offentlig upphandling skulle kunna få instruktionsenlig befogenhet att på begäran av en upphandlande enhet eller efter klagomål från en anbudsgivare uttala sig om *god upphandlingssed* i det aktuella, enskilda ärendet. Därmed vore den tänkta lagstiftningen obehövlig.

Nämnden skulle ha rätt att avvisa klagomål som enligt nämndens bedömning var uppenbart ogrundade. Utredning i ärende i nämnden skulle enligt denna tanke ske genom nämndens kansli. Utlåtande fick inte avges utan att berörd upphandlande enhet beretts tillfälle till yttrande.

I sin argumentering för detta förslag har förbunden särskilt framhållit värdet av att ha tillgång till nämndens samlade kompetens på upphandlingsområdet och av att den är partssammansatt med representanter för bl.a. det allmänna, de två förbunden och näringslivet. För det enskilda företaget blir det ett enklare och billigare förfarande, man slipper ett domstolsförfarande med flera instanser och det blir en friare prövning, anser förbunden. Någon sanktion behövs inte utan nämndens beslut får genomslagskraft genom tyngden i vad den säger i sina beslut som skulle utgöra rekommendationer, har det bl.a. anförts ytterligare.

Som framgår redan av det förut anförda kan regeringen inte ansluta sig till det föreslagna alternativet. Skälen är bl.a. de följande. För prövning av enskilds rätt finns länsrättsförfarandet och skadeståndstalan i tingsrätt, enligt systemet i lagen om offentlig upphandling. Nämnden har vidare till uppgift, och är sammansatt för, att ansvara för en lag där frågan om sanktioner är lagd i enskildas händer och inte hos nämnden. Begreppet otillbörligt beteende avseende upphandling står för något annat än begreppet *god upphandlingssed*. Nämnden är inte uppbyggd för att fungera som en domstol, vilket det i praktiken kommer att handla om. Bedömningsunderlaget i ett upphandlingsärende kan vara mycket omfattande, teknisk och annan kompletterande utredning kan krävas och

vittnen kan behöva höras. Enligt vår mening är det vidare i princip inte lämpligt att ledamöter i en domstol kan uppfattas som representanter för olika intressen. För vårt ställningstagande är det dessutom av särskild vikt att det allmännas intresse av en effektiv konkurrens måste ha ett tillräckligt skydd genom en effektiv sanktion och måste bevakas av en offentlig företrädare som har en övervakande roll i enlighet med vad vi har redovisat tidigare.

Därutöver har bl.a. Nämnden för offentlig upphandling invänt att samma upphandlingsföreteelse kan träffas både av lagen om offentlig upphandling och den nu föreslagna lagen. Det framhålls bl.a. att en sådan ordning är olämplig eftersom företeelsen underkastas *skilda bedömningsnormer och dubbla ingripandeformer*. Detta kan göra det svårt för de offentliga upphandlarna att veta vad de skall rätta sig efter. Nämnden skall framdeles uppenbarligen även beakta att det affärsmässiga beteendet enligt lagen om offentlig upphandling samtidigt kan betraktas som otillbörligt enligt den nya lagen, har det vidare framhållits. Vidare blir en rad instanser inblandade och det kan bli motstridiga tolkningar av innebörden av de begrepp som används i lagen om offentlig upphandling. Svåra avgränsningsproblem kan uppstå, anförs det ytterligare.

Regeringen vill framhålla att prövningen enligt lagen om offentlig upphandling tar sikte på vad som är affärsmässigt enligt den lagen och i övrigt är föreskrivet där. Att det i praktiken i någon omfattning skulle uppstå situationer där ett beteende samtidigt är affärsmässigt enligt lagen om offentlig upphandling och otillbörligt enligt lagförslaget har vi svårt att se, när otillbörlighetsbestämmelsen förutsätter konkurrensnedvridning. Prövningen enligt vardera lagen sker från dess egna utgångspunkter och skyddsintressen, som inte är på något sätt oförenliga med varandra. Skulle i ett enskilt fall motsatta bedömningar göras kan detta bero på skilda beviskrav i processen eller andra omständigheter som inte behöver vålla problem. Inte heller ingripandeformerna kommer i konflikt med varandra, eftersom de har olika inriktning.

Vi vill tillägga att motsvarande situation, med olika föreskrifter som träffar samma företeelse, finns på ett flertal rättsområden. Så t.ex. kan det förhållandet att en marknadsförd produkt är farlig för liv eller hälsa eller otjänlig leda till civilrättsliga tvister i tingsrätt enligt konsumentköplagen (1990:932) eller, såvitt avser farliga produkter, produktansvarslagen (1992:18). Samtidigt kan marknadsrättsliga ingripanden mot företeelsen ske vid prövning i Marknadsdomstolen med stöd av produkt-säkerhetslagen (1988:1604) eller marknadsföringslagen (1975:1418). Ett annat exempel är att ett avtalsvillkor som är föremål för tvist mellan två parter i tingsrätt om tolkningen eller om jämkning enligt 36 § avtalslagen samtidigt kan komma att angripas vid Marknadsdomstolen med stöd av lagen (1971:112) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden eller lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare. Givetvis kan ett sådant avtalsvillkor i det enskilda fallet komma under prövning också enligt den nya konkurrenslagen.

På motsvarande sätt kan även i andra sammanhang ett och samma beteende komma under prövning enligt skilda norm- och instanssystem.

Även om detta inte är något i sig eftersträvansvärt kan övervägande fördelar finnas i det enskilda fallet av en sådan dubbel ordning. Beslut enligt ett av dessa system binder enligt allmänna principer inte besluten enligt ett annat system, om så inte föreskrivits särskilt. Vid en fri bevisprövning står det därvid i princip öppet för varje instans att vid prövningen tillmäta avgörandet enligt ett annat system den bevisverkan det bör ges enligt vad som är förenligt med det egna systemet.

Nämnden för offentlig upphandling har vidare anfört att det kan bero på *bristen på sanktioner* att nuvarande regler inte är effektiva. Om inte heller de sanktioner som införs genom lagen om offentlig upphandling anses tillfyllest bör sanktionerna i den lagen skärpas och nämnden ges de befogenheter som anses erforderliga, t.ex. talerätt.

Regeringen hänvisar på denna punkt till den förut lämnade motiveringen för ett konkurrensrättsligt utformat, kompletterande system med Konkurrensverket som företrädare för det allmännas här aktuella intressen.

Ytterligare har nämnden uttalat att med den föreslagna ordningen dess roll blir ytterst oklar och dess huvuduppgift att informera och utge allmänna råd mycket delikat.

Med de klarlägganden regeringen nyss redovisat i fråga om s.k. dubbla system kan vi inte se problem i fråga om nämndens information och rådgivning. Denna får naturligen omfatta vad lagen om offentlig upphandling inrymmer. Bedömningen av frågan om huruvida ett visst beteende är angripbart enligt andra rättssystem än den lagen är inte ett ansvar som nämnden bär.

Under beredningen i regeringskansliet har det från bl.a. Svenska Kommunförbundets och Landstingsförbundets sida hävdats att lagbestämmelser med ingripande genom förbud eller åläggande mot otillbörliga beteenden avseende offentlig upphandling strider mot *principen om kommunal självstyrelse*. Som skäl anförs bl.a. att inre frågor regleras.

Regeringen vill framhålla följande.

I 1 kap. 1 § regeringsformen (RF) anges bl.a. att den svenska folkstyrelsen förverkligas genom ett representativt och parlamentariskt statsskick och genom kommunal självstyrelse. Av 8 kap. 5 § följer att föreskrifter om kommunernas befogenheter, utöver sådana som anges i RF, och om deras åligganden meddelas i lag.

Vi bedömer att en lagstiftning med den innebörd som vårt förslag har inte strider mot nämnda grundlagsbestämmelser. Till belysning av detta kan sägas följande.

Av förarbetena till RF (prop. 1973:90 s. 190 f.) framgår bl.a. att kommunerna, utöver sina åligganden enligt lag, har en fri sektor inom vilken de kan ombesörja sina egna angelägenheter. Inom detta område finns alltså utrymme för en kommunal initiativrätt. Denna rätt anges i förarbetena kunna sägas bilda en kärna i den kommunala självbestämmanderätten som bör komma till klart uttryck i RF. Därför har begreppet kommunal självstyrelse tagits in redan i RF:s inledande bestämmelse. Det anförs vidare att det senare uttrycket visserligen är obestämt men att det likväl kan anses belysande när det gäller att ge uttryck åt

principen om en självständig och inom vissa ramar fri bestämmanderätt för kommunerna.

Föredragande statsrådet anförde ytterligare bl.a. att den närmare ansvarsfördelningen mellan stat och kommun inte bör anges i grundlag men att RF bör anvisa på vilket sätt kommunernas uppgiftsområde bör avgränsas. I princip bör därvid ställas kravet att lagformen skall användas. Genom kravet på riksdagens medverkan skapas en garanti för att frågorna om de kommunala arbetsuppgifterna blir föremål för den allmänna debatt och därav följande genomlysning som deras vikt fordrar.

Regeringen vill framhålla att vad det nu handlar om är förbud mot sådant beteende avseende offentlig upphandling som, vid en samlad bedömning, anses otillbörligt i lagförslagets mening därför att det, som framgår av 3 §, påtagligt diskriminerar ett eller flera privata företag eller på något annat sätt påtagligt snedvrider förutsättningar för konkurrens vid upphandlingen. Enligt vår mening kan inte den nyss beskrivna principen om en fri sektor inom vilken kommunerna kan ombesörja vad som är egna angelägenheter utgöra ett konstitutionellt hinder mot att riksdagen stiftar en lag om förbud mot sådana beteenden, till skydd för statens intressen i fråga om samhällsekonomin och konsumenterna. Begränsas vidare genom lagen ett med stöd av denna i det enskilda fallet meddelat förbud till att gälla vid genomförande av upphandling, kan det enligt vår mening inte med fog hävdas att kommunernas inre arbete berörs på ett sätt som RF inte medger.

Vid nämnda beredning har förbunden ytterligare förklarat att de anser att *ny remiss* erfordras. Till stöd för detta har man bl.a. anfört att kommunal upphandling sker som ett led i utövande av kommunal förvaltning och att förslaget strider mot konstitutionella principer när det gäller tillsyn över kommunal förvaltning.

Enligt vår uppfattning kan de beteenden som vårt förslag avser inte sägas utgöra ett led i utövandet av kommunal förvaltning på ett sådant sätt som skapar hinder enligt RF eller i övrigt att genom lag förbjuda dem då de är att anse som otillbörliga i lagförslagets mening. Motsvarande gäller enligt vår bedömning i fråga om sanktionssystemet i lagen om offentlig upphandling.

Vidare har av Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet åberopats att Konkurrensverkets "åklagarroll" i förhållande till *Justitieombudsmännens och Justitiekanslerns tillsyn* inte är klarlagd.

Regeringens bedömning i detta lagstiftningsärende tar sin utgångspunkt i att det - oberoende av andra förekommande kontrollsystem som täcker kommuners och landstings förhållanden - behövs ett konkurrensrättsligt utformat skydd, i den nu föreslagna formen, för de intressen staten har att bevaka. Skilda kontrollsystem för bl.a. det kommunala området kommer att fungera vid sidan av varandra och av den nu föreslagna lagen, utan att problem uppstår. Detta gäller exempelvis i fråga om den kommunala revisionen. Inte heller kan vi se några oklarheter beträffande Konkurrensverkets roll i förhållande till *Justitieombudsmännens och Justitiekanslerns tillsyn*.

I sammanhanget har förbunden också hävdats att en bedömning av otilbörlighet inrymmer lämplighetsbedömningar och att det av artikel 8 i *den europeiska konventionen om kommunal självstyrelse* framgår att administrativ tillsyn i fråga om lämpligheten endast får utövas av högre myndigheter när det gäller uppgifter som delegerats till kommunerna.

Artikel 8 har följande innehåll:

Administrativ tillsyn över kommunernas verksamhet

1. Administrativ tillsyn över kommunerna får endast utövas i enlighet med de förfaranden och i de fall som föreskrivs i grundlag eller annan lag.

2. Administrativ tillsyn över kommunernas verksamhet skall normalt endast syfta till att säkerställa efterlevnad av lag och konstitutionella principer. Administrativ tillsyn i fråga om lämpligheten får dock utövas av högre myndigheter när det gäller uppgifter som delegerats till kommunerna.

3. Administrativ tillsyn över kommunerna skall utövas på sådant sätt att det garanteras att kontrollmyndighetens ingripande står i proportion till betydelsen av de intressen som skall skyddas.

I prop. 1988/89:119 s. 5 anges i kommentaren till Artikel 8 bl.a. följande: I artikeln behandlas frågan om administrativ tillsyn över kommunerna. Bestämmelserna gäller dock i första hand tillsyn genom förhandskontroll eller underställning av beslut, rätt att upphäva beslut utan överklagande, räkenskapskontroll och liknande förfaranden som endast i mycket liten omfattning förekommer i Sverige.

