

LEXNET

EUROPEAN INFORMATION - SIA

PUBLIC PROCUREMENT

SWEDISH CASES

2005

Skolas iela 4-11
LV-1010 Riga, Latvia
VAT LV 40003655379

Phone: +371-7039-355
Fax: +371-7039-240
Mobile: +45-2622-0055

E-Mail: pgj@lexnet.dk
Website: www.lexnet.dk
Member: www.eurolex.com



[hem](#) | [om nou](#) | [upphandlingsregler](#) | [publikationer](#) | [annonsering](#) || [vanliga frågor](#) | [ordlista](#) | [länkar](#) |

Ärenden

Frågan om kommunala bostadsföretag är upphandlande enheter	dnr 2003/0303 -- 0310-29 och 2004/0075-29	PDF
Modell för utvärdering av anbud vid offentlig upphandling	Dnr 2004/0024-26	PDF
Stockholms stads tillstånd att överlåta ett upphandlat avtal på en ny leverantör	Dnr 2003/0328-26	PDF
Medgivande av AMS att ett upphandlingskontrakt får övertagas av annan leverantör än den som tilldelats kontraktet	Dnr 2004/0034-29	PDF
Frågan om Elmia AB är en upphandlande enhet	Dnr 2004/0106-26	PDF
Landstingets i Värmland avbrytande av upphandling	Dnr 2004/0105-26	PDF
AB Storstockholms Lokaltrafik avtal med Tidnings AB Metro	Dnr 2003/0276-26	PDF
Svenska kyrkans ställning som upphandlande enhet enligt 1 kap. 6 § LOU.	Dnr 2004/0040-29	PDF
NOU har gjort bedömningen att Sveaskog är en upphandlande enhet i den mening som avses i 1 kap. 6 § LOU.	Dnr 2003/0221-29	PDF
Täby Fastighets AB:s anbudsförfarande avseende ridanläggning på Hägerneholm, (fråga om tjänstekoncessioner).	Dnr 2001/0204	PDF
Västra Götalandsregionens direktupphandling av ratingundersökning	Dnr 2001/0185	PDF
Granskning av AB Storstockholms lokaltrafik och Citypendeln AB:s avtal om pendeltågtrafik	Dnr 2000/320	PDF
Begäran om samråd avseende avtal om gatumöbler	Dnr 2001/36	PDF

Proportionella kvalifikationskrav och krav på annonsinnehåll	Dnr 2000/138 och 2000/187	PDF
Om sponsringsavtal omfattas av reglerna i LOU	Dnr 2001/115	PDF
Behov av vissa ändringar i LOU beträffande urvalsupphandling	Dnr 2001/114	PDF
Väsentlig ändring av avtalets villkor under avtalstiden	Dnr 2000/292	PDF
Anskaffning av äldreomsorg (bl.a. begreppet synnerliga skäl vid direktupphandling)	Dnr 222/97	PDF
Avbruten upphandling	Dnr 160/98 och 167/98	PDF
Ramavtal och begreppet affärsmässighet	Dnr 203/96	PDF
Stockholms läns landstings förfrågan om läkmedelsrabatter	Dnr 176/98	PDF

För att läsa vissa av publikationerna krävs en PDF-läsare. Ladda hem [Acrobat Reader](#) gratis

[hem](#) | [om nou](#) | [upphandlingsregler](#) | [publikationer](#) | [annonsering](#) | [vanliga frågor](#) | [ordlista](#) | [länkar](#) |

Uppdaterad 2005-11-10

Adress

Vasagatan 44
111 20 Stockholm

Telefon

08-454 44 40

Fax

08-791 72 81

E-post

registrator.nou@nou.se

Kristian Pedersen

DATUM
2005-10-17

DIARIENR
2003/0306-29
2003/0307-29
2003/0308-29
2003/0309-29
2003/0310-29
2004/0075-29

1 (15)

ERT DATUM

ER BETECKNING

Enligt sändlista

Frågan om kommunala bostadsföretag är upphandlande enheter - Förvaltnings AB Framtiden, Bostads AB Poseidon, Göteborgs stads Bostads AB, Familjebostäder i Göteborg AB, Bostads AB Gårdsten och AB Hjällbo Bostaden

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar, med stöd av 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), tillsyn över den offentliga upphandlingen.

1 Inledning

NOU har mot bakgrund av att frågan uppkommit i ett antal tillsynsärenden funnit det angeläget att närmare utreda huruvida kommunala bostadsföretag är upphandlande enheter i den mening som avses i LOU.

NOU har tillskrivit Förvaltnings AB Framtiden, Bostads AB Poseidon, Göteborgs stads Bostads AB, Familjebostäder i Göteborg AB, Bostads AB Gårdsten och AB Hjällbo Bostaden (nedan kallade bolagen) och begärt att bolagen skall lämna besked om huruvida de anser sig vara upphandlande enheter i den mening som avses i 1 kap. 6 § LOU.

Bolagen har i yttranden till NOU, med en till samtliga yttranden bifogad rättsutredning, anfört i huvudsak följande.

Bolagen tillgodoser behov i det allmännas intresse. Vad sedan gäller den avgörande frågan huruvida bolagen tillgodoser behov som är av industriell

Kristian Pedersen

och kommersiell karaktär, skall göras en helhetsbedömning utifrån samtliga relevanta faktiska och rättsliga omständigheter. Gemensamt för bolagen är att de bildats för att tillhandahålla hyresrättslägenheter i Göteborg. Detta sker i full konkurrens med de privata aktörerna på bostadsmarknaden i Göteborg. Konkurrensen märks bland annat under ekonomiskt sämre tider, då vakanser har uppstått i främst de mindre attraktiva delarna av bolagens bostadsbestånd. I sådana fall har olika konkurrensmedel nyttjats, exempelvis olika former av hyresrabatter. Bostäderna hyrs ut till privatpersoner och anslutande butiks- och verksamhetslokaler hyrs ut till kommersiella företag. Bolagen verkar i båda avseendena på normala marknadsmässiga villkor. Bolagen har avkastningskrav och skall visa vinst. Som framgår av lagförarbeten och doktrin gäller inte självkostnadsprincipen överhuvudtaget inom kommunal fastighetsförvaltning. Bolagen skall bygga upp en solid ekonomi, som ger bolagen förmåga att bära eventuella förluster och som ger bolagen förutsättningar för att finansiera sig själva på egna meriter utan stöd av Göteborgs stad. Det ankommer på bolagen att själva bära eventuella uppkommande förluster. Skulle något bolag bli insolvent finns inga garantier för att Göteborgs stad skulle förse bolaget med erforderligt kapitaltillskott. Om bolagen eller vissa av dem skulle få allvarliga ekonomiska problem kan man för övrigt fråga sig om inte situationen för Göteborgs stad i sådant fall generellt skulle vara så bekymmersam att det är tveksamt om stadens medel skulle räcka till för att hålla bostadsbolagen under armarna. I sammanhanget kan noteras att ett bolag som ägdes av ett antal förortskommuner till Göteborg för några år sedan hamnade på obestånd och blev försatt i konkurs. Bolagen finansierar sig helt på egna meriter huvudsakligen genom banklån samt genom emission av obligationslån på den internationella marknaden med börsnotering i Stockholm och Luxemburg. Inget stöd erhålls från Göteborgs stad i form av kommunal borgen eller dylikt för bolagens finansiering. Sammanfattningsvis anför bolagen att de verkar på normala marknadsmässiga villkor, har ett vinstsyfte och har ansvaret för att bära de förluster som kan uppstå i samband med utövandet av verksamheten, och att de behov som tillgodoses därför är av industriell eller kommersiell karaktär. Bolagen anser sig därför inte vara upphandlande enheter enligt LOU.

Kristian Pedersen

1.1 Begreppet upphandlande enhet enligt 1 kap. 6 § LOU

Begreppet ”upphandlande enhet” innefattar enligt 1 kap. 6 § LOU¹ sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär och

1. vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet², eller
2. vars upphandling står under statlig eller kommunal tillsyn eller en tillsyn av en annan upphandlande enhet, eller
3. vars styrelse till mer än halva antalet ledamöter utses av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet.

EG-domstolen har i ett flertal domar klargjort vilka typer av organisationer som är skyldiga att tillämpa upphandlingsdirektivens bestämmelser (för svenskt vidkommande 1 kap. 6 § LOU). Av domstolens praxis följer att bestämmelserna skall tillämpas fullt ut på en organisations hela verksamhet även om endast en mindre del av organisationens verksamhet omfattas av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven, och större delen av verksamheten är ren affärsverksamhet av kommersiell eller industriell karaktär. En motsatt tolkning skulle enligt EG-domstolen strida mot kravet på rättssäkerhet (legal certainty).³

Av EG-domstolens dom i *BFI Holding*⁴ framgår vad som avses med att en organisation, för att vara upphandlande enhet, skall tillgodose behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Domstolen uttalade att lagstiftaren har gjort en åtskillnad mellan dels allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär, dels allmännyttiga behov som är av industriell eller kommersiell karaktär. Domstolen fann att om lagstiftaren ansett att allmännyttiga behov inte kunde vara av kommersiell eller industriell karaktär skulle preciseringen inte ha varit nödvändig. Den gemenskapsrättslige lagstiftaren har med skrivningen

¹ Definitionen bygger på varudirektivet 93/36/EEG art. 1 b, byggdirektivet 93/37/EEG art. 1 b och tjänstedirektivet 92/50/EEG art. 1 b.

² Enligt upphandlingsdirektiven ”... som till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt ...”.

³ Se t.ex. mål C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG m.fl. mot Strohal Rotationsdruck GsmBH (SRG) p. 34. REG 1998, sid. I-73.

⁴ Mål C-360/96 Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden mot BFI Holding BV, REG 1998, sid. I-6821.

Kristian Pedersen

avsett att skapa en underkatalog av sådana behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.⁵ Den industriella eller kommersiella karaktären är ett kriterium som avser att precisera begreppet allmännyttiga behov i den meningen som avses i denna bestämmelse. Domstolen ansåg vidare att allmännyttiga behov som inte är av kommersiell eller industriell karaktär inte utesluter behov som även tillgodoses eller skulle kunna tillgodoses av privata företag.⁶ Direktivet avser enbart behov som den offentlighetsrättsliga organisationen skall tillgodose, inte huruvida dessa behov kan tillgodoses av privata företag eller ej. Att det förekommer konkurrens är inte tillräckliga skäl för att utesluta en organisation som finansieras eller kontrolleras av en myndighet ur kretsen upphandlande enheter.

Domstolen angav vidare att en snävare tolkning skulle beröva begreppet organ som lyder under offentlig rätt dess innehåll. En organisation kan således vara en upphandlande enhet även om privata företag tillgodoser samma behov som denna organisation. Frånvaron av konkurrens är således inte nödvändig för att definiera en organisation som lydande under offentlig rätt. Domstolen betonade dock att konkurrens i och för sig inte saknar relevans vid bedömningen. Förekomsten av konkurrens kan vara ett tecken på att det är fråga om ett allmännyttigt behov som är av industriell eller kommersiell karaktär.⁷ Slutligen konstaterade EG-domstolen att förekomsten eller frånvaron av allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär skall bedömas objektivt. Den juridiska formen för de bestämmelser där sådant behov uttrycks saknar i det avseendet betydelse. Det är därför inte nödvändigt att organisationen genom lag eller annan författning skall ha ålagts att tillgodose ett allmännyttigt behov.⁸ Begreppet upphandlande enhet skall tolkas funktionellt för att ge full verkan åt principen om fri rörlighet.

Även av EG-domstolens dom i *Korhonen m.fl.*⁹ framgår vad som avses med ”industriell eller kommersiell karaktär”. Den nationella domstolen ville enligt sin begäran om förhandsavgörande, att EG-domstolen skulle fastställa

⁵ BFI Holding, p. 34-35.

⁶ BFI Holding, p. 51 f.

⁷ BFI Holding, p. 47-50. Liknande resonemang upprepas även i mål C-373/00 Adolf Truley, p. 61 och i mål C-18/01 Korhonen, p. 50.

⁸ BFI Holding, p. 60.

⁹ Mål C-18/01, Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy, Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa mot Varkauden Taitotalo Oy, REG 2003, sid. I-5321.

Kristian Pedersen

i vilken mån ett aktiebolag, vilket bildats, innehades och förvaltades av en finsk stad, kunde anses vara en upphandlande enhet och således ha tillkommit för att tillgodose ett allmännyttigt behov som inte var av industriell eller kommersiell karaktär. Bolagets huvudsakliga verksamhet bestod av att förvärva, avyttra och uthyra fast egendom samt anordna och tillhandahålla fastighets- och förvaltningstjänster och andra tilläggstjänster. Målet avsåg särskilt frågan när ett sådant bolag anskaffar tjänster för projektering och byggnadsutformning inom ramen för ett byggprojekt som innefattar uppförande av flera kontorsfastigheter och ett parkeringshus i syfte att låta bygga dessa lokaler endast för privata företag. Den finska domstolen frågade också huruvida bedömningen av villkoret ”icke-industriell eller kommersiell karaktär” skulle vara annorlunda för det fall det aktuella byggprojektet avsåg att på den regionala eller lokala myndighetens territorium skapa gynnsamma förhållanden för andra bolags utövande av verksamhet med vinstsyfte. Slutligen frågade den finska domstolen om bedömningen skulle bli annorlunda ifall aktiebolaget endast hade en specifik kund.

EG-domstolen uttalade att bedömning i första hand skulle göras av huruvida bolaget uppfyllde allmännyttiga behov och därefter om dessa behov var av industriell eller kommersiell karaktär. Vad avsåg frågan om allmännyttiga behov, konstaterade domstolen att bolaget i det aktuella fallet skulle uppföra flera kontorsfastigheter och ett parkeringshus, vilka skulle tillhandahållas högteknologiska företag. Detta eftersom bolagets ägare, den finska staden, hade beslutat att skapa ett centrum för teknisk utveckling på sitt territorium. EG-domstolen menade att denna verksamhet kunde anses tillgodose allmännyttiga behov. För att sedan fastställa om dessa allmännyttiga behov var av industriell eller kommersiell karaktär menade EG-domstolen att man måste se på omständigheterna som var aktuella vid bildandet av bolaget och de villkor på vilka det utövade sin verksamhet. Detta innefattade, enligt domstolen, särskilt¹⁰ en bedömning av, om det saknades ett huvudsakligt vinstsyfte, om bolaget självt stod den ekonomiska risken för den verksamhet som det utövade och om verksamheten hade helt eller delvis offentlig finansiering.

¹⁰ Korhonen m.fl., p. 59. I den svenska versionen av domen står ”... vilket bland annat innefattar ...”. Av de engelska, tyska och danska versionerna av domen framgår dock att den korrekta svenska lydelsen torde vara ”... vilket särskilt innefattar ...”.

Kristian Pedersen

EG-domstolen konstaterade därefter att den finska regeringen påpekat att även om bolag av den aktuella typen juridiskt sett inte skiljer sig nämnvärt från aktiebolag som ägs av privata aktörer, eftersom de står samma ekonomiska risker som de senare och även kan försättas i konkurs, tillåter sällan de regionala eller lokala myndigheter som de tillhör att de går i konkurs, utan tillför i förekommande fall nytt kapital till bolagen så att de kan fortsätta att utföra de uppgifter för vilka de bildats. Den finska regeringen hade vidare klargjort att även om det inte är uteslutet att den verksamhet som bolag av den aktuella typen utövar genererar vinst, kan strävan efter sådan vinst inte under några omständigheter utgöra det huvudsakliga syftet för nämnda bolag, eftersom dessa alltid enligt finsk lagstiftning måste syfta till att i första hand gynna allmänintresset för invånarna på den regionala eller lokala myndighetens territorium. Vid sådant förhållande, vilket stöddes av det faktum att bolaget erhållit offentlig finansiering för genomförandet av det aktuella byggprojektet, var det enligt EG-domstolen sannolikt att bolagets verksamhet tillgodosåg ett allmännyttigt behov som inte var av industriell eller kommersiell karaktär.

EG-domstolen har i *Kommissionen mot Spanien*¹¹ vidareutvecklat tolkningen av begreppet ”industriell eller kommersiell karaktär”. Målet rörde SIEPSA, ett aktiebolag som inrättats för att äga och förvalta den spanska statens kriminalvårdsanstalter och kriminalvårdsinrättningar. Huvudfrågan i målet var huruvida SIEPSA var en upphandlande enhet. EG-domstolen ansåg det klarlagt att SIEPSA särskilt tillkommit för att med ensamrätt ansvara för genomförandet av program och åtgärder inom ramen för planen för nedläggning och upprättande av kriminalvårdsanstalter, i syfte att genomföra den spanska statens kriminalvårdspolitik. Domstolen fann att de behov som SIEPSA tillgodosåg hade ett nära samband med den allmänna ordningen. Eftersom verkställighet av straff omfattas av statens exklusiva behörighet finns det dessutom enligt EG-domstolen inte någon marknad för de varor och tjänster som SIEPSA tillhandahöll. Bolaget kunde således inte anses bjuda ut varor eller tjänster på den fria marknaden i konkurrens med andra ekonomiska aktörer.

EG-domstolen fann vidare att även om SIEPSA skulle gå med vinst så var det uteslutet att eftersträvandet av vinst i sig utgjorde bolagets huvudsakliga mål, eftersom det av bolagsordningen framgick att bolagets verksamhet (bl.a. förvärv, förvaltning och försäljning av fastigheter) endast utgjorde ett

¹¹ Mål C-283/00, Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Spanien.

Kristian Pedersen

medel för att uppnå bolagets huvudsakliga mål, vilket var att genomföra den spanska statens kriminalvårdspolitik. Domstolen uttalade därefter att "[d]et skall i detta avseende tilläggas att det tycks vara föga troligt att SIEPSA självt måste bära de ekonomiska riskerna av verksamheten, oberoende av huruvida det finns en officiell mekanism för att kompensera SIEPSA:s eventuella förluster." Med hänsyn till de faktiska och rättsliga faktorer som styrde SIEPSA:s verksamhet fann EG-domstolen att bolaget tillgodosåg behov i det allmännas intresse, vilka inte var av industriell eller kommersiell karaktär och att bolaget därför var en upphandlande enhet.

Även om ordalydelsen i 1 kap. 6 § LOU (och de bakomliggande bestämmelserna i upphandlingsdirektiven) förefaller innebära att det är behovens eventuella industriella eller kommersiella karaktär som skall undersökas, har EG-domstolen således i sin praxis, som Arrowsmith påpekat, huvudsakligen fokuserat, inte på behovens natur utan på om den aktuella organisationen bedriver sin verksamhet på kommersiella grunder. Därvid har domstolen beaktat både förutsättningarna på den aktuella marknaden och på själva organisationens natur.¹²

2 Den rättsliga och faktiska bakgrunden

2.1 Förutsättningar givna av den kommunalrättsliga regleringen

Grundläggande bestämmelser om kommunal och landstingskommunal verksamhet återfinns i kommunallagen (1991:900) (KL). Kommunernas och landstingens befogenheter, den s.k. kommunala kompetensen, regleras i 2 kap. KL. Av 2 kap. 1 § framgår att kommuner och landsting själva får ha hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens eller landstingets område eller deras medlemmar och som inte skall handhas enbart av staten, en annan kommun, ett annat landsting eller någon annan. Av 2 kap. 7 § framgår att kommuner och landsting får driva näringsverksamhet, om den drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen eller landstinget. Innehållet i paragrafen är en modernisering av

¹² Arrowsmith, S., The Entity Coverage of the EC Procurement Directives and UK Regulations: A Review, Public Procurement Law Review, nr 2 2004, Sweet and Maxwell, London, sid. 76.

Kristian Pedersen

det gamla i rättspraxis utvecklade förbudet mot att bedriva spekulativ verksamhet.¹³

Av förarbetena till KL framgår bl.a. följande. ”Utgångspunkten för bedömningen av det tillåtna är allmänintresset. Man kan säga att verksamheten skall gå ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt kommunmedlemmarna. Till detta kommer det som ligger i förbudet mot att driva spekulativa företag, nämligen att det huvudsakliga syftet inte får vara att bereda landstinget eller kommunen vinst. Härigenom framträder skillnaden mellan det privata näringslivet, som har ett klart uttalat vinstsyfte, och den kommunala verksamheten som bärs upp av ett allmänt samhälleligt intresse. Man bör notera att lagstiftningen på vissa områden, t.ex. i fråga om hamnverksamhet, utgår från att kommunal verksamhet kan bedrivas med vinst. Detta får dock aldrig vara det primära ändamålet. För att göra det mer tydligt än idag när kommuner och landsting får driva näringsverksamhet bör det tas in en uttrycklig regel om detta i befogenhetskapitlet. Kraven är att verksamheten drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna. En sådan regel visar tydligt att det tillåtna engagemanget i näringslivsfrågor är av ren undantagskaraktär. [---] Vi vill poängtera att den föreslagna regeln inte ställer upp något absolut vinstförbud. Bedömningen av i vilken mån en kommunal verksamhet får generera överskott och hur detta får användas ligger istället inom ramen för tillämpningen av självkostnadsprincipen. Vad den nu aktuella regeln uttrycker är att syftet i huvudsak inte får vara att bereda vinst.”¹⁴

Även riksdagen har i en beskrivning av villkoren för den kommunala näringsverksamheten uttalat att frågan om i vilken utsträckning den kommunala verksamheten får ge överskott och hur detta skall användas får bedömas med ledning av självkostnadsprincipen.¹⁵ Denna uttrycks i 8 kap. 3 c § KL av vilken framgår att kommuner och landsting inte får ta ut högre avgifter än som svarar mot kostnaderna för de tjänster eller nyttigheter som kommunen eller landstinget tillhandahåller.

¹³ Lindquist & Losman, 1991 års kommunallag i dess lydelse den 1 januari 2004 – En handbok med lagtext och kommentarer, 7:e uppl. Norstedts Juridik AB, Stockholm 2004, sid. 25.

¹⁴ Prop. 1990/91:117, sid. 33 f.

¹⁵ Bet. 2002/03:KU21.

Kristian Pedersen

Bestämmelser om kommunala bostadsföretag finns bl.a. i lagen (2002:102) om allmännyttiga bostadsföretag (nedan benämnd LAB). Med allmännyttiga bostadsföretag avses enligt 1 kap. 1 § 1 st. LAB aktiebolag, ekonomiska föreningar och stiftelser som drivs utan vinstsyfte, i sin verksamhet huvudsakligen förvaltar fastigheter i vilka bostadslägenheter upplåts med hyresrätt och är godkänt som allmännyttigt bostadsföretag. Av paragrafens tredje stycke framgår dock att det inte krävs något godkännande för att kommunala bostadsföretag¹⁶ skall anses vara allmännyttiga bostadsföretag i LAB:s mening. Kommunala bostadsföretag är således per definition allmännyttiga bostadsföretag. Av förarbetena till LAB framgår bl.a. att "[r]egeringen delar kommitténs ståndpunkt att det är naturligt att samtliga kommunala bostadsföretag automatiskt förklaras som allmännyttiga när den nya lagen träder i kraft. Det avgörande skälet för denna slutsats är att dessa företag – på grund av att de ägs av kommunen – lyder under ett antal kommunalrättsliga begränsningar. Det är svårt att tänka sig en ordning där kommunerna gavs en möjlighet att äga bostadsföretag som inte har till syfte att just tillgodose ett allmänt intresse. En sådan ståndpunkt styrks av att det förhållandet att kommuner inte har rätt att bedriva näringsverksamhet om syftet är att bereda vinst."¹⁷

Beträffande förbudet mot vinstsyfte och självkostnadsprincipens tillämplighet på de kommunala bostadsföretagen framgår av förarbetena följande. "Kommittén har valt att definiera gränsen mellan det allmännyttiga bostadsföretaget och dess konkurrenter på marknaden utifrån den kommunala principen att näringsverksamhet får bedrivas endast utan vinstsyfte. Att kommunala företag skall drivas utan vinstsyfte framgår av 2 kap. 7 § kommunallagen (1991:900). Bestämmelsen innebär att en kommun eller ett landsting inte får bedriva näringsverksamhet som har till huvudsakligt syfte att ge kommunen eller landstinget ekonomisk vinst. Vad gäller de allmännyttiga företag där kommunen är huvudman innebär kommitténs förslag således ingen materiell förändring av gällande rätt. Det

¹⁶ Ett kommunalt bostadsföretag är enligt 1 kap. 2 § LAB ett allmännyttigt bostadsföretag som en kommun har det bestämmande inflytandet över. Med bestämmande inflytande avses att kommunen äger aktier i ett aktiebolag eller andelar i en ekonomisk förening med mer än hälften av samtliga röster i bolaget eller föreningen och också förfogar över så många röster, eller har rätt att utse eller avsätta mer än hälften av ledamöterna i styrelsen för en stiftelse med egen förvaltning eller är förvaltare i en stiftelse med anknuten förvaltning. Inflytande som utövas av ett företag över vilket kommunen bestämmer på det sätt som anges i paragrafen skall anses utövat av kommunen.

¹⁷ Prop. 2001/02:58, sid. 24.

Kristian Pedersen

är endast ett tydliggörande av vad som gäller redan i dag. Regeringen ställer sig bakom kommitténs bedömning i denna fråga. På grund av det kommunala ägandet ligger det i sakens natur att kommunala bostadsföretag även i framtiden drivs utan vinstsyfte. Däremot råder inte något absolut vinstförbud. Vinstsyftet får dock aldrig vara det primära ändamålet.

Kommittén har vidare föreslagit att de allmännyttiga bostadsföretagen skall bedriva verksamheten utifrån den kommunala självkostnadsprincipen och att den skall regleras i lag. Den närmare utformningen föreslås övervägas inom en särskild utredning. Självkostnadsprincipen gäller som huvudregel för all kommunal verksamhet som skall drivas utan vinstsyfte. Denna princip regleras i 8 kap. 3 c § kommunallagen och innebär att kommuner och landsting inte får ta ut högre avgifter än som svarar mot kostnaderna för de tjänster eller nyttigheter som kommunen eller landstinget tillhandahåller. Regeringen har i propositionen 1993/94:188 Lokal demokrati anfört att den allmänna uppfattningen såväl i doktrin som i tidigare utredningar synes vara att kommunal fastighetsförvaltning inte omfattas av självkostnadsprincipen. Regeringen kan i och för sig förstå de motiv som kommittén anför för sitt förslag att införa en lagreglering av självkostnadsprincipen för allmännyttiga bostadsföretag. Att verksamheten bedrivs utifrån en långsiktig självkostnadsprincip är en av grundvalarna för allmännyttig bostadsverksamhet. Detta lagförslag innehåller en regel som innebär en utdelningsbegränsning för allmännyttiga bostadsföretag. Genom denna reglering uppnås i princip samma effekt som om en lagreglering av självkostnadsprincipen för allmännyttiga bostadsföretag genomförs. Regeringen är mot denna bakgrund inte beredd att föreslå någon förändring beträffande självkostnadsprincipens tillämpning för sådana företag.”¹⁸

Frågan huruvida självkostnadsprincipen är tillämplig på kommunala bostadsföretag synes dock vara föremål för fortsatt debatt. T.ex. har docent Olle Lundin, vid Juridiska institutionen, Uppsala universitet i en rapport till Hyresgästföreningen gett uttryck för uppfattningen att självkostnadsprincipen är tillämplig på kommunala bostadsföretag.¹⁹

¹⁸ Prop. 2001/02:58, sid. 19 f.