Regeringen anser att åtgärder enligt den föreslagna lagen knappast omfattas av begreppet administrativ tillsyn såsom detta beskrivs i de redovisade förarbetena. I alla händelser kan detta inte gälla själva förbudsreglerna utan endast de övriga regler i lagen som syftar till att säkerställa efterlevnaden av lagen, såsom reglerna om uppgiftsskyldighet. Detta är emellertid i så fall fullt i överensstämmelse med konventionen. Någon prövning av lämplighet i den mening detta begrepp har i konventionen sker inte genom den föreslagna lagen. Därför saknar invändningen rörande högre myndigheter inverkan på frågan.

Regeringen finner mot denna bakgrund att den föreslagna lagen inte kommer i strid mot Sveriges förpliktelser enligt den aktuella konventionen.

Enligt förbundens mening bör dessutom Marknadsdomstolen inte pröva *förvaltningsbeslut*.

Vi vill framhålla att den föreslagna lagen inte innebär åtgärder som utgör omprövning av något meddelat beslut som sådant. Vad det handlar om är beteenden som inte får förekomma, enligt vad som följer av de i lagförslaget angivna förutsättningarna för att ett förbud skall få meddelas i det enskilda fallet. Situationen skiljer sig inte stort från vad som redan gäller enligt lag inom andra delar av det marknadsrättsliga systemet.

Vidare föregriper enligt förbunden nya *regler om grupptalan* Grupp-talanutredningen (dir. 1991:59). Nya roller för fackliga organisationer

bör därvid behandlas inom ramen för revideringen av arbetsrätten. Det kommunala systemet innebär redan en medborgarmedverkan, framhåller förbunden ytterligare.

Grupptalanutredningens arbete tar sikte på att förbättra möjligheterna att i domstol driva anspråk som är gemensamma för en större grupp människor. Av direktiven för utredningen framgår vidare att man avser situationer där en sådan grupp omfattas av samma eller liknande avtal eller likartade händelser (såsom en olyckshändelse, en farlig produkt, ohederliga affärsmetoder m.m.). Det rör sig om rättigheter som varje individ i denna större grupp kan grunda på avtal eller dylikt eller på lagstiftning. Specifikt är att gruppen kan vara svår att avgränsa och att det enskilda anspråket kan vara litet.

I direktiven bedöms en möjlighet till grupptalan i första hand vara av intresse för tvistemålsprocessen, även om andra typer av domstolsprocesser kan tänkas aktuella för grupptalan. En utgångspunkt för utredningsarbetet är att endast om det finns mera påtagligt behov av nya regler arbetet skall utmynna i konkreta förslag till åtgärder. Utredaren är oförhindrad att pröva skilda former av grupptalerätt. Som ett alternativ nämns organisationer som för talan på hela gruppens vägnar. Andra är enskild grupptalan och statlig sådan.

Det framhålls i direktiven att det kan ligga ett särskilt värde i att hålla möjligheterna öppna för fler än en form av grupptalan. Detta hänger samman med att utsikterna att få företag och andra rättssubjekt att självmant följa lagstiftningen på ett visst område sannolikt ökar ju fler och starkare intressenter som har rättsliga möjligheter att ingripa i händelse av t.ex. en skadeståndsgrundande handling.

Regeringen finner att grupptalanutredningens arbete inte utgör något hinder för de talerätsregler som vi anser behövliga och som ger sekundär talerätt till sammanslutningar av viss typ och till enskilda företag, när Konkurrensverket inte för talan. Vi återkommer till detta i avslutning till 6 §.

I fråga om de nu behandlade invändningarna vill vi slutligen erinra om att Lagrådets granskning inte givit anledning till erinringar i fråga om bl.a. den föreslagna lagregleringens förhållande till grundlagarna och andra rättsregler av övergripande natur.

I promemorian föreslogs särskilda bestämmelser som i olika avseenden jämställde egenregiverksamhet med förhållanden som särskilt regleras i lagen om offentlig upphandling. Syftet var att koppla in nämnda verksamhet, när den deltog i anbudstävlingar, under den lagens regler om bl.a. den materiella prövningen, förfarandet, länsrättsingripandet och skadeståndsskyldigheten.

När förslag nu inte läggs om skyldighet att upphandla i vissa situationer bör i detta sammanhang några jämfällande bestämmelser inte införas. Sådana bestämmelser har beröring med det läget att en offentlig upphandlare låter sin egenregiverksamhet ta hand om en arbetsuppgift om vilken denne anordnat en anbudstävling. Detta torde inte vara att anse som upphandling i den civilrättsliga mening begreppet har enligt lagen om offentlig upphandling. Situationen kan rättsligt sett vara att bedöma så att *anbudstävlingen avbryts*. Det kan förhålla sig så att själva

avbrytandet av en redan utlyst tävling kan prövas enligt lagen om offentlig upphandling i ett skadeståndsmål. I så fall spelar det ingen roll om upphandling enligt det civilrättsligt bestämda begreppet i nämnda lag anses inte ha skett när egenregiverksamheten får utföra arbetet. Visshet om hur det förhåller sig i detta avseende saknas dock i nuläget.

Ett avbrytande av anbudstävling enligt det anförda omfattas inte av nu förevarande otillbörlighetsbegrepp. Här rör det sig om en till sin art annorlunda företeelse än de beteenden som lagförslaget är inriktat på. I arbetsgruppens förslag var förbudet mot otillbörligt upphandlingsförfarande infogat i ett system med en i lag föreskriven skyldighet att upphandla, där ett avbrytande krävde dispens för att undgå ingripande.

Situationen med ett sådant avbrytande kan komma att behöva övervägas särskilt, med ett fylligare beredningsunderlag. Tanken på sådana överväganden har aktualiserats av Nämnden för offentlig upphandling under beredningen i regeringskansliet. Vi finner det viktigt att skyddet för berörda intressen är tillräckligt bra.

Om nya tävlingsvillkor tas fram av upphandlaren i efterhand kan detta komma att framträda på ett sätt som motiverar en otillbörlighetsbedömning enligt den nu föreslagna lagen.

Bestämmelsen om förbud mot otillbörligt beteende är inte inriktad på situationen att egenregiverksamheten får delta i utformning av anbudsunderlag, valet av deltagare eller utseendet av vinnare m.m. De faktiska situationer som därvid kan förekomma torde variera högst avsevärt och låter sig inte överskådas för närvarande. Därmed är det inte möjligt att urskilja och avgränsa vad som skulle kunna anses vara otillbörligt i dessa avseenden. Situationen synes mer ha en jävslignande innebörd. Vi förutsätter i nuläget att man inom ramen för det utvecklingsarbete som förbunden bedriver tar fram frivilliga regelsystem som förebygger situationer av detta eller liknande slag.

Vi har övervägt om lagbestämmelserna bör *infogas i lagen om offentlig upphandling*. Här bör beaktas att nämnda lag har meddelats väsentligen till uppfyllande av Sveriges förpliktelser enligt EES-avtalet och i övrigt ansluter till de direktiv om offentlig upphandling som därutöver antagits inom Europeiska gemenskaperna (EG). De nu aktuella bestämmelserna tar främst sikte på otillbörliga beteenden som den offentlige aktören vidtar och som ger skydd för egenregiverksamhet. Denna verksamhet omfattas dock inte av lagen om offentlig upphandling. Det bör också beaktas särskilt att vårt lagförslag utgör ett komplement med normer av konkurrensrättslig art, som därigenom skiljer sig från utgångspunkter till grund för lagen om offentlig upphandling. Vi gör därför samlad den bedömningen att de nu aktuella bestämmelserna bör inrymmas i en särskild lag.

9 Frivillig granskning

Regeringens förslag: En regel om frivillig granskning införs. En auktoriserad handelskammare får på begäran av en sådan enhet som avses i lagen utse en oberoende granskare. Denne prövar och ser över enhetens rutiner för att ta till vara konkurrensmöjligheter när enheten skall tillgodose behovet av varor och tjänster. Granskaren skall därefter i ett skriftligt utlåtande redovisa utfallet av granskningen.

Promemorians förslag: Överensstämmer till sin inriktning väsentligen med regeringens.

Remissinstanserna: Förslaget har endast berörts av ett fåtal remissinstanser. Förslaget tillstyrks eller lämnas utan erinran av Kommerskollegium, Statskontoret, Konkurrensverket, Sveriges Grossistförbund och Svenska Taxiförbundet. Kommerskollegium påpekar att det finns anledning se till att regeln tillämpas på liknande sätt som motsvarande regel i lagen om offentlig upphandling. Konkurrensverket utgår ifrån att arbetsuppgifterna för granskningsmannen närmast avser sakgranskning av revisionskaraktär och inte innebär lagtillämpande uppgifter.

Förslaget avstyrks av Riksrevisionsverket, Byggnadstyrelsen och några kommunföreträdare. Riksrevisionsverket uttalar att handelskamrarna för närvarande sällan har någon erfarenhet av offentlig upphandling och kunskap om den statliga och kommunala revisionen. RRV anser - om granskningsförfarande skulle införas - att det är lämpligare att Nämnden för offentlig upphandling får den föreslagna uppgiften.

Skälen för regeringens förslag

9.1 Anpassningen till reformen görs bäst på den lokala marknaden

Regeringens förslag om en möjlighet att förbjuda otillbörliga beteenden avseende offentlig upphandling bör som tidigare nämnts (avsnitt 7) vara format för att fungera som en plattform som ger möjligheter för de berörda att sinsemellan finna gemensamma problemlösningar på lokal nivå. Någon centralstyrning är således inte avsedd och dessutom klart oönskad. Själva ändamålet med lagförslaget är att ge marknaderna - på riksnivå, regionalt och lokalt - samt aktörerna där en riktlinje för var gränsen kan gå för vad som skall undvikas.

Den legala plattform som otillbörlighetsbestämmelsen utgör blir en utgångspunkt från vilken man över tid genom en vidareutveckling i

praxis i anslutning till konkreta ärenden skapar ett vägledande handlingsmönster.

Gemensamma spelregler av detta slag ger ökade möjligheter till inblick i marknadens funktionssätt samt främjar förutsebarhet i fråga om upphandlarens förfaringsätt i skilda situationer och vidare en neutral behandling.

Vi anser alltså att anpassningen till reformen blir allra bäst när utvecklingen tar sin utgångspunkt i den enskilda marknaden. Det är där man känner till möjligheter och problem och det är normalt där som de bästa lösningarna kan tas fram. Och det är just på hemmaplan som de privata företagen skall ha tilltro till att de har rimliga garantier för att få en affärsmässig och objektiv behandling, bl.a. när deras anbud jämförs med egenregiverksamhetens.

Självfallet är det också på den enskilda marknaden som möjligheterna är störst att följa pågående anbuds förfaranden och se om något verkar att gå snett.

Ingripanden från det allmännas företrädare skall enligt regeringens mening alltså i princip vara en reservutgång, när andra möjligheter redan har prövats.

Förutom att lösningar framtagna på den enskilda marknaden framstår som den bästa metoden i sig, får de viktiga och resursbesparande effekter i det totala systemet. Klarar man upp anpassningen på i första hand hemmaplan, minskar också resursanspråken på berörda myndigheter. Deras insatser kan som en följd av detta riktas in på andra områden.

I promemorian övervägs om det finns särskilda möjligheter att främja anpassningen till reformen genom åtgärder på lokal nivå. Detta redovisas i följande avsnitt.

9.2 En regel om frivillig granskning

Enligt EG:s andra rättsmedelsdirektiv (92/13/EEC) öppnas en möjlighet för medlemsstaterna att använda sig av s.k. granskning inom försörjningssektorerna, dvs. det område som omfattas av 4 kap. lagen om offentlig upphandling (el, vatten, transporter, telekommunikationer). Genom granskningen åstadkoms en kontroll av att de upphandlande enheterna tillämpar godtagbara förfaranden.

Mot denna bakgrund har i 6 kap. 9 § lagen om offentlig upphandling byggts upp ett särskilt granskningsinstitut just och endast för försörjningssektorerna. En upphandlande enhet där kan begära att få sina upphandlingsrutiner granskade enligt 9 § av en oberoende granskningsman.

Syftet är att ge upphandlande enheter möjlighet till just en oberoende granskning av sina rutiner. Enheten kan sedan i sina annonser hänvisa till att så har skett. Därigenom kan leverantörerna i förväg få en viss garanti för att deras anbud behandlas rättvist.

I direktiven förutsätts att granskningsmannen skall utses på det sätt som varje stat själv bestämmer, med iakttagande av vissa kvalitetskrav avseende granskarens utbildning och övrig kompetens. Nämnden för

offentlig upphandling skall utse granskare. Det som granskas är upphandlingsrutinerna, i syfte att bedöma om dessa stämmer överens med lagen om offentlig upphandling.

I propositionen om offentlig upphandling anförs att det inte skall vara fråga om någon revision eller övrig fullständig granskning av enhetens räkenskaper och övriga handlingar. Granskningsmannen skall utfärda ett intyg om resultatet av granskningen, om han försäkrat sig om att eventuella brister rättats till. Kostnaderna för granskningen skall den upphandlande enheten stå för.

Skulle en leverantör finna att en viss upphandling inte har skötts på ett korrekt sätt innebär granskningsintyget inte något hinder för honom att klandra upphandlingen.

Granskningsinstitutet är en helt frivillig ordning för enheterna. Granskaren kan inte ålägga någon att rätta till brister. Det påtryckningsmedel vederbörande har mot enheten ifråga är endast att han inte utfärdar ett intyg.

Mot den bakgrund som har redovisats i föregående avsnitt är tanken på ett granskningssystem också med konkurrensrättslig inriktning av ett betydande intresse. Infördes ett sådant skulle man därmed tillhandahålla de lokala marknaderna och deras aktörer - upphandlare såväl som företag och egenregiverksamhet - en färdig institutionell ram för bred granskning av rutiner för tillvaratagande av konkurrens vid val av leverantörer m.m.

En sådan frivillig granskning skulle vara värdefull i flera olika avseenden. Den skulle kunna vara ett medel till ökad självinsikt i fråga om vad som kan vara ofullkomligheter i tillämpade rutiner och som kan komma i strid mot den nu föreslagna lagen. Granskningen skulle vidare kunna leda till ett större kostnadsmedvetande. Detta skulle även kunna få den verkan att misstankar som uppstått i ett enskilt fall om ovidkommande hänsyn m.m. där kunde skingras. Naturligtvis kunde det också komma fram missförhållanden m.m. som man då fick rätta till.

Tanken med granskningsinstitutet är självfallet att framtida otillbörliga beteenden avseende upphandling så långt som möjligt skall kunna undvikas.

Det bör uppmärksammas att ett granskningsinstitut av nu diskuterad art också i övrigt är något annat än det som avses i lagen om offentlig upphandling. Granskningen enligt den lagen är grundad på EG-direktiv. I tidigare förslag till direktiv hade granskningen en vidare funktion. Den ersatte nämligen den överprövning m.m. som kunde aktualiseras enligt direktivet. Granskningen har inte längre denna funktion, utan är numera en självständig procedur utan andra verkningar än som framgår av lagen om offentlig upphandling. Det kan dock vara ett värde i att den granskningen hålls åtskild från den nu diskuterade, eftersom granskningsinstitutet i lagen om offentlig upphandling ju faktiskt är ett införlivande av EG-direktiv och EG:s system är under fortsatt utveckling.

Vi anser mot den bakgrunden att systemet inte bör byggas upp för att bli en uppgift för Nämnden för offentlig upphandling, när man som vi vill vinna den nämnda lokala anknytning som regeringen bedömer som starkt önskvärd. I denna bedömning ingår självfallet även att gransk-

ningen är konkurrensrättsligt inriktad på att skydda berörda allmänna intressen genom att förebygga framtida otillbörliga beteenden.

Naturligare är att som föreslagits i promemorian inrätta ett särskilt institut där de auktoriserade handelskamrarna kommer in i bilden. Det synes inte troligt att några samordningsproblem uppstår i praktiken. Det får ju antas bli sällsynt att granskning sker samtidigt enligt båda systemen och då på begäran av en och samme offentlige upphandlare. Inget hindrar givetvis, i ett sådant teoretiskt tänkbart läge, att samme person utses.

Föreskrifter om ett konkurrensrättsligt granskningsinstitut av detta slag behöver inte ha lagform. Det är dock inte fel att ha en sådan form och vi bedömer det ha ett betydande informationsvärde att bestämmelserna finns intagna i själva lagen. Med hänsyn till de speciella förhållanden som råder i detta fall, och betydelsen av att aktörerna får klarhet om alla föreliggande möjligheter, anser vi att lagformen är motiverad. Den har för övrigt valts också i lagen om offentlig upphandling.

10 Kostnader och andra effekter av förslagen

Upphandling i konkurrens leder enligt ett flertal utländska och svenska studier till effektiviseringar och kostnadsminskningar i den offentliga verksamheten. En lagstiftning om ingripande mot otillbörliga beteenden i nu avsedda fall syftar till att säkerställa de samhällsekonomiska effekterna vid offentlig upphandling på den svenska marknaden. Lagförslaget kan därmed väntas medföra väsentliga vinster för *samhällsekonomin*.

Lagen innebär att kommuner och landsting har att inrätta sig efter en ny ordning. De nya uppgifterna måste emellertid bedömas som marginella i förhållande till de nya uppgifter som följer av lagen om offentlig upphandling. Härtill kommer att det ökade trycket på att få fram konkurrensneutrala former enligt lagförslaget väntas leda till kostnadsbesparingar i den kommunala och landstingskommunala verksamheten. Totalt sett får därför den föreslagna lagen antas leda till besparingar för *kommuner och landsting*.

Lagen skall vidare ta till vara företagets möjligheter att konkurrera på lika villkor och kan därför även väntas medföra vinster för *företagen*.

Lagförslaget innebär att *Marknadsdomstolen* får ett nytt sakområde. Eftersom delar av det ursprungliga lagförslaget i promemorian inte genomförs får antalet nya ansökningar antas bli mindre. Domstolen har inte berört resursfrågan i sitt remissyttrande över departementspromemorian. Regeringen gör för närvarande bedömningen att handläggningen av det nya området ryms inom nuvarande resursramar.

Lagförslaget innebär vidare att *Konkurrensverket* får delvis nya uppgifter. I förhållande till förslaget i promemorian innebär regeringens förslag - liksom för *Marknadsdomstolen* - ett mindre nytillskott av ärenden. Härtill kommer att frågor om otillbörlighet i samband med offentliga upphandlingar redan nu i flera fall blir föremål för anmäl-

ningar till och utredning av Konkurrensverket. Utredningsresurser tas därmed i anspråk även i de fall konkurrenslagstiftningen inte kan tillämpas.

Konkurrensverket förutsätter i sitt remissyttrande över promemoriaförslaget att erforderliga resurser ges för nya uppgifter på upphandlingsområdet. Verket har i remissyttrandet - som således utgår från promemoriaförslaget - emellertid inte närmare preciserat ett behov av ökade resurser. Med hänsyn till att regeringens lagförslag är mer begränsat än promemoriaförslaget bedömer regeringen för närvarande att de nyttillkommande uppgifterna ryms inom nuvarande resursramar.

11 Specialmotivering

11.1 Lagen om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling

1 § Denna lag gäller otillbörliga beteenden avseende upphandling som omfattas av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

Begreppet *otillbörlig* kommenteras i anslutning till 3 §. Termen *beteende* omfattar såväl åtgärd som underlåtenhet e.d.

För lagen om offentlig upphandling har översiktligt redovisats tidigare (avsnitt 4.2).

Den föreslagna lagen avgränsas här till att gälla beteenden avseende *upphandling som omfattas av lagen om offentlig upphandling*. Detta innebär, till en början, att privata företags handlande avseende upphandling med ett undantag kommer att ligga utanför den föreslagna lagens räckvidd. Med uttrycket privata företag avses här associationsrättsliga subjekt som i lagen om offentlig upphandling förs utanför den krets av offentliga aktörer eller jämställda som lagen omfattar. Undantaget tas upp i motiveringen till 2 §. Vidare kommer de undantag som i övrigt görs i lagen om offentlig upphandling att genom hänvisningen automatiskt begränsa också tillämpningsområdet för lagen om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling.

De nyss nämnda, övriga undantagen i lagen om offentlig upphandling finns bl.a. i 1 kap. 3 §. Det rör sig där om exempelvis undantag i fråga om upphandling som omfattas av särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet, eller som rör försvarsprodukter m.m., samt i fråga om upphandlingsförfarande överenskommet i avtal mellan EES-staterna och tredje land eller i ett avtal beträffande stationering av militär personal eller i en internationell organisation.

Med uttrycket *beteende avseende upphandling* åsyftas beteenden med naturlig anknytning till förhållanden som regleras genom lagen om offentlig upphandling. Syftet med kopplingen är endast att finna en adekvat beskrivning för de sammanhang som de aktuella beteendena är inriktade på. Därvid kan de förekomma över hela det område - upp-

handlingens skilda faser, situationer och inslag - för vilket den lagen ger ett omfattande handlingsmönster. Ett beteende av detta slag berör således någon del av hela den upphandlingsprocess som får sin genomgripande rättsliga reglering genom den lagen.

Detta utesluter inte från bestämmelsens formella räckvidd beteenden med sådan anknytning även om de har avseende på stadier eller inslag i upphandlingsprocessen där det saknas detaljregler i nämnda lag, eller där regler finns i vissa hänseenden men inte i andra.

Så t.ex. framträder det i bestämmelsens mening som ett beteende avseende upphandling hur man lägger upp utformningen av förfrågningsunderlaget. Detta är i och för sig ett stadium som initialt ligger före tidpunkten då själva anbudsförfarandet tar sin början genom att tävlingen utlyses. Emellertid har det bedömts vara för vittgående att låta ett meddelat förbud vara giltigt redan på ett sådant förberedande stadium. I lagförslaget görs därför en begränsning som på Lagrådets inrådan förts över till 3 §. Där anges att ett förbud avser tillämpandet av ett visst beteende vid genomförande av upphandling i anbudskonkurrens, vilket är ett senare stadium. Den närmare innebörden förklaras i anslutning till nämnda bestämmelse.

Om en offentlig upphandlare låter sin egenregiverksamhet utföra den prestation som en utlyst anbudstävling avser torde detta som tidigare berörts inte utgöra upphandling i den civilrättsliga mening som uttrycket har enligt 1 kap. 5 § lagen om offentlig upphandling. En annan sak är att själva det förhållandet att en anbudstävling utlysts kan tänkas grunda rätt för enskilda företag att få skadestånd enligt 6 kap. 1 § den lagen, därför att avbrytandet av tävlingen skulle strida mot lagen.

Det saknar betydelse för ingripandemöjligheten enligt den föreslagna lagen att lagen om offentlig upphandling inte omfattar uppgift som den offentlige upphandlaren ger sin egenregiverksamhet i uppdrag att genomföra. Lagförslaget är ju, på sätt framgår av 3 §, inriktat bl.a. på diskriminering av privata företag i förhållande till egenregiverksamhet eller till annat privat företag. Eftersom ingripande enligt lagen riktas mot den offentlige upphandlaren, och inte mot själva egenregiverksamheten, saknar det betydelse att valet av egenregiverksamheten inte utgör upphandling enligt lagen om offentlig upphandling.

Den nu aktuella lagen täcker i stället in egenregiverksamheten som jämförelseobjekt. Lagen medger därvid ingripande mot den offentlige upphandlaren - en myndighet, en kommun, ett landsting e.d. - därför att denne utformar sitt beteende avseende upphandling enligt nämnda lag så att privata företag diskrimineras på ett otillbörligt sätt enligt vad som är närmare föreskrivet i 3 §.

Begreppet *enhet* i bestämmelsen omfattar samma krets som termen "upphandlande enhet" i 1 kap. 5 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, med ett undantag. Detta gäller sådana i 4 kap. 1 § andra stycket den lagen avsedda företag som med särskilt tillstånd av en myndighet bedriver verksamhet enligt första stycket samma lagrum. Exempelvis kan det röra sig om drift eller tillhandahållande av fasta nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om transporter, m.m.

2 § I denna lag avses med "enhet": statliga, kommunala och andra myndigheter, beslutande församlingar i kommuner, landsting och kyrkliga kommuner samt sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som utgör upphandlande enhet enligt 1 kap. 5 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, med undantag av företag som har särskilt tillstånd enligt vad som anges i 4 kap. 1 § andrastycket den lagen.

Undantaget innebär en avvikelse från den i promemorian gjorda avgränsningen av subjekt som omfattas av lagförslaget. Begränsningen tar sin utgångspunkt i ett påpekande som gjorts av Sveriges Industriförbund vid remissbehandlingen. Därvid framhölls bl.a. att den föreslagna lagen var inriktad på att främja effektivitet inom den offentliga sektorn och att den därför inte borde omfatta privata, privatiserade och börsnoterade företag.

Regeringens bedömning är att man kan ingripa med stöd av konkurrenslagen mot konkurrenssnedvridande beteenden av nu aktuellt slag från ett upphandlande företags sida när detta företag genom tillstånd av det aktuella slaget e.d. har en dominerande ställning på marknaden. Därför är det inte påkallat att låta den nu föreslagna lagen omfatta denna kategori. Där marknadsdominans inte föreligger för något företag och konkurrensen därmed i princip skall fungera finns knappast något skyddsbehov.

Begreppet *företag* tas upp i kommentaren till 3 §.

3 § Marknadsdomstolen får efter ansökan förbjuda en enhet att vid genomförande av upphandling i anbudskonkurrens tillämpa ett visst beteende avseende upphandling som vid en samlad bedömning är att anse som otillbörligt på grund av att

1. något företag påtagligt diskrimineras i förhållande antingen till den verksamhet som enheten själv bedriver för att tillgodose behovet av en vara, tjänst eller annan nytthet eller till ett annat företag, eller

2. beteendet på något annat sätt påtagligt snedvrider förutsättningar för konkurrens vid upphandlingen.

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

Ett förbud får gälla inte bara ett visst angivet beteende utan även beteenden som väsentligen överensstämmer med det angivna.

Första stycket

Här ges inledningsvis en redovisning för det centrala begreppet otillbörligt beteende avseende upphandling. Därefter behandlas de enskilda

rekvisiten i övrigt i följdordning och utifrån mer tekniska utgångspunkter.