¹⁹ Kommunalrättsliga aspekter på kommunala bostadsföretag och koncernbildningar – Rapport angående bostadsföretagens ingående i kommunala koncerner och förenligheten med de kommunalrättsliga skyddsprinciperna, 2004.

Kristian Pedersen

Därefter har dock Kammarrätten i Stockholm i en dom gjort bedömningen att allmännyttiga bostadsföretag inte omfattas av självkostnadsprincipen.²⁰

2.2 De faktiska förutsättningarna

Bestämmelser om statligt stöd till ekonomiskt nödvändiga omstruktureringar av kommunala bostadsföretag finns i förordning (2002:664) om statligt stöd för vissa kommunala åtaganden för boendet (StödF). Av förordningens 1 § 1 st. framgår att stöd kan lämnas för att underlätta en ekonomiskt nödvändig omstrukturering av ett kommunalt bostadsföretag eller på annat sätt minska en kommuns bördor av dess åtaganden för boendet. Av paragrafens andra stycke framgår att med åtaganden för boendet avses bl.a. en kommuns åtaganden, direkt eller indirekt, för ett bostadsföretag över vilket kommunen har bestämmande inflytande d.v.s. ett kommunalt bostadsföretag. Av förordningens 2 och 3 §§ framgår att stöd lämnas i mån av tillgång på medel och att detta kan ske i form av kreditgarantier eller bidrag. Beslut om bidrag fattas av Statens bostadsnämnd. Beslut om kreditgarantier fattas av Statens bostadskreditnämnd.

Ansökan om stöd skall enligt 5 § göras hos Statens bostadsnämnd. Målet med nämndens verksamhet är enligt förarbetena till de ändringar i LAB som trädde i kraft den 1 januari 2003 att "... ge de kommunala bostadsföretagen långsiktigt hållbara ekonomiska förutsättningar för en kostnadseffektiv bostadsförvaltning som är anpassad till den förväntade befolkningsutvecklingen, för att på så sätt minska kommunernas bördor av deras åtaganden för boendet i de fall kostnaden inte kan bäras av kommunen själv. Nämnden skall vidare medverka till att kommunala borgensåtaganden för lån till bostadsrättsföreningar avvecklas. Nämnden kan, utöver att lämna direkta statliga bidrag, medverka vid kommunens och det kommunala bostadsföretagets upplåning och förmedla statliga kreditgarantier. Det kan även bli aktuellt att staten övertar övertaliga fastigheter för utveckling eller avveckling samt att staten blir delägare i och tillskjuter kapital till kommunala bostadsföretag."²¹

²⁰ Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 4919-03, 2004-10-20.

²¹ Prop. 2002/03:1 (Budgetpropositionen för år 2003), bilaga 10, utgiftsområde 18, sid. 20 ff.

Kristian Pedersen

Statens Bostadsomvandling AB är ett helägt statligt bolag som har till uppgift att omvandla tomma bostäder i det kommunala fastighetsbeståndet. Föremålet för bolagets verksamhet är enligt bolagsordningen ”att förvärva, äga, förvalta och utveckla eller avveckla bostadsföretag och fastigheter som övertas från kommuner eller kommunala bostadsföretag”. Statens Bostadsomvandling AB har vid kontakter med NOU uppgivit att en förutsättning för att bolaget skall kunna överta lägenheter är att kommunen har avtal med Statens bostadsnämnd om omstrukturering av det kommunala bostadsföretaget.²²

Ernst & Young Real Estate har på uppdrag av Fastighetsägarna i en rapport kartlagt arten och omfattningen av det offentliga stödet till de kommunala bostadsföretagen.²³ Kartläggningen baserar sig på de offentliga årsredovisningarna för år 2002 för de kommunala bostadsföretag som verkar på den allmänna bostadshyresmarknaden. Totalt omfattar kartläggningen 287 företag. Av dessa har enligt rapporten 273 nettostöd i form av en eller flera av nedanstående stödformer.

1. Direkt stöd för att förbättra resultatet
2. Stöd som reducerar lånekostnaderna
3. Kostnad för eget kapital
4. Stöd i form av otillräckliga avskrivningar

Det sammanlagda stödet har i rapporten beräknats till 12 447 mkr.

3 NOU:s bedömning

3.1 Kommunala bostadsföretag

Den definition av de kommunala bostadsföretagen som framgår av 1 kap. 2 § LAB innebär enligt NOU:s mening att dessa bolag uppfyller rekvisitet i 1 kap. 6 § 3 p. LOU, att styrelsen ”till mer än halva antalet ledamöter utses av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet”. I flertalet fall torde även rekvisitet att bolaget huvudsakligen skall finansieras

²² Skrivelse från SBO till NOU den 21 december 2004.

²³ Offentligt stöd till kommunala bostadsföretag, Utredning av Ernst & Young Real Estate på uppdrag av Fastighetsägarna Sverige, Stockholm 2004.

Kristian Pedersen

av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet vara uppfyllt.²⁴

Mot bakgrund av de ovan återgivna förarbetsuttalandena till den lagstiftning som reglerar de kommunala bostadsföretagens verksamhet, anser NOU det vara klarlagt att denna typ av företag lagligen endast får bedriva allmännyttig verksamhet. De kommunala bostadsföretagen tillgodoser således behov i det allmännas intresse i den mening som avses i 1 kap. 6 § LOU.

Vad gäller frågan huruvida dessa behov är av industriell eller kommersiell karaktär gör NOU följande bedömning. Många kommunala bostadsföretag verkar på lokala marknader i konkurrens med privata bostadsföretag. De kommunala bostadsföretagen lyder emellertid, som framgår av de ovan citerade förarbetena, under ett antal kommunalrättsliga begränsningar. En sådan begränsning rör syftet med verksamheten. Oavsett hur det förhåller sig med självkostnadsprincipens tillämplighet på de kommunala bostadsföretagen anser NOU det i vart fall vara klarlagt att kommunala bostadsföretag inte lagligen får drivas med det huvudsakliga syftet att generera vinst.

Kommunala bostadsföretag har dessutom en bostadspolitisk funktion där allmännyttan förväntas vara vägledande beträffande hyresnivåer etc. Kommunala bostadsföretag skiljer sig därför från privatägda bostadsföretag även beträffande den ekonomiska risk för verksamheten som ett kommunalt bostadsföretag bär. Vid nybyggnation och förvärv av befintliga fastigheter är det inte ovanligt att kommunala bostadsföretag erhåller offentlig finansiering genom aktieägartillskott, direkta bidrag, kommunala borgensåtaganden eller andra typer av garantier. Kommunala bostadsföretag lyder i allt väsentligt under samma associationsrättsliga regelverk som privatägda bostadsföretag. Det innebär att den yttersta konsekvensen, om ett kommunalt bostadsföretag inte klarar av att få täckning för sina kostnader, kan bli att bostadsföretaget försätts i konkurs. Det torde dock vara ytterst sällsynt att kommunala bostadsföretag verkligen försätts i konkurs.

²⁴ NOU har sedan år 1998 upprepade gånger påtalat att definitionen inte överensstämmer med vad som anges i upphandlingsdirektiven eftersom den nuvarande regeln i 1 kap. 6 § LOU istället för "finansiering" anger "tillskjutet kapital". Upphandlingsutredningen föreslår nu i SOU 2005:22 att detta skall rättas till och att motsvarande punkt i definitionen fr.o.m. år 2006 skall ha lydelsen "som till största delen finansieras av staten, en kommun, ett landsting, eller ett annat offentligt styrt organ".

Kristian Pedersen

Verksamheten synes därmed inte begränsas av de ekonomiska ramarna på samma sätt som hos privata företag utan den drivs vidare, i princip utan någon direkt avgörande koppling till om verksamheten går med vinst eller förlust, så länge som det i kommunledningen finns en majoritet mot att verksamheten skall upphöra. De ovan angivna funktioner som kommunala bostadsföretag förväntas fylla torde oftast innebära att inte ens olönsamma bolag försätts i konkurs. Till detta bör läggas det faktum att det, genom den verksamhet som i enlighet med StödF bedrivs av Statens bostadsnämnd och Statens bostadskreditnämnd samt Statens Bostadsomvandling AB, finns en officiell författningsreglerad mekanism för att tillskjuta finansiering till olönsamma kommunala bostadsföretag. Ett olönsamt kommunalt bostadsföretag kan därigenom, till skillnad från ett privatägt bostadsföretag, få direkta statliga bidrag, erhålla statlig hjälp vid upplåning samt erhålla statliga kreditgarantier. Möjlighet finns också att staten övertar övertaliga fastigheter för utveckling eller avveckling samt att staten blir delägare i och tillskjuter kapital till kommunala bostadsföretag. Mot denna bakgrund anser NOU att kommunala bostadsföretag inte kan anses bära den ekonomiska risken för sin verksamhet i den mening som avses i EG-domstolens rättspraxis.

Mot bakgrund av det ovan anförda finner NOU att kommunala bostadsföretag inte lagligen får bedrivas med huvudsakligt vinstsyfte, faktiskt inte kan anses bära den ekonomiska risken för sin verksamhet och dessutom ofta erhåller offentlig finansiering. Kommunala bostadsföretag är således upphandlande enheter i den mening som avses i 1 kap. 6 § LOU.

3.2 De kommunala bostadsföretagen i Göteborg

Vad som framkommit om och anförts av de granskade kommunala bostadsföretagen i Göteborg medför inte att dessa bolag kan bedömas på annat sätt än övriga kommunala bostadsföretag. Förvaltnings AB Framtiden, Bostads AB Poseidon, Göteborgs stads Bostads AB, Familjebostäder i Göteborg AB, Bostads AB Gårdsten och AB Hjällbo Bostaden är därför upphandlande enheter i den mening som avses i 1 kap. 6 § LOU.

NOU förväntar sig därför att bolagen före utgången av år 2005 till NOU inkommer med en plan, med konkreta åtgärder, av vilken det framgår hur bolagen kommer att säkerställa att bestämmelserna i LOU inte åsidosätts vid bolagens upphandlingar.

Kristian Pedersen

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 17 oktober 2005 i vilket deltog, kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, chefsjuristen Hans Ekman, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, chefsjuristen Anna Lefevre Skjöldebrand och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Kristian Pedersen. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Kristian Pedersen

Kopia för kännedom:

Finansdepartementet
Konkurrensverket
Stadsrevisionen i Göteborgs stad
SABO

Jönköpings kommun
Upphandlingsenheten

551 89 Jönköping

Modell för utvärdering av anbud vid offentlig upphandling

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). NOU har mottagit en skrivelse från e-Avrop AB med begäran om granskning av Jönköpings kommun upphandling rubricerad "IT-stöd upphandling, avrop/21545". Upphandlingen har genomförts som en urvalsupphandling.

NOU har beslutat att ta upp ärendet till granskning.

e-Avrop har begärt att NOU skall pröva utvärderingen och slutresultatet i upphandlingen. Prövningen skulle gälla metoden för att utse en vinnare och hur tillämpning av denna skett enligt följande.

1. Är modellen med betyg tillåten enligt LOU på de sätt den tillämpas här?
2. Är metoden med uppräknig av pris tillåten enligt LOU på de sätt den tillämpats här?
3. Har den upphandlande enheten valt rätt anbudsgivare som vinnare?

e-Avrop har därefter kompletterat sin begäran. NOU har tolkat den tillkommande frågeställningen på följande sätt.

4. Är det tillåtet att relatera anbudspriser till varandra på det sätt som gjorts?

NOU tar upp till prövning endast sådana klagomålsärenden som är av allmänt eller principiellt intresse. Frågorna 2 och 3 är enligt NOU:s bedömning inte av den karaktären. NOU anser däremot att frågorna 1 och 4 är av sådant intresse. NOU tar därför upp frågorna 1 och 4 från e-Avrop men gör inte någon bedömning i övrigt av upphandlingen eller den använda utvärderingsmodellen.

Rättslig bakgrund

LOU bygger i huvudsak på EG-direktiv i de delar som gäller upphandling över tröskelvärdena. De delar av LOU som gäller för upphandling under dessa tröskelvärden samt upphandling av bl.a. B-tjänster, oavsett värde, styrs av samma grundprinciper men bygger i sin utformning delvis på tidigare gällande svenska regler.¹ För dessa upphandlingar gäller bestämmelserna i 6 kap. LOU. Inom Världshandelsorganisationen (World Trade Organisation, WTO) finns bl.a. ett avtal om offentlig upphandling (Government Procurement Agreement, GPA). LOU införlivar både EG-direktiven om offentlig upphandling och GPA.²

EG-fördraget³ saknar regler som specifikt rör offentlig upphandling. Däremot innehåller det grundläggande principer som är tillämpliga vid all upphandling oavsett värde. Principerna om likabehandling (inklusive icke-diskriminering), transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande anses följa av EG-fördragets artiklar 43, 49 och 81 och gäller således vid alla upphandlingar. EG-domstolen har i ett förhandsavgörande konstaterat att även upphandlingar under tröskelvärdena faller inom gemenskapsrättens tillämpningsområde, även om de inte omfattas av upphandlingsdirektivens noggrant reglerade förfaranden.⁴ EG-domstolen har vid ett flertal tillfällen, beträffande syftet med upphandlingsdirektiven uttalat att "... samordningen på gemenskapsnivå av förfarandena vid offentlig upphandling avser att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och således att skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och som önskar erbjuda varor eller tjänster åt de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat"⁵. Domstolen har vidare uttalat att syftet med direktiv 89/665/EEG (rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn) är att "... såväl på det nationella planet som på gemenskapsplanet förstärka de redan förekommande medlen för att säkerställa att gemenskapens direktiv i ämnet offentlig upphandling verkligen tillämpas"⁶. Det är mot denna bakgrund som bestämmelserna i LOU skall tolkas och tillämpas.

¹ Upphandlingsförordningen (1986:366) och kommunala upphandlingsreglementen.

² Se prop. 1995/96:165, SFS 1996:433.

³ I lagen används benämningen Romfördraget.

⁴ Mål C-59/00 Bent Moustén Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab. Se även mål C-324/98.

⁵ Se bl.a. mål C-380/98 The Queen mot H.M. Treasury, Ex parte: The University of Cambridge och mål C-19/00, SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo.

⁶ Mål C-81/98, Alcatel Austria AG m.fl., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr.

EG-domstolen är med stöd av artikel 234 (f.d. artikel 177) i EG-fördraget behörig att tolka gemenskapsrätten, när situationen i fråga inte direkt regleras av denna rätt, men då den nationella lagstiftaren vid införlivandet av ett direktivs bestämmelser har beslutat, att rent interna situationer skall behandlas på samma sätt som de situationer som regleras i direktivet⁷. EG-domstolen har vidare uttalat att de flesta av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven har direkt effekt.⁸ Även svenska domstolar har vid några tillfällen gett EG-rätten företräde framför svensk lagstiftning med en avvikande innebörd.⁹

Anbudsutvärdering

Vare sig LOU eller EG-direktiven innehåller några formregler för hur en anbudsutvärderingen skall gå till. Inte heller finns det några regler om hur en utvärderingsmodell skall vara konstruerad. Vid offentlig upphandling finns två alternativa utvärderingsgrunder att välja mellan. I 1 kap. 22 § LOU¹⁰ anges att en upphandlande enhet skall anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller det anbud som har lägst anbudspris. Skall det anbud antas som är det ekonomiskt mest fördelaktiga skall den upphandlande enheten i förfrågningsunderlaget också ange samtliga utvärderingskriterier som kommer att påverka utvärderingen. Utvärderingskriterierna exemplifieras i LOU med pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Dessa kan kompletteras och ersättas med andra, under förutsättning att de har anknytning till det som upphandlas¹¹. Det bör observeras att samtliga exemplifieringar härrör sig till kontraktsföremålet, dvs. det som skall upphandlas. Det är alltså inte tillåtet att använda utvärderingskriterier som avser att utvärdera leverantören. EG-domstolen har uttalat att den upphandlande enheten inte endast är fri att välja kriterier för tilldelning av kontrakt, utan även att bestämma viktningen av dessa. Detta under förutsättning att en utvärdering kan göras på grundval

⁷ Mål C-28/95 A. Leur-Bloem mot Inspecteur de Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam.

⁸ Se bl.a. mål C-31/87 Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna, C-27/98 Metalmeccanica Fracasso SpA, C-76/97, Walter Tögel mot Niederösterreichische Gebietskrankenkasse och mål C-258/97 Hospital Ingenieure Krankenhaus-Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mot Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft.

⁹ På upphandlingsområdet kan nämnas RÅ 1996 ref. 50.

¹⁰ Motsvarande bestämmelse finns även för upphandlingar som genomförs utanför det direktivstyrda området. 6 kap 12 § LOU har fått en identisk utformning med 1 kap. 22 § LOU.

¹¹ Se bl.a. mål C-31/87 Beentjes, p. 19, C-19/00 SIAC Construction p. 35-36 och C-513/99 Concordia Bus Finland p. 59

av de tillämpade kriterierna i syfte att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.¹²

Den upphandlande enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först. Av fast praxis följer att detta skall läsas restriktivt, dvs. endast när det av påvisbara skäl inte är möjligt att redan i annonsen eller förfrågningsunderlaget ange någon rangordning får man avstå från det. Det är således inte tillåtet att göra en allmän, sammantagen värdering av anbuden eller hur väl utvärderingskriterierna uppfylls. Enligt förarbetena till LOU¹³ skall den upphandlade enheten inte bara noga ange vilka omständigheter den avser att beakta utan även redan från början göra klart för sig hur olika omständigheter som servicegrad etc. kan värderas i ekonomiska termer. Något generellt krav på att ange kriteriernas relativa inbördes betydelse finns inte i nuvarande lagstiftning. Däremot kan det i vissa upphandlingar för att uppfylla kraven på transparens och förutsebarhet vara nödvändigt att göra en sådan viktning av utvärderingskriterierna¹⁴.

I de fall en viktning anges i förfrågningsunderlaget måste utvärderingen av de inkomna anbuden för att uppfylla kraven på förutsebarhet, transparens och likabehandling ske på det sätt som anges i förfrågningsunderlaget.

I de nya EG-direktiven¹⁵ skärps kraven på att ange utvärderingskriteriernas relativa inbördes betydelse. Om den upphandlande enheten avser att tilldela kontrakt till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall det i förfrågningsunderlaget anges hur de olika kriterierna kommer att viktas. Endast i de fall viktning inte är möjlig får den upphandlande enheten avstå från detta. I de fallen skall kriterierna istället rangordnas. Motsvarande

¹² C-448/01 EVN och Wienstrom, p 39. Frågan i målet var huruvida direktivet utgör ett hinder för att en upphandlande myndighet inom ramen för en bedömning av vilket anbud som ekonomiskt sett är mest fördelaktigt för tilldelning av kontrakt om elförsörjning, tillämpar ett kriterium enligt vilket det krävs att den levererade elen producerats från förnybara energikällor. Domstolen konstaterade att sådant kriterium, viktat med 45 procent, inte stred mot gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling.

¹³ Proposition 1992/93:88 om offentlig upphandling, sid. 52.

¹⁴ Som exempel kan nämnas att Kammarrätten i Göteborg (mål nr 662-04) har uttalat att det i den aktuella upphandlingen fick anses föreligga en brist i det att förfrågningsunderlaget saknade uppgifter som klargjorde hur stor betydelse kriterierna skulle tillmätas varandra, t.ex. genom angivande av maximal poäng för vardera kriterium och genom angivande av viktning. Endast den omständighet att kriterierna rangordnats kunde inte anses medföra förutsebarhet i tillräcklig grad för att kravet på affärsmässighet skulle vara uppfyllt i det avseendet.

¹⁵ Direktiv 2004/18/EG artikel 53 p. 2. Direktivet är antaget av Europaparlamentet och rådet den 31 mars 2004. Införlivningen i den svenska lagstiftningen skall i denna del vara slutförd år 2006.

bestämmelse föreslås att införas i LOU¹⁶. I övrigt kommer ytterligare reglering beträffande hur utvärderingen skall ske eller hur utvärderingsmodeller skall utformas endast att göras i begränsad omfattning. I direktivets¹⁷ artikel 54 punkt 5 föreskrivs att i det fall den upphandlande enheten genomför en elektronisk auktion skall den i inbjudan till denna anges den matematiska formel som används för att bestämma den nya automatiska rangordningen med avseende på de nya priser och/eller nya värden som lämnas. Denna formel skall innefatta viktningen av alla de kriterier som fastställts för att bestämma det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet¹⁸.

EG-domstolen har vid ett flertal tillfällen uttalat sig om vad som krävs för att ett utvärderingskriterium skall vara tillåtet att använda vid offentlig upphandling. Eftersom en utvärderingsmodell används för att utvärdera utvärderingskriterier anser NOU dessa avgöranden i många fall kan tolkas att gälla analogt avseende vilka krav som en utvärderingsmodell måste uppfylla.

En grundläggande förutsättning för att ett utvärderingskriterium skall vara tillåtet att använda är att det är förenlig med alla grundläggande principer i gemensksprätten särskilt icke-diskrimineringsprincipen¹⁹.

Tillämpningen av de kriterier som valts för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall därtill ske med iakttagande av alla förfaranderegler i direktivet. Det innebär bl.a. att kriterierna uttryckligen skall anges i kontraktshandlingarna eller i annonsen om upphandling, om möjligt med det viktigaste först så att anbudsgivaren skall kunna få kännedom om dessa kriterier och dess omfattning²⁰.

Det skulle enligt EG-domstolen inte vara förenligt med upphandlingsdirektiven att ett ”tilldelningskriterium” hade den verkan att den upphandlande enheten gavs en obegränsad valfrihet när den tilldelade en anbudsgivare ett kontrakt.²¹

¹⁶ SOU 2005:22, Nya upphandlingsregler, Delbetänkande av Upphandlingsutredningen 2004

¹⁷ Direktiv 2004/18/EG.

¹⁸ Upphandlingsutredningen skall enligt sitt tilläggsdirektiv redovisa sitt förslag i denna del senast den 13 januari 2006.

¹⁹ Se ovannämnda mål Concordia Bus Finland, p 63. För liknande resonemang se även Beentjes, p 29 och Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Frankrike, p 50.

²⁰ Beentjes, p. 31 och 36, mål C-225/98, Kommissionen mot Frankrike, p 51 och Concordia Bus Finland, p 62.

²¹ Beentjes, p 26, SIAC Construction, p 37 och Concordia Bus Finland, p 61

Av likabehandlingen följer att anbudsgivarna skall ges lika möjligheter att utarbeta sina anbud och de skall behandlas lika när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten.²² Principen om likabehandling leder vidare till att de som har intresse att erhålla ett kontrakt skall ha möjlighet till insyn, så att man kan kontrollera att principerna iakttas. Detta innebär i synnerhet att tilldelningskriterierna skall vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt. Denna skyldighet att möjliggöra insyn innebär även att den upphandlande myndigheten skall tolka tilldelningskriterierna på samma sätt under hela förfarandet. Vid prövningen av anbudena skall tilldelningskriterierna tillämpas objektivt och enhetligt på samtliga anbudsgivare.²³ Lika fall skall därför behandlas lika och olikheter skall beaktas. Det går således inte att ge samma utvärderingspoäng till anbud som förhåller sig olika till det som angetts i förfrågningsunderlaget.

EG-domstolen har även slagit fast att ett kriterium inte kan anses strida mot gemenskapsrättens bestämmelser om offentlig upphandling endast på grund av att det inte nödvändigtvis medför att det avsedda syftet uppnås.²⁴ Enligt NOU:s mening borde detta innebära att ett kriterium inte är otillåtet bara för att det visar sig att den upphandlande enheten t.ex. skulle ha gjort en ekonomiskt bättre upphandling om den hade valt andra utvärderingskriterier. Däremot måste man vid utvärderingen hålla sig till vad som angivits i förfrågningsunderlaget. Om man vid utvärderingen upptäcker att ett annat kriterium än de som angivits i förfrågningsunderlaget skulle leda till en ekonomiskt bättre upphandling är det inte tillåtet att byta kriterium. Vad som skall betraktas som ekonomiskt fördelaktigt fastställs alltså när förfrågningsunderlaget utformas.

Regeringsrätten²⁵ har uttalat att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Regeringsrätten angav vidare att i det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

²² SIAC Construction p. 34

²³ SIAC Construction p. 41-44

²⁴ EVN, p 53.

²⁵ RÅ 2002 ref 50

Enligt NOU:s mening skall Regeringsrättens dom tolkas så att den anger att en utvärderingsmodell, som inte utformats på bästa möjliga sätt, inte behöver leda till ett ingripande vid en överprövning enligt 7 kap. LOU. Som förutsättning gäller dock att den upphandlande enhetens krav och utvärderingsmetod angivits på ett sätt som enligt Regeringsrätten är ”tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i underlaget skall kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.”

Regeringsrätten ansåg även att det förhållande att en upphandlande enhet använder sig av ytterligare mätverktyg vid utvärderingen kan godtas under förutsättning att dessa håller sig inom ramen för förfrågningsunderlaget.

Frågorna för NOU:s prövning

Är modellen med betyg tillåten enligt LOU på de sätt den tillämpas i den aktuella upphandlingen?

I den anbudsinfordran som e-Avrop hänvisat till anges hur utvärderingen skall ske samt på vilket sätt poängen skall fördelas. Anbuderna skall bedömas i fyra huvudavsnitt.

- A. Krav på upphandlingsystem
- B. Krav på direktupphandlingsmodul
- C. Krav på avtalspubliceringsmodul
- D. Krav på support och underhållsavtal

Dessa huvudavsnitt består av vardera 2-16 underavsnitt varav vissa är skallkrav som måste uppfyllas medan andra kallas kvalitetskrav och ger mellan 1-5 poäng alternativt 1-3 poäng om de uppfylls. Uppfylls samtliga kvalitetskrav på bästa sätt erhålls maximala 81 poäng för avsnitt A-C och maximala 10 poäng för avsnitt D.