Begreppet *otillbörligt beteende avseende upphandling* är inriktat på beteenden som påtagligt diskriminerar ett företag i förhållande till den upphandlande enhetens egenregiverksamhet eller till ett annat företag, eller som på något annat sätt påtagligt snedvrider förutsättningar för konkurrens vid upphandlingen. Förutsättningen är enligt 3 § att beteendet vid en samlad bedömning är att anse som otillbörligt.

Med den i regeringens lagförslag tillagda ramen "påtagligt" medger begreppet otillbörligt beteende avseende upphandling i övrigt den totala bedömning som beskrivits i departementspromemorian i fråga om den där använda termen "konkurrenshämmande upphandlingsbeteende". Begreppets konkreta innebörd framträder dock nu i själva lagtexten.

Med utgångspunkt i den nämnda beskrivningen ligger följande inriktning till grund för 3 §. Det kan handla om beteenden som skyddar egenregiverksamheten mot ett reellt konkurrenstryck, så att det i realiteten inte hålls en riktig tävling. Just ett gynnande av nämnda verksamhet är, typiserat, något som 3 § särskilt tar sikte på. Också utan samband med att upphandlaren bedriver egenregiverksamhet kan dock denne under olika stadier av upphandlingsprocessen genom sättet att förfara utan objektivt godtagbara skäl komma att särbehandla någon, dvs. gynna eller missgynna någon i förhållande till hur andra behandlas. Detta kan i det enskilda fallet ske på ett sätt som där framträder som otillbörligt, vägt i förening med omständigheterna i övrigt och sett i förhållande till vad som är själva syftet med upphandling och anbuds-tävling.

Tilläggas bör att beteendet kan, avsiktligt eller inte, i den ena eller den andra formen och i större eller mindre omfattning på ett diskriminerande sätt tränga ut eller hålla borta visst eller vissa företag från ett reellt deltagande. Det handlar därvid om beteenden som kan få till effekt att utan saklig grund påtagligt snedvrider förutsättningarna för konkurrens vid upphandlingen.

I svårare fall kan beteendet vara av det slaget att det riskerar att sabotera själva meningen med vad som framträder för marknaden med, till det yttre, anspråk på att vara en riktig anbudstävling: En hård, pressande konkurrens vilket förutsätter lika villkor för alla. Beteendet kan dock vara betydligt mindre kvalificerat, och ändock falla under begreppet otillbörligt beteende avseende upphandling.

Såsom framhållits i den allmänna motiveringen kan beteenden av det beskrivna slaget mycket väl böttna i oerfarenhet och annat sådant och därför alls inte vara avsiktligt konkurrenssnedvridande. I själva begreppet *otillbörligt* ligger visserligen generellt att beteendet vid bedömning enligt 3 § framstår som klandervärt, i princip sett i förhållande till vad som är syftet med en anbudstävling. För tillämpningen av 3 § krävs dock varken uppsåt eller oaktsamhet.

Någon prövning av om förfarandet brustit i affärsmässighet görs inte. Bedömningen sker inte efter denna norm. Vad som prövas är en specifik ställd fråga, nämligen huruvida ett visst förfarande är att anse som otillbörligt enligt förevarande bestämmelse.

Som nämnts tidigare skall det göras en samlad bedömning. Detta innebär bl.a. att det vid otillbörlighetsbedömningen finns visst utrymme för att granska argument som teoretiskt skulle kunna åberopas till försvar för beteendet ifråga. Detta utrymme är dock smalt. Eftersom själva syftet med förevarande lagstiftning är att med utgångspunkt i de aktuella nationella intressena skapa en reell marknad inom anbudstävlingens ram bl.a. när egenregiverksamheten berörs - vare sig den deltar i tävlan eller inte, kan det principiellt inte framträda med någon styrka såsom godtagbart försvar vid otillbörlighetsbedömningen att ett skyddande av egenregiverksamheten eller av annan enligt upphandlarens mening var legitimt i sig. Den principiella utgångspunkten för bestämmelsen är att - om väl en anbudstävling anordnas - de spelregler skall hållas som har slagits fast genom lagen om offentlig upphandling. Den nya lagen inriktas dock på beteenden som kvalificerats på det i 3 § angivna sättet.

vilka som är taleberättigade framgår av 6 §. Termen förbjuda kommenteras i anslutning till andra stycket. Begreppet *enhet* definieras i 2 §. I första stycket anges att förbudet gäller vid *genomförande av upphandling*. Detta berördes i kommentaren till 1 §. Som där angavs framträder det i bestämmelsens mening som ett beteende avseende upphandling hur man lägger upp utformningen av förfrågningsunderlaget. Det har dock bedömts vara för vittgående att låta ett meddelat förbud vara giltigt redan på ett sådant förberedande stadium. Kravet på genomförande innebär i princip att upphandlaren vidtar konkreta åtgärder riktade till marknaden för att få en anbudstävling till stånd. Det får ankomma på rättstillämpningen att dra de närmare gränserna därvidlag. Utlyses en anbudstävling ligger däri en klar tidpunkt när upphandling genomförs i den mening som här är närmast avsedd, nämligen att upphandling är under utförande. Med upphandling i *anbudskonkurrens* förstås att det inte rör sig om direktköp utan att ett anbudsförfarande vänder sig till flera.

Uttrycket *beteende* kommenterades i anslutning till 1 §.

Begreppet *företag* har samma innebörd som enligt 3 § första stycket konkurrenslagen (1993:20). I prop. 1992/93:56 s. 66 framhålls att begreppet företag precis som i EG-rätten skall tolkas vidsträckt och i princip omfatta varje juridisk eller fysisk person som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur. Det spelar därvid ingen roll om verksamheten är inriktad på ekonomisk vinst eller inte, utan det avgörande är om *någon* form av ekonomisk eller kommersiell verksamhet bedrivs. Det tilläggs att även statliga och kommunala organ som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur räknas som företag, med visst undantag. Ytterligare framhålls att begreppet företag har väsentligen samma innebörd som begreppet näringsidkare.

Enligt 3 § andra stycket konkurrenslagen inkluderas sammanslutning av företag i själva begreppet företag. I första stycket samma lagrum skiljs vidare av vad som är myndighetsutövning. I nu aktuellt sammanhang är det fråga om företags deltagande i anbudstävlingar, och något ingripande med stöd av otillbörlighetsbestämmelsen sker inte mot någon på grund av dennes egenskap av att vara företag. Därför har det ansetts behövligt att legaldefiniera begreppet företag i nu förevarande lag. Här

används begreppet företag i den meningen som avses i föregående stycke. Andra situationer torde inte aktualiseras praktiskt.

Med *diskriminering* avses en olika behandling som innebär ett missgynnande av någon i förhållande till en annan. Diskriminering är det tänkta huvudfallet vid tillämpningen av bestämmelsen. I p. 2 ges dock utrymme för att fästa avgörande också vid annan betydande skevhet i förhållande till vad som är själva syftet med en anbudstävlan.

Otillbörlighetsbestämmelsen kräver till skillnad mot konkurrenslagen (1993:20) inte att beteendet har vidtagits av någon som omfattas av det rättsliga begreppet "företag". Det räcker ju med att det rör sig om ett beteende av en enhet som anges i 2 §, t.ex. en statlig myndighet, en kommun eller ett landsting. Det saknar vidare relevans huruvida det otillbörliga beteende som det är aktuellt att förbjuda den offentlige aktören att tillämpa är att anse som en konkurrensbegränsning enligt konkurrenslagen eller inte.

Lagen motiveras av de effektivitetsförluster m.m. som kan uppstå om konkurrenstrycket sjunker till följd av otillbörliga beteenden avseende offentlig upphandling. Någon prövning av huruvida sådana förluster uppstår eller riskerar att uppstå i ett enskilt fall sker dock inte vid tillämpningen av bestämmelsen.

Som berörts (avsnitt 8) i den allmänna motiveringen har i regeringens förslag inte tagits med någon motsvarighet till det i promemorian angivna rekvisitet om att beteendet också skulle hämma eller vara ägnat att hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens på den marknad det var fråga om. Bedömningarna därvidlag är ägnade att belysa de allmänna konkurrensrättsliga övervägandena bakom förevärande bestämmelse. Därför berörs de här något mer i detalj.

I och för sig är det obestriddigt att otillbörliga beteenden avseende offentlig upphandling kan sägas få negativa effekter för de privata företagens funktionsförmåga, konkurrenskraft och utvecklingsmöjligheter m.m. I den meningen kan diskriminering och annan konkurrensnedvidning som leder till att privata företag oriktigt förlorar anbudstävlingar sägas hämma konkurrensen. Det rör sig då närmast om att man motverkar en marknadsutvidgning.

Principerna bakom hämmandekravet och det s.k. konkurrenstest som görs vid tillämpningen av konkurrenslagen är dock inriktade på förhållandena i fråga om varor och tjänster som tillhandahålls på en marknad och på konkurrensbegränsande företeelser som föranleds främst av företag. Saknas runt denna marknad barriärer som skyddar de etablerade mot nykomlingar, leder försök från deras sida att missbruka vad som utifrån framstår som marknadsstyrka generellt sett och i vart fall över tid till att nya aktörer tar sig in på marknaden för att tävla om köparna. Om så sker är marknadsstyrkan blott skenbar och köparna har alternativ vilket självfallet är det önskvärda från allmän synpunkt. Det är främst här som frågor om hämmande av konkurrensen kommer in och prövas genom konkurrenstest. En sådan test skall söka fastslå om barriärer av det ena eller det andra slaget skyddar de befintliga företagen mot att nya företag etablerar sig.

I den situation som ges en rättslig ram genom förevarande bestämmelse rör det sig dock i sak mer om att en offentlig upphandlare förfar så att den prestation anbudstävlingen avser inte kommer, eller riskerar att inte komma, under ett konkurrenstryck. Detta ger, som berördes i det föregående, samma negativa effekter som konkurrenslagen skall motverka men innebär ett annorlunda läge. Åtminstone när produktionen förbehålls egenregiverksamhet, och inte ett visst privat företag framför andra privata sådana, blir situationen den, inte så mycket att själva konkurrensen direkt hämmas som att en viss volym genom det otillbörliga beteendet kan komma att undandras en konkurrensutsatt marknad.

Det otillbörliga beteendet riskerar därmed att skada statens intressen av att produktion sker under konkurrenstryck. Därför har det mot den anförda bakgrunden ansetts vara tillräckligt för ingripande att själva beteendet avseende upphandling är att bedöma som otillbörligt i närmare beskriven mening. Någon form av bevisning för att själva konkurrensen hämmas e.d. behöver därmed inte föras. För att konkretisera bestämmelsen mer i förhållande till promemoriaförslaget har dock, som framgått, förts in i lagtexten just de situationer som avsågs med nämnda förslag. Som bevisstema gäller dock därvid endast diskriminering eller annan snedvridning av förutsättningarna för konkurrens vid upphandlingen. Därvid rör det sig således endast om objektiva konstaterbara avvikelser och inte om vilka effekter dessa kan få.

Det anförda innebär därför att bestämmelsen principiellt är inriktad på konkurrenssnedvridningen som sådan, dess omfattning och värderingen av den enligt normerna i 3 §. Därvid lämnas i princip utan avseende som bevisstema vilka effekter den får på själva konkurrensen, i meningens intensiteten i denna, eller på prisbildning och effektivitet eller som ett försvarande av företags näringsutövning. Något hinder mot att föra in sådana aspekter i den samlade avvägningen finns dock inte, när underlag föreligger för detta. Utredning i dessa avseenden är dock inte ett krav för att otillbörlighetsbedömning skall få ske.

Begreppet *påtagligt* anger att snedvridningen måste ha en sådan omfattning som får anses innebära klara skillnader i behandlingen av olika aktörer, respektive avvikelser i förhållande till en situation som medger en reell konkurrens. Avståndet till vad som skulle innebära en reell konkurrens skall därmed vara tydligt märkbart. I begreppet ligger även att snedvridningen måste gälla i avseenden som är betydelsefulla. Det kan bl.a. röra sig om ordentliga brister i anbudsunderlaget, alldeles för korta frister eller en sakligt obefogad kombination av prestationer som mer eller mindre blockerar ut vissa företag.

Någon ekonomisk värdering av diskrimineringens betydelse för det drabbade företaget ingår inte. Exempelvis måste det ju antas kunna vara svårt i ett enskilt fall att bedöma vem som skulle ha vunnit anbudstävlingen vid en konkurrensneutral behandling och därmed på motsvarande sätt svårt att avgöra vilken förlust som uppstått för ett enskilt företag.

Inget hindrar i ett visst ärende att varje enskilt beteende beträffande en viss tävling prövas för sig, när flera har påtalats. Det torde dock visa sig naturligt att göra en samlad bedömning. Vad man prövar ytterst blir

graden av hinder för visst eller vissa företag mot att tävla på lika villkor.

Bestämmelsen innebär att det skall finnas ett orsakssamband mellan beteendet och dess resultat vad gäller möjligheten till konkurrens på lika villkor. Detta för med sig, å den ena sidan, att tävlingshandikapp som ett privat företag menar sig ha men som inte beror på det aktuella beteendet självfallet inte kan läggas upphandlaren till last. Finns, å den andra sidan, sådant samband saknar det betydelse som försvar för beteendet om det föreligger handikapp i någon form för den offentlige aktören. En redogörelse för den allmänna debatten i frågan om olikformiga konkurrensvillkor i förhållandet mellan offentliga och privata aktörer finns i departementspromemorian Ds 1992:121 (s. 54 ff.).

Först anges i bestämmelsen diskriminering av något företag i *förhållande till den verksamhet som enheten själv bedriver för att tillgodose behovet av en vara, tjänst eller annan nyttinghet*. Denna beskrivning av vad som brukar kallas för egenregiverksamhet motsvarar i sak väsentligen förslaget i departementspromemorian. Den verksamhet som här avses är vad som i promemorian kallas (s. 135 f.) "egethusregi", som är inrymd i enhetens egen organisation och således inte utgör en från enheten formellt fristående juridisk person. Om enheten, t.ex. en kommun, har ett kommunalt bolag räknas detta bolag till vad som faller under begreppet ett annat företag. Ett diskriminerande beteende till förmån för enhetens bolag och till nackdel för ett privat företag omfattas därmed också av bestämmelsen.

När det gäller *diskriminering av något företag i förhållande till ett annat företag* kan det exempelvis röra sig om att enheten utformar anbudstävlingen så, att det sker en otillbörlig snedvridning till förmån för ett visst annat företag, som enheten vill fortsätta att ha affärsförbindelse med av något skäl.

Att beteendet på något annat sätt påtagligt snedvrider förutsättningarna för konkurrens vid upphandlingen täcker situationen att konkurrensvillkoren är skeva sett i förhållande till syftet med anbudstävlan men utan att diskriminera.

Som nämnts tidigare saknar det för tillämpningen av den här aktuella lagen betydelse huruvida den offentlige aktören är att se som företag enligt den nya konkurrenslagen. Det räcker med att aktören har den roll som myndighet, kommun eller bolag m.m. vilken beskrivs i 2 §.

ndra stycket

Såsom regeringen framhöll i lagrådsremissen bör ett förbud inte förutsätta att det beskrivna beteendet redan har tillämpats av den offentlige aktören. Det vore nämligen en praktiskt sett olämplig ordning att dra upp sådana juridiska gränser i fråga om beteenden avseende upphandling som gör det rättsligt betydelsefullt huruvida ett visst förfarande har kommit till användning eller inte, när förbudsfrågan övervägs. Där framhölls vidare att det dock självfallet måste finnas saklig grund för att meddela förbudet oaktat att beteendet inte förekommit tidigare. Det måste alltså finnas en tillräcklig grad av sannolikhet för att

ingripandet behövs för att motverka risken av att beteendet tillämpas. Lagrådet har förordat att de beviskrav som sålunda uppställts kommer till uttryck i lagtexten. Andra stycket har utformats i enlighet med Lagrådets förslag.

En helt annan sak är att ett meddelat förbud blir tillämpligt först vid genomförande av upphandling i anbudskonkurrens. Detta har kommenterats tidigare.

Det kan tillfogas att i många fall den ena anbudstävlingen avlöser den andra i fråga om olika nyttigheter som enheten har ett konstant eller återkommande behov av och där det ligger i upphandlingens natur att man införskaffar nyttigheten för en viss period. När slutet på denna närmar sig gör enheten en förnyad upphandling av nyttigheten i fråga. Tidigare vidtagna samt nya upphandlingsbeteenden, och variationer på dessa, kan därvid blandas i de mer eller mindre regelbundet återkommande upphandlingsförloppen.

Fastän ett förbud alltså inte behöver avse ett redan tillämpat beteende kan det rent praktiskt kanske mer ofta bli så att förbudet meddelas på grund av att ett beteende av det aktuella slaget redan har förekommit och väckt kritik. Men det kan också handla om uppläggningsen av en viss konkret anbudstävling som skall hållas framdeles, utan att det aktuella beteendet har förekommit tidigare.

Det är ingenting som hindrar att förbudet begränsas till just en viss kommande tävlan. Emellertid är bestämmelsen i grunden inriktad på att marknadsfullkomligheter i form av konkret angivna beteenden över huvud inte skall förekomma fortsättningsvis, om de framstår som otillbörliga i den mening som avses i 3 §. Därför bör det finnas skäl för att koppla förbudet till endast en viss tävlan. Av det anförda följer att ett förbud kan gälla generellt mot att vederbörande tillämpar konkret beskrivna förfaranden som anses till själva sin art otillbörliga.

Praktiska erfarenheter från det konkurrensfrämjande arbetet på fältet antyder samtidigt att det kan visa sig naturligt i det enskilda fallet att knyta förbudet till vad som inte får förekomma vid kommande upphandlingar av en specifik nytthet. Som endast ett exempel kan tas en kommuns ofta årliga upphandling av transporttjänster för visst ändamål. Genom inriktning på en viss konkret nytthet kan det vara lättare att konkretisera förbudet. Man får ju därmed kända aktörer på en särskild marknad och får lättare att väga relevanta omständigheter mot varandra vid den samlade bedömningen av vad som inte bör få förekomma.

Lagrådet har på anförda skäl föreslagit att lagens tillämpningsområde helt begränsas till beslut avseende framtida upphandlingar och inte alls berör beteenden under ett pågående upphandlingsförfarande samt att lagtexten utformas på ett sådant sätt att detta kommer till klart uttryck. Vidare har Lagrådet uttalat att en konsekvens av den sålunda föreslagna inriktningen på framtida beteenden är att de ingripanden som Marknadsdomstolen kan göra inte behöver innefatta ett sådant åläggande att ändra ett beteende som i remissförslaget tagits upp i 4 § 2. Därför föreslår Lagrådet att möjligheten till ingripande genom åläggande utgår ur förslaget.

På de av Lagrådet anförda grunderna ansluter sig regeringen till förslaget. Andra stycket har avfattats efter vad Lagrådet förordat. Med uttrycket pågående upphandlingsförfarande avser regeringen situationen att det pågår ett visst upphandlingsförfarande när domstolen meddelar sitt förbudsbeslut.

En särskild situation är att beteendet har tillämpats tidigare av enheten och att denna vid prövningen förklarar att ett förbud eller ett åläggande är omotiverat därför att enheten inte tänker upprepa förfaringssättet. Bestämmelsen bygger här på det synsättet att det får betydelse att det otillbörliga beteendet redan har förekommit i praktiskt handlande från enhetens sida. I detta läge finns det i princip i normalfallet grund att vara extra vaksam mot risker för de allmänna intressen som berörs. Om det i detta läge i det enskilda fallet saknas betryggande anledning att tro att beteendet inte kommer att återupptas framdeles kan här förbud eller åläggande utfärdas. Den äldre konkurrenslagen (1982:729) har byggts upp med motsvarande konstruktion (prop. 1981/82:165 s. 92 ff.).

Förbudet skall träffa ett konkret beskrivet handlingsmönster eller en närmare beskriven brist på handlande m.m.

Ett förbud kan förbindas med villkor, dvs. Marknadsdomstolen får i beslutet ange under vilka förutsättningar förbudet inte gäller.

Tredje stycket

Ett förbud mot att tillämpa ett visst angivet otillbörligt beteende avseende upphandling kan utvidgas till att omfatta även beteenden som *väsentligen överensstämmer med det angivna*. Skälet till detta är att ett förbud som träffar endast ett visst konkret beskrivet beteende, eller en särskilt preciserad underlåtenhet, lätt skulle kunna bli verkningslöst genom att den som förbudet avser företar en i sak ganska betydelselös modifiering av det förbjudna och därigenom kanske undgår utdömande av förelagt vite.

4 § Om det finns särskilda skäl för det, får beslut om förbud enligt 3 § meddelas för tiden till dess att frågan slutligt har avgjorts.

Bestämmelsen har språkligt byggts upp efter mönster av 18 § den äldre konkurrenslagen (1982:729). Den är avsedd bl.a. för situationer då någon form av brådska råder samt otillbörlighetsbedömningen står mer klar. Förutom annat kan det handla om att konkurrensförhållandena äventyras väsentligt av redan tillämpade eller planerade beteenden och att marknaden snabbt bör få signal om vad som tills vidare bedöms inte få tillämpas. Självfallet måste vid prövningen uppmärksammas negativa följder för alla berörda intressen - både av att ett tillsvidarebeslut tas och av att det inte tas.

24 § den äldre konkurrenslagen (1982:729) omfattade en bestämmelse av liknande slag.

5 § Har Marknadsdomstolen prövat en fråga om förbud enligt 3 § hindrar detta inte att frågan efter ny ansökan omprövas, om

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

Med uttryckssättet *prövat en fråga om förbud enligt 3 §* markeras att en omprövning får ske under de i bestämmelsen givna förutsättningarna oavsett om den tidigare prövningen inneburit bifall eller ogillande av den mot enheten förda talan. Detta innebär att Marknadsdomstolens beslut inte har negativ rättskraft (jfr prop. 1981/82:165 s. 224 f.). Nämnade förutsättningar skapar dock rättskraft enligt de gränser de representerar i sig.

De materiella kriterierna för omprövning beskrivs så att prövning av en fråga om förbud enligt 3 § inte hindrar att frågan efter ny ansökan omprövas 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 ett nytt beslut skall få meddelas i en tidigare prövad fråga fordras alltså *särskilt skäl*. Därvid handlar det i första hand om ändrade förhållanden där det gäller ett väsentlighetskrav. Exempelvis kan förändringar i omständigheterna ge anledning att utvidga eller begränsa ett förbud eller ett åläggande. Men det kan också vara så att ett tidigare avgörande behöver skärpas, kanske därför att det har kommit fram att oriktiga uppgifter lämnats vid den föregående prövningen. Vidare kan det handla om tillkommande beteenden som enheten tillämpar och som förändrar den tidigare bilden. Det kan också röra sig om att ett tidigare prövat förfaringsätt bör bedömas på annat sätt i ljuset av nya omständigheter eller av faktorer som inte varit kända vid det tidigare avgörandet men som förelåg redan då.

Man kan heller inte utesluta att även förändringar av annat slag kan inträffa och med tillräcklig styrka motivera en omprövning. Exempelvis kan det tänkas att ett nytt läge uppstått på den marknad som berörs, i fråga om konkurrensförhållanden m.m.

Av det anförda framgår att det är svårt att dra någon klar gräns mellan de två omprövningssituationerna. Detta får dock knappast någon betydelse i praktiken.

Självfallet måste därutöver vid omprövningen noga vägas beaktansvärda intressen som kan stå mot varandra, och en återhållsamhet iakttas vid omprövning i skärpande riktning.

Bestämmelsen bygger till del på 17 § den äldre konkurrenslagen (1982:729) och 10 § marknadsföringslagen (1975:1418) och är likartat uppbyggd som viss annan lagstiftning på det marknadsrättsliga området.

Enligt *första stycket* upptas fråga om förbud enligt 3 § eller omprövning enligt 5 § efter ansökan. Ytterligare bestämmelser om förfarandet

6 § Ansökan om förbud enligt 3 § eller om omprövning enligt 5 § får göras av Konkurrensverket.

Om verket för ett visst fall beslutar att inte göra ansökan, får ansökan göras av en sammanslutning av konsumenter, löntagare eller företag eller av ett företag som berörs av beteendet.

Ansökan om omprövning får också göras av en enhet mot vilken ett beslut om förbud riktar sig.

meddelas i lagen (1970:417) om marknadsdomstol m.m.

Ansökan får göras av Konkurrensverket. Av 11 § följer att Konkurrensverkets beslut att ej ansöka om åtgärd inte får överklagas. Den möjlighet som står till buds för den som är missnöjd med ett sådant beslut av verket är - mot bakgrund av det tidigare anförda - enligt *andra stycket* att själv ansöka om åtgärd hos Marknadsdomstolen.

En sådan rätt finns för sammanslutningar av konsumenter, löntagare eller företag eller för ett företag som berörs av beteendet. I fråga om denna rätt kan sägas att utmärkande för det marknadsrättsliga området är att lagstiftningen i många avseenden är utformad för att ta tillvara allmänna, icke individualiserbara intressen. Oftast är det som i detta fall fråga om vad som är till gagn för samhällsekonomin och konsumenterna i ett långsiktigt perspektiv. Det rör sig således om ett intresse som förenar ett stort kollektiv och som utgör deras gemensamma angelägenhet. Fastän det är mycket viktigt att det finns en offentlig företrädare för sådana allmänna intressen är det regeringens uppfattning att det i ett fall av detta slag inte kan ifrågakomma att begränsa talerätten så, att denne företrädare får ensamrätt att avgöra huruvida talan skall föras. I den allmänna motiveringen har redovisats att gruppaleutredningens arbete inte utgör hinder mot att införa den sekundära talerätt som är påkallad med hänsyn till det kollektiva intresset och som föreslås här.

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

Ett sådant åläggande får inte innebära att någon betungas onödigt.

Första stycket är utformat med 45 § 1 p. konkurrenslagen (1993:20) som förebild. En begränsning gäller genom kravet på att åläggandet skall avse material som *behövs*. Av detta följer att materialet måste ha relevans för den prövning som är i fråga. Vidare får Konkurrensverket inte kräva in mer material än som är erforderligt.