I anbudsinfordran anges vidare att de olika huvudavsnitten kommer att viktas. Avsnitten A-C kommer att ges en vikt av 40 % och avsnitt D viktas med 20 %. Därtill kommer den totala kostnaden att viktas med 40 %.

e-Avrop har i sin skrivelse anfört att det av tilldelningsbeskedet framgår att kommunen efter att ha utvärderat och poängsatt anbuderna i enlighet med vad som anges i anbudsinfordran har tillfört ytterligare ett moment i utvärderingen. Det har skett genom att betyg har delats ut i förhållande till hur många poäng anbudsgivarna erhållit i de olika avsnitten. Anbudsgivaren med högst poäng har fått betyg 5. De anbud som erhållit lägre poäng har beroende på hur mycket lägre poängen varit även erhållit ett lägre betyg.

Poängavvikelser större än 10 procent har resulterat i en enhets lägre betyg. Poängavvikelse större än 20 procent har resulterat i två enheters lägre betyg osv. Kommunens har gjort följande bedömning av anbudet.

	Anbud 1	e-Avrop2	Anbud 3	Vinnaren
Anbudets kvalitet, avsnitt A-C	73 poäng	67 poäng	73 poäng	76 poäng
Betyg	5	3	5	5

Support- och underhållsavtal, avsnitt D	9 poäng	10 poäng	8 poäng	10 poäng
Betyg	4	5	3	5

Utöver att e-Avrop riktar kritik mot att modellen med betyg inte har angetts i anbudsinfördran anser man även att kommunen p.g.a. felräkning har gjort ett för stort avdrag på deras anbud. Därtill menar man att modellen med betyg förändrar anbudens inbördes förhållande och därmed den matematiska grund på vilken hela utvärderingsmodellen i anbudsinfördran bygger.

e-Avrop menar att det av tilldelningsbeskedet framgår att anbud med större avvikelse än 10 % ger 1 minus i betyg och att avvikelser större än 20% ger 2 minus i betyg. Eftersom e-Avrop avviker 12 % avseende avsnitt A-C skall betygsavdraget endast vara en enhet. Således borde anbudet i denna del erhållit betyg 4 istället för betyg 3.

Vad gäller betygens sätt att påverka anbudens inbördes förhållande till varandra anför e-Avrop bl.a. att den ursprungliga skillnaden i poäng mellan e-Avrops anbud och det vinnande anbudet var cirka 12 procent, skillnaden mellan 76 poäng och 67 poäng. Med introducerandet av betygsmodellen har den skillnaden ökat till 20 procent, skillnaden mellan 4 i betyg som e-Avrop anser att man skulle fått om felräkningen inte skett och vinnande anbuds betyg 5.

e-Avrop anför avslutningsvis att procentgränserna för avdrag samt avdragens storlek inte nämns i anbudsinfördran. Den upphandlande enheten kan därmed i praktiken välja vilket anbud som skall bli vinnare genom att justera avdragen och procentgränserna till önskad nivå.

I yttrande över anmälanens första del anför kommun bl.a. följande. För att kunna vikta ställda kriterier mot varandra krävs en gemensam bas. Kommunen har i detta fall valt att göra det genom en trappstegsmodell som man kallat betyg. Kommunen medger att man på ett tydligare sätt kunde ha redovisat vad som utvärderats och inom vilka betygsgränser. Man menar dock att man gett vinnande anbud högst poäng i varje delavsnitt och sedan

viktat i enlighet med anbudsinfördran. Avsikten har enligt kommunen varit att eliminera små avvikelser i de mer subjektiva utvärderingsmomenten med validitetsproblem etc. samt att tona ner mindre differenser i den objektiva delen dvs. prisutvärderingen. Kommunen menar dock att modellen ger problem som det visat sig i det aktuella fallet där betygen gärna flyter ihop och rangordningen blir otydlig. Kommunen menar att man hela tiden har mätt det som kommunen sagt att den skulle mäta. Kommunen ifrågasätter även att en anbudsgivare i praktiken skulle ha gjort andra dispositioner om det funnits tydligare information om utvärderingsförfarandet.

NOU:s bedömning av den första frågan

Det är otvistigt att det av förfrågningsunderlaget/anbudsinfördran inte framgår att kommunen kommer att använda sig av en trappstegsmodell med betyg. Av tilldelningsbeskedet framgår däremot att en sådan modell har använts. Beskrivningen av modellen i tilldelningsbeskedet är dock vag.

Införande av betygsmodellen innebär att anbuden inte längre enbart kommer att bedömas utifrån hur väl de uppfyller i förfrågningsunderlaget angivna kvalitetskraven. Anbuden jämförs med betygsmodellen även sinsemellan och den slutliga bedömningen är således avhängig av hur de andra anbuden bedöms.

För avsnitt A-C anges följande. ”Flest poäng ger 5 i betyg. >10 % avvikelse ger -1. >20 % ger -2 osv.” Av symbolerna framför procentsatserna framgår alltså att avvikelserna skall vara större än 10 % respektive större än 20 % för att ge avdrag. I den utvärdering som genomförts har de två anbud som haft en avvikelse på mindre än 10 % inte fått något avdrag utan liksom anbudet med högst poäng erhållit 5 i betyg. Däremot har e-Avrop med sin avvikelse på ca 12 % endast fått 3 i betyg.

För avsnitt D anges ”Högst poäng ger betyg 5. 10 % avvikelse ger -1. 20 % avvikelse ger -2 osv.” Här finns således inte symbolen för ”större än” framför procentsatsen.

Även utvärderingen av priset har skett med hjälp av en betygsmodell. I utvärderingsdokumentationen anges en liknande beskrivning som för avsnitt A-C.

NOU konstaterar att betygsmodellen inte heller i tilldelningsbeskedet beskrivs på ett tydligt sätt. Det är även oklart om utvärderingen har gjorts på det sätt som beskrivits i tilldelningsbeskedet.

Som NOU förstår det skulle införandet av betygsmodellen kunna få följande effekt i en upphandling med två anbud.

	Anbud X	Anbud Y
Anbudets kvalitet, avsnitt A-C (max 81 poäng.)		
Antal poäng som anbudet tilldelats	81	74
Betyg som anbudet tilldelas enligt modellen	5	5
Betyg efter viktning med 40%	2,0	2,0
Support- och underhållsavtal, avsnitt D (max 10 poäng)		
Antal poäng som anbudet tilldelats	8	9
Betyg som anbudet tilldelas enligt modellen	4	5
Betyg efter viktning med 20 %	0,8	1,0
Totalkostnad	500 000	540 000
Betyg som anbudet tilldelas enligt modellen	5	5
Betyg efter viktning med 40 %	2,0	2,0
Totalt viktat betyg	4,8	5,0

I exemplet erhåller anbud X maximala 81 poäng för avsnitt A-C och har lägst totalkostnad. Dessa båda kriterier/avsnitt är viktigast med en sammanlagd vikt av 80 %. Anbud Y bedöms endast vara bättre beträffande avsnitt D, där det ges 9 av maximala 10 poäng. Anbud X får i den delen en poäng mindre. Resultatet av tillämpningen av sådan utvärderingsmodell skulle i detta fall bli att anbud Y vid en sammantagen bedömning anses vara det ekonomiskt mest fördelaktiga. Detta trots att det bara var bättre i avsnitt D, med en sammanlagd vikt på 20 %, och då endast med en poäng.

Införandet av betygsmodellen får i exemplet till följd att ett anbud som inte erhåller maximal poäng för något av avsnitten ändå kan erhålla högsta möjliga totala betyg. Det kan inte anses vara uteslutet att en anbudsgivare med vetskap om det skulle kunna välja att utforma sitt anbud på annat sätt. Kunskapen om att ett poängs avdrag i avsnitt D tycks kunna få mer långtgående konsekvenser än vad dess vikt om 20 % indikerar är ett sådant exempel.

Om ett kriterium i förfrågningsunderlaget ges en viss vikt får utvärderingsmodellen inte vara utformad på ett sådant sätt att kriteriets vikt vid utvärderingen blir något annat

Kommunens argument att avsikten med modellen bl.a. har varit att eliminera små avvikelser i de mer subjektiva utvärderingsmomenten med validitetsproblem etc. samt att tona ner mindre differenser i den objektiva delen dvs. prisutvärderingen tycks inte helt tjäna sitt syfte. I stället kan resultatet bli att små avvikelser i poäng i gränsen mellan trösklarna kan leda

till proportionellt mycket större avvikelser i betyg. I andra fall kan stora avvikelser i poäng mellan anbudena resultera i samma betyg, helt beroende på hur anbudens poäng blir i förhållande till gränserna för avdragen.

Eftersom inte gränserna för betygsavdragen samt avdragens storlek anges i anbudsinfördran kan kommunen i hög utsträckning påverka vilket anbud som skall antas genom att fastställa hur dessa gränser och avdrag sätts. En begränsning i kommunens val av anbudsgivare är dock att kriterierna/avsnitten inklusive underkriterier anges i anbudsinfördran.

Som tidigare nämnts finns inget krav i LOU på att viktning skall ske. Inte heller regleras hur en utvärderingsmodell skall vara utformad. Transparensprincipen kan dock i praktiken medföra att det i vissa fall kan anses vara nödvändigt att ange utvärderingskriteriernas viktning redan i förfrågningsunderlaget. I de fall den upphandlande enheten som en följd av denna eller på eget initiativ väljer att använda sig av en viktning anser NOU att utvärderingen skall göras på ett sådant sätt att viktningen får det genomslag som anges i förfrågningsunderlaget.

NOU anser sammanfattningsvis att modellen med betyg med hänsyn till kravet på transparens inte är tillåten enligt LOU på de sätt den tillämpas i det aktuella fallet.

Är det tillåtet att relatera anbudspriser till varandra på det sätt som gjorts.

Vad avser utvärderingen av priset har e-Avrop anfört att det uppstår en risk för s.k. dumpningseffekt om anbudens pris relateras till varandra. Att pris jämförs mot varandra vid anbudsutvärdering är vanligt förekommande och sker på olika sätt. Problemet med dumpningseffekten har illustrerats med följande exempel.

I en upphandling inkommer två anbud. Anbudet med lägst pris erhåller 10 poäng. Det andra anbudet erhåller en lägre poäng i förhållande till hur mycket högre pris det har genom att Anbud A:s pris divideras med Anbud B:s pris.

	Pris		Kvalitet	Summa
	Kronor	Poäng	Poäng	Poäng
Anbud A	2000 kr	10,00	9	19,00
Anbud B	3000 kr	6,67	10	16,67

Om det i upphandlingen hade kommit in ett tredje anbud med väsentligt lägre pris, men en kvalitet som bedömts som betydligt sämre, på gränsen till ej acceptabel, hade en s.k. dumpningseffekt kunnat uppstå. Den skulle innebära att Anbud C skulle förändra den inbördes ordningen mellan Anbud A och Anbud B. Anbud A som i det första exemplet fick högst total poäng skulle nu komma tvåa.

	Pris		Kvalitet	Summa
	Kronor	Poäng	Poäng	Poäng
Anbud A	2000 kr	2,75	9,0	11,75
Anbud B	3000 kr	1,83	10,0	11,83
Anbud C	550 kr	10,00	1,5	11,50

Beträffande risken för en dumpningseffekt har kommunen svarat att varje gång man skall fastställa utvärderingskriterierna utsätter man sig för risker som kan äventyra att förmånligaste anbud vinner, till förfång för båda parter. Kommunen menar att den bedömer dumpningseffekten som en av de mer försumbara riskerna. Man hävdar att situationen ännu aldrig har uppträtt på kommunens upphandlingsenhet under LOU:s existens.

Kommunen menar vidare att val av utvärderingsmetodik måste situationsanpassas och befarar man risk med dumpningseffekter får man hantera det då. I det system som vann den upphandlingen vilken e-Avrops klagan gäller finns en modell som eliminerar problemet med dumpningseffekten och som kommunen använt i några fall. Kommunen tillstår dock att modellen skapar andra problem som man f.n. analyserar.

NOU:s bedömning av den andra frågan

En upphandlande enhet har en stor frihet att välja vilka kriterier den skall använda samt vilken betydelse den vill tillskriva dessa. Den upphandlande enheten har även stor frihet att avgöra vika egenskaper hos ett anbud som den anser skall anses utgöra ett ekonomiskt värde för den upphandlande enheten. Lika så har den stor frihet att avgöra vilken betydelse de olika kriterier ska tillmätas i förhållande till varandra.

Även vid utformningen av utvärderingsmodellen har den upphandlande enheten stor frihet. Som Regeringsrätten har uttalat får även utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Däremot måste en utvärderingsmodell vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas.

NOU anser att en utvärderingsmodell som låter det anbud som har lägst total poäng påverka vilket av de andra anbuden som kommer att vinna upphandlingen inte kan anses vara utformad på ett sådant sätt att den leder till ett rättvist resultat. Inte heller kan en sådan modell säkerställa att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas.

Förfrågningsunderlaget skall var så klart utformat att anbudsgivaren utifrån det kan utforma det anbud som han tror bäst svarar upp mot den upphandlande enhetens önskemål. Om en modell som den ovan beskrivna används måste anbudsgivaren för att kunna utforma ett så konkurrenskraftigt anbud som möjligt förutom att göra normala avväganden beträffande sitt eget anbud även göra långtgående bedömningar om andra anbuds utformning. Dessa bedömningar kan då inte inskränkas till de anbud som skulle kunna tänkas vinna upphandlingen, utan även omfatta anbud som överhuvudtaget inte kan förväntas vinna.

Kommunen har anfört att dumpning aldrig har uppträtt på upphandlingsenheten under LOU:s existens. NOU:s bedömning är att om samma eller en liknande modell har använts tidigare torde förhållandet med anbudens påverkan mot varandra ha uppstått även då. Huruvida det har fått till följd att anbudens inbördes rangordning har påverkats är däremot inte möjlig att säga generellt. I de fall en upphandlande enhet har för avsikt att anta fler än ett anbud kan dumpningen även påverka vilka anbud utöver det bästa som antas.

Det får dessutom anses ligga i den upphandlande enhetens intresse att kunna identifiera det i förhållande till ställda krav ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, dvs. det anbudet som vid uppfyllda krav har bästa förhållandet mellan önskad kvalitet och pris. Tilldelning av kontrakt bör därför inte ändras beroende på vilka andra anbud som kommer in.

Övriga frågor

NOU har bedömt att e-Avrops fråga om metoden med uppräknig av pris är tillåten enligt LOU på de sätt den tillämpats i upphandlingen och frågan om kommunen har valt rätt anbudsgivare som vinnare inte är av sådant principiellt intresse som krävs för att en prövning skall göras av NOU. NOU gör därför ingen bedömning huruvida en annan modell skulle ha kunnat resulterat i att en annan anbudsgivare tilldelats kontraktet.

NOU anser att en utvärderingsmodell bör vara så beskaffad att den säkerställer att en sådan dumping som beskrivits ovan inte får till följd att anbudens inbördes ordning förändras. Det får anses ligga i de principer som

Magnus Nilsson

bär upp LOU att en upphandlande enhet mot bakgrund av de i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna kan identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet oberoende av antalet deltagare eller påverkan av andra anbud. NOU rekommenderar därför att upphandlande enheter inte använder sig av en modell som den ovan beskrivna.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 17 oktober 2005, i vilket deltog, Kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, chefsjuristen Hans Ekman, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, chefsjuristen Anna Lefevre Skjöldebrand och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av NOU:s kanslichef Margareta Hentze och chefsjurist Michael Slavicek efter föredragning av ek.kand. Magnus Nilsson. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Magnus Nilsson

För kännedom:
e-Avrop AB
Box 2004
103 11 Stockholm

Stockholms stad
105 35 STOCKHOLM

Stockholms stads tillstånd att överlåta ett upphandlat avtal på en ny leverantör

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar tillsyn över lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) enligt 7 kap. 9 § LOU. NOU erhöll den 16 december 2003 en skrivelse från Anders Björk (Björk) i vilken han ifrågasatte lagligheten av att det avtal som ingåtts mellan Stockholms Stad/Kommentus - MFO Upphandling (staden) och Funeral Transport International AB avseende transport av avlidna, utan en offentlig upphandling enligt LOU, överlåtits till FONUS. Björk angav i sin skrivelse att han ville att NOU skulle granska huruvida överlåtelsen av avtalet skett i enlighet med reglerna i LOU.

NOU beslöt att ta upp ärendet till granskning och staden bereddes tillfälle att yttra sig över den inkomna skrivelsen. Yttrandet inkom till NOU den 10 december 2004.

Den 21 december 2004 har Björk kompletterat sin anmälan till NOU.

Ärendet

Staden tecknade i april 2002 avtal med Funeral Transport International AB avseende transport av avlidna från särskilda boendeformer, efter att ha genomfört en offentlig upphandling enligt LOU. Avtalet löpte på tre år med möjlighet till maximal förlängning om två år.

Under hösten 2003 önskade ägarna till Funeral Transport International AB överlåta avtalet, då de inte ansåg sig kunna fullfölja det. Avtalet överläts då i sin helhet till FONUS, efter godkännande av staden. Staden anser att godkännandet av överlåtelsen inte stred mot LOU.

Stadens motivering till att godkänna överlåtelsen kan sammanfattas enligt följande:

1. Avtalet med Funeral Transport International AB innehöll en överlåtelseklausul, enligt vilken avtalet kunde överlåtas efter godkännande av staden.
2. Staden valde mellan att överlåta avtalet eller göra en otillåten direktupphandling, under den tid det skulle ta att göra en ny upphandling. Den ansåg då att det inte var något reellt alternativ att utföra en otillåten direktupphandling.
3. Fortsatt identitet har gällt vad avser utförande och villkor i själva avtalet.
4. Staden hänvisar till NOU info juni -01. NOU skriver där följande:

”Uppköp av en upphandlad leverantörs företag

NOU får regelbundet frågor avseende avtal med upphandlade leverantörer som, efter det att avtalet trätt ikraft, köps upp av andra leverantörer. Då innehållet i sådana uppköpsavtal varierar kraftigt är det viktigt att bedöma varje situation för sig. Som huvudregel tolkar NOU lagstiftningen så att ett övertagande av samtliga aktier i en upphandlad leverantör, utan att den juridiska personen i sig förändras, naturligtvis inte förändrar avtalssituationen mellan den upphandlande enheten och leverantören. NOU anser inte heller att situationen då den uppköpta leverantörens verksamhet helt uppgår i ett annat bolag är en situation som förändrar det ingångna avtalet, trots att det då blir nödvändigt att ändra namn på avtalssparten i upphandlingskontraktet. Däremot kan den situationen, att endast en viss del av den upphandlade leverantören övertas av ett annat bolag, innebära att en ny upphandling kan bli nödvändig. Den upphandlade leverantören kanske avser att upphöra med produktionen av den berörda varan eller tjänsten och säljer just denna del av bolaget. I det fallet har den nya leverantören inte blivit prövad i upphandlingen vad avser dess ekonomiska och finansiella ställning och förmåga och avtalet får inte överföras till det nya bolaget. Tilldelningen av ett nytt avtal får då ske först efter en ny upphandling.

Det som NOU anser vara av avgörande betydelse, är alltså om det finns en fortsatt identitet mellan det bolag som lämnat anbud, kvalificerat sig i upphandlingen samt tecknat avtal och det bolag som sedan genomför avtalet.

NOU har tidigare i Sammanställning NOU info 93-95 avsnitt 15.3 Överlåtelse av avtal, skrivit att det är möjligt att byta leverantör utan att en ny upphandling genomförs. På grund av nya tolkningar av EG-direktiven om offentlig upphandling och efter diskussioner med EG-

kommissionen, kan NOU inte längre se att ett sådant förfarande skulle vara förenligt med LOU, om inte någon av ovan angivna situationer avseende uppköp föreligger. Frågan har dock inte prövats slutligt av domstol.”

Staden menar att det i det här fallet har gått till så att FONUS köpt transportdelen med verksamhet och fordon av Funeral Transport International AB och att detta inneburit att transportverksamheten helt uppgått i FONUS. Det innebär att det, enligt NOU:s resonemang, fanns identitet mellan den gamla och den nya leverantören vad avser ekonomisk och finansiell ställning och förmåga. Staden kontrollerade att FONUS uppfyller de krav som ställdes på den ursprungliga leverantören.

Staden menar för det fall NOU inte skulle anse att det finns tillräckliga skäl för att överlåta avtalet, att det funnits synnerliga skäl för den direktupphandling som gjorts med FONUS.

Björk menar i huvudsak att överlåtelsen av avtalet utgör en otillåten direktupphandling och att staden kunde ha utarbetat ett avtal med Funeral Transport International AB att fortsätta med transporterna till dess ett nytt avtal kunnat tecknas efter en offentlig upphandling. I bolaget arbetade flera anställda, vilka kunde ha utfört det aktuella avtalet. Björk menar även att ett flertal andra leverantörer var intresserade av och hade klarat av att utföra transporter enligt ett kort avtal i avvaktan på en upphandling enligt LOU. Enligt Björk köpte FONUS avtalet av Funeral Transport International AB, som under en längre tid försökt sälja avtalet till andra intresserade leverantörer.

NOU:s bedömning

Frågan om överlåtelse av avtal har inte tidigare varit prövad av NOU. Vad NOU känner till finns det inte heller något rättsfall från vare sig EG-domstolen eller någon svensk dom som behandlar frågan. Det enda som från offentligt håll skrivits i frågan generellt är det av staden åberopade uttalandet i NOU info juni -01 och i sammanställningen av NOU info 93-95.

Det är inte möjligt att i ett avtal upphandlat enligt reglerna i LOU göra förändringar efter det att avtal tecknats. NOU har i ett tidigare ärende uttalat följande¹:

¹ NOU dnr 2000/0292-26 Polismyndighetens i Stockholms län och Stockholms läns landstings upphandlingar av avtal avseende polititransporter.

”Enligt NOU är en 60 % höjning av de upphandlande priserna en så väsentlig ändring av de avtalade förutsättningarna att det inte längre föreligger identitet mellan de avtal som upphandlats och de avtal som tillämpats efter prishöjningarna. De omförhandlade avtalen får anses utgöra nya avtal. Enligt NOU:s mening skall i sådana situationer, om en extern entreprenör behöver anskaffas, en ny upphandling påbörjas omgående. Det gäller oavsett om det upphandlingsförfarande som tillämpats initialt tillåter förhandlingar eller inte.”

Ärendet var ett yttrande avseende förändringar av ett avtal mellan bl.a. Polismyndigheten i Stockholm och en leverantör och avsåg transport av avlidna. NOU hänvisar i ärendet bl.a. till EG-domstolens dom i Store Bælt-målet² (C-243/89) där domstolen uttalar följande: ”... innebär principen om likabehandling av alla anbudsgivare ett krav på att anbudet skall överensstämma med förfrågningsunderlaget. Härav följer att all förhandling, såväl före som efter tilldelningen av kontraktet, vilken berör innehållet av ett anbud som inte överensstämmer med de i förfrågningsunderlaget ställda kraven, och vilken leder till ändringar i underlaget och av anbudspriset, anses strida mot gemenskapens regler om offentlig upphandling.”

NOU anser att då det av ovan lämnade yttranden kan konstateras att det inte är möjligt att förändra innehållet i sak i avtal som tecknats efter en offentlig upphandling, det inte heller kan vara möjligt att byta ut en leverantör i ett sådant avtal. Vad NOU i tidigare yttrande undersökt är i vilka fall en leverantör kan anses ha samma identitet, även om ägarsituationen förändrats. Att helt byta ut en leverantör är enligt NOU:s mening inte möjligt att göra, utan att en ny offentlig upphandling kommer till stånd, eftersom det får ses som en förhandling i sig.

NOU:s ståndpunkt innebär att överlåtelseklausuler i offentliga upphandlingskontrakt, vilka innebär att en annan person, fysisk eller juridisk, kan sättas in i stället för den ursprungligt upphandlade, inte är tillåtna. Avtalsvillkor får inte vara utformade så att LOU sätts ur spel.

Staden menar att den föredrog att byta ut leverantören enligt avtalet framför att genomföra en otillåten direktupphandling. NOU, som är väl medveten om att upphandlande enheter kan hamna i situationer där de inte har annat val än att genomföra en direktupphandling, vill hänvisa till de undantag som finns i LOU, särskilt de som anger att en upphandlande enhet kan genomföra en förenklad upphandling utan annonsering eller en öppen upphandling utan annonsering p.g.a. synnerlig brådska som inte är hänförlig till enheten. NOU anser dock att sådana direktupphandlingar, vilka utgör ett

² EG-domstolens rättsfallssamling 1993 s. I-03353, svensk specialutgåva XIV s. I-00229.

nytt upphandlingskontrakt, inte kan tecknas på längre tid än vad det tar att genomföra en offentlig upphandling med tillägg av tillräcklig starttid för den utvalda leverantören. För det fall avtalet tecknades på längre tid, skulle det innebära att grunden för att få använda de nu nämnda upphandlingsformerna inte är aktuell, eftersom den synnerliga brådskan inte kan existera efter den tid det tar att genomföra en offentlig upphandling enligt huvudreglerna i LOU.

Staden hänvisar till vad NOU uttalat i NOU info juni-01 och menar att överlåtelsen av avtalet och transportfordon till FONUS innebar att den ursprungliga leverantören uppgick i den nya. NOU har inte fått några indikationer på att så varit fallet. Tvärtom verkar den ursprungliga leverantören fortfarande vara verksam. Det aktuella fallet faller snarare in under vad NOU har beskrivit som att en leverantör vill sluta med en del av sin verksamhet, vilket då skulle innebära att en ny offentlig upphandling var nödvändig, eftersom offentlig upphandling är tilldelning av offentliga kontrakt.

NOU ser en klar risk att LOU kringgås för det fall det skulle vara möjligt att överlåta upphandlade offentliga kontrakt till nya leverantörer. Offentliga kontrakt riskerar att bli handelsvaror, utbudna på marknaden till högstbjudande. Företag kan specialisera sig på att vinna offentliga upphandlingar för att sedan tjäna pengar på någon slags inofficiell upphandlingsmarknad. De upphandlande enheterna har att välja mellan att ta den nya leverantören eller att genomföra en ny upphandling, vilken både tar tid och resurser. Risken är överhängande att högstbjudande då får kontraktet utan upphandling. Leverantörer vilka erhållit kontrakt med upphandlande enheter kan utsättas för press, då den upphandlande enheten hellre vill ha avtal med någon annan leverantör. Vad nu har sagts är inte en utveckling som NOU förespråkar. Att generellt tillåta byten av leverantörer i offentligt upphandlande kontrakt riskerar att slå tillbaka både på upphandlande enheter och på leverantörer.