Med uppgifter avses muntliga eller skriftliga upplysningar. Ett åläggande att tillhandahålla handlingar kan avse varje form av skriftligt material. Begreppet handling har samma innebörd som i 2 kap. tryckfrihetsförordningen, dvs. det omfattar också upptagningar som kan läsas, avlyssnas eller på annat sätt uppfattas endast med hjälp av tekniska hjälpmedel, t.ex. en bildskärm.

8 § Ett förbud eller åläggande enligt 3 eller 7 § gäller omedelbart, om något annat inte bestäms.

Paragrafen motsvarar 46 § konkurrenslagen. Huvudregeln är att ett åläggande av nämnt slag gäller omedelbart. Självfallet kan dock Konkurrensverket förordna om annat. Överklagas åläggandet, kan också länsrätten bestämma att annat skall gälla än som föreskrivs i 8 §.

9 § Ett förbud eller åläggande enligt 3 eller 7 § får förenas med vite.

Det är naturligt i normalfallen att ett förbud enligt 3 § förenas med vite, också med tanke på att det är viktigt att företagen skall känna tillräcklig tilltro till att diskriminering inte förekommer och att förutsättningarna för konkurrens inte heller i övrigt snedvrids. Vid bedömningen bör vägas in betydelsen av att avgörandet ordentligt tränger igenom den berörda enhetens organisation och fram till dem som i sitt praktiska arbete rent faktiskt kan komma att föranleda överträdelser, kanske på grund av informationsbrist eller genom rutiner som inte fångar upp behovet från allmän synpunkt av att avgörandet får genomslagskraft. I större organisationer kan detta vara ett särskilt problem.

Något högsta belopp är inte föreskrivet för vitet. Följaktligen kan vitet, om det finns skäl till det, bestämmas till ett mycket högt belopp. Storleken av de ekonomiska intressen som berörs blir här en faktor att väga in i bilden. Eftersom det gäller offentliga upphandlingar kan det ofta handla om mycket betydande värden.

Möjlighet finns att föreskriva löpande vite. Bestämmelser om vite finns i lagen (1985:206) om viten. I viteslagens förarbeten (prop. 1984/85:96) finns särskilda uttalanden rörande viten på det marknadsrättsliga området.

10 § Talan om utdömning av vite som förelagts med stöd av denna lag förs vid länsrätten av Konkurrensverket. I fråga om vite som Marknadsdomstolen har förelagt på talan av någon annan, får talan om utdömning föras även av denne.

Genom bestämmelsen har Konkurrensverket i princip avgörandet över om det är påkallat att viten döms ut. När vite har förelagts på talan av ett företag eller annan som är behörig enligt 6 §, får dock talan om vitets utdömning föras även av denne.

I viteslagen ges vissa bestämmelser om förutsättningarna för att döma ut viten. I 9 § sägs bl a att vitet inte skall dömas ut om ändamålet med vitet har förlorat sin betydelse. Vidare anges att vitet får jämkas om det finns särskilda skäl till det. Som en allmän beskrivning

av inriktningen på rättens prövning brukar anges att den skall pröva föreläggandets laglighet men icke dess lämplighet. Prop. 1993/94:35

Bestämmelsen är uppbyggd efter samma grunder som 59 § konkurrenslagen (1993:20), jfr prop. 1992/93:56 s. 113.

11 § Konkurrensverkets beslut enligt 7 § får överklagas hos länsrätten. Andra beslut av verket enligt denna lag får inte överklagas.

Vem som har rätt att överklaga och hur beslut överklagas följer av förvaltningslagen. Exempelvis kan ett beslut av verket att inte föra talan vid Marknadsdomstolen ej överklagas.

12 § En handelskammare som är auktoriserad enligt lagen (1990:515) om auktorisation av handelskamrar får på begäran av en enhet utse en oberoende granskare som prövar och ser över enhetens rutiner för att ta till vara konkurrensmöjligheter när enheten skall tillgodose behovet av varor och tjänster. Granskaren skall därefter i ett skriftligt utlåtande redovisa utfallet av granskningen.

Enheten skall stå för kostnaderna för granskningen.

Bestämmelsen har kommenterats i den allmänna motiveringen (avsnitt 9).

Ikraftträdande

Lagen föreslås träda i kraft den dag regeringen bestämmer.

Anledningen till detta är att motsvarande regel intagits i lagen om offentlig upphandling (prop. 1992/93:88 s. 106). Samma regel återfinns också i EES-lagen 1992:1317 (prop. 1991/92:170 del 1 s. 190). Båda dessa lagars ikraftträdande är beroende av när EES-avtalet träder i kraft. Eftersom den nu föreslagna lagen har ett så nära samband med lagen om offentlig upphandling bör samma tidpunkt för ikraftträdande väljas och regeringen bestämma om ikraftträdandet när detta blir aktuellt.

2.2 Lagen om ändring i lagen (1970:417) om marknadsdomstol m.m.

1 §

I paragrafens första stycke, som anger vilka mål Marknadsdomstolen handlägger, tillförs som punkt 6 den nya lagen om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling.

13 §

Av ändringen följer att en ansökan om förbud enligt 3 § i den nya lagen om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling skall göras skriftligen.

14 §

I paragrafens andra stycke meddelas bestämmelser om vilka som skall kallas till sammanträde inför Marknadsdomstolen. Ändringen innebär att Konkurrensverket, i mål enligt den nya lagen om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling, skall kallas till sammanträde även om verket inte är sökande.

15 §

Av ändringen följer att Marknadsdomstolen får pröva frågor om interimistiska förbud enligt 4 § lagen om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling, utan sammanträde enligt 14 § första stycket lagen om marknadsdomstol m.m.

Ikraftträdande

De föreslagna ändringarna föreslås träda i kraft den dag regeringen bestämmer. Härvid åberopas vad som angetts beträffande ikraftträdandet av förslaget till lag om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling.

Konkurrens mellan flera aktörer skapar långsiktigt en effektivare produktion av varor och tjänster och en produktion som är bättre anpassad till konsumenternas önskemål. I offentlig produktion saknas i stor utsträckning denna grundläggande mekanism. Därmed finns en risk för att redan knappa resurser används på ett ineffektivt sätt och att välfärdsför-luster på lång sikt till följd härav uppstår för konsumenterna.

Arbetsgruppen har utarbetat en modell som innebär att en marknad i konkurrens kan skapas även inom den offentliga produktionen. Mot bakgrund av det samhällsekonomiska intresset av att snabbt nå syftet med modellen, bör enligt arbetsgruppens mening de grundläggande reglerna för en marknad i konkurrens slås fast genom lagstiftning.

Lagstiftningsmodellen utgår från principen att sådan verksamhet som det offentliga har ett ansvar för skall produceras av den som, vid en jämförelse mellan offentliga och privata alternativ och med hänsyn tagen till kvalitet, pris och andra affärsmässiga förutsättningar, framstår som det bästa alternativet. Arbetsgruppens uppgift har därmed inte varit att ta ställning till i vilken utsträckning ansvaret för verksamheten som sådan skall vara offentlig eller privat.

Arbetsgruppen har bedömt att lagstiftning på området bör inriktas på de grundläggande krav som bör gälla och att en detaljreglering således bör undvikas. Närmare vägledning för tillämpningen bör i stället successivt vinnas genom en prövning i enskilda fall av en tillsynsmyndighet och ytterst i en praxisskapande domstolsprövning. Men det finns utrymme också för andra insatser.

Utgångspunkten bör vara att all verksamhet som inte innebär myndighetsutövning skall upphandlas i konkurrens. Arbetsgruppen anser emellertid att det måste beaktas att det tar en viss tid att utveckla en upphandlingskompetens och erfarenhet i övrigt hos berörda offentliga organ samt att företagens förutsättningar att på en gång möta en större marknad är begränsade. Lagstiftningen bör därför i ett inledningsskede begränsas. Detta är också motiverat för att minska kostnaderna för tillsyn och uppföljning.

Arbetsgruppen föreslår mot denna bakgrund att en skyldighet införs för stat, kommuner och landsting att upphandla verksamhet i konkurrens där årsproduktionskostnaden överstiger 5 milj.kr. Inledningsvis skall minst 50 procent av verksamhet inom vissa närmare angivna områden upphandlas i konkurrens. Bygg- och anläggningsarbeten, reparation och underhåll av byggnader, vägar och gator samt fastighetsförvaltning skall emellertid upphandlas i konkurrens i sin helhet.

Lagen föreslås träda i kraft den 1 juli 1993. Den bör fortlöpande utvärderas och ett andra steg bör tas den 1 januari 1995.

Det ekonomiska värdet av verksamhet i egen regi som berörs av förslaget torde uppgå till minst 50 miljarder kr. Om upphandling i konkurrens skulle ge en nettobesparing på 10 procent innebär detta att den totala besparingen i de offentliga utgifterna av förslaget skulle uppgå till

5 miljarder kr. Om nettobesparingen stannar vid i genomsnitt 5 procent skulle besparingen i de offentliga utgifterna uppgå till 2,5 miljarder kr.

För kommuner och landsting innebär förslaget att det inte räcker att organisera verksamheten i s.k. beställar/utförarenheter. Utförarenheterna måste utsättas för konkurrens på samma sätt som avses gälla för kommunala bolag.

Skyldigheten skall inte omfatta verksamhet som innebär myndighetsutövning eller om annat är särskilt föreskrivet. Upphandlingen skall innebära att den egna verksamheten deltar i en anbudstävling med andra privata alternativ på lika villkor. Vid upphandlingen skall reglerna i lagen om offentlig upphandling följas i tillämpliga delar. Vinnande i anbudstävlingen skall vara det affärsmässigt mest fördelaktiga anbudet oavsett om det är fråga om ett anbud från en offentlig eller privat producent.

Arbetsgruppen föreslår vidare att det skall vara möjligt att i enskilda fall pröva och meddela förbud mot otillbörliga upphandlingsförfaranden. Ärenden om underlåtenhet att fullgöra upphandlingsskyldighet, dispens eller förbud att tillämpa otillbörliga upphandlingsförfaranden skall prövas av Konkurrensverket. Förbud eller beslut om ett åläggande meddelas av Stockholms tingsrätt. Ett förbud eller åläggande får förenas med vite. Tingsrättens beslut får överklagas hos Marknadsdomstolen.

En frivillig förenklad prövning skall kunna tillämpas. På begäran av den som upphandlar skall handelskammare kunna utse en oberoende granskare, som skall granska om de upphandlingsrutiner som tillämpas stämmer överens med lagens krav.

Förslag till

Lag om konkurrenstryck på offentlig produktion

Härigenom föreskrivs följande.

1 § Denna lag har till ändamål att främja effektivitet inom den offentliga sektorn genom krav på upphandling i konkurrens av viss produktion som det allmänna driver i egen regi eller genom en särskild juridisk person.

2 § Om en statlig, kommunal eller annan myndighet, eller en beslutande församling i kommun, landsting eller kyrklig kommun, i egen regi driver en verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur för tillhandahållande av en viss vara, tjänst eller annan nytthet som beskrivs i bilagan till denna lag, skall myndigheten eller den beslutande församlingen under de förutsättningar som anges i 3 § upphandla verksamheten i konkurrens, fullt ut såvitt gäller punkterna 1-3 i bilagan och i övrigt till minst femtio procent.

Vad som sägs i första stycket gäller också om egenregiverksamhet av sådant slag drivs i bolag, förening, samfällighet eller stiftelse som avses i 1 kap. 5 § lagen (1992:000) om offentlig upphandling. Skyldigheten att upphandla åligger i ett sådant fall den nu nämnda juridiska personen.

Till den del verksamhet enligt första eller andra stycket innefattar myndighetsutövning omfattas den inte av en sådan skyldighet som anges där. Inte heller gäller vad som där sägs, om något annat är särskilt föreskrivet.

3 § Skyldigheten enligt 2 § inträder för en juridisk person som där nämns om den totala produktionskostnaden för den i 2 § avsedda verksamheten under det senast avslutade räkenskapsåret översteg fem miljoner kronor.

Skyldigheten skall fullgöras inom sex månader från utgången av det nämnda räkenskapsåret.

4 § I denna lag innebär begreppet utförande enhet: funktion inom en juridisk person som anges i 2 §, genom vilken denne i egen regi driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur.

5 § I fråga om en upphandling som sker till följd av bestämmelserna i denna lag gäller i övrigt lagen (1992:000) om offentlig upphandling.

De begrepp som används i denna lag har samma betydelse som i lagen om offentlig upphandling. Vid tillämpningen av sistnämnda lag gäller dock följande:

Med upphandling jämställs ett beslut av en upphandlande enhet att införskaffa vara, tjänst eller annan nytthet från en utförande enhet inom samma juridiska person.

Med upphandlingskontrakt jämställs en skriftlig överenskommelse som en upphandlande enhet träffar med en utförande enhet inom samma juridiska person, avseende upphandling enligt lagen om offentlig upphandling.

Med leverantör jämställs en sådan utförande enhet, inom samma juridiska person som den upphandlande enheten, vilken tillhandahåller en vara, tjänst eller annan nytthet.

Med anbudsgivare jämställs en sådan utförande enhet, inom samma juridiska person som den upphandlande enheten, vilken erbjuder överenskommelse vid selektiv eller förhandlad upphandling.

Med anbudssökande jämställs en sådan utförande enhet, inom samma juridiska person som den upphandlande enheten, vilken ansöker om att få erbjuda överenskommelse vid selektiv eller förhandlad upphandling.

Med deltagare jämställs en sådan utförande enhet, inom samma juridiska person som den upphandlande enheten, vilken utvalts att delta.

Vad som sägs i andra stycket om jämställande med leverantör eller anbudsgivare gäller inte tillämpningen av 3 kap. 13 och 16 §§ samt 5 kap. 15 § lagen om offentlig upphandling. Inte heller tillämpas 6 kap. 1-7 och 10-12 §§ samma lag med avseende på förhållandet mellan en upphandlande enhet och en utförande enhet.

6 § Stockholms tingsrätt får efter ansökan av en juridisk person som anges i 2 § besluta om undantag från skyldigheten enligt samma paragraf att upphandla, om det finns särskilda skäl för det.

I ett beslut om undantag skall det anges från vilken tidpunkt undantaget gäller. Beslutet skall gälla för en bestämd tid. Det får begränsas till att avse en viss verksamhet och får förenas med villkor.

7 § Stockholms tingsrätt får på talan av Konkurrensverket meddela en juridisk person som anges i 2 § ett åläggande att fullgöra skyldigheten enligt samma paragraf att upphandla, om utredningen ger vid handen att en sådan skyldighet föreligger och inte har fullgjorts.

Om Konkurrensverket i visst fall beslutar att inte föra en talan enligt första stycket, får en sådan talan i stället föras av ett företag som berörs av saken.

8 § Stockholms tingsrätt får på talan av Konkurrensverket meddela en juridisk person som anges i 2 §

1. förbud att tillämpa ett visst otillbörligt upphandlingsförfarande eller att tillämpa väsentligen samma förfarande som det sålunda förbjudna, eller

2. åläggande att på ett annat sätt ändra ett sådant förfarande, om förfarandet ifråga hämmar eller är ägnat att hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens på den marknad det är fråga om.

Om Konkurrensverket i visst fall beslutar att inte föra talan, får en sådan talan i stället föras av ett företag som berörs av saken.

9 § En handelskammare som är auktoriserad enligt lagen (1990:515) om auktorisation av handelskamrar får på begäran av en juridisk person som anges i 2 § utse en oberoende upphandlingsgranskare för att genomse, pröva och överse dess rutiner för upphandling i förhållande till vad som gäller för verksamheten (upphandlingsgranskning).

Upphandlingsgranskaren skall söka vinna rättelse i fråga om eventuella fel eller brister. Denne skall därefter i ett skriftligt utlåtande redovisa för utfallet av granskningen.

Den upphandlande juridiska personen skall stå för kostnaderna för upphandlingsgranskningen.

10 § Ett förbud eller åläggande enligt 7-8 §§ får förenas med ett vite.

11 § En talan om utdömande av ett vite som förelagts med stöd av denna lag förs vid tingsrätt av Konkurrensverket. I fråga om ett vite som förelagts på talan av ett företag, får talan om utdömande av vitet föras även av företaget.

Stockholms tingsrätt är alltid behörig att pröva en talan enligt första stycket.

12 § Ett beslut av Stockholms tingsrätt enligt 6-8 §§ får överklagas hos Marknadsdomstolen.

BILAGA

Tjänsteområden som avses i 2 §

1. Byggnads- och anläggningsarbeten inklusive projektering (byggnader, vägar, ledningar och andra anläggningar)
2. Reparation och underhåll av byggnader, vägar och gator
3. Fastighetsförvaltning
4. Drift och underhåll av vatten-, avlopps- och andra ledningar
5. Fordonsunderhåll
6. Drift och underhåll av parker, kyrkogårdar och andra grönområden
7. Drift av idrottsanläggningar
8. Avfalls- och sophantering
9. Lokalstädning
10. Tvätt av textilier
11. Bevakning av byggnader och andra anläggningar
12. Restaurang-, cafeteria- och annan måltidsservice
13. Färdtjänst
14. Kollektivtrafik med buss
15. Skolskjutsar
16. Drift av spårburen kollektivtrafik
17. Tryckning och annan reproduktion

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

Förteckning över remissinstanser

Remissinstanser beträffande departementspromemorian
(1992:121) Anbudskonkurrens vid offentlig produktion
- ett lagförslag

Myndigheter

1. Hovrätten över Nedre Norrland
2. Kammarrätten i Göteborg
3. Stockholms tingsrätt
4. Kommerskollegium
5. Riksrevisionsverket
6. Statskontoret
7. Byggnadsstyrelsen
8. Vägverket
9. Banverket
10. Televerket
11. Glesbygdsmyndigheten
12. Marknadsdomstolen
13. Konkurrensverket
14. Närings- och teknikutvecklingsverket
15. Konsumentverket/KO
16. Länsstyrelsen i Norrbottens län
17. Länsstyrelsen i Örebro län
18. Länsstyrelsen i Stockholms län
19. Länsstyrelsen i Malmöhus län
20. Handelshögskolan i Stockholm
21. Handelshögskolan vid Göteborgs universitet - Företags-ekonomiska institutionen
22. Juridiska fakulteten vid universitetet i Stockholm
23. Juridiska fakulteten vid Lunds universitet
24. Institutet för ekonomisk forskning vid Lunds universitet
25. Högskolan i Karlstad

Landsting och kommuner

26. Stockholms läns landsting
27. Landstinget i Uppsala län
28. Landstinget Sörmland
29. Landstinget i Östergötland
30. Landstinget i Jönköpings län
31. Landstinget Kronoberg
32. Kalmar läns landsting

33. Landstinget Blekinge
34. Kristianstads läns landsting
35. Malmöhus läns landsting
36. Landstinget Halland
37. Bohuslandstinget
38. Landstinget Älvsborg
39. Landstinget Skaraborg
40. Landstinget i Värmland
41. Örebro läns landsting
42. Landstinget Västmanland
43. Landstinget Dalarna
44. Landstinget Gävleborg
45. Västernorrlands läns landsting
46. Jämtlands läns landsting
47. Västerbottens läns landsting
48. Norrbottens läns landsting
49. Nacka kommun
50. Vaxholms kommun
51. Östersunds kommun
52. Bodens kommun
53. Piteå kommun
54. Uddevalla kommun
55. Fagersta kommun
56. Hällefors kommun
57. Olofströms kommun
58. Surahammars kommun
59. Eksjö kommun
60. Stenungsunds kommun
61. Sölvesborgs kommun
62. Bjurholms kommun
63. Bräcke kommun
64. Pajala kommun
65. Ånge kommun
66. Åre kommun
67. Borgholms kommun
68. Gotlands kommun
69. Haninge kommun
70. Stockholms stad
71. Motala kommun
72. Norrköpings kommun
73. Oskarshamns kommun
74. Karlshamns kommun
75. Malmö kommun
76. Vellinge kommun
77. Göteborgs kommun
78. Melleruds kommun
79. Hjo kommun
80. Karlsborgs kommun
81. Karlstads kommun

82. Sunne kommun
83. Årjängs kommun
84. Nora kommun
85. Orsa kommun
86. Härjedalens kommun
87. Ljusdals kommun
88. Umeå kommun
89. Vilhelmina kommun
90. Kiruna kommun

Övriga

91. Landstingsförbundet
92. Svenska Kommunförbundet
93. KOMREV AB
94. Föreningens Sveriges Kommunalekonomer
95. Sveriges kommunaljuridiska förening
96. Kommunala Inköparens Förening
97. Sveriges Industriförbund
98. Grossistförbundet Svensk Handel
99. Företagarnas Riksorganisation
100. Tjänsteförbundet
101. Svenska Handelskammareförbundet
102. Svenska Arbetsgivareföreningen
103. Sveriges Köpmannaförbund
104. Privatiseringsfrämjandet
105. Skattebetalarnas Förening
106. Byggtreprenörerna
107. Svenska lokaltrafikföreningen
108. Svenska vatten- och avloppsverksföreningen
109. Värmeverksföreningen
110. Svenska Konsultföreningen
111. Sveriges Tvätteriförbund
112. Sveriges Städentreprenörers Riksförbund
113. Svenska Taxiförbundet
114. Fria Taxi
115. Motorbranschens Riksförbund
116. Svenska kyrkans Församlings- och pastoratsförbund
117. Sveriges Akademikers Centralorganisation
118. Tjänstemännens Centralorganisation
119. Landsorganisationen i Sverige
120. Sveriges Kommunaltjänstemannaförbund

Lagrådsremissens lagförslag

1 Förslag till

Lag om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling

Härigenom föreskrivs följande.

Inledande bestämmelser

1 § Denna lag gäller otillbörliga beteenden avseende upphandling som omfattas av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, när en sådan upphandling genomförs.

2 § I denna lag avses med "enhet": statliga, kommunala och andra myndigheter, beslutande församlingar i kommuner, landsting och kyrkliga kommuner samt sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som anges i 1 kap. 5 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, med undantag av företag som har särskilt tillstånd enligt 4 kap. 1 § andra stycket den lagen.

Ingripande mot otillbörligt beteende

3 § Marknadsdomstolen får efter ansökan ingripa mot en enhets beteende avseende upphandling som domstolen vid en samlad bedömning finner otillbörligt genom att

1. något företag diskrimineras i påtaglig omfattning i förhållande antingen till den verksamhet som enheten själv bedriver för att tillhandahålla en vara, tjänst eller annan nyttinghet eller till ett annat företag, eller

2. beteendet i påtaglig omfattning på något annat sätt snedvrider förutsättningarna för konkurrens vid upphandlingen.

4 § Ingripande enligt 3 § sker genom beslut av Marknadsdomstolen att

1. förbjuda enheten att tillämpa beteendet eller väsentligen samma beteende som det förbjudna, eller

2. ålägga enheten att ändra beteendet så, att det upphör att vara otillbörligt.

5 § Ansökan om ingripande enligt 3 § får göras av Konkurrensverket.

Om verket för ett visst fall beslutar att inte göra ansökan, får ansökan göras av en sammanslutning av konsumenter, löntagare eller företag eller av ett företag som berörs av beteendet.

Beslut i väntan på slutlig prövning

6 § Om det finns särskilda skäl för det, får beslut om förbud eller åläggande enligt 4 § meddelas för tiden till dess att frågan slutligt har avgjorts.

Omprövning

7 § Har Marknadsdomstolen prövat en fråga om ingripande mot ett beteende enligt 3 § hindrar detta inte att frågan efter ny ansökan omprövas, om

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

8 § Ansökan om omprövning enligt 7 § får göras av Konkurrensverket eller, om verket beslutar att inte göra ansökan, av någon som annars är behörig enligt 5 §. Ansökan får också göras av en enhet mot vilken ett beslut om förbud eller åläggande riktar sig.

Uppgiftsskyldighet

9 § Om det behövs för att Konkurrensverket skall kunna fullgöra sina uppgifter enligt denna lag, får verket ålägga en enhet eller någon annan att tillhandahålla uppgifter, handlingar eller annat.

Ett sådant åläggande får inte innebära att någon betungas onödigt.

10 § Ett åläggande enligt 9 § gäller omedelbart, om något annat inte bestäms.

Vite

11 § Ett förbud eller åläggande enligt 4 eller 9 § får förenas med vite.

12 § Talan om utdömmande av vite som förelagts med stöd av denna lag förs vid länsrätten av Konkurrensverket. I fråga om vite som Marknadsdomstolen har förelagt på talan av någon annan, får talan om utdömmande föras även av denne.

Överklagande

13 § Konkurrensverkets beslut enligt 9 § får överklagas hos länsrätten. Andra beslut av verket enligt denna lag får inte överklagas.

14 § En handelskammare som är auktoriserad enligt lagen (1990:515) om auktorisation av handelskamrar får på begäran av en enhet utse en oberoende granskare som prövar och ser över enhetens rutiner för att ta till vara konkurrensmöjligheter i fråga om den verksamhet som enheten själv bedriver för att tillhandahålla en vara, tjänst eller annan nyttinghet eller som bedrivs hos någon annan för enhetens räkning. Granskaren skall därefter i ett skriftligt utlåtande redovisa utfallet av granskningen.

Enheten skall stå för kostnaderna för granskningen.

Denna lag träder i kraft den dag regeringen bestämmer.

2 Förslag till Lag om ändring i lagen (1970:417) om marknadsdomstol m.m.¹

Prop. 1993/94:35

Härigenom föreskrivs att 1, 13, 14 och 15 §§ lagen (1970:417) om marknadsdomstol m.m. skall ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

1 §²

Marknadsdomstolen handlägger mål enligt

Marknadsdomstolen handlägger mål enligt

1. konkurrenslagen (1993:20),
2. marknadsföringslagen (1975:1418),
3. lagen (1971:112) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden,
4. lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare,
5. produktsäkerhetslagen (1088:1604).

1. konkurrenslagen (1993:20),
2. marknadsföringslagen (1975:1418),
3. lagen (1971:112) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden,
4. lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare,
5. produktsäkerhetslagen (1988:1604),
6. lagen (1993:000) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling.

¹Omtryckt 1984:294. Senaste lydelse av lagens rubrik 1972:732.

²Senaste lydelse 1993:22.