NOU anser därmed att Stockholms stad genom att tillåta att dess avtal med Funeral Transport International AB överläts i sin helhet till FONUS, utan begränsning till den tid det tagit att genomföra en offentlig upphandling, brutit mot LOU, särskilt mot huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU avseende utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 15 mars 2005, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, chefsjuristen Hans Ekman (skiljaktig mening, se bilaga), teknologie doktorn

Börje Hed och chefsjuristen Dan Holke. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze efter föredragning av chefsjuristen Michael Slavicek. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Michael Slavicek

Bilaga:

Hans Ekmans skiljaktiga mening

För kännedom:

Anders Björk
Box 91
575 21 EKSJÖ

Revisorerna i Stockholms stad

Bilaga

Hans Ekman

Avvikande mening i ärendena om överlåtelse av avtal (Stockholms stad resp. AMS)

Enligt min mening får upphandlande enhet medge att leverantör överlåter avtalet på annan om det kan anses förenligt med enheten intressen.

Överlåtelse av avtal är att betrakta som en naturlig affärsmässig åtgärd i vissa situationer. Det finns ingenting som pekar på att avsaknaden av bestämmelser om överlåtelse av avtal i LOU innebär att en förändring var avsedd i förhållande till det som tidigare gällt under lång tid.

Det finns inte heller någon rättpraxis som stöder uppfattningen att en överlåtelse som sker med den upphandlande enhetens godkännande skulle vara otillåten.

I avsaknad av uttryckliga regler i LOU om överlåtelse av avtal måste en tolkning ske med utgångspunkt från huvudregeln om affärsmässighet. Av regeln måste anses följa att den upphandlande enheten har att tillse att den nya leverantören uppfyller minst samma kvalifikationskrav som den ursprungliga och att förhandlingar med den nye leverantören om ändrade materiella villkor under avtalstiden inte kan ske utöver vad som var tillåtet i förhållande till den ursprungliga leverantören. Vidare skall identiteten mellan det som gällde enligt avtalet med den ursprungliga leverantören och det som gäller enligt avtalet med den nya leverantören bibehållas.

Av principerna om affärsmässighet och likabehandling måste också anses följa att den nya leverantören måste uppfylla de krav på registreringsskyldighet samt betalning av skatter och avgifter som gäller för de som efter upphandling ingår avtal med upphandlande enheter.

Om nya hinder införs för upphandlande enheter att godkänna överlåtelse av avtal innebär det att den redan idag tyngande och svårtillämpade upphandlingslagstiftningen ytterligare kompliceras och än mer försvårar att ett affärsmässigt agerande från upphandlande enheter. Om sådana hinder likväl önskas införas är det en fråga som måste prövas av lagstiftaren och inte av NOU.

Michael Slavicek

Arbetsmarknadsstyrelsen
Juridiska enheten
113 99 STOCKHOLM

Medgivande av AMS att ett upphandlingskontrakt får övertagas av annan leverantör än den som tilldelats kontraktet

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har uppmärksammat att Arbetsmarknadsstyrelsen (AMS) har medgivit att ramavtalsleverantören AB Åhs Express har överlåtit ramavtal avseende kontorsflyttningar för statsförvaltningens räkning till Flyttgruppen i Sverige AB med hänvisning till ramavtalets § 26 - Överlåtelse av avtal. Flyttgruppen i Sverige AB har accepterat att överta befintligt avtal gällande kontorsflyttningar vilket innebär att Flyttgruppen övertar samtliga rättigheter och skyldigheter som följer av avtalet.

AMS uppgav därvid följande: "Flyttgruppen i Sverige AB ägs av sex väletablerade och lokalt förankrade flyttföretag, från Luleå i norr till Malmö i söder. Genom att ringa Flyttgruppens telefonnummer sker avrop via det regionkontor som ligger närmast den avropande enhetens verksamhet. Observera att avropsordning tillämpas vid avrop av flyttuppdrag enligt § 5 i detta avtal. Uppgifter om gällande avropsordning, flyttföretag och kontaktuppgifter finns tillgängliga via IHS Avtalssystem."

NOU har vidare uppmärksammat att i avtal som länsarbetsnämnder bifogar sina förfrågningsunderlag finns följande klausul.
"Säljaren får inte överlåta sina rättigheter och skyldigheter enligt detta avtal på annan utan köparens godkännande. Om så sker har Köparen rätt att säga upp avtalet."

NOU bad AMS att ange bl.a. på vilken grund ett upphandlingskontrakt som tecknats med en leverantör - vilken kvalificerat sig på grund av ingivna uppgifter och vars anbud, i konkurrens med andra anbud, valts som det ekonomiskt mest fördelaktiga eller billigaste anbudet - kunde överlåtas på en ny leverantör utan att det görs en ny formell upphandling.

AMS har i yttrande den 12 mars 2004 angivit att utgångspunkten är att en överlåtelse av avtalet inte sker. AMS har ingen statistik över hur ofta frågan

Michael Slavicek

om leverantörsbyte aktualiseras men det kan med säkerhet sägas att det sker ytterst sällan. I vissa fall, som det aktuella, är det dock enligt AMS både ändamålsenligt och förenligt med LOU att medge ett leverantörsbyte. Flyttgruppen är en sammansättning av sex företag som ingick i Åhs anbud i den aktuella upphandlingen. Åhs klargjorde under upphandlingen sin avsikt att bilda Flyttgruppen tillsammans med de fem underleverantörer som redovisades i anbudet. AMS fann ingen anledning att kräva att denna sammanslagning genomfördes redan innan avtal tecknades då AMS bedömde att den konstruktion av huvudleverantör och underleverantörer som presenterades i anbudet var tillräcklig. När Åhs den 19 november 2003 inkom med önskemålet att avtalet skulle överlåtas på Flyttgruppen som ägs till lika delar av Åhs och de fem underleverantörerna har AMS efter prövning godtagit detta. Flyttgruppen har precis som Åhs ställt den erforderliga bankgarantin om tre miljoner kronor. AMS har tecknat avtal med fyra leverantörer avseende kontorsflyttning för statsförvaltningen. Åhs/Flyttgruppen är fjärdehandsval i denna rangordning.

NOU:s bedömning

Motsvarande frågor har inte varit föremål för domstolsbehandling. NOU har dock berört frågorna tidigare och har i NOU info juni 2001 angivit följande.

Uppköp av en upphandlad leverantörs företag

NOU får regelbundet frågor avseende avtal med upphandlade leverantörer som, efter det att avtalet trätt ikraft, köps upp av andra leverantörer. Då innehållet i sådana uppköpsavtal varierar kraftigt är det viktigt att bedöma varje situation för sig. Som huvudregel tolkar NOU lagstiftningen så att ett övertagande av samtliga aktier i en upphandlad leverantör, utan att den juridiska personen i sig förändras, naturligtvis inte förändrar avtalssituationen mellan den upphandlande enheten och leverantören. NOU anser inte heller att situationen då den uppköpta leverantörens verksamhet helt uppgår i ett annat bolag är en situation som förändrar det ingångna avtalet, trots att det då blir nödvändigt att ändra namn på avtalssparten i upphandlingskontraktet. Däremot kan den situationen, att endast en viss del av den upphandlade leverantören övertas av ett annat bolag, innebära att en ny upphandling kan bli nödvändig. Den upphandlade leverantören kanske avser att upphöra med produktionen av den berörda varan eller tjänsten och säljer just denna del av bolaget. I det fallet har den nya leverantören inte blivit prövad i upphandlingen vad avser dess ekonomiska och finansiella ställning och förmåga och avtalet får inte överföras till det nya bolaget. Tilldelningen av ett nytt avtal får då ske först efter en ny upphandling.

Michael Slavicek

Det som NOU anser vara av avgörande betydelse, är alltså om det finns en fortsatt identitet mellan det bolag som lämnat anbud, kvalificerat sig i upphandlingen samt tecknat avtal och det bolag som sedan genomför avtalet.

NOU anser att offentlig upphandling, som handlar om tilldelning av offentliga kontrakt, inte generellt kan medföra ett en upphandlande enhet efter kvalificering av en leverantör och utvärdering av hans anbud tilldelar någon ett kontrakt för att senare låta någon annan leverantör inta dennes ställe. Ett upphandlat avtal kan således inte enbart med hänvisning till en avtalsklausul överlåtas på annan leverantör. Av denna anledning är det fel om AMS regelmässigt i sina avtalsmallar och avtal infogar en klausul att överlåtelse av avtalet får ske. Detta ger anbudsgivarna och den upphandlande enheten en föreställning att ett avtal, efter ömsesidig överenskommelse, alltid kan överlåtas på någon annan leverantör. Eventuella problem som följde av en framtida sammanslagning i det aktuella fallet, vilka man kände till redan före kontraktsskrivningen, bedömdes kunde lösas med hjälp av nämnda överlåtelseklausul. AMS har sannolikt av denna anledning inte ansett det nödvändigt att begära att sammanslagningen av företagen genomfördes innan avtalet slöts med ett av dessa. De fem leverantörer, som inte kvalificerats var för sig eller tillsammans, har genom överlåtelse av avtalet fått en väsentligen ändrad status, som huvudleverantörer i stället för underleverantörer. Företagen har därmed fått ökade möjligheter att gentemot AMS och de andra avtalslutande statsförvaltningarna förhandla, själva anta avrop och genomföra uppdrag, föra talan i domstol m.m.

NOU anser vidare att en upphandlande enhet inte skall ha några uttryckliga klausuler om överlåtelse av avtalet. Myndigheten kan dock upplysa om att den kommer, såsom det anges i utdraget ur NOU info, i varje enskilt fall bedöma om det finns identitet mellan den leverantör som enheten slutit avtalet med och den leverantör som vid eventuella ändringar skall fullfölja kontraktet. Det avgörande är således enligt NOU:s bedömning om enheten fortfarande har samma kontrakt med samma leverantör. Om så är fallet är det inte fråga om någon överlåtelse utan samma avtal tillämpas, med den skillnaden att den gamle leverantören ändrat företagsnamn. En viktig förutsättning är givetvis att avtalet i övrigt inte väsentligen ändras, framför allt beträffande avtalstid, mängd och omfattning av det som köps in.

I förevarande fall rör det sig om ett ramavtal. Några närmare regler för tillämpning av ramavtal inom klassiska sektorn finns inte i den nuvarande lagstiftningen. Av EG-direktiv 2004/18/EG framgår dock klart att ett ramavtal är ett slutet system som inte medger att någon ny leverantör

Michael Slavicek

ansluter sig till systemet under avtalstiden. Den ökade kapaciteten i Flyttgruppen och att gruppen som huvudleverantör numera finns på flera orter medför att statsförvaltningen måste noggrant följa den i förväg angivna avropsordningen för att gruppen inte skall få större andel av de uppskattade avropen än vad som fallit på den ursprungliga leverantören.

I den sedan år 1993 upphävda upphandlingsförordningen angavs att myndigheten kunde komma överens med leverantören om ändring i avtalade villkor eller medge att leverantören överlåt avtalet på någon annan. Villkoret var att myndigheten skulle iaktta affärsmässighet. NOU anser att en sådan regel inte kan anses gälla enligt LOU. Motsvarande regel har inte heller tagits med i LOU. NOU har vidare upprepade gånger vid sina nämndsammanträden angivit att en upphandlande enhet inte får ändra villkor i ett upphandlingskontrakt i sådan utsträckning att ett nytt kontrakt får anses ha slutits. NOU har vidare påpekat att ett kontrakt inte får innehålla regler som sätter LOU:s regelverk ur spel, t.ex. att en upphandlande enhet i ett avtal inte lagligen får binda sig för framtida anskaffningar utöver det som regleras i avtalet som upphandlats i enlighet med gällande upphandlingsregler.¹

NOU har tagit kontakt även med några representanter för myndigheter i andra länder² som uppgivit att frågan om överlåtelse av kontrakt inte kommit upp eller att överlåtelse av kontrakt inte är tillåtet. Medlemsstaterna betonar dock att en ny leverantör får sättas in i situationer som ovan beskrivs av NOU, när det ursprungligen upphandlade kontraktet fortfarande kan anses giltigt.

Tjänstemän vid EG-kommissionen har varit och är fortfarande helt avvisande till tanken på överlåtelse av kontrakt.³ I EG-kommissionens Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner anges att det bör undersökas om det i situationer som avser offentlig-privat partnerskap behöver skapas regler som möjliggör att ett sådant kontrakt får överföras på en annan leverantör, s.k. step in. Uttalandet kan tolkas så att sådan möjlighet enligt Kommissionens

¹ NOU:s yttrande dnr 2001/0036-21.

² Danmark, Storbritannien, Spanien, Norge, Finland.

³ Enligt protokoll från nämndledamöternas besök vid kommissionen i maj 1999 har chefen för upphandlingsenheten vid DG XV uttalat att Kommissionen anser att det inte är tillåtet att byta leverantör under pågående avtalstid, men att det däremot är tillåtet för en upphandlande enhet att överta ett upphandlat kontrakt från en annan upphandlande enhet, om den övertar ett projekt vari kontraktet är en del, t.ex. vid övertagande av byggtreprenader m.m. Motsvarande besked har i början av 2005 lämnats till NOU av företrädare för DG inre marknad.

Michael Slavicek

uppfattning, inte föreligger för närvarande. NOU har i yttrandet över grönboken anfört följande.⁴

Med "step-in"-uppläggningar avses huvudsakligen en klausul i avtalet mellan leverantören och bankerna och/eller andra finansieringsinstitut, enligt vilka de senare har möjlighet att sätta en annan leverantör i den ursprungliga ställe, om denne inte uppfyller vissa ekonomiska förpliktelser. De innebär alltså i praktiken att bankerna och/eller andra finansieringsinstitut kan besluta vilken leverantör som skall träda in i avtalet gentemot den upphandlande enheten.

NOU delar kommissionens uppfattning att dessa så kallade "step-in"-upplägg medför problem vid upphandlingar av koncessioner och offentlig-privata partnerskap. NOU har noterat detta problem redan år 2000 i samband med en tidigare utredning avseende begreppet koncessioner⁵. Eftersom upphandling av koncessioner än så länge är ovanligt i Sverige, har NOU dock inte gått vidare med frågan.

NOU anser inte att "step-in"-upplägg är förenliga med upphandlingsdirektiven. Samtidigt kan konstateras av den ekonomiska verkligheten att privata företag skulle få stora svårigheter att finansiera sina åtaganden vid koncessioner och andra typer av avtal med en ekonomisk risk, om inte finansieringsinstituten ges "step-in"-möjligheter. Om det är så att kommissionen avser att föreslå särskild lagstiftning avseende de typer av avtal varom det här är fråga, anser NOU att den måste ta hänsyn till denna faktor, men möjligtvis begränsa möjligheten till att gälla under en viss tid. Under denna period kan den upphandlande enheten välja att antingen själv överta åtagandet eller genomföra en ny upphandling, antingen av en tjänstekoncession eller av en tjänst.

NOU vill slutligen peka på att AMS i klausulen anger att Köparen har rätt att säga upp avtalet om säljaren överlåtit sina rättigheter och skyldigheter enligt avtalet på annan utan köparens godkännande. Detta medför att en köpare, genom utebliven uppsägning av avtalet, i efterhand kan godkänna en avtalsöverlåtelse, vilket inte är i överensstämmelse med upphandlingsregelverket.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämnd-sammanträde den 15 mars 2005, i vilket deltog kammarrättslagmannen

⁴ Yttrande den 17 juni 2004 dnr 2004/0143-22.

⁵ NOU:s yttrande över Ds 2000:65 Alternativ finansiering genom partnerskap, NOU:s dnr 2000/0339-22.

Michael Slavicek

Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, chefsjuristen Hans Ekman (skiljaktig mening, se bilaga), teknologie doktorn Börje Hed och chefsjuristen Dan Holke. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze efter föredragning av chefsjuristen Michael Slavicek. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Michael Slavicek

Bilaga:

Hans Ekmans skiljaktiga mening

För kännedom:

Riksrevisionen
Statskontoret

Michael Slavicek

Bilaga

Hans Ekman

Avvikande mening i ärendena om överlåtelse av avtal (Stockholms stad resp. AMS)

Enligt min mening får upphandlande enhet medge att leverantör överlåter avtalet på annan om det kan anses förenligt med enheten intressen.

Överlåtelse av avtal är att betrakta som en naturlig affärsmässig åtgärd i vissa situationer. Det finns ingenting som pekar på att avsaknaden av bestämmelser om överlåtelse av avtal i LOU innebär att en förändring var avsedd i förhållande till det som tidigare gällt under lång tid.

Det finns inte heller någon rättspraxis som stöder uppfattningen att en överlåtelse som sker med den upphandlande enhetens godkännande skulle vara otillåten.

I avsaknad av uttryckliga regler i LOU om överlåtelse av avtal måste en tolkning ske med utgångspunkt från huvudregeln om affärsmässighet. Av regeln måste anses följa att den upphandlande enheten har att tillse att den nya leverantören uppfyller minst samma kvalifikationskrav som den ursprungliga och att förhandlingar med den nye leverantören om ändrade materiella villkor under avtalstiden inte kan ske utöver vad som var tillåtet i förhållande till den ursprungliga leverantören. Vidare skall identiteten mellan det som gällde enligt avtalet med den ursprungliga leverantören och det som gäller enligt avtalet med den nya leverantören bibehållas.

Av principerna om affärsmässighet och likabehandling måste också anses följa att den nya leverantören måste uppfylla de krav på registreringsskyldighet samt betalning av skatter och avgifter som gäller för de som efter upphandling ingår avtal med upphandlande enheter.

Om nya hinder införs för upphandlande enheter att godkänna överlåtelse av avtal innebär det att den redan idag tyngande och svårtillämpade upphandlingslagstiftningen ytterligare kompliceras och än mer försvårar att ett affärsmässigt agerande från upphandlande enheter. Om sådana hinder likväl önskas införas är det en fråga som måste prövas av lagstiftaren och inte av NOU.

Elmia AB
Box 6066
550 06 JÖNKÖPING

Frågan om Elmia AB är en upphandlande enhet

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar, med stöd av 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), tillsyn över den offentliga upphandlingen.

NOU har den 23 april 2004 mottagit en skrivelse i vilken klagomål framförs mot att Elmia AB inte tillämpar bestämmelserna i LOU.

Elmia har i ett tidigare ärende (dnr 2003/0021-26) meddelat NOU att bolaget inte anser sig vara en upphandlande enhet i den mening som avses i LOU. NOU påbörjade därför denna granskning och i en skrivelse den 10 maj 2004 bad NOU Elmia lämna besked om huruvida bolaget vidhöll att bolaget inte är en upphandlande enhet. Elmia vidhöll sin uppfattning i en skrivelse den 21 juni 2004. I syfte att säkerställa att NOU:s bedömning av Elmia grundas på ett så fullständigt beslutsunderlag som möjligt bad NOU, i en skrivelse den 24 juni 2004, Elmia att besvara ett antal kompletterande frågor rörande bolagets ägarförhållanden, verksamhet och finansiering.

Elmia anförde i en skrivelse den 27 september 2004 i huvudsak följande. Elmia bedriver verksamhet inom mäss-, utställnings- och konferensverksamhet, samt i begränsad omfattning lokaluthyrningsverksamhet och internationell konsultverksamhet med anknytning till mäss- och utställningsverksamhet. Bolaget utför inga uppgifter åt Jönköpings kommun eller någon annan statlig, landstingskommunal eller kommunal organisation. Däremot förekommer kommunala, statliga och landstingskommunala organisationer som kunder inom ramen för Elmias affärsverksamhet. Elmia erhåller ingen statlig, kommunal, eller landstingskommunal finansiering, eller någon finansiering från andra statligt, kommunalt eller landstingskommunalt ägda bolag eller organisationer. Enligt ägardirektiv skall bolagets verksamhet bedrivas på affärsmässiga grunder, under iakttagande av ändamålet med verksamheten, vilket är att främja näringslivet. Bolaget skall drivas på ett sätt som vårdar insatt kapital och ger skälig avkastning med hänsyn till de risker som verksamheten innebär. Elmias ägare har under de senaste tre åren inte tillskjutit kapital i form av aktieägartillskott, lån eller liknande. Varken bolagets ägare eller någon

Kristian Pedersen

annan statlig, kommunal eller landstingskommunal organisation har gjort borgensåtaganden, ställt bankgarantier eller på annat sätt gjort ekonomiska utfästelser till förmån för bolaget. Elmia arbetar på en hårt konkurrensutsatt marknad både på internationell och nationell nivå. Mäss-, utställnings- och konferensbranschen kan karakteriseras som en mogen bransch med hård prispress. Konkurrensen inom området kommer även från andra media och från förlagsbranschen som är nya aktörer inom området.

Av det material NOU tagit del av framgår att Elmia ägs till 82% av Jönköpings Rådhus AB, vilket i sin tur till 100% ägs av Jönköpings kommun. Elmias övriga ägare är Förlags AB Albinsson & Sjöberg, Smålands Fotbollsförbund, NCC AB, Handelskammaren i Jönköping och Herenco AB.

Begreppet upphandlande enhet

Begreppet ”upphandlande enhet” innefattar enligt 1 kap. 6 § LOU¹, utöver statliga, kommunala och andra myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och landsting, även sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär och

1. vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet², eller
2. vars upphandling står under statlig eller kommunal tillsyn eller en tillsyn av en annan upphandlande enhet, eller
3. vars styrelse till mer än halva antalet ledamöter utses av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet.

Definitionen i LOU överensstämmer dock inte till fullo med det som anges i de bakomliggande EG-direktiven och det sätt på vilka dessa tolkats av EG-domstolen.³

Av EG-domstolens dom i *BFI Holding*⁴ framgår vad som avses med att en organisation, för att vara upphandlande enhet, skall tillgodose behov i det

¹ Definitionen bygger på varudirektivet 93/36/EEG art. 1 b, byggdirektivet 93/37/EEG art. 1 b och tjänstedirektivet 92/50/EEG art. 1 b.

² Enligt upphandlingsdirektiven ”... som till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt ...”

³ Se NOU:s skrivelse till Finansdepartementet (dnr 2000/0308-29) angående behovet av ändring i LOU.

⁴ Mål C-360/96 Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden mot BFI Holding BV, REG 1998, sid. I-6821. Se även mål C-18/01, Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy,

Kristian Pedersen

allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Domstolen uttalade att lagstiftaren har gjort en åtskillnad mellan dels allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär, dels allmännyttiga behov som är av industriell eller kommersiell karaktär. Domstolen bekräftade därmed att begreppet industriell eller kommersiell karaktär syftar på behov och inte på organet.⁵ Domstolen fann att om gemenskapslagstiftaren ansett att allmännyttiga behov inte kunde vara av kommersiell eller industriell karaktär skulle preciseringen inte varit nödvändig. Den gemenskrätsrlige lagstiftaren har med skrivningen avsett att skapa en underkatalog av sådana behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.⁶ Den industriella eller kommersiella karaktären är ett kriterium som avser att precisera begreppet allmännyttiga behov i den meningen som avses i denna bestämmelse. Domstolen ansåg vidare att allmännyttiga behov som inte är av kommersiell eller industriell karaktär inte utesluter behov som även tillgodoses eller skulle kunna tillgodoses av privata företag.⁷ Direktivet avser enbart behov som den offentligrättsliga organisationen skall tillgodose, inte huruvida dessa behov kan tillgodoses av privata företag eller ej. Att det förekommer konkurrens är inte tillräckliga skäl för att utesluta en organisation som finansieras eller kontrolleras av en myndighet ur kretsen upphandlande enheter.

Domstolen angav vidare att en snävare tolkning skulle beröva begreppet organ som lyder under offentlig rätt dess innehåll. En organisation kan således vara en upphandlande enhet även om privata företag tillgodoser samma behov som denna organisation. Frånvaron av konkurrens är således inte nödvändig för att definiera en organisation som lydande under offentlig rätt. Domstolen betonade dock att konkurrens i och för sig inte saknar relevans vid bedömningen. Förekomsten av konkurrens kan vara ett tecken på att det är fråga om ett allmännyttigt behov som är av industriell eller kommersiell karaktär som tillgodoses.⁸ Slutligen konstaterade EG-domstolen att förekomsten eller frånvaron av allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär skall bedömas objektivt. Den juridiska formen för de bestämmelser där sådant behov uttrycks saknar i det avseendet betydelse. Det är därför inte nödvändigt att organisationen genom lag eller annan författning skall ha ålagts att tillgodose ett allmännyttigt behov.⁹ Begreppet upphandlande enhet skall tolkas funktionellt för att ge full verkan åt principen om fri rörlighet.

Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy, Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa mot Varkauden Taitotalo Oy, REG 2003, sid. I-5321.

⁵ BFI Holding, p. 36.

⁶ BFI Holding, p. 34-35.

⁷ BFI Holding, p. 51 f.

⁸ BFI Holding, p. 47-50.

⁹ BFI Holding, p. 60.

Kristian Pedersen

Enligt fast rättspraxis från EG-domstolen utgörs generellt sett allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär, i den mening som avses i upphandlingsdirektiven och 1 kap. 6 § LOU, dels av behov som tillgodoses på annat sätt än genom utbud av varor eller tjänster på marknaden, dels av behov som staten (i vid bemärkelse, vilket för svensk del även omfattar kommuner och landsting), av skäl som har samband med allmänintresset, väljer att själv tillgodose eller som den avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande på.¹⁰

I rättsfallet *Agorà*¹¹ tog EG-domstolen ställning till huruvida ett bolag (Ente Fiera), som hade till syfte att bedriva och understödja verksamhet avseende anordnande av mässor, utställningar och kongressverksamhet, var en upphandlande enhet. Huvudfrågan i målet var om Ente Fiera tillgodosåg allmännyttiga behov som inte var av industriell eller kommersiell karaktär. EG-domstolen konstaterade inledningsvis att verksamhet som avser anordnande av mässor och utställningar och andra liknande initiativ tillgodoser ett allmännyttigt behov. Den som organiserar sådana arrangemang och sammanför tillverkare och affärsmän på samma geografiska plats handlar nämligen, enligt domstolen, inte endast i dessa gruppers intresse, vilka på detta sätt får tillfälle att marknadsföra sina produkter och varor. Även de konsumenter som besöker dessa arrangemang ges upplysningar som kan möjliggöra för dem att under bästa möjliga omständigheter välja vad de skall köpa. Den stimulans till handeln som följer av detta kunde enligt EG-domstolen anses avse ett allmännyttigt behov.

Därefter övergick domstolen till att undersöka huruvida behoven var av industriell eller kommersiell karaktär. EG-domstolen konstaterade därvid att Ente Fiera tillhandahöll tjänsterna mot vederlag. Bolagets verksamhet tillgodosåg behov av kommersiell karaktär hos å ena sidan utställare, vilka gavs möjlighet att marknadsföra de varor eller tjänster som de ställde ut, å andra sidan besökare som önskade skaffa sig information i syfte att eventuellt göra inköp. Dessutom noterade EG-domstolen att bolaget i fråga, även om det saknade vinstsyfte, enligt artikel 1 i dess bolagsordning skulle drivas med produktivitets-, effektivitets- och lönsamhetskriterier som grund. Då det saknades bestämmelser om ett system för kompensation för eventuell

¹⁰ Se bl.a. BFI Holding och mål C-18/01, Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy, Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa mot Varkauden Taitotalo Oy, REG 2003, sid. I-5321.