Bestämmelserna i 14, 15 och 16-22 §§ tillämpas inte i mål enligt konkurrenslagen (1993:20). I stället gäller vad som föreskrivs i den lagen.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

13 §³

Ansökan om förbud eller åläggande enligt 2-4 §§ marknadsföringslagen (1975:1418), 1 § lagen (1971:112) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden, 1 § lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare eller 5-9 §§ eller 12 § tredje stycket produktsäkerhetslagen (1988:1604) görs skriftligen. Av ansökningsen skall de skäl framgå på vilka ansökningsen grundas och den utredning som sökanden åberopar.

Ansökan görs skriftligen om förbud eller åläggande enligt 2-4 §§ marknadsföringslagen (1975:1418), 1 § lagen (1971:112) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden, 1 § lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare, 5-9 §§ eller 12 § tredje stycket produktsäkerhetslagen (1988:1604) eller 3 §' lagen (1993:000) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling. Av ansökan skall de skäl framgå på vilka ansökan grundas och den utredning som sökanden åberopar.

³Senaste lydelse 1993:22

Sökanden och hans motpart skall beredas tillfälle att vid sammanträde inför Marknadsdomstolen lägga fram sina synpunkter och förebringa den utredning de vill åberopa.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

14 §⁴

I mål enligt marknadsföringslagen (1975:1418), lagen (1971:112) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden och produktsäkerhetslagen (1988:1604) skall konsumentombudsmannen kallas till sammanträde, även om han inte är sökande. Vidare skall den som medverkar enligt 13 a § kallas till sammanträde.

I mål enligt marknadsföringslagen (1975:1418), lagen (1971:112) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden och produktsäkerhetslagen (1988:1604) skall konsumentombudsmannen kallas till sammanträde, även om han inte är sökande. Vidare skall den som medverkar enligt 13 a § kallas till sammanträde. *I mål enligt lagen (1993:000) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling skall Konkurrensverket kallas till sammanträde, även om verket inte är sökande.*

Före sammanträde kan muntlig eller skriftlig förberedelse äga rum i den utsträckning domstolen bestämmer.

Mål får avgöras och dom med anledning av särskild prövning enligt 15 a § meddelas utan sammanträde enligt 14 § första stycket, om tillfredsställande utredning föreligger och part inte begär sammanträde. Ansökan som uppenbart inte förtjänar avseende får avslås utan sådant sammanträde.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

15 §⁵

Fråga om förbud eller åläggande enligt 13 § marknadsföringslagen (1975:1418), 5 § lagen (1971:112) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden eller 21 § produkt-

Fråga om förbud eller åläggande enligt 13 § marknadsföringslagen (1975:1418), 5 § lagen (1971:112) om avtalsvillkor i konsument-

⁴Senaste lydelse 1993:22

⁵Senaste lydelse 1993:22

säkerhetslagen (1988:1604) får
prövas utan sammanträde enligt 14
§ första stycket.

förhållanden, eller 21 § produktsä-
kerhetslagen (1988:1604) eller 6 §
lagen (1993:000) om ingripande
mot otillbörligt beteende avseende
offentlig upphandling får prövas
utan sammanträde enligt 14 § för-
sta stycket.

Prop. 1993/94:35

Förbud eller åläggande som avses i andra stycket får inte beslutas utan att den som förbudet eller åläggandet avser fått tillfälle att yttra sig i frågan, såvida det inte finns anledning anta, att han avvikit eller eljest håller sig undan. I ett mål om åläggande eller förbud enligt 5-9 § eller 12 § tredje stycket produktsäkerhetslagen får marknadsdomstolen dock även i annat fall omedelbart meddela beslut enligt 21 § samma lag, om synnerliga skäl föreligger.

Denna lag träder i kraft den dag regeringen bestämmer.

Lagrådets yttrande

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 1993-09-24

Närvarande: F.d. regeringsrådet Bengt Hamdahl, justitierådet Hans-Gunnar Solerud, regeringsrådet Anders Swartling.

Enligt protokoll vid regeringssammanträde den 15 juli 1993, varvid statsrådet Per Westerberg varit föredragande, har regeringen för lagrådets yttrande överlämnat förslag till lag om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling, m.m.

Förslagen har inför lagrådet föredragits av departementsrådet Staffan Sandström.

Förslagen föranleder följande yttrande av lagrådet:

Förslaget till lag om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling

I lagrådsremissen behandlas bl.a. den föreslagna lagregleringens förhållande till grundlagarna och andra rättsregler av övergripande natur. Lagrådets granskning har inte givit anledning till erinringar i denna del. Däremot har granskningen av förslaget från andra synpunkter föranlett en omarbetning av det remitterade lagförslaget. Lagrådets förslag till lagtext framgår av bilaga till detta protokoll.

Det av lagrådet utarbetade lagförslaget bör kommenteras såvitt avser 3 §.

Av specialmotiveringen till 1 § i remissförslaget framgår att det i denna paragraf använda uttrycket "när en sådan upphandling genomförs" är avsett att markera att ingripanden inte skall göras tillämpliga på förberedande stadier i ett upphandlingsförfarande. Lagrådet anser att detta i stället lämpligen kan klargöras i förevarande paragraf. Av uttalanden i remissen framgår vidare att ingripanden enligt den föreslagna lagen inte skall kunna göras när en enhet, utan att andra företag är inblandade ens genom en anbudsinfordran, upphandlar varor eller tjänster genom att träffa avtal direkt med ett företag. Lagrådet föreslår att detta framhålls tydligare i lagtexten. De nu anförda synpunkterna föreslår lagrådet bli beaktade genom att "vid genomförande av upphandling i anbuds konkurrens" införs i inledningen till 3 §.

Förevarande lagförslag är inriktat på att tillgodose ett annat statens intresse av konkurrens än det som, åtminstone i första rummet, skall tillgodoses genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. I lagförslagets motiv kommer också till klart uttryck att beslut om ingripande enligt den föreslagna ordningen i allt väsentligt avser upphandlande enheters beteenden vid genomförandet av framtida upphandlingar och inte beteenden under pågående upphandlingsförfaranden. Den före-

slagna lagtexten har emellertid utformats på ett sätt som skall kunna fånga in även sistberörda beteenden. I specialmotiveringen till 4 § har dock framhållits att om en viss anbudstävling påbörjats det bör "krävas mycket starka skäl för att då gå in för att skapa förändringar genom meddelande av förbud". Att så skall vara fallet har enligt motiveringen bedömts ligga i sakens natur, eftersom det i lagen om offentlig upphandling finns en speciell, för just denna situation utformad rättslig reglering som ger möjlighet för berörda företag att föra talan om länsrättsingripande.

Enligt lagrådets mening borde en begränsning av den föreslagna lagens tillämpning på pågående förfaranden av det slag som behandlats i specialmotiveringen framgå av lagtexten. Emellertid bör också följande beaktas. Såsom nyss framhållits skall visserligen den föreslagna lagen och lagen om offentlig upphandling väsentligen tillgodose skilda ändamål. Under föredragningen av remissen har det dock framkommit att de möjligheter att ingripa i pågående upphandlingsförfaranden som ges enligt sistnämnda lag indirekt kan komma att tillgodose även ändamålet med den föreslagna lagen i en omfattning som får den enligt specialmotiveringen avsedda mycket begränsade användningen av den nya lagen att framstå som närmast obehövlig. Lagrådet föreslår därför att lagens tillämpningsområde helt begränsas till beslut avseende framtida upphandlingar och inte alls berör beteenden under ett pågående upphandlingsförfarande samt att lagtexten utformas på ett sådant sätt att detta kommer till klart uttryck. Lagrådet har således ansett sig kunna bortse från att med lagens utformning enligt detta förslag ett visst beteende som förbjuds för framtiden i något fall skulle bli opåtalat använt i ett pågående förfarande.

En konsekvens av den sålunda föreslagna inriktningen av bestämmelsen på framtida beteenden är att de ingripanden som Marknadsdomstolen kan göra inte behöver innefatta ett sådant åläggande att ändra ett beteende som i remissförslaget tagits upp i bestämmelser i 4 § 2. Lagrådet föreslår att den bestämmelsen utgår ur förslaget.

I remissprotokollet anförs att ingripande mot ett visst beteende inte förutsätter att beteendet redan har tillämpats av den offentlige aktören. Det vore, sägs det, en praktiskt sett olämplig ordning att dra upp sådana juridiska gränser i fråga om beteenden avseende upphandling som gör det rättsligt betydelsefullt huruvida ett visst förfarande har kommit till användning eller inte, när förbudsfrågan övervägs. Självfallet måste det dock finnas saklig grund för att meddela förbudet oaktat att beteendet inte förekommit tidigare. Det måste alltså, enligt remissen, finnas en tillräcklig grad av sannolikhet för att ingripandet behövs för att motverka risken av att beteendet tillämpas.

De beviskrav som sålunda uppställs bör komma till uttryck i 3 §, som i lagrådets förslag ersätter 3 och 4 §§ i det remitterade förslaget.

Förslaget till lag om ändring i lagen (1970:417) om
marknadsdomstol m.m.

Prop. 1993/94:35
Bilaga 5

Förslaget lämnas utan erinran, bortsett från att en hänvisning i 15 §
måste ändras om lagrådets förslag till lydelse av lagen om ingripande
mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling följs.
Bilaga till lagrådets protokoll 1993-09-24

Lag om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling

Härigenom föreskrivs följande.

Inledande bestämmelser

1 § Denna lag gäller otillbörliga beteenden avseende upphandling som
omfattas av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

2 § I denna lag avses med "enhet": statliga, kommunala och andra myn-
digheter, beslutande församlingar i kommuner, landsting och kyrkliga
kommuner samt sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser
som utgör upphandlande enhet enligt 1 kap. 5 § lagen (1992:1528) om
offentlig upphandling, med undantag av företag som har särskilt till-
stånd enligt vad som anges i 4 kap. 1 § andra stycket den lagen.

Förbud mot otillbörligt beteende

3 § Marknadsdomstolen får efter ansökan förbjuda en enhet att vid
genomförande av upphandling i anbudskonkurrens tillämpa ett visst
beteende avseende upphandling som vid en samlad bedömning är att
anse som otillbörligt på grund av att

1. något företag påtagligt diskrimineras i förhållande antingen till den
verksamhet som enheten själv bedriver för att tillgodose behovet av en
vara, tjänst eller annan nyttinghet eller till ett annat företag, eller

2. beteendet på något annat sätt påtagligt snedvrider förutsättningar
för konkurrens.

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

Ett förbud får gälla inte bara ett visst angivet beteende utan även
beteenden som väsentligen överensstämmer med det angivna.

Beslut i väntan på slutlig prövning.

4 § Om det finns särskilda skäl för det, får beslut om förbud enligt 3 §
meddelas för tiden till dess att frågan slutligt har avgjorts.

5 § Har Marknadsdomstolen prövat en fråga om förbud enligt 3 § hindrar detta inte att frågan efter ny ansökan omprövas, om

1. de omständigheter som låg till grund för det första avgörandet har förändrats i något väsentligt avseende, eller

2. det finns något annat särskilt skäl som bör föranleda omprövning.

Ansökan

6 § Ansökan om förbud enligt 3 § eller om omprövning enligt 5 § får göras av Konkurrensverket.

Om verket för ett visst fall beslutar att inte göra ansökan, får ansökan göras av en sammanslutning av konsumenter, löntagare eller företag eller av ett företag som berörs av beteendet.

Ansökan om omprövning får också göras av en enhet mot vilken ett beslut om förbud riktar sig.

Uppgiftsskyldighet

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

Ett sådant åläggande får inte innebära att någon betungas onödigt.

8 § Ett åläggande enligt 7 § gäller omedelbart, om något annat inte bestäms.

Vite

9 § Ett förbud eller åläggande enligt 3 eller 7 § får förenas med vite.

10 § Talan om utdömmande av vite som förelagts med stöd av denna lag förs vid länsrätten av Konkurrensverket. I fråga om vite som Marknadsdomstolen har förelagt på talan av någon annan, får talan om utdömmande föras även av denne.

Överklagande

11 § Konkurrensverkets beslut enligt 7 § får överklagas hos länsrätten. Andra beslut av verket enligt denna lag får inte överklagas.

Frivillig granskning

12 § En handelskammare som är auktoriserad enligt lagen (1990:515) om auktorisation av handelskamrar får på begäran av en enhet utse en oberoende granskare som prövar och ser över enhetens rutiner för att ta till vara konkurrensmöjligheter när enheten skall tillgodose behovet av

varor och tjänster. Granskaren skall därefter i ett skriftligt utlåtande redovisa utfallet av granskningen.

Prop. 1993/94:35
Bilaga 5

Enheten skall stå för kostnaderna för granskningen.

Denna lag träder i kraft den dag regeringen bestämmer.

NÄRINGSDEPARTEMENTET

Utdrag ur protokoll vid regeringssammanträde den 7 oktober 1993

Närvarande: statsministern Bildt, ordförande, och statsråden B. Westerberg, Friggebo, Johansson, Laurén, Hörnlund, Olsson, Svensson, af Ugglas, Dinkelspiel, Thurdin, Hellsvik, Wibble, Björck, Davidson, Könberg, Odell, Lundgren, Unckel, P. Westerberg, Ask

Föredragande: statsrådet P. Westerberg

Regeringen beslutar proposition 1993/94:35 Ingreppande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling.