¹¹ Förenade målen C-223/99 och C-260/99, *Agorà Srl mot Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*, och *Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. mot Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano, Cifrat Soc. coop. arl*, REG 2001 sid. I-3605.

Kristian Pedersen

ekonomisk förlust bar Ente Fiera själv den ekonomiska risken för sin verksamhet. Domstolen noterade dessutom att kommissionens tolkningsmeddelande om tillämpningen av den inre marknadens regler för mässor och utställningar¹² utgjorde ett tecken på att mäss- och utställningsarrangemang är av industriell eller kommersiell karaktär. Detta eftersom meddelandet bland annat har till syfte att förklara på vilket sätt mäss- och utställningsarrangörer har nytta av etableringsfriheten och det fria tillhandahållandet av tjänster. Slutligen indikerade, enligt domstolen, det förhållandet att ett bolag såsom det ifrågavarande bedrev verksamhet på ett konkurrensutsatt område på att mäss- och utställningsverksamheten är av industriell och kommersiell karaktär.

EG-domstolen ansåg därför att en organisation som har till syfte att bedriva verksamhet som avser arrangemang av mässor, utställningar och andra liknande initiativ, som saknar vinstsyfte, men som skall drivas med produktivitets-, effektivitets och lönsamhetskriterier som grund, och som bedriver verksamhet på ett konkurrensutsatt område inte är en upphandlande enhet.

NOU:s bedömning av Elmia AB

Av utredningen framgår att 75% av ledamöterna i Elmias styrelse enligt bolagsordningens 8 § utses av kommunfullmäktige i Jönköpings kommun. Detta innebär att Elmia uppfyller kriteriet i 1 kap. 6 § 3 p. LOU för att vara en upphandlande enhet.

Elmia bedriver som nämnts ovan verksamhet inom mäss-, utställnings- och konferensbranschen, en typ av verksamhet som mot bakgrund av EG-domstolens ovan redovisade praxis får anses tillgodose behov i det allmännas intresse.

Vid bedömningen av om de behov som Elmia tillgodoser är av industriell eller kommersiell karaktär bör enligt NOU:s mening följande omständigheter beaktas.

Elmias verksamhet inom mäss-, utställnings- och konferensbranschen utförs mot vederlag från Elmias kunder. Sådan verksamhet tillgodoser, som EG-domstolen påpekat, behov av kommersiell karaktär hos å ena sidan utställare, vilka ges möjlighet att marknadsföra de varor eller tjänster som de ställer ut, å andra sidan besökare som önskar skaffa sig information i syfte att eventuellt göra inköp.

¹² EGT 1998, C 143, sid. 2.

Kristian Pedersen

Av 2 kap. 7 § kommunallagen (1991:900) framgår att kommuner och landsting får driva näringsverksamhet, om den drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen eller landstinget. Av detta framgår att Elmia, som ägs till 82% av Jönköpings kommun, inte lagligen kan bedriva sin verksamhet med det huvudsakliga syftet att lämna vinst till ägarna. Som nämnts ovan har dock Elmias ägare lämnat direktiv om att bolagets verksamhet skall bedrivas på affärsmässiga grunder, under iakttagande av ändamålet med verksamheten, vilket är att främja näringslivet. Bolaget skall drivas på ett sätt som vårdar insatt kapital och ger skälig avkastning med hänsyn till de risker som verksamheten innebär. Även om Elmia således inte kan ha som huvudsyfte att gå med vinst får bolaget, mot bakgrund av de ägardirektiv som givits, enligt NOU:s mening anses drivas med produktivitets-, effektivitets- och lönsamhetskriterier som grund.

Förekomsten av konkurrens är inte ensamt avgörande för om en verksamhet är av industriell eller kommersiell karaktär. Enligt EG-domstolens praxis kan emellertid förekomsten av en utvecklad konkurrens utgöra en indikation på att verksamheten är av industriell och kommersiell karaktär. NOU anser därför att det faktum att Elmia bedriver verksamhet på en konkurrensutsatt marknad med många olika aktörer bör beaktas vid bedömningen av bolaget.

Under förutsättning att Elmia verkligen själv bär den ekonomiska risken för sin verksamhet och i praktiken inte, vid en eventuell ekonomisk förlust eller vid hot om konkurs, skulle komma att erhålla ekonomiskt stöd från ägarna, anser NOU mot bakgrund av EG-domstolens ovan redovisade praxis att Elmia inte är en upphandlande enhet i den mening som avses i 1 kap. 6 § LOU.

NOU avslutar härmed detta ärende.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 18 november 2004, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, sektionschefen Hans Ekman, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Kristian Pedersen. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Kristian Pedersen

DATUM
2004-11-18
ERT DATUM
2004-08-17

DIARIENR
2004/0105-26
ER BETECKNING
LSU-020140

1 (3)

Landstinget i Värmland
Landstingshuset
Våxnäsgatan 2
651 82 Karlstad

Landstingets i Värmland avbrytande av upphandling

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar tillsyn över lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) enligt 7 kap. 9 § LOU. NOU erhöll den 22 april 2004 en skrivelse från Promedia Sverige AB, i vilken bolaget begärde att NOU skulle granska Landstingets i Värmland upphandling av tjänster från bolaget SKLF Offentliga Jobb AB. Promedia angav i sin skrivelse att det ville att NOU skulle granska det avtal vilket ingåtts mellan ovan nämnda parter avseende tillhandahållande av s.k. webbaserat annonsverktyg. Avtalet hade enligt Promedia ingåtts utan föregående offentlig upphandling enligt LOU.

NOU beslöt att ta upp ärendet till granskning och Landstinget bereddes tillfälle att yttra sig över den inkomna skrivelsen.

Landstingets anger i ett yttrande, som inkom till NOU den 17 augusti 2004, att det valt att avbryta en pågående offentlig upphandling av tjänsten att tillhandahålla ett webbaserat annonsverktyg, då den leverantör vilken hade störst chans att erhålla kontrakt under upphandlingsförfarandet överlät rättigheterna till sitt verktyg till ett annat bolag, nämligen SKLF Offentliga Jobb AB. Landstinget nämner även att det under en lång tid före beslutet om upphandling haft underhandskontakter med SKLF Offentliga Jobb AB om förutsättningarna för att anlita dess tjänster. Landstinget ansåg det därför naturligt att uppta förnyade kontakter med bolaget om förutsättningarna för samarbete, och då inte enbart i första hand för att få tillgång till annonsverktyget. Vad det verkliga syftet med kontakterna var framkommer inte av Landstingets svar. Landstinget ingick därefter ett avtal med SKLF Offentliga Jobb AB utan att konkurrensutsätta avtalet. Enligt Landstinget uppgår avtalets värde till totalt ca 800 000 kr.

I sin förklaring till varför Landstinget genomförde en direktupphandling hänvisar det till ett brev från SKLF Offentliga Jobb AB, i vilket bolaget i sin tur hänvisar till en dialog det haft med jurister på Kommun- och Landstingsförbunden. SKLF Offentliga Jobb AB skriver i brevet att efter den dialog det haft med jurister på förbundet kan det klargöras att "det idag inte finns något annat än det som ovan beskrivits som pekar på att

Offentliga Jobb skulle exkluderas från Lagen om Offentlig Upphandling (LOU).” Det hänvisas till vissa omständigheter som skulle göra de tjänster SKLF Offentliga Jobb AB tillhandahåller unika. Landstinget grundar sitt yttrande på svaret från SKLF Offentliga Jobb AB samt på det faktum att ca 120 kommuner och Landsting under två år köpt tjänster utan offentlig upphandling från bolaget, vilket sammantaget skulle innebära att bolagets tjänster inte skulle behöva upphandlas enligt LOU.

Vid kontakt med Svenska kommunförbundet och Landstingsförbundet har framkommit att en upplysning om undantaget i LOU har lämnats, men att inget av förbunden tagit ställning till frågan i sak.

NOU:s bedömning

Huvudregeln i LOU är att en upphandlande enhets anskaffning skall ske genom konkurrensutsättning. Beroende på värdet på upphandlingen skall en sådan konkurrensutsättning ske antingen genom offentliggörande i hela EG/EES-området eller i Sverige. I det aktuella fallet innebär upphandlingens värde att det vore tillräckligt att offentliggöra upphandlingen i Sverige, eftersom värdet är mindre än det aktuella tröskelvärdet för tjänster, f.n. 1 845 000 kr exklusive mervärdesskatt. De regler som normalt skall tillämpas är i detta fall reglerna i 6 kap. LOU.

I sjätte kapitlet återfinns bestämmelsen om direktupphandling, som kan göras om upphandlingens värde är lågt eller om det föreligger särskilda skäl, något som enligt NOU:s bedömning inte föreligger i det nuvarande fallet.

I 6 kap. 2b § 3 p finns en bestämmelse om undantag från annonseringsskyldigheten. Där anges att en upphandlande enhet kan vända sig till endast en leverantör, då det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras endast av en viss leverantör. Om den upphandlande enheten på objektiva grunder kan konstatera att det endast finns en leverantör som kan leverera den önskade varan eller tjänsten får enheten vända sig direkt till denne ende möjliga leverantör utan att annonsera upphandlingen.

Vad NOU förstår menar Landstinget i Värmland att beslutet att upphandla tjänster utan konkurrensutsättning från SKLF Offentliga Jobb AB grundar sig dels på att jurister på Kommun- och Landstingsförbundets skulle ha uttalat att det inte finns någon annan grund för att tillämpa direktupphandling än att vissa omständigheter pekar på att tjänsterna som tillhandahålls av SKLF Offentliga Jobb AB är unika, dels på att ca 120 andra upphandlande enheter genomfört direktupphandling av det aktuella

bolagets tjänster. Landstinget har uppenbarligen tolkat att ordet ”ensamrätt” i 6 kap. 2b § 3 p LOU är synonymt med ”unik”. NOU delar inte denna tolkning.

Bestämmelsen i 6 kap. 2b § 3 p LOU är utformad efter förebild från 2 kap. 11 § 3 p LOU, där det stadgas att förhandlad upphandling utan annonsering får tillämpas om varorna på grund av ensamrätt kan tillverkas eller levereras av endast en viss leverantör. Ensamrätten här innebär att leverantören i praktiken är den enda som kan utföra beställningen¹.

Av utredningen i ärendet framgår inte att SKLF Offentliga Jobb AB är det enda företag som kan tillhandahålla den webbtjänst som Landstinget efterfrågar. NOU finner inte heller att Landstinget haft fog för ett sådant antagande. NOU anser således att det inte föreligger något undantag från annonseringsskyldigheten vilket möjliggör för Landstinget att undandra sig sina skyldigheter att offentliggöra och konkurrensutsätta det aktuella köpet av tjänsterna enligt reglerna i LOU. Det är beklagligt att 120 andra upphandlande enheter fattat samma felaktiga beslut, men det förändrar inte frågan i sak.

NOU vill därmed uppmana Landstinget i Värmland att snarast möjligt genomföra en upphandling av de aktuella tjänsterna enligt reglerna i LOU.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 18 november 2004, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur.kand. Andrea Sundstrand. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Andrea Sundstrand

För kännedom Promedia Sverige AB

¹ Prop. 1992/93:88, sid. 77

AB Storstockholms Lokaltrafik
120 80 STOCKHOLM

AB Storstockholms Lokaltrafik avtal med Tidnings AB Metro

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar tillsyn över lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) enligt 7 kap. 9 § LOU. NOU erhöll den 6 oktober 2003 en skrivelse från Staffan Sjödén i vilken det angavs att de avtal som ingåtts mellan AB Storstockholms Lokaltrafik (SL) och Tidnings AB Metro (Metro), bl.a. avseende distribution av en tidning i Stockholms tunnelbana, borde ha upphandlats enligt reglerna i LOU.

NOU beslöt att ta upp ärendet till granskning och SL bereddes tillfälle att yttra sig över den inkomna skrivelsen. SL:s yttrande inkom till NOU den 28 november 2003.

Sjödén angav i sin skrivelse att han ville att NOU skulle granska de två avtalen ingångna dels den 24 mars 2003, dels den 9 april 1998 mellan SL och Metro. NOU har emellertid valt att granska även de avtal som ingicks den 5 september 1994, 30 maj 1996, 16 mars 1999, 1 mars 2002 och 29 oktober 2003 mellan parterna avseende tidningsdistribution, för att kunna göra en bedömning av hur avtalen förhåller sig till reglerna om upphandling i LOU. NOU har inte granskat avtalet mellan SL och Metro om samarbete mellan Club Metro och SL:s kortinnehavare.

Ärendet

Sjödén hävdar att avtalet/-en mellan SL och Metro i realiteten innebär dels köp av en reklamtjänst (annonser för SL i tidningen) och dels köp av en produkt (själva tidningen). Han menar att SL brutit mot LOU genom att inte annonsera köpet/upphandlingen av tjänsten och varan.

SL hävdar i första hand att avtalet/-en innebär försäljning från SL:s sida och att det huvudsakliga ändamålet med avtalen är SL:s försäljning till Metro av rätten att få en tidning distribuerad, returhantering av tidningen samt städning. SL:s erhållande av annonsplatser, radiospotar m.m. utgör en del av den ersättning SL får från Metro, men är av mycket underordnad betydelse i förhållande till det huvudsakliga ändamålet med avtalet. Eftersom

försäljning som görs av en upphandlande enhet inte omfattas av LOU, menar SL att avtalet/-en inte omfattas av reglerna i LOU.

I andra hand hävdar bolaget att SL:s erhållande av annonsplatser, radiospotar m.m. kan innebära att det här är fråga om ett s.k. blandat kontrakt. Bolaget menar att i sådana blandade kontrakt som det här är fråga om, där köpet har underordnad betydelse i förhållande till försäljningen, faller avtalet utanför LOU:s tillämpningsområde. Bolaget hänvisar här till EG-domstolens dom den 19 april 1994 i mål C-331/92¹. EG-domstolen fastslog där att blandade kontrakt som innefattar både en tilldelning av en tjänstekoncession avseende drift av hotell- och kasinoverksamhet och en byggtreprenad inte faller inom byggdirektivets tillämpningsområde om entreprenaden endast är av underordnad betydelse i förhållande till avtalet om tjänstekoncessionen. SL menar att avgörandet uttrycker en generell princip som kan tillämpas på alla kontrakt, även nu ifrågavarande avtal.

Bakgrund

NOU redogör här för de delar av avtalen mellan parterna som har betydelse för detta ärende:

1. Den 5 september 1994 ingick SL och Metro (då Stockholms Notisen AB) det första avtalet avseende utgivandet av en tidning i SL:s trafiksystem. Tidningen skulle vara en dagstidning med redaktionellt innehåll och skulle ges ut huvudsakligen varje måndag till fredag, en utgivningsplan återfanns i bilaga 1 till avtalet. Tidningen skulle uppfylla de krav avseende policy och upplägg som SL fastställt och som framgick av bilaga 2 till avtalet.

Av bilaga 2 framgår att SL som kvalitetskrav begärde att den aktuella tidningen skulle erbjuda SL:s kunder intressant och efterfrågad läsning under resan och att den därigenom skulle bidra till att öka kundens kvalitetsupplevelse av SL:s service. Det angavs att tidningen inte fick vara ett annonsblad eller en annonstidning och att andelen journalistiskt material skulle vara minst 45 procent. Tidningen skulle vara en seriös, partipolitiskt och religiöst obunden dagstidning som på ett sakligt sätt skulle förmedla nyheter från i första hand Stockholm, men även från Sverige och världen. Det angavs att tidningen skulle innehålla en normal nyhetsförmedling.

¹ Gestión Hotelera Internacional SA mot Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria and Gran Casino de Las Palmas SA. REG. sid. I-01329 C-324/98 Telaustria, REG. sid. I-10745 och C-358/00 Deutsche Bibliothek, REG. sid. I-4685

Vidare angavs att den inte skulle innehålla journalistik eller annonser riktade mot SL eller kollektivtrafik och att okommenterad kritik mot SL inte skulle förekomma. Om kritik riktades mot SL skulle SL äga rätt att kommentera sådan kritik i artikeln eller snarast möjligt därefter.

Tidningen fick inte innehålla direkt eller indirekt reklam eller propaganda för tobaksprodukter, alkohol eller andra droger och skulle inte heller kunna uppfattas som sedlighetsstörande eller sårande mot folkgrupp.

I bilaga 2 angavs även att varje nummer skulle omfatta minst åtta sidor och att det redaktionella innehållet i tidningen skulle vara följande

dagligen

- nyheter från Stockholm, Sverige och utlandet
- reportage
- kultur- och nöjesmaterial
- sport
- TV-program
- väderprognos
- annonser (högst i genomsnitt 55 % av utrymmet)
- serier
- en sida SL-information

varje vecka

- konsumentjournalistik
- kåserier

i mån av tillgång

- debatt.

Avtalet i övrigt innebar i huvudsak följande:

- SL skulle enligt avtalet erhålla för egen räkning och utan kostnad fyra sidor annonsutrymme per fem utgivningsdagar samt vid två tillfällen per år bestämma innehållet i en 16-sidig bilaga.
- SL åtog sig enligt avtalet att ordna distributionen av tidningen, hålla den tillgänglig för resenärerna mellan vissa klockslag samt samla ihop överblivna exemplar.
- Metro åtog sig att ge ut tidningen och ansvara för samtliga kostnader för start, utgivning, distribution, returhantering och städning. Metro hade rätt till samtliga intäkter från tidningen.

- Metro åtog sig att till SL erlægga en ersättning för rätten att få tidningen distribuerad.
- Parterna skulle fortlöpande samråda angående tidningen och dess utgivning till den del som berörde SL.

2. Den 30 maj 1996 ingick parterna ett tilläggsavtal till avtalet under punkt 1. Det hade visat sig att SL:s kostnader för att samla in tidningen översteg den ersättning företaget erhöll. Ersättningen justerades därför, samtidigt som SL fick rätt till en helsida varje dag, dels i tidningen Metro, dels i tidningen Metro Weekend.

3. Den 9 april 1998 ingick parterna ett nytt avtal, vilket ersatte de tidigare avtalen. De förändringar som gjordes i förhållande till de ursprungliga avtalen var i huvudsak att tidningen skulle ges ut måndag-lördag och att SL fick rätt till tre 12-sidors bilagor utan kostnad per kalenderår.

4. Den 16 mars 1999 ingick parterna ett tilläggsavtal till sistnämnda avtal. Syftet var att utöka tidpunkter för utgivningen av tidningen samt öka SL:s ersättning för städning.

5. Ytterligare ett tilläggsavtal ingicks den 1 mars 2002. Metro hade enligt det ursprungliga avtalet placerat ut ett antal återvinningskärl i biljetthallar inom tunnelbanesystemet, och SL önskade att detta skulle utökas även till pendeltågssystemet. Återvinningskärlen tillhörde Metro, vilken således hade rätt till egenannonsering på dessa. Annonseringen skulle godkännas av SL.

6. Ett nytt avtal ingicks mellan parterna den 24 mars 2003. SL och Metro avtalade bland annat om att inleda ett samarbete avseende Club Metro och SL:s kortinnehavare. Tilläggsavtalet under punkt 5 fortsatte att gälla.

7. Den 29 oktober 2003 ingick parterna ett tilläggsavtal till avtalet under punkt 6. Avtalet berörde de återvinningskärl som placerats ut på pendeltågsstationerna.

Reglerna i LOU

I ärendet förekommer flera olika typer av juridiska konstruktioner. NOU gör här, för att tydliggöra i vilka fall LOU är tillämplig, en genomgång av dessa konstruktioner.

Upphandling och upphandlingskontrakt

Begreppet upphandling definieras i 1 kap. 5 § LOU såsom köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster. Definitionen av upphandlingskontrakt återfinns under samma lagrum. Där framgår att ett upphandlingskontrakt är ett skriftligt avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt LOU. I sin rapport "Lagen om offentlig upphandling och sponsring"² fastslår NOU att det krävs att avtalet innehåller någon form av ömsesidig förpliktelse för parterna för att det ska anses vara ett kontrakt som ska upphandlas enligt LOU. När det gäller byte av varor och tjänster omfattas även det av reglerna i LOU, eftersom det inte har någon betydelse hur den upphandlande enheten betalar för de varor eller tjänster den köper.

Upplåtelse av lokal?

NOU har i ett flertal ärenden yttrat sig över var gränsen går mellan att en upphandlande enhets avtal skall upphandlas enligt LOU och de fall då avtalen faller utanför regelverket om offentlig upphandling, som fallet är vid t.ex. upplåtelse av mark eller lokal. NOU vill här hänvisa till vad myndigheten uttalat i ett tidigare ärende³:

"NOU inser att det i vissa fall kan vara svårt att klart fastställa gränsen mellan arrende eller hyra å ena sidan och anskaffandet av tjänst å andra sidan. Gränserna måste dras mot bakgrund av avtalets syfte och utformning.

Ju större frihet en arrendator eller hyresgäst har att själv disponera fastigheten, utforma innehållet i sina arbetsuppgifter och påverka verksamhetens lönsamhet, desto starkare skäl talar för att transaktionen är att bedöma som en hyra eller ett arrende.

I flera hyresavtal förekommer även viss reglering av vad hyresgästen skall eller inte skall syssla med inklusive tjänster åt uppdragsgivaren. Ju fler tjänster som utförs åt uppdragsgivaren och ju mer uppdragsgivaren styr hyresgästens verksamhet i den uthyrda byggnaden desto mer talar enligt NOU:s mening för att avtalet skall betraktas som ett avtal om anskaffning av tjänster och föregås av en upphandling enligt LOU.

I sammanhanget kan vidare nämnas att EG:s allmänna rättsprinciper om icke-diskriminering, likabehandling, ömsesidigt erkännande och öppenhet gäller vid all anskaffning, även sådan som inte täcks av LOU

² NOU:s dnr 2003/0039-28, se NOU:s webbplats nou.se, under "Rapporter".

³ NOU:s dnr 1996/0212-26.

(jfr vad som sägs i Kommissionens Grönbok om offentlig upphandling (1996-11-27) på sid.11).”

Tillståndsgivning

Ren tillståndsgivning omfattas inte av reglerna i LOU. Tillståndsgivning kan inte anses utgöra köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster och är inte heller ömsesidigt förpliktande på så sätt att en upphandlande enhet erhåller varor, byggtreprenader eller tjänster som ersättning för tillståndsgivningen. Inte heller i det fallet en upphandlande enhet ställer krav på betalning för att ett tillstånd ska meddelas, omfattas tillståndsgivning av reglerna i LOU.

Försäljning

Endast försäljning från en upphandlande enhet omfattas inte av reglerna i LOU, se definitionen i 1 kap. 5 § LOU. Om SL i det nuvarande ärendet endast sålt tjänsten att distribuera en tidning och tjänsten att städa, skulle dessa tjänster således kunna säljas utan att LOU blev tillämplig.

Tjänstekoncession

I de nyligen antagna nya EG-direktiven om offentlig upphandling⁴ har införts en definition av tjänstekoncession, vilken får anses vara en kodifiering av den sedan tidigare allmänt vedertagna definitionen: ”*tjänstekoncession*: ett kontrakt av samma typ som ett tjänstekontrakt men med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning”.

NOU har i ett tidigare remissyttrande⁵ utrett i vilken omfattning reglerna i LOU är tillämpliga på upphandling av tjänstekoncessioner.

NOU uttalade då följande avseende tjänstekoncessioner:

⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, varor och tjänster och Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling inom vatten-, energi-, transport- och posttjänstsektorerna.

⁵ Alternativ finansiering genom partnerskap (Ds 2000:65), NOU:s dnr 2000/0339-22, vilket återfinns på nou.se under publikationer/ärenden m.m./Remissvar.

”EG-domstolen uttalade följande i dom i mål C-324/98 (Telaustria)⁶: ’Ett skriftligt oneröst avtal mellan ett företag, som enligt en medlemsstats lagstiftning särskilt har anförtrotts att tillhandahålla en telekommunikationstjänst och som är helägt av offentliga myndigheter i denna medlemsstat, och ett privat företag omfattas av rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.

- Trots att ett sådant avtal omfattas av direktiv 93/38 omfattas det, på gemenskapsrättens nuvarande stadium, ändå inte av direktivets tillämpningsområde, bland annat på grund av att vederlaget från det förstnämnda företaget till det sistnämnda företaget består i att det sistnämnda företaget får rätt att utnyttja sina egna tjänster kommersiellt.’

En upphandlande enhet som väljer att använda koncession skall dock följa de grundläggande principerna i EG-fördraget avseende icke-diskriminering, likabehandling, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet⁷.

Förutsättningarna för att en upphandlande enhet skall kunna tilldela en koncession är således att koncessionshavaren ges rätt att kommersiellt utnyttja anläggningen/tjänsten och att den upphandlande enheten därigenom överlåter en betydande ekonomisk risk på denne. Koncessionshavaren tar inte endast risken under bygget utan dessutom de risker som är förenade med drift och nyttjandegrad av anläggningen⁸. Upphandlingar där entreprenören ges garantier om full kostnadstäckning i de fall han utför arbetet tillfredsställande, kan inte anses utgöra en koncession⁹.

De risker som skall föreligga för att ett koncessionsförhållande skall anses uppstå är istället de risker som är förenade med projektfinansieringen, den s.k. ”ekonomiska risken”, vilka är karaktäristiska för just koncessioner. Denna risk hänger i hög grad samman med de intäkter som koncessionshavaren kan få genom nyttjandet av anläggningen. Risken utgör därmed en avgörande skillnad mellan koncessioner och offentliga upphandlingskontrakt. Även om det rör sig om s.k. skuggtullar (där koncessionshavaren erhåller ersättning i efterskott från den upphandlande enheten) föreligger det en ekonomisk risk, om ersättningen är beroende av antalet användare¹⁰. Vid offentliga upphandlingskontrakt bär leverantören

⁶ C-324/98 Telaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG, REG. s. I-10745

⁷ Se EG-rättens dom i mål C-324/98, pp. 60 – 63 och EG-kommissionens tolkningsmeddelande avseende koncessioner enligt EG-rätten, daterat 12 april 2000, sid. 14 ff.

⁸ Se EG-kommissionens tolkningsmeddelande avsnitt 2.1.2 sid. 7.

⁹ a.a. fotnot 9.

¹⁰ a.a. sid. 8 st. 3 och fotnot 13.

endast en risk för att hans investeringar och driftkostnader överstiger den avtalade ersättningen för kontraktets fullgörande men inte risken för att hans inkomster kopplade till rätten att utnyttja anläggningen inte förslår. Även i samband med offentliga upphandlingskontrakt vilar enligt Europeiska kommissionens (kommissionen) tolkningsmeddelande normalt en del risker på uppdragstagaren, t.ex. den risk som hänger samman med att lagstiftningen ändras under avtalstiden (t.ex. förändringar när det gäller miljöskydd som innebär att det blir nödvändigt med justeringar i arbetet eller förändringar på skatteområdet som gör att de finansiella förutsättningarna för kontraktet ändras eller risken att tekniken blir föråldrad)¹¹. Sådana risker anses inte utgöra de ekonomiska risker som skall föreligga för att ett avtalsförhållande skall anses utgöra en koncession.”

Noterbart är att även om EG-domstolen i målet konstaterade att tjänstekoncessioner för närvarande inte omfattas av EG-direktiven om offentlig upphandling, så omfattas tilldelning av tjänstekoncessioner av de grundläggande EG-rättsliga principerna, i synnerhet principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Domstolen menade att denna princip förutsätter bland annat att det finns en skyldighet att lämna insyn, så att den upphandlande myndigheten kan försäkra sig om att principen iakttas. EG-domstolen skrev även att denna skyldighet att lämna insyn som åvilar varje upphandlande myndighet syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska.

Kommissionen har den 30 april 2004 utgett en grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner¹². Syftet med grönboken är att utreda om det finns behov av föreskrifter, vägledningar eller lagstiftning vad avser bland annat upphandling av tjänstekoncessioner¹³.

NOU:s bedömning

För att kunna avgöra om de avtal SL och Metro har omfattas av LOU, är det nödvändigt att analysera vad avtalen faktiskt innebär.

SL har hävdat att EG-domstolens dom i mål C-331/92¹⁴ skulle vara tillämpligt på de aktuella avtalen mellan SL och Metro, och menat att

¹¹ a.a. sid. 8, st. 3 och fotnot 12.

¹² Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten, EGT C 121 29.04.2000 s. 0002 – 0013.

¹³ Se NOU:s yttrande till regeringen över grönboken, NOU:s dnr 2004/0143-22.

¹⁴ Se fotnot 1.

principen om blandade kontrakt skulle kunna tillämpas generellt i alla upphandlingssammanhang. Det skulle då vara fråga om ett blandat kontrakt, där köpet av reklamplats m.m. skulle vara av underordnad betydelse till SL:s försäljning, och avtalen skulle därför inte omfattas av LOU. Målet avsåg frågan om en byggtreprenad, vilken utgjorde en mindre del av en tjänstekoncession, skulle ha upphandlats separat eller om byggtreprenaden inte kunde karaktäriseras som en byggtreprenad i byggdirektivets mening¹⁵, utan endast utgjorde en del av tjänstekoncessionen. NOU vill därför hänvisa till vad domstolen säger i p. 27-29 i nu nämnda dom. Domstolen hänvisar till 16:de punkten i ingressen till tjänstedirektivet¹⁶. Där framgår att för att räknas som en byggtreprenad enligt byggdirektivet, måste huvudsyftet med avtalet vara att åstadkomma ett byggnadsarbete, och i de fall byggnadsarbetena endast är av underordnad betydelse till kontraktets huvudsakliga ändamål, skall arbetena inte anses utgöra ett byggkontrakt vilket skall upphandlas enligt byggdirektivet. Samma definition har för övrigt skrivits in i de nyligen antagna nya EG-direktiven om offentlig upphandling¹⁷.

NOU anser inte att rättsfallet har tillämpning på de aktuella avtalen. EG-domstolen har endast tolkat begreppet byggtreprenad i byggdirektivets mening, och konstaterat att en byggtreprenad måste utgöra kontraktets huvudsakliga ändamål och inte endast vara av underordnad betydelse, för att kunna klassificeras som en byggtreprenad och därmed innebära en skyldighet för en upphandlande enhet att utföra en separat upphandling. I målet utgjorde byggarbetena endast en mindre del, och ansågs därför inte uppfylla kriteriet för byggtreprenad i direktivets mening. Arbetena fick därför anses vara en del av tjänstekoncessionerna.

Den enda princip om blandade kontrakt som återfinns i LOU, är bestämmelsen om enligt vilka regler den upphandlande enheten skall utföra en upphandling i det fall denna består av både varor och tjänster, alternativt av både A- och B-tjänster, se 5 kap. 3 § LOU. NOU anser att det inte finns något stöd i LOU för att SL:s köp av tjänster skall undantas från regelverket om offentlig upphandling endast för att SL i samma avtal även säljer tjänster. Även vid avtal som innehåller flera delar, där endast en mindre del av avtalsinnehållet skall upphandlas enligt LOU, måste den upphandlande enhet tillämpa LOU för hela upphandlingen¹⁸.

¹⁵ Direktiv 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten.

¹⁶ Direktiv 92/50/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.

¹⁷ Se fotnot 4.

¹⁸ RÅ 1998 not 44.

NOU har tidigare uttalat sig avseende frågan om blandade kontrakt i ett tillsynsärende¹⁹: ”NOU kan acceptera att själva avtalet om emission, köp, försäljning och överföring av värdepapper samt till dessa knuten rådgivning kan omfattas av undantagsbestämmelser i LOU. Av [den upphandlande enhetens] frågningsunderlag kan emellertid inte utläsas att merparten av de beskrivna tjänsterna utgör sådana 'finansiella tjänster i samband med utgivning eller omsättning av värdepapper och andra finansiella instrument'. Direktivet 92/50/EEG och LOU får enligt NOU:s uppfattning inte tolkas så att en upphandling som innehåller olika typer av tjänster i sin helhet kan undantas från upphandlingsreglernas tillämplighet på grund av ett inslag av tjänster vilka inte omfattas av regelverket. [Den upphandlande enhetens] upphandling omfattar en så väsentlig andel av tjänster, vilka inte är undantagna, att upphandling av dessa omfattas av LOU.”

Ett kontrakt i vilket en upphandlande enhet genom ömsesidigt förpliktande avtal köper en vara, tjänst eller byggentreprenad faller in under reglerna i LOU. I avtalen åtar sig Metro att utforma en dagstidning efter detaljerade anvisningar från SL, bland annat skall tidningen innehålla information om SL och dess trafik. Den situationen kan uppstå att en upphandlande enhet även vid upplåtelse av lokal eller vid någon typ av tillståndsgivning i så stor grad styr vad och hur en leverantör skall tillhandahålla en tjänst, att avtalet i LOU:s mening får anses vara ett köp av tjänst. NOU anser analogt att de krav SL ställer för rätten att utge en tidning i dess trafiksystem är alltför detaljerade avseende innehåll, utformning och utgivning för att kunna klassificeras som endast tillståndsgivning eller som försäljning av distributionstjänst, oavsett om Metro betalar för rätten. Det måste istället ses som att SL köper en tjänst av Metro. SL åtar sig i avtalen att mot ersättning distribuera tidningen, hålla den tillgänglig för resenärerna mellan vissa klockslag och samla ihop överblivna exemplar. Att SL säljer tjänster i samband med köpet, får snarast ses som någon form av byte, vilket i sig inte gör att avtalet faller utanför LOU. Hade situationen varit den att SL endast givit någon tidningsutgivare rätt att ge ut en tidning i dess trafiksystem, utan något som helst krav på innehåll eller utgivningsfrekvens, hade bedömningen blivit annorlunda.

Metro erhåller ingen ersättning från SL, men har rätt att erhålla alla reklamintäkter från tidningen och eventuella pengar från försäljning av tidningen. Metro tar hela den ekonomiska risken för tidningsutgivningen. Hur betalningen sker från den upphandlande enheten för dessa tjänster har ingen betydelse för att avgöra om det föreligger ett upphandlingskontrakt. Däremot kan det ha betydelse för att avgöra om upphandlingskontraktet omfattas av reglerna i LOU.

¹⁹ NOU:s dnr 1999/0210-29.

Av de avtal NOU erhållit från SL framgår att värdet av avtalen överstiger tröskelvärdet för upphandling av tjänster inom försörjningssektorerna, dvs. för närvarande 3 690 000 kr exklusive mervärdesskatt²⁰. Det innebär att reglerna i 4 kap. LOU i normalfallet skulle ha varit tillämpliga. Som ovan konstaterats anser NOU att SL köper en tjänst av Metro, vilken överstiger tröskelvärdena i 4 kap. LOU, och vilken därmed skulle ha upphandlats enligt LOU. Av avtalen framkommer emellertid att SL inte betalar något för tjänsten, utan Metro har rätt att ta betalt på annat sätt för att utföra tjänsten. Vidare framgår att Metro tar hela den ekonomiska risken för den tidning som delas ut i SL:s trafiksystem. Av resonemanget fört i detta ärende, drar NOU därför slutsatsen att avtalsförhållandet mellan SL och Metro utgör en tjänstekoncession.

Upphandling av tjänstekoncessioner omfattas inte av procedurreglerna i LOU. Däremot skall tilldelning av tjänstekoncessioner följa de grundläggande EG-rättsliga principerna, vilka omfattas av ordalydelsen i 1 kap. 4 § LOU.

NOU bedömer således att SL inte brutit mot upphandlingsreglerna i 4 kap. LOU genom att inte upphandla tjänsten att utge en tidning i dess trafiksystem och i samband därmed reklamtjänster. Däremot har SL brutit mot de grundläggande principerna i EG-fördraget, särskilt principen om likabehandling, och därmed mot principen om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU, eftersom tilldelningen av koncessionen inte konkurrensutsatts. NOU vill därför uppmana SL, att i det fall mer detaljerad lagstiftning eller andra regler om upphandling av tjänstekoncessioner inte trätt i kraft eller publicerats när det nuvarande avtalet löper ut, åtminstone konkurrensutsätta koncessionen att utge en tidning i dess trafiksystem.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 25 augusti 2004, i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, sektionschefen Hans Ekman, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, verkställande direktören Merit Israelsson, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur.kand. Andrea Sundstrand. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Andrea Sundstrand

²⁰ Förordningen (SFS 2004:4) om ändring i förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Beloppet har ändrats marginellt under åren. Normalt har det varit fråga om mindre höjningar av beloppen.

Finansdepartementet
103 33 STOCKHOLM

Angående Svenska kyrkans ställning som upphandlande enhet

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar, med stöd av 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), tillsyn över den offentliga upphandlingen.

NOU vill uppmärksamma Finansdepartementet på att 1 kap. 5 § LOU, i den del som avser Svenska kyrkans ställning som upphandlande enhet, förefaller stå i strid med Europeiska unionens direktiv för offentlig upphandling för den klassiska sektorn.

Rättslig bakgrund

Sedan den 1 januari 2000 har Svenska kyrkan inte längre någon särställning bland trossamfunden i Sverige. Som en konsekvens härav framgår av 1 kap. 5 § LOU att Svenska kyrkans församlingar och kyrkliga samfälligheter är upphandlande enheter endast i fråga om verksamhet som bedrivs enligt begravningslagen (1990:1144).

Den som är folkbokförd i Sverige skall enligt 9 kap. 1 § begravningslagen (1990:1144) betala begravningsavgift. Avgiften skall enligt 2 § samma lag betalas till den huvudman inom vars förvaltningsområde den avgiftsskyldige är folkbokförd. Om församlingen är huvudman skall avgiften för den som tillhör Svenska kyrkan enligt 2 § lagen (1999:291) om avgift till registrerat trossamfund räknas in i kyrkoavgiften.¹ Svenska kyrkan är huvudman för begravningsverksamheten i hela Sverige med undantag för Stockholm och Tranås där respektive kommun är ansvarig.² Av 9 kap. 5 § begravningslagen framgår att vid bestämmande, debitering, redovisning och betalning av begravningsavgiften gäller skattebetalningslagen (1997:483).

¹ Av 7 § lagen (1998:1591) om Svenska kyrkan framgår att den som är medlem i kyrkan skall betala lokal och regional kyrkoavgift.

² Enligt uppgift på Svenska kyrkans webbplats www.svenskakyrkan.se.

Kristian Pedersen

För den som vid dödsfallet var folkbokförd inom en huvudmans förvaltningsområde skall huvudmannen, enligt 9 kap. 6 § begravningslagen, utan kostnad för dödsboet tillhandahålla:

- gravplats eller motsvarande på allmän begravningsplats under en tid av 25 år,
- gravsättning inklusive gravöppning, återfyllning och iordningställande av öppnad grav,
- transporter från det att huvudmannen övertagit ansvaret för stoftet till dess att gravsättning har skett, med undantag av transport för gravsättning utanför huvudmannens område, om inte transporten beror på ett avtal om tillhandahållande av särskilda gravplatser,
- kremering,
- lokal för förvaring och visning av stoftet, samt
- lokal för begravningsceremoni utan religiösa symboler.

Svenska kyrkan får, enligt 3 § 1 st. lagen (1998:1591) om Svenska kyrkan, ”förvärva rättigheter och ta på sig skyldigheter samt föra talan vid domstol och andra myndigheter”. Av paragrafens andra stycke framgår att samma rätt tillkommer var för sig Svenska kyrkans församlingar, sammanslutningar av församlingar (kyrkliga samfälligheter) och stift. Härmed avses enligt förarbetena att såväl Svenska kyrkan som dess församlingar och kyrkliga samfälligheter var för sig getts ställning som juridiska personer.³

Svenska kyrkan har, enligt 4 kap. 16 § lagen (1988:950) om kulturminnen, rätt till viss ersättning (s.k. kyrkoantikvarisk ersättning) av staten för kulturhistoriskt motiverade kostnader i samband med vård och underhåll av de kyrkliga kulturminnena. Svenska kyrkan beslutar om fördelning av ersättningen mellan stiftet. Stiftet beslutar om fördelning inom sitt område. Den kyrkoantikvariska ersättningen uppgår under år 2004 till 150 miljoner kronor.⁴

Begreppet upphandlande enhet

Begreppet ”upphandlande enhet” i LOU motsvaras i upphandlingsdirektiven för den klassiska sektorn av begreppet ”upphandlande myndighet”, varmed avses statliga, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt, sammanslutningar bildade av en eller flera sådana

³ Prop. 1997/98:116, sid. 44 ff.

⁴ Enligt uppgift på Svenska kyrkans webbplats www.svenskakyrkan.se.

Kristian Pedersen

myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt.⁵ Ett organ kan således vara upphandlande myndighet antingen för att det är en statlig, regional eller lokal myndighet, eller för att det är ett organ som lyder under offentlig rätt.

Organ som lyder under offentlig rätt är egna juridiska personer, skilda från stat, landsting och kommuner. Direktivens definition av vad som är ett organ som lyder under offentlig rätt har införlivats i svensk rätt genom 1 kap. 6 § LOU, av vilken framgår att begreppet upphandlande enhet omfattar ”sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär och

1. vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet, eller
2. vars upphandling står under statlig eller kommunal tillsyn eller en tillsyn av en annan upphandlande enhet, eller
3. vars styrelse till mer än halva antalet ledamöter utses av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet.”

Av upphandlingsdirektiven för den klassiska sektorn framgår även ett krav på att en sådan organisation skall vara en juridisk person för att anses vara upphandlande enhet.

Av EG-domstolens praxis framgår att upphandlingsdirektivens bestämmelser skall tillämpas fullt ut på en organisations hela verksamhet, även om endast en mindre del av organisationens verksamhet omfattas av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven och större delen av verksamheten är ren affärsverksamhet av kommersiell eller industriell karaktär. En motsatt tolkning skulle enligt EG-domstolen strida mot kravet på rättssäkerhet (legal certainty).⁶

EG-domstolen har vidare i sin dom målet *University of Cambridge*⁷ klargjort hur uttrycket ”till större delen finansieras av” skall tolkas och vilka beräkningsgrunder som skall tillämpas. Detta uttrycks i 1 kap. 6 § LOU med orden ”vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet”.⁸ EG-domstolen uttalade att endast sådana bidrag som genom ett ekonomiskt stöd utan särskild

⁵ Varudirektivet 93/36/EEG art. 1 b, byggdirektivet 93/37/EEG art. 1 b och tjänstedirektivet 92/50/EEG art. 1 b.

⁶ Se bl.a. mål C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG m.fl. mot Strohal Rotationsdruck GsmBH (SRG) p. 34. REG 1998, s. I-73.

⁷ Mål C-380/98 The Queen mot H.M. Treasury, ex parte: The University of Cambridge, REG 2000, sid. I-8035.

⁸ Det finns således en skillnad mellan ordalydelseerna i upphandlingsdirektiven och LOU.

Kristian Pedersen

motprestation finansierar eller stödjer den berörda organisationens verksamhet kan anses som offentlig finansiering. Uttrycket "finansieras av" omfattar således bidrag och stipendier som betalas av en eller flera upphandlande enheter för att främja forskningsarbete. Betalningar som görs av en eller flera upphandlande enheter, antingen för forskningsarbeten inom ramen för ett avtal om tillhandahållande av tjänster eller organiserande av konferenser, utgör däremot inte offentlig finansiering i den mening som avses i nämnda direktiv.

EG-domstolen fastslog vidare att uttrycket "till större delen" innebär mer än hälften av organisationens samtliga intäkter. Det innebär att även sådana intäkter skall inkluderas som följer av organisationens näringsverksamhet. Bedömningen om en sådan organisation, som universitetet ifråga, utgör en upphandlande enhet, skall göras på årsbasis. Det budgetår under vilket ett visst upphandlingsförfarande påbörjas, måste enligt EG-domstolen anses vara den lämpligaste perioden för att beräkna finansieringen av detta organ. Denna beräkning skall göras på grundval av de siffror som är tillgängliga i början av budgetåret även om dessa är provisoriska. En organisation som då ett upphandlingsförfarande påbörjas är en upphandlande enhet förblir underkastad villkoren i upphandlingsdirektiven till dess att upphandlingen ifråga avslutats.

NOU:s bedömning

Av vad som ovan anförts framgår följande. Om en organisation bedriver en typ av verksamhet som omfattas av upphandlingsdirektiven för den klassiska sektorn omfattas hela organisationen av dessa direktiv, oavsett vilken verksamhet organisationen bedriver i övrigt. Bestämmelserna i 1 kap. 5 § LOU som anger att Svenska kyrkans församlingar och kyrkliga samfälligheter är upphandlande enheter *endast i fråga om verksamhet som bedrivs enligt begravningslagen* förefaller därför stå i strid med upphandlingsdirektiven för den klassiska sektorn såsom dessa tolkats av EG-domstolen. Om en församling eller kyrklig samfällighet till någon del bedriver verksamhet som omfattas av upphandlingsdirektivens bestämmelser är församlingen eller samfälligheten, enligt NOU:s mening, i sin helhet en upphandlande enhet och därför skyldig att följa bestämmelserna i upphandlingsdirektiven vid all tilldelning av kontrakt. Detta gäller således även kontrakt som inte har samband med begravningsverksamheten.

NOU anser därför att frågan huruvida en viss församling eller kyrklig samfällighet är upphandlande enhet bör besvaras med ledning av de rekvisit som framgår av 1 kap. 6 § LOU. Frågan är med andra ord om församlingen

Kristian Pedersen

eller samfälligheten är ett ”organ som lyder under offentlig rätt” i den mening som avses i upphandlingsdirektiven för den klassiska sektorn.

EG-domstolen har i målet *Adolf Truley*⁹ uttalat att begravningsverksamhet kan anses tillgodose behov i det allmännas intresse. De behov som Svenska kyrkans begravningsverksamhet tillgodoser är av sådan art att de enligt NOU:s bedömning inte kan anses vara av industriell eller kommersiell karaktär. De organisatoriska delar av Svenska kyrkan som bedriver verksamhet enligt begravningslagen tillgodoser därmed enligt NOU:s uppfattning behov i det allmännas intresse, vilka inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

Ovan har konstaterats att Svenska kyrkans församlingar och kyrkliga samfälligheter är självständiga juridiska personer, skilda från stat, kommuner och landsting. För att fastställa huruvida en viss församling eller samfällighet skall anses vara upphandlande enhet återstår således endast att utreda huruvida dess verksamhet huvudsakligen finansieras av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet. Vid denna bedömning skall hänsyn tas till såväl begravningsavgiften, inklusive kyrkoavgiften till den del denna utgörs av begravningsavgift, och kyrkoantikvarisk ersättning från staten, som andra eventuella bidrag utan krav på särskild motprestation, vilka finansierar eller stödjer församlingens eller samfällighetens verksamhet.

Om en viss församling eller kyrklig samfällighet, som bedriver begravningsverksamhet, till mer än hälften finansieras av offentliga medel är församlingen respektive samfälligheten enligt NOU:s mening en upphandlande enhet och därför skyldig att tillämpa bestämmelserna i LOU vid all tilldelning av kontrakt. NOU anser därför att bestämmelserna i 1 kap. 5 § LOU, i den del dessa innebär att Svenska kyrkans församlingar och samfälligheter endast är skyldiga att tillämpa LOU ifråga om verksamhet som bedrivs enligt begravningslagen, förefaller stå i strid med upphandlingsdirektiven för den klassiska sektorn.

Att vissa upphandlande enheter är skyldiga att tillämpa LOU vid utförandet av viss angiven verksamhet förekommer endast vid upphandling som beskrivs i 4 kap. 1 § LOU (försörjningssektorerna) men inte inom den klassiska sektorn.

NOU avslutar härmed detta ärende.

⁹ Mål C-373/00, *Adolf Truley GmbH mot Bestattung Wien GmbH*, REG 2003, sid. I-1931.

Kristian Pedersen

Beslut om utformningen av denna skrivelse har fattats vid nämndsammanträde den 17 juni 2004 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och juristen Eva Sveman.

Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Kristian Pedersen. Skrivelsen expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Kristian Pedersen

Kopia för kännedom:
Svenska kyrkan, Kyrkokansliet
Konkurrensverket

Sveaskog Förvaltnings AB

105 22 STOCKHOLM

Frågan om Sveaskog AB är en upphandlande enhet

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar, med stöd av 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), tillsyn över den offentliga upphandlingen.

I NOU:s verksamhetsområde ingår att ha överblick över vilka bolag, föreningar och samfälligheter som är upphandlande enheter i den mening som avses i LOU. I avsaknad av en närmare förteckning över sådana organisationer anges alla "icke-kommersiella organisationer vars upphandling övervakas av Nämnden för offentlig upphandling" ha skyldighet att följa bestämmelserna i LOU vid köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster.

NOU har därför bitt Sveaskog AB (Sveaskog) att svara på frågan huruvida bolaget anser sig vara en upphandlande enhet såsom den definieras i 1 kap. 6 § eller 4 kap. 1 § LOU, samt om bolaget tillämpar LOU vid tilldelning av kontrakt utanför den egna juridiska personen.

Sveaskog har i en skrivelse den 15 september 2003 anfört i huvudsak följande. Bolaget anser sig inte vara upphandlande enhet enligt 1 kap. 6 § eller 4 kap. 1 § LOU. Enligt Sveaskogs bolagsordning skall bolaget framförallt äga och förvalta fast och lös egendom och bedriva skogsbruk och skogsindustri samt därmed förenlig verksamhet. Sveaskog anser sig därför vara ett kommersiellt/industriellt bolag som är verksamt på konkurrensutsatta marknader. Sveaskog bedriver vidare inte någon av de verksamheter som räknas upp i 4 kap. 1 § LOU. Bolaget tillämpar därför inte LOU vid tilldelning av kontrakt utanför den egna juridiska personen.

Begreppet upphandlande enhet

Begreppet upphandlande enhet definieras i 1 kap. 5 § LOU som statliga, kommunala och andra myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och landsting, sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som

Kristian Pedersen

anges i 6 § och, såvitt avser upphandling enligt 4 och 6 kap., sådana enheter som avses i 4 kap. 1 § andra stycket och 6 kap. 1 § tredje stycket, sammanslutningar av sådana myndigheter, beslutande församlingar, bolag, föreningar, samfälligheter, stiftelser och enheter samt Svenska kyrkans församlingar och kyrkliga samfälligheter i fråga om verksamhet som bedrivs enligt begravningslagen.

NOU delar Sveaskogs uppfattning att bolagets verksamhet inte är sådan som anges i 4 kap. 1 § LOU och att bolaget är en självständig juridisk person som är skild från statliga, kommunala och andra myndigheter och inte heller tillhör någon beslutande församling i kommun eller landsting. Av intresse är således att utreda huruvida bolaget uppfyller kraven i 1 kap. 6 § LOU. Av denna bestämmelse framgår att termen "upphandlande enhet" även innefattar sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Därutöver anges som krav

- att organisationens kapital huvudsakligen har tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet,
- att organisationens upphandling står under statlig eller kommunal tillsyn eller en tillsyn av en annan upphandlande enhet, eller
- att styrelsen till mer än halva antalet ledamöter utses av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet.¹

EG-domstolen har i ett flertal domar klargjort vilka typer av organisationer som är skyldiga att tillämpa upphandlingsdirektivens bestämmelser (för svenskt vidkommande 1 kap. 6 § LOU). Av domstolens praxis följer att bestämmelserna skall tillämpas fullt ut på företagets hela verksamhet även om endast en mindre del av företagets verksamhet omfattas av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven, och större delen av verksamheten är ren affärsverksamhet av kommersiell eller industriell karaktär. En motsatt tolkning skulle enligt EG-domstolen strida mot kravet på rättssäkerhet (legal certainty).²

¹ Av upphandlingsdirektiven för den klassiska sektorn framgår även ett krav på att en sådan organisation skall vara en juridisk person för att anses vara upphandlande enhet. Direktiv 93/36/EEG artikel 1 (b), Direktiv 92/50/EEG artikel 1 (b) och Direktiv 93/37/EEG artikel 1 (b). Motsvarande förutsätts framgå av att organisationen skulle vara ett bolag, en förening, en samfällighet eller en stiftelse.

² Se t.ex. mål C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG m.fl. mot Strohal Rotationsdruck GsmBH (SRG) p. 34. REG 1998, s. I-73.

Kristian Pedersen

Av EG-domstolens dom i *BFI Holding*³ framgår vad som avses med att en organisation, för att vara upphandlande enhet, skall tillgodose behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Domstolen uttalade att lagstiftaren har gjort en åtskillnad mellan dels allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär, dels allmännyttiga behov som är av industriell eller kommersiell karaktär och bekräftade därmed att begreppet industriell eller kommersiell karaktär syftar på behov och inte på organet.⁴ Domstolen fann att om lagstiftaren ansett att allmännyttiga behov inte kunde vara av kommersiell eller industriell karaktär skulle preciseringen inte varit nödvändig. Lagstiftaren har med skrivningen avsett att skapa en underkatalog av sådana behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.⁵ Den industriella eller kommersiella karaktären är ett kriterium som avser att precisera begreppet allmännyttiga behov i den meningen som avses i denna bestämmelse. Domstolen ansåg vidare att allmännyttiga behov som inte är av kommersiell eller industriell karaktär inte utesluter behov som även tillgodoses eller skulle kunna tillgodoses av privata företag.⁶ Direktivet avser enbart behov som det offentligrättsliga organet skall tillgodose, inte huruvida dessa behov kan tillgodoses av privata företag eller ej. Att det förekommer konkurrens är inte tillräckliga skäl för att utesluta ett organ som finansieras eller kontrolleras av en myndighet ur kretsen upphandlande enheter.

Domstolen angav vidare att en snävare tolkning skulle beröva begreppet organ som lyder under offentlig rätt dess innehåll. Ett organ kan således vara en upphandlande enhet även om privata företag tillgodoser samma behov som detta organ. Frånvaron av konkurrens är således inte nödvändig för att definiera ett organ som lydande under offentlig rätt. Domstolen betonade dock att konkurrens i och för sig inte saknar relevans vid bedömningen. Förekomsten av konkurrens kan vara ett tecken på att det är fråga om ett allmännyttigt behov som är av industriell eller kommersiell karaktär som tillgodoses.⁷ Slutligen konstaterade EG-domstolen att förekomsten eller frånvaron av allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär skall bedömas objektivt. Den juridiska formen för de bestämmelser där sådant behov uttrycks saknar i det avseendet betydelse. Det är därför inte nödvändigt att organet genom lag eller annan författning skall ha ålagts att tillgodose ett allmännyttigt behov.⁸

³ Mål C-360/96 Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden mot BFI Holding BV, dom den 10 november 1998, REG 1998, sid. I-6821.

⁴ Mål C-360/96, p. 36.

⁵ Mål C-360/96, p. 34-35.

⁶ Mål C-360/96p. 51 f.

⁷ BFI Holding, p. 47-50.

⁸ BFI Holding, p 60.

Kristian Pedersen

Begreppet upphandlande enhet skall tolkas funktionellt för att ge full verkan åt principen om fri rörlighet.

EG-domstolen har vidare i ett mål *Kommissionen mot Irland*⁹ tagit ställning i frågan huruvida Coillte Teoranta (Irish Forestry Board), ett privaträttsligt bolag, som grundats och ägdes av den irländska staten, var en upphandlande enhet. Domstolen konstaterade att den irländska staten bildat bolaget och anförtrott det bestämda uppgifter, vilka huvudsakligen bestod i att värna om de nationella skogsområdena och skogsindustrin, men även i att tillhandahålla olika anläggningar i det allmänna intresset. Dessutom utsåg staten de huvudansvariga i bolaget. Vidare fann domstolen att staten, genom energiministern, hade möjlighet att ge bolaget instruktioner, särskilt för att förplikta bolaget att följa statens allmänna politiska riktlinjer eller för att inrätta eller underhålla bestämda tjänster och anläggningar, vilket gav staten möjlighet att kontrollera bolagets ekonomiska verksamhet. Av detta följde enligt EG-domstolen att "[ä]ven om det inte finns någon bestämmelse som uttryckligen föreskriver att statens kontroll specifikt omfattar Coillte Teorantas tilldelning av upphandlingskontrakt, kan staten således i varje fall indirekt utöva en sådan kontroll." Bolaget skulle därför anses vara en upphandlande enhet.¹⁰

Sveaskog AB

Sveaskog AB ägs helt av staten, vilket innebär att bolaget uppfyller kravet på att styrelsen till mer än halva antalet ledamöter utses av staten samt att det dessutom huvudsakligen finansieras av staten.

Det är även ostridigt att bolaget är en egen juridisk person. För att fastställa om bolaget omfattas av LOU återstår således att utreda huruvida det inrättats för att tillgodose ett allmännyttigt behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

Enligt Sveaskog AB:s årsredovisning för år 2002 har bolaget i uppdrag från staten att:

- Driva ett rationellt, effektivt och lönsamt skogsbruk med lokal närvaro och högt ställda miljömål.
- Upprätthålla rollen som Sveriges största oberoende virkesleverantör med hög marknadsnärvaro och med utvecklande, långsiktiga

⁹ Mål C-353/96, Europeiska gemenskapernas kommissionen mot Irland REG 1998 sid. I-08565.

¹⁰ Mål C-353/96, , p. 37-40.

Kristian Pedersen

samarbeten med strategiska kunder.

- Tillhandahålla ersättningsmark till staten i samband med bildande av naturreservat och markavsättningar för andra allmännyttiga ändamål.
- Erbjudna tillköpsmöjligheter för det enskilda jord- och skogsbruket, särskilt i glesbygd. På sikt kan försäljningen komma att omfatta 5-10% av Sveaskogs markinnehav.
- Skapa förutsättningar för att lokalt utveckla unika naturupplevelser, jakt- och fiskemöjligheter.

Av Sveaskog AB:s miljöpolicy framgår under rubriken Ekoparker att bolaget "... kommer att utveckla minst 5% av den produktiva skogsmarken som prioriterade landskap för naturvård och friluftsliv, ekoparker, där skogsbrukets avkastningskrav anpassas till särskilda natur- och kulturvärden." Under rubriken Naturreservat framgår vidare att "Sveaskog kommer tillsammans med berörda myndigheter att effektivisera bildandet av naturreservat på egen mark och tillhandahållande av ersättningsmark vid reservatsbildning på annans mark." På Sveaskog AB:s webbplats anges under rubriken Fritidsområden: "Vår uppgift är bland annat att se till att du har glädje av den skog och de marker som tillhör hela svenska folket. Den naturen vill vi hålla öppen för alla."

NOU konstaterar att Sveaskog AB:s verksamhet till viss del består av verksamhet som, även om den skulle ha inrättats i det allmännas intresse, är av industriell och kommersiell karaktär. Den del av bolagets verksamhet som består i att tillhandahålla ersättningsmark till staten i samband med bildande av naturreservat och markavsättningar för andra allmännyttiga ändamål tillgodoser emellertid behov i det allmännas intresse. NOU noterar för övrigt att bolaget självt använder uttrycket "allmännyttiga ändamål" i beskrivningen av denna verksamhet. De behov som Sveaskog AB tillgodoser inom ramen för denna verksamhet kan enligt NOU:s mening varken anses vara av industriell eller kommersiell karaktär. För denna typ av verksamhet torde det för övrigt inte finnas någon konkurrensutsatt marknad, på vilken industriell eller kommersiell verksamhet skulle kunna bedrivas.

Även den del av Sveaskog AB:s verksamhet som består i att skapa förutsättningar för att lokalt utveckla naturupplevelser, jakt- och fiskemöjligheter, innebär att bolaget tillgodoser behov i det allmännas intresse vilka svårligen kan anses vara av industriell eller kommersiell karaktär. De villkor på vilka Sveaskog AB utövar sin verksamhet uppvisar tydliga likheter med omständigheterna i det ovan nämnda rättsfallet *Kommissionen mot Irland*. I likhet med Coillte Teoranta har Sveaskog AB

Kristian Pedersen

bildats av staten och anförtrotts uppgifter, vilka bland annat består i att värna om de nationella skogsområdena och verka för att dessa hålls tillgängliga för allmänheten. I likhet med vad som gällde beträffande Coillte Teoranta, utses de huvudansvariga i Sveaskog AB av staten och staten kan, genom Näringsdepartementet, utöva ett bestämmande inflytande över Sveaskog AB och dess ekonomiska verksamhet.

Mot denna bakgrund anser NOU att Sveaskog AB är en upphandlande enhet i den mening som avses i 1 kap. 6 § LOU.

NOU begär därför att Sveaskog AB senast den 2 februari 2004 till NOU redovisar vilka åtgärder bolaget vidtagit för att säkerställa att bestämmelserna i LOU efterlevs, då bolaget tilldelar kontrakt om köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggentreprenader eller tjänster.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 19 november 2003 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, sektionschefen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke, rättsakkunnige Gunilla Hulting, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Kristian Pedersen. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt de direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Kristian Pedersen

Kopia för kännedom:
Näringsdepartementet
Konkurrensverket

Datum
2002-10-24
Ert datum

Vår beteckning
2001/0204-26
Er beteckning

Anmälarna

Täby Fastighets AB:s anbudsförfarande avseende ridanläggning på Hägerneholm

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har den 19 oktober 2001 mottagit en skrivelse från två anmälare med anledning av ett anbudsförfarande avseende ridanläggning på Hägerneholm som genomförts av Täby Fastighets AB (TFAB). Anmälarna anför bl.a. att de anser att anbudsförfarandet gått felaktigt till och att TFAB varit skyldigt att följa reglerna i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

Av handlingarna i ärendet framgår bl.a. följande.

Hägerneholms ridanläggning består av ett större stall med plats för ca 70 hästar, två ridhus, ett klubbhus, leder och mark för ridvolt och rasthagar. På anläggningen fanns tidigare två hyresgäster, dels Täby Ridklubb och dels ett privat företag. Anläggningen utnyttjades i stor utsträckning gemensamt av bägge parter. I mars 2001 sade TFAB upp hyresavtalen till upphörande vid utgången av år 2001.

TFAB och Täby kommun väckte talan vid Södra Roslags tingsrätt mot Täby Ridklubb och yrkade att ridklubben skulle förpliktas att avflytta från ridanläggningen. I dom den 6 juni 2002 (mål nr T 3180-01 och T 3181-01) biföll tingsrätten TFAB:s och Täby kommuns talan.

I skrivelse daterad den 11 juni 2001 inbjöd TFAB intresserade att hyra Hägerneholms ridanläggning. I underlaget angavs bl.a. att TFAB som villkor ställer att blivande hyresgäst förutsätts driva ridskolan med ungefär samma förutsättningar som i dag, att personalen skall ha erfarenhet och utbildning för ridskoleverksamhet, att hyresgästen skall följa gällande regler och rekommendationer för ridskolor och ridanläggningar samt djurskyddslagstiftningens krav. Byggnadernas inre underhåll, stängselplikt, underhåll av befintliga anläggningar, driftkostnader, skatter och avgifter bekostas av hyresgästen. Anläggningar på mark och investeringar i byggnader får inte göras utan medgivande från fastighetsägaren. Hyreskontrakt kommer att tecknas för en första hyresperiod om 3 – 5 år. TFAB har fri prövningsrätt.

NOU:s bedömning

I 1 kap. 5 § LOU stadgas att med upphandling avses köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster.

I 5 kap. 1 § andra stycket 1 p LOU stadgas att bestämmelserna i detta kapitel inte skall tillämpas i fråga om anskaffning av eller nyttjanderätt i vad form som helst till fastighet, byggnad eller annan egendom som utgör fast egendom eller tillbehör till fastighet eller byggnad eller rättigheter av nu nämnt slag.

Anmälarna anser att TFAB varit skyldigt att följa LOU. NOU prövar därför först frågan om anbudsförfarandet för ridanläggningen på Hägerneholm faller under LOU.

Avtal varigenom en upphandlande enhet upplåter nyttjanderätt till fast egendom åt ett privat rättssubjekt omfattas som huvudregel inte av LOU. I detta fall har TFAB emellertid genomfört ett anbudsförfarande vid uthyrningen av ridanläggningen på Hägerneholm och därvid ställt som villkor att hyresgästen skall driva en ridskola på i huvudsak samma sätt som tidigare gjorts av den förre hyresgästen. I hyresavtalet ingår därmed även som del ett avtal om tillhandahållande av en tjänst.

En s.k. driftentreprenad där en myndighet mot ersättning överlåter driften av en verksamhet till ett privat företag utgör normalt tilldelning av ett offentligt tjänstekontrakt vilket skall upphandlas enligt reglerna i LOU. Detta behöver inte vara fallet om det är fråga om en s.k. tjänstekoncession. En sådan kännetecknas av att det företag som övertar driften av verksamheten i fråga inte uppstår full ersättning från myndigheten utan själv erbjuder sina tjänster till allmänheten och tar risken för verksamhetens fortbestånd.

I rättsfallet C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH ./ Telekom Austria AG* behandlade EG-domstolen frågor om tjänstekoncessioner. I målet var det fråga om ett avtal där Telekom Austria AG, ett företag som omfattas av försörjningsdirektivet 93/38/EEG, uppdrog åt ett annat företag att utforma, trycka och utge telefonkataloger. Inget vederlag för uppdraget utgick. Efter att ha konstaterat att uppdraget som sådant omfattades av försörjningsdirektivet uttalade EG-domstolen att ”trots att ett sådant avtal omfattas av direktiv 93/38/EEG omfattas det, på gemenskapsrättens nuvarande stadium, ändå inte av direktivets tillämpningsområde, bland annat på grund av att vederlaget från det förstnämnda företaget till det sistnämnda företaget består i att det sistnämnda företaget får rätt att utnyttja sina egna tjänster kommersiellt.” EG-domstolen tillade att upphandlande myndigheter som ingår sådana avtal ändå är skyldiga att beakta gemenskapsrättens grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet.

Datum
2002-10-24

Vår beteckning
2001/0204-26

Mot bakgrund av det ovan sagda gör NOU följande bedömning.

TFAB:s krav på att hyresgästen på Hägerneholm skall bedriva ridskoleverksamhet är inte kopplat till någon uttrycklig utfästelse om ersättning från TFAB:s eller kommunens sida. Det kan emellertid antas att hyresbeloppet åtminstone delvis påverkas av villkoret. Hyresgästen skall tillhandahålla tjänsterna till allmänheten och driva verksamheten på egen risk. Kontraktet har således i denna del klar karaktär av en tjänstekoncession. Enligt NOU:s uppfattning utgör ett kontrakt av detta slag inte ett kontrakt varigenom en upphandlande enhet köper tjänster av ett annat rättssubjekt. Vid sådana förhållanden omfattas kontraktet inte heller av reglerna om upphandling i LOU.

Som EG-domstolen uttalat gäller ett generellt krav på respekt för gemenskapsrättens grundläggande principer i allmänhet vid all tilldelning av offentliga kontrakt. I *Telaustria*-fallet uttalade EG-domstolen bl.a. följande vad gäller insyn i förfaranden vid tilldelning av tjänstekoncessioner.

”Denna skyldighet att lämna insyn som åvilar varje upphandlande myndighet syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska.”

NOU avslutar ärendet utan annat yttrande än vad som framgår av det ovan sagda.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 23 oktober 2002, i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, civil-ekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman, rättssakkunniga Gunilla Hulting, avdelningsdirektören Lisbeth Johnson, chefsjuristen Erland Olausson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Per Andersson. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Per Andersson

Kopia till:

Täby Fastighets AB
Täby kommun

Datum
2002-09-30
Ert datum

Vår beteckning
2001/0185-26
Er beteckning

Västra Götalandsregionen
Regionens Hus
405 44 GÖTEBORG

Västra Götalandsregionens direktupphandling av ratingundersökning

I skrivelser, som kom in till NOU den 21 september 2001 och den 10 oktober 2001, anmälde A, B och C Västra Götalandsregionens upphandling av en s.k. kreditratingundersökning från företaget Standard & Poor's.

Anmälarna anför bl.a. följande. Kostnaden för kreditratingundersökningen har angivits till ca 500 000 kr. Regionen har meddelat att inköpet gjordes "via en direktupphandling" och att Standard & Poor's "är den enda leverantören i Sverige." Anmälarna betvivlar denna uppgift och ifrågasätter hur den verifierats. Regionen anser vidare att det är fråga om upphandling av en finansiell tjänst som inte omfattas av LOU. Anmälarna anser att beloppet vida överstiger den gräns som gäller för direktupphandling och att tjänsten omfattas av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

I yttrande över anmälan anför Västra Götalandsregionen bl.a. följande. Regionen har under våren 2001 utsett Standard & Poor's att bedöma regionens ekonomiska styrka, en s.k. rating. Rating är en bedömning av en organisations (t.ex. ett landstings) ekonomiska styrka och förmåga att fullfölja sina åtaganden. Den rating (bedömning) som kan erhållas är nationell och/eller internationell. Regionen förvaltar en låneskuld som är upplånad både inom Sverige och internationellt. Regionen har ett certifikatprogram som riktar sig till placerare på den svenska penningmarknaden. Regionen har för närvarande en nettoskuld på ca 3 miljarder kr och olika derivat på 1,4 miljarder kr samt omfattande kreditlimiter hos olika banker. Det anges ofta i finansiella aktörers placeringspolicier att placering endast kan ske hos låntagare med rating från vissa ratinginstitut. Inför regionens upphandling och marknadsundersökning sammanställdes ett antal kriterier. De ratinginstitut som kunde komma ifråga är Standard & Poor's och Moody's. Vid bedömning av kriterierna kom regionen fram till att endast en leverantör kan uppfylla kraven, nämligen Standard & Poor's. En ratingprocess är starkt kopplad till de övriga finansiella tjänster som regionen utnyttjar. Praxis bland kommuner och landsting är att rating inte upphandlas. Det är för regionen inte känt att någon annan kommun eller landsting skulle ha upphandlat rating genom ett anbudsförfarande. Även om NOU:s bedömning skulle vara att en ratingprocess omfattas av reglerna i LOU finns det endast en leverantör, nämligen Standard & Poor's, som uppfyller de krav som regionen ställt.

Datum
2002-09-30

Vår beteckning
2001/0185-26

NOU:s bedömning

Den fråga som är aktuell i ärendet är om Västra Götalandsregionens köp av en ratingtjänst är undantagen från tillämpning av LOU.

Den rättsliga regleringen

I 5 kap. 1 § andra stycket LOU föreskrivs bl.a. följande.

Bestämmelserna i detta kapitel skall inte tillämpas i fråga om

[...]

5. finansiella tjänster i samband med utgivning eller omsättning av värdepapper och andra finansiella instrument,

Av Regeringsrättens dom i rättsfallet RÅ 1999 ref. 16 framgår att sådana upphandlingar som enligt 5 kap. 1 § undantas från tillämpningen av 5 kap. LOU inte heller omfattas av reglerna för förenklad upphandling i 6 kap. LOU.

I ingressen till Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (tjänstedirektivet) anges bl.a. följande.

Detta direktiv omfattar inte sådana finansiella tjänster som rör instrumenten för valuta- och penningpolitiken, statsskuldsförvaltning, valutapolitik och annan politiskt beslutad verksamhet som innefattar transaktioner med värdepapper och andra finansiella instrument. Avtal i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överförande av säkerheter och andra finansiella instrument ligger således utanför detta direktivs tillämpningsområde. Likaledes undantas verksamhet, som utförs av centralbanker.

I artikel 1 tjänstedirektivet anges bl.a. följande.

I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

a) offentliga tjänsteavtal: skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet, med undantag av

[...]

vii) kontrakt avseende finansiella tjänster i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överförande av värdepapper eller andra finansiella instrument samt centralbankstjänster

Utgångspunkten i ingressen synes vara att undantaget för finansiella tjänster främst skall omfatta sådan handel med finansiella instrument som har anknytning till medlemsstaternas centrala finans- och penningpolitik. I artikel 1 a) vii) görs däremot inte någon sådan begränsning, utan där anges endast karaktären av den verksamhet som skall vara undantagen, nämligen sådan som har samband med transaktioner med finansiella instrument.

I artikel 1.4 c) iv) Rådets direktiv 93/38/EEG om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-,

transport- och telekommunikationssektorerna (försörjningsdirektivet) anges undantag för ”kontrakt avseende utfärdande, försäljning, förvärv eller överförande av värdepapper eller andra finansiella instrument”.¹ Formuleringen i försörjningsdirektivet har tolkats så att t.ex. konsulttjänster i samband med omsättning av värdepapper omfattas av detta direktiv.²

NOU anser att tjänstedirektivet skall tolkas så att i vart fall offentliga myndigheters upphandling av tjänster i samband med utgivning eller omsättning av värdepapper eller finansiella instrument skall vara undantagna från tillämpning av tjänstedirektivet. Undantaget skall alltså inte endast anses omfatta förvaltningen av statskulden.³

Begreppet ”värdepapper eller finansiella instrument” definieras inte i direktivtexten. I 1 § lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument anges att med finansiellt instrument avses fondpapper och annan rättighet eller förpliktelse avsedd för handel på värdepappersmarknaden. Med fondpapper avses bl.a. aktier, obligationer och delägarätter eller fordringsrätter som är utgivna för allmän omsättning. Kännetecknande för ett finansiellt instrument är att det är löpande, d.v.s. att det fritt kan omsättas på marknaden utan att omsättningen påverkar rättsförhållandet mellan utgivaren och förvärvaren.

Den svenska definitionen av finansiella instrument kan givetvis inte direkt åberopas då det gäller att tolka tjänstedirektivet. Så mycket torde dock stå klart som att aktier, obligationer och andra kapitalmarknadsinstrument som är avsedda för allmän omsättning omfattas av direktivets begrepp ”värdepapper och andra finansiella instrument”. Denna tolkning vinner stöd av de engelska, franska och tyska språkversionerna.⁴ Mer tveksamt är om ett lån direkt från en kreditgivare till en upphandlande enhet kan anses som ett finansiellt instrument. Det rör sig då om en enkel fordran som inte är avsedd för omsättning.

Undantaget i tjänstedirektivets artikel 1 a) vii) omfattar sådana finansiella tjänster som utnyttjas ”i samband med” transaktioner av finansiella instrument. Vid t.ex. aktie- och skuldebrevsemissioner – såväl i den privata som den offentliga sektorn – kan det komma i fråga att anlita corporate finance-konsulter. Vidare förekommer det att emissionerna garanteras av finansinstitut. För detta erlägger emittenten en ersättning. Vid förvärv eller försäljning av finansiella instrument

¹ Den engelska versionen talar om ”contracts for the issue, sale, purchase or transfer of securities or other financial instruments”. I försörjningsdirektivets ingress p. 20 talas dock åter om undantag för kontrakt ”i samband med utgivning eller omsättning av värdepapper eller andra finansiella instrument”

² Se Hentze/Sylvén, Lagbokskommentaren – offentlig upphandling, 1998, s. 266 f.

³ Se Wahl/Melbye Eide/Roll-Matthiessen, Lov om offentlige anskaffelser, 1994, s. 334 ff. Ytterligare stöd för en sådan tolkning kan hämtas i tjänstedirektivets engelska och franska versioner, där det i ingressen talas om ”public debt” respektive ”dette publique”, vilket torde omfatta all skuldsättning i offentliga rättssubjekt.

⁴ ”Securities and other financial instruments”; ”Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten”; ”Titres ou d'autres instruments financiers”

anlitas vanligtvis mäklare. Denna typ av tjänster har givetvis ett nära samband med transaktionen och torde täckas av undantaget i direktivet.

Bilaga 1 A till tjänstedirektivet, punkt 6 a), omfattar bank- och investeringstjänster. I fotnot d) anges dock ett undantag motsvarande det i artikel 1 a) vii). I CPV-nomenklaturen nämns inte uttryckligen ratingtjänster. Denna typ av tjänster synes närmast falla in under kategori 67121000, Tjänster avseende värdepappershandel, vilka enligt denna nomenklatur klassificeras som Övriga tjänster, punkt 27 i bilaga 1 B till tjänstedirektivet.

Andra tänkbara CPV-kategorier är 67130000, Finansiell rådgivning. Även denna kategori klassificeras under punkt 27. Däremot faller ratingtjänsten säkerligen inte in under 74141200, Finansiella konsulttjänster. I motsvarande CPC-kategori, 86502, anges nämligen att det är fråga om rådgivning till företag om kapitalstruktur, kassaflöde, ekonomisystem o.d.

CPV-nomenklaturen stöder således uppfattningen att ratingtjänster inte skall upphandlas enligt bestämmelserna för A-tjänster. Det framstår emellertid som tveksamt om det vid utarbetningen av CPV-nomenklaturen beaktats de uttryckliga undantagen från tjänstedirektivets tillämpningsområde i artikel 1 a).

Västra Götalandsregionens direktupphandling av kreditratingtjänst

Västra Götalandsregionen är en myndighet. Den har behörighet att själv uppta lån och ge ut penningmarknadsinstrument under de förutsättningar som anges i 8 kap. kommunallagen (1991:900). Det står klart att regionens penningmarknadscertifikat utgör värdepapper. NOU anser, mot bakgrund av det som anförts ovan, att undantaget i artikel 1 a) vii) tjänstedirektivet omfattar de finansiella tjänster som regionen beställer i samband med emission av penningmarknadscertifikat.

Frågan blir då om kreditratingtjänsten kan anses vara en sådan finansiell tjänst som utnyttjas i samband med utgivning eller omsättning av värdepapper och andra finansiella instrument.

Som regionen anført utgör en fastställd kreditrating av ett erkänt ratingföretag ofta en förutsättning för att kunna emittera penningmarknadsinstrument till större institutionella placerare. Enligt NOU:s mening har kreditratingtjänsten en så nära förbindelse med regionens emission av certifikat att den kan sägas utnyttjas i samband med utgivning av värdepapper, även om det inte är fråga om en tjänst som har samband med en särskild emission eller transaktion. Kreditratingtjänsten bör således enligt NOU:s bedömning vara undantagen från tillämpningen av LOU enligt 5 kap. 1 § andra stycket 5 LOU.

Sammanfattningsvis anser NOU att Västra Götalandsregionen i det aktuella fallet inte har varit skyldig att tillämpa LOU vid inköpet av kreditratingtjänsten.

Datum
2002-09-30Vår beteckning
2001/0185-26

Direktupphandling på det sätt som skett har därmed varit ett tillåtet förfarande. Det bör dock betonas att tolkningen av tjänstedirektivets undantag för finansiella tjänster fortfarande måste anses oklar i flera avseenden. Endast EG-domstolen kan slutligt avgöra hur direktivet skall tolkas.

NOU avslutar ärendet.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 24 september 2002, i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman, rättssakkunniga Gunilla Hulting, avdelningsdirektören Lisbeth Johnson, chefsjuristen Erland Olausson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Per Andersson.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Per Andersson

Andrea Sundstrand
08-454 48 50

Datum
2001-12-14

1 (5)
Vår beteckning
2000/0320-26

AB Storstockholms Lokaltrafik
120 80 STOCKHOLM

Granskning av AB Storstockholms lokaltrafik och Citypendeln AB:s avtal om pendeltågtrafik

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar tillsyn över lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) enligt 7 kap. 9 § LOU.

Den 7 november 2000 erhöll NOU en fråga ställd av Anders Ygeman avseende AB Storstockholms Lokaltrafik (SL) tilläggsavtal med Citypendeln Sverige AB (Citypendeln AB). Frågan översändes från Konkurrensverket. Frågeställningen var huruvida SL brutit mot LOU genom att under perioden 18 maj 2000 till 1 oktober 2000 efterskänka de i det ursprungliga avtalet avseende pendeltågtrafik stipulerade vitena för brott mot avtalet om pendeltågstrafiken i Stockholm.

NOU översände Anders Ygemans frågeställning tillsammans med kompletterande frågor samt begäran att få ut vissa handlingar till SL.

På grund av resursbrist har NOU fått i huvudsak begränsa sin granskning till frågan huruvida de mellan SL och Citypendeln AB ingångna tilläggsavtalet innebär en så väsentlig förändring av det ursprungligen ingångna avtalet vad gäller utkrävande av viten för den aktuella perioden, att SL brutit mot LOU. NOU anser sig dock oförhindrad att vid senare tillfälle på eget initiativ granska övriga delar av SL:s upphandling av pendeltågstrafiken.

Bakgrund

Efter en offentlig upphandling tecknade SL avtal med Citypendeln AB avseende all linjetrafik på Pendeltågstrafikens bansträckor enligt närmare specifikation i avtalet (huvudavtalet). Huvudavtalet undertecknades i december 1998. Enligt avtalet skulle trafikstart ske den 6 januari 2000. Enligt huvudavtalet skall SL ca 9 månader före början av varje kalenderår beställa den mängd trafik som Citypendeln AB skall tillhandahålla det påföljande kalenderåret. Enligt huvudavtalets 24 § äger SL rätt att under avtalstiden utöka eller minska omfattningen av trafiken inom en avtalad frivolyt. Som grund för beräkningen ligger den beställda trafiken. I huvudavtalets bilaga 1 p. 14 anges frivolyten till 20 procent under hela avtalsperioden, dock till högst sju procent per år. Inom frivolyten äger SL rätt att förändra den beställda volymen trafik utan att det

Datum
2001-12-14Vår beteckning
2000/0320-26Andrea Sundstrand
08-454 48 50

påverkar avtalade priser. Förändringar utöver frivolyten kan leda till förändringar i de avtalade priserna enligt i huvudavtalet fastställda beräkningar.

För det fall Citypendeln AB inte uppfyller kraven avseende trafikproduktion skall Citypendeln AB enligt bilaga 2.1 till huvudavtalet betala vite enligt vissa i förhand bestämda procentsatser. Nedsättning i trafikproduktionen på grund av force majeure skall inte räknas som bortfall.

Redan en kort tid efter det att huvudavtalet trädde i kraft stod det klart att Citypendeln AB inte klarade av att tillhandahålla den avtalade trafiken. Orsaken var att Citypendeln AB inte hade tillräcklig mängd anställd personal. SL valde att inleda förhandlingar med entreprenören, vilka resulterade i att parterna den 18 maj 2000 tecknade två tilläggsavtal till huvudavtalet.

I de två tilläggsavtalen nedsätts bl.a. storleken på den tidigare beställda trafikvolymen för tiden den 18 maj 2000 till den 1 oktober 2000. I tilläggsavtalen anges att Citypendeln AB per den 5 juni 2000 skulle inkomma med ett återställningsprogram för pendeltågstrafiken. Trafikvolymen i återställningsprogrammet skulle anses vara den för perioden beställda trafiken. Citypendeln AB skulle enligt tilläggsavtalen göra sitt yttersta, utan att behöva vidta orimliga åtgärder, för att den ursprungligen beställda trafikvolymen skulle återställas per den 1 oktober 2000. Citypendeln skulle månatligen rapportera sina åtgärder till SL. Vid månatliga möten skulle SL reagera ifall SL inte ansåg att åtgärderna var godtagbara eller att Citypendeln AB inte gjorde sitt yttersta för att nå målet om full trafikvolym per den 1 oktober 2000 eller för att identifiera de brister SL hävdade. I dessa fall skulle parterna gemensamt enas om möjliga lösningar.

För det fall Citypendeln AB inte uppfyllde den avtalade nedsatta trafikvolymen skulle den betala vite. Vite skulle emellertid inte utgå för det fall Citypendeln AB gjort sitt yttersta, utan att behöva ta till orimliga åtgärder, för att upprätthålla den bestämda trafikvolymen eller för att fullgöra återställningsprogrammet. Bedömningen avseende om Citypendeln AB gjort sitt yttersta eller ej skulle endast relateras till anställning och utbildning av personal. Vite skulle dessutom endast kunna utkrävas om SL vid de månatliga mötena påpekat brister för Citypendeln AB och denne inte vidtagit åtgärder för att rätta till de av SL påpekade bristerna.

För det fall SL före den 1 oktober 2000 skriftligen underrättat Citypendeln AB om att den inte gjort sitt yttersta för att uppfylla målet om fullt återställd trafik till den ursprungliga nivån till detta datum, hade SL rätt att från den 1 oktober 2000 begära viten som om avtalets tillämpats på den ursprungligt beställda nivån.

Från den 1 december 2000 tillämpades avtalen fullt ut.

Andrea Sundstrand
08-454 48 50

SL:s yttrande

SL motiverar sitt val att inleda förhandlingar med Citypendeln AB med att bolaget hävdade att avtalets force majeure-klausulen var tillämplig i den uppkomna situationen. SL menade att det inte förelåg någon force majeure-situation, men att det fanns risk för utdragna rättsprocesser i domstolarna för det fall SL skulle häva avtalet. Hävningen skulle inte gynna pendeltågstrafiken i Storstockholm. Det skulle dessutom ta lång tid att upphandla ett nytt avtal, vilket skulle kunna leda till ett totalt stopp i trafiken under en lång tid.

Enligt SL ligger den volym som avbeställdes under perioden 1 juni 2000 till den 1 oktober 2000 genomsnittligt inom ramen för den frivolyms som redan föreskrivits i huvudavtalet (sju procent). Eftersom nivån på den beställda trafiken minskade, utkrävde SL inte viten för den avbeställda trafiken. För perioden juni till september 2000 fann SL inte skäl att uttaga viten.

SL motiverar sitt beslut avseende viten enligt följande: ”Viten under ett avtal av detta slag är inte att anse som en inkomstmöjlighet för den upphandlande enheten. Vitena är avsedda att utgöra påtryckningar och påföljder för motparter om dessa inte på ett rimligt sätt fullgör sina åtaganden. I den situation som förelåg hade det varit utsiktslöst att Citypendeln snabbare eller på ett bättre sätt skulle kunna rekrytera personal eller återställa trafiken om viten debiterades. Det föreligger ingen skyldighet för SL att utkräva viten. Att utkräva viten hade enligt den bedömning som gjordes inte varit ett affärsmässigt sätt att hantera den uppkomna situationen. Vitena hade inte kunnat åstadkomma att tågförare och övrig personal tillförts Citypendeln snabbare eftersom det förelåg stora brister på sådan personal hos alla operatörer i landet. Vitena hade bara medfört negativa effekter på möjligheten att återställa trafikvolymen och övriga tjänster. Det väsentliga är att SL dels tillämpat de upphandlande avtalen, dels reducerat ersättningen till Citypendeln enligt trafikavtalet till en ersättning som motsvarar faktiskt utförd trafik.....”

SL hävdar att tilläggsavtalen inte inneburit någon avtalad möjlighet för Citypendeln AB att kunna undgå att betala viten för perioden den 18 maj till den 1 oktober 2000.

NOU:s bedömning

Vad NOU förstår mot bakgrund av de handlingar och de uppgifter som SL lämnat, låg de förändrade volymerna av pendeltågstrafiken som bestämdes genom återställningsavtalet för perioden den 18 maj 2000 till den 1 oktober 2000 inom ramen för de enligt huvudavtalet tillåtna.

SL har hävdat att det enligt huvudavtalet inte föreligger någon skyldighet för SL att utkräva viten. NOU anser dock att det enligt ordalydelsen i det avtalet inte finns möjlighet för Citypendeln AB att undgå att betala viten i de fall den inte

Andrea Sundstrand
08-454 48 50

levererar den beställda volymen trafik i annat fall än då det föreligger en force majeure-situation.

Enligt villkoren i huvudavtalet skall vite inte utgå i de fall det föreligger en sådan force majeure-situation. Enligt SL hävdade Citypendeln AB att den uppkomna situationen omfattades av huvudavtalets force majeure-klausul. SL delade dock inte Citypendeln AB:s bedömning. NOU har inte möjlighet att med den tillgängliga informationen avgöra huruvida den uppkomna situationen faktiskt skall anses utgöra befrielse för Citypendeln AB från skyldighet att utge viten. NOU väljer därför att inte uttala sig i denna fråga och istället koncentrera sig på hur LOU skall tolkas i de två olika situationer som kan bli resultatet av en sådan prövning.

För det fall att den uppkomna situationen anses utgöra en force majeure-situation, innebär det enligt huvudavtalets regler en befrielse för Citypendeln AB från skyldighet att utge viten. En reglering av vitesfrågan i ett tilläggsavtal är i så fall obehövt då situationen kan lösas genom tolkning av det befintliga huvudavtalet.

För det fall den uppkomna situationen inte anses utgöra en force majeure-situation, anser NOU att LOU skall tolkas på följande sätt.

NOU anser att SL genom utformningen av tilläggsavtalen i princip av sagt sig möjligheten att för perioden den 18 maj 2000 till den 1 oktober 2000 utkräva vite i de fall Citypendeln inte levererade den i återställningsavtalet bestämda trafikvolymen, oavsett om det förelegat en force majeure-situation. Frågan är om en sådan förändring av villkoren i huvudavtalet utgör ett brott mot LOU.

Såsom EG-domstolen uttalade i sin dom i Stora Bælt-målet (C-243/89) ”...innebär principen om likabehandling av alla anbudsgivare ett krav på att anbudet skall överensstämma med förfrågningsunderlaget. Härav följer att *all förhandling, såväl före som efter tilldelningen av kontraktet* och vilket leder till ändringar i underlaget och av anbudspriset, anses strida mot gemenskapsrättens regler om offentlig upphandling.”

Målet Kommissionen mot Frankrike (C-337/98) behandlade bl.a. frågan om en upphandlande enhet vid en upphandling inom försörjningssektorerna brutit mot direktiv 93/38/EEG genom att omförhandla de väsentliga villkoren i ett avtal. EG-kommissionen menade att det förelåg väsentliga skillnader i fråga om teknologi och pris mellan det första och andra skedet i den aktuella upphandlingen, varför en nytt upphandlingsförfarande skulle anses ha kommit till stånd.

EG-domstolen konstaterade emellertid att EG-kommissionen inte kunnat visa att skillnaderna i fråga om teknologi och pris utgjort sådana väsentliga förändringar att ett nytt upphandlingsförfarande skulle ha inletts. De tekniska förändringarna var en naturlig följd av den tekniska utvecklingen och prisutvecklingen följde den tidigare överenskomna. Domstolen konstaterade följaktligen att EG-kommissionen inte förmått visa att nya förhandlingar som visade på en önskan

Andrea Sundstrand
08-454 48 50

från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i avtalet hade inletts. Av domslutet kan således utläsas att utgången i målet blivit annan för det fall EG-kommissionen faktiskt kunnat påvisa väsentliga förändringar i steg två i upphandlingen.

Enligt NOU:s bedömning av nu nämnda rättsfall föreligger inte generell avtalsfrihet för upphandlande enheter att på ett väsentligt sätt förändra villkoren i ett offentligt upphandlingskontrakt, oavsett om kontraktet upphandlats enligt reglerna i den klassiska sektorn eller enligt reglerna i försörjningssektorerna. Att förändra priset eller andra ekonomiska villkor i förhållande till de ursprungliga avtalsvillkoren kan vara en väsentlig förändring. NOU anser, baserat på EG-domstolens uttalande i ovan nämnda två mål, att SL i det aktuella fallet brutit mot LOU genom att på ett väsentligt sätt förändra möjligheterna att uttaga viten av Citypendeln AB för perioden 18 maj 2000 till 1 oktober 2000.

Utöver Anders Ygemans fråga har NOU även den 16 februari 2000 erhållit en begäran om granskning av SL:s upphandling av huvudavtalet. NOU har dock vid granskningen av tilläggsavtalen inte erfarit något som tyder på att SL:s ursprungliga upphandling i väsentliga delar inte varit förenlig med reglerna i LOU.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 14 december 2001, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman, kanslirådet Charlotte Hedberg, avdelningsdirektören Lisbeth Johnson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur.kand. Andrea Sundstrand. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Andrea Sundstrand

För kännedom: Anders Ygeman
SL:s internrevision

Michael Slavicek

Datum
2001-05-30
Ert datumVår beteckning
2001/0036-21
Er beteckning

Advokatfirman

Begäran om samråd avseende avtal om gatumöbler

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har fått begäran från Er att för en klients räkning uttala sig i frågan om en upphandlande enhet med hänvisning till en klausul i ett slutet avtal kan underlåta att inför ny avtalsskrivning uppsöka den konkurrens som finns.

Av insända handlingar och ett möte med NOU framgår att några avtal, vilka upphandlats enligt det tidigare regelverket och slutits före LOU:s ikraftträdande, innehåller avtalsklausuler med innebörden att den aktuella leverantören skall erbjudas ytterligare beställningar samt beställningar för tiden efter avtalstidens utgång. Det är först när denne leverantör avböjer eller under angiven tid inte svarar på erbjudandet som ett nytt kontrakt kan erbjudas en annan leverantör.

NOU:s bedömning

Det är inte NOU:s roll att göra tolkning av slutna avtal och NOU tar inte ställning i något konkret fall. Som ett generellt svar anser NOU att en upphandlande enhet i ett avtal inte lagligen får binda sig för framtida anskaffningar utöver det som regleras i avtalet som upphandlats i enlighet med gällande upphandlingsregler.

Denna skrivelse har beslutats vid nämndsammanträde den 30 maj 2001, i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman, avdelningsdirektören Lisbeth Johnson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze efter föredragning av chefsjuristen Michael Slavicek. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Michael Slavicek

Datum
2001-03-21Vår beteckning
2000/0138-26 och
2000/0187-26
Er beteckning

Ert datum

Regeringskansliet
Förvaltningsavdelningen
103 33 STOCKHOLM

Regeringskansliets upphandling av konsulttjänster inom juridik och ekonomi

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har den 19 och 29 maj 2000 mottagit två skrivelser med begäran om granskning från två olika leverantörer avseende Regeringskansliets upphandling av ramavtal som omfattar konsulttjänster inom juridik och ekonomi. I förfrågningsunderlaget har de ekonomiska tjänsterna beskrivits enligt följande "... när det gäller ekonomiska konsulttjänster är behovet vidsträckt inom många olika områden. Bland annat finns behov av konsulttjänster rörande organisationsförändringar, styrning, samarbetsformer, redovisning, IT, offentlig upphandling, revision och miljöarbete." I upphandlingen ställdes bl.a. kravet att leverantören skall vara auktoriserad revisor eller revisorsbolag om anbudet avser ekonomiska tjänster.

NOU har begränsat sin granskning av upphandlingen till frågan om det nämnda kravet är förenligt med lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. De klagande leverantörerna anser i huvudsak att kravet är alltför långtgående och begränsar konkurrensen på området. Det anförs bl.a. att leverantörer som tidigare anlitas genom åren för vissa av de angivna tjänsterna inte längre kan vara med och lämna anbud på grund av det angivna kravet.

NOU har inhämtat information i ärendet från Regeringskansliets förvaltningsavdelning som den 25 september 2000 inkom med ett skriftligt yttrande. Regeringskansliet anför att tyngdpunkten för de ekonomiska konsulttjänsterna som efterfrågades i upphandlingen ligger på revision, uppföljning och utvärdering. Regeringskansliet vill inte behöva anlita flera olika konsulter för vad man anser vara ett sammanhållet uppdrag. Därför ställdes också kravet att konsulten skall ha god kompetens inom områden som organisationsförändring, styrning av verksamheter, olika samarbetsformer, redovisning, IT, offentlig upphandling och miljöarbete. Auktorisation ger enligt Regeringskansliet en garanti för att ett upphandlat revisionsbolag håller en hög kvalitet.

Datum
2001-03-21

Vår beteckning
2000/0138-26 och
2000/0187-26

NOU:s bedömning

Vad beträffar klagandens grunder kan generellt sägas att upphandlande enheter vid all offentlig upphandling skall ta hänsyn till huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU i vilken det anges att "Upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns ...". Vid all anskaffning skall den upphandlande enheten beakta de övergripande principer som kan härledas ur EG-fördraget och upphandlingsdirektiven men som till fullo inte alltid går att uttolka ur LOU. I kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (12.4.2000) anförs följande. "Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas skall vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till de mål som eftersträvas. I valet mellan olika åtgärder skall en medlemsstat välja den som leder till minsta möjliga störningar för den ekonomiska verksamheten [fotnot: Se t.ex. dom av den 17 maj 1984 i mål 15/83, Denkavit Nederland eller Förstainstansrättens dom av den 19 juni 1997 i mål T-260/94, Air Inter mot kommissionen, punkt 142. 14.]"

NOU har vid nämndsammanträde i ärende dnr 1996/108-26 anfört "...att de kriterier en upphandlande enhet uppställer i förfrågningsunderlaget inte får begränsa konkurrensen [utan] måste ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som skall täckas (proportionalitetsprincipen). Kriterierna får heller inte vara diskriminerande. För att alla konkurrensmöjligheter skall kunna utnyttjas är det väsentligt att förfrågningsunderlaget ges en neutral och ickediskriminerande utformning, som inte på ett otillbörligt sätt gynnar en bestämd leverantör (likabehandlingsprincipen). Att utforma förfrågningsunderlaget så att en viss leverantör diskrimineras är varken förenligt med gemenskapsrättens grundläggande principer eller LOU."

I 7 § förordning (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling, finns angivet vilka bevis som den upphandlande enheten får kräva av leverantören, t.ex. bevis avseende dennes utbildnings- och yrkesmässiga kvalifikationer. När den upphandlande enheten kräver sådana bevis måste den dock ta hänsyn till tjänsternas art, mängd och ändamål.

Krav på auktorisation/revisionsbolag och proportionalitetsprincipen samt transparensprincipen

Det föreligger generellt sett inga hinder mot att en upphandlande enhet vid upphandling av tjänster ställer krav på leverantören med utgångspunkt i hans skicklighet, effektivitet, erfarenhet och pålitlighet. Ett krav som diskvalificerar en leverantör skall dock vara relevant, proportionellt och rimligen icke av oväsentlig betydelse för den aktuella upphandlingen.

NOU har efter genomgång av förfrågningsunderlaget och annonsen inte funnit något i uppdragsbeskrivningen eller annonsen som indikerar att tyngdpunkten avseende de ekonomiska konsulttjänsterna låg främst på revision, uppföljning och

Datum
2001-03-21

Vår beteckning
2000/0138-26 och
2000/0187-26

utvärdering. I annonsen beskrivs upphandlingen avse ett ”ramavtal för successiva avrop av kortare och längre konsultuppdrag gällande juridiska och ekonomiska utredningar. Upphandlingen klassificeras enligt följande: juridiska tjänster (CPV ref. 74110000-3), ekonomiska och skattemässiga tjänster samt revision (CPV ref. 74120000-6) och företags- och managementrådgivning samt tillhörande tjänster (CPV ref. 74 14 00 00-2).

Auktorisation innebär säkerligen en garanti för att ett upphandlat revisionsbolag håller hög kvalitet vid utförande av många olika ekonomiska tjänster. Troligtvis kan också behovet av hög kvalitet i utförande av en viss tjänst rättfärdiga kompetenskrav som överstiger eventuella lagstadgade kompetenskrav. Det krävs dock att den upphandlande enheten beaktar den grundläggande gemenskapsrättsliga principen om ömsesidigt erkännande.

NOU har förståelse för att köparen vill koncentrera sin konsultkrets till ett begränsat antal, så länge konkurrenssituationen är tillfredsställande. Det är däremot inte tillåtet att i samma upphandling upphandla varor och tjänster av vitt skild karaktär i syfte att anpassa upphandlingen till en viss leverantör. Att ställa krav på att leverantören skall vara auktoriserad revisor eller revisionsbolag i en tjänsteupphandling, där huvuddelen av tjänsterna normalt inte utförs av auktoriserade revisorer, kan enligt NOU:s bedömning knappast anses förenligt med proportionalitetsprincipen. Den valda inskränkningen till auktoriserade revisorer synes mot bakgrund av *annonsens* och *förfrågningsunderlagets utformning* varken vara nödvändig eller lämplig med hänsyn till det syfte som eftersträfvats. Av annons och förfrågningsunderlag kan det inte med tillräcklig tydlighet anses framgå att syftet var att upphandla sådana ekonomiska tjänster som regeringskansliet sedermera angivit i sitt *svar till NOU*.

NOU kan dock mot bakgrund av det lämnade svaret inte finna att det uppenbart brister i proportionaliteten mellan kravet på att leverantören skall vara auktoriserad revisor/revisorsbolag och de tjänster som upphandlats. Det innebär att kravet sannolikt var berättigat i den aktuella upphandlingen. NOU anser däremot att kravet på ett transparent upphandlingsförfarande inte har respekterats till fullo. Regeringskansliet borde ha angivit i annonsen eller förfrågningsunderlaget att tyngdpunkten avseende de ekonomiska konsulttjänsterna främst låg på revision, uppföljning och utvärdering.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 21 mars 2001, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman, avdelningsdirektören Lisbeth Johnson, juristen Eva Sveman och konsulten Peter Thore. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze efter föredragning av jur. kand. Åsa Edman. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag efter justeringar enligt de direktiv som lämnades vid nämndsammanträdet.



nämnden för offentlig upphandling

Datum
2001-03-21

4 (4)
Vår beteckning
2000/0138-26 och
2000/0187-26

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Åsa Edman

För kännedom:
Klaganden

Michael Slavicek
Telefon 08-454 44 44 eller 031-10 50 75

Datum	Vår beteckning
2001-05-31	2001/0115-29
Ert datum	Er beteckning

Finansdepartementet
Att. Charlotte Hedberg
103 33 STOCKHOLM

Frågan huruvida sponsringsavtal omfattas av reglerna i LOU

Flera upphandlande enheter, såsom departement, olika myndigheter och kommuner, har ingått eller överväger att ingå avtal med privata företag avseende sponsring av sin verksamhet.¹

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har uppmärksammat att massmedia har tagit upp frågan huruvida avtal om sponsring av offentlig verksamhet omfattas av reglerna i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). NOU har också mottagit ett ökat antal muntliga förfrågningar och en skrivelse härom.

NOU vill därför uppmärksamma regeringen på att LOU inte innehåller några entydiga regler om i vilken utsträckning sponsringsavtal omfattas av reglerna i LOU. NOU vill också meddela regeringen NOU:s uppfattning i frågan.

NOU anser att utgångspunkten för svaret på frågan är om det slutna kontraktet är ett upphandlingskontrakt eller inte, dvs. om en upphandlande enhet sluter ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor med en eller flera marknadsaktörer avseende tillhandahållande av varor, tjänster och utförande av byggtreprenad.

Begreppet sponsring

Begreppet sponsring² är inte närmare definierat i lag och berörs inte uttryckligen i LOU eller de bakomliggande EG-direktiven om offentlig upphandling.

Enligt Sponsringsföreningen³ är sponsring ”associationsmarknadsföring; en affärsmässig metod för kommunikation, marknadsföring och försäljning.

¹ Sponsringsföreningen anger på sin hemsida att ”dessa marknadsföringsformer” (sponsring och event marketing) omsatte i Sverige år 2000 ca 4,2 miljarder svenska kronor. Detta är mer än vad TV-reklam omsatte. Sponsring står för 2,5 mdr kronor och event marketing står för 1,7 mdr kronor.

² Enligt Nationalencyklopedin betyder sponsring att t.ex. ett företag eller en person åtar sig att bekosta eller på annat sätt ansvara för viss verksamhet och som utbyte får möjlighet att göra reklam eller PR i någon form.

³ Sponsringsföreningen organiserar företag och organisationer som på olika sätt är verksamma inom sponsring och event marketing. Bland medlemmarna finns sponsrande företag, organisationer och förbund som söker sponsorer samt konsulter och agenter. Bland föreningens ca 188 medlemsföretag och organisationer finns 5 statliga myndigheter. Föreningen anger att sponsring är associationsmarknadsföring; en affärsmässig metod för kommunikation, marknadsföring och försäljning. Sponsring bygger på ett kommersiellt avtal mellan (normalt) två

Sponsring bygger på ett kommersiellt avtal mellan (normalt) två parter där ett företag betalar för kommersiella rättigheter att utnyttja en association med t.ex. ett evenemang, en person, en organisation, ett projekt etc.” Föreningen Kultur och Näringsliv⁴ framhåller därutöver att företagets insats ska stå i rimlig proportion till utbytet, dvs. att det inte får röra sig om välgörenhet.

I skattesammanhang krävs, för att sponsring skall vara avdragsgill, att det är fråga om en egentlig driftkostnad i näringsverksamheten. Sponsorn måste således erhålla någon motprestation som kan verka resultatfrämjande i näringsverksamheten. Detta förutsätter att det finns ett samband mellan sponsorns verksamhet och erbjuden motprestationen. I princip kan kostnaden för sponsring hänföras till antingen reklamkostnad, representationskostnad, personalkostnad, kostnad för forskning och utveckling eller till icke avdragsgill gåva.

Vad parterna överenskommit och förväntas bidra med framgår i regel av ett avtal. Skriftliga avtal är viktiga dokument för gränsdragningen mellan gåva och sponsring och således av betydelse i såväl upphandlings- som i deklARATIONSSAMMANHANG, eftersom avtalen visar vilka motprestationer som de lämnade bidragen ger.

NOU utgår därför från att begreppet sponsring inte rätteligen bör användas för rent benefika transaktioner (gåvor).

NOU:s bedömning

Sponsringsavtal kan ses antingen som ett erbjudande till ett företag eller organisation att använda sig av den upphandlande enhetens exponeringsplats (PR), lokaler eller dess good-will i utbyte att företaget / organisationen sponsrar den upphandlande enheten genom tillhandahållandet av varor eller tjänster.⁵ Bakgrunden till ett sponsringsavtal kan dock också vara att sponsringsmottagaren i stället för betalning för beställda leveranser erbjuder företag eller organisation att låta dess namn exponeras. Det är inte ovanligt att sponsringsmottagaren erbjuder även olika typer av förmåner såsom aktiviteter för företagets kunder eller personal, utbildning samt tillgång till lokaler.⁶

Alla sådana sponsringsavtal innefattar inte inköp av varor, entreprenader eller tjänster. NOU:s nuvarande inställning är att en upphandlande enhet i ett avtal inte

parter där ett företag betalar för kommersiella rättigheter att utnyttja en association (med t.ex. ett evenemang, en person, organisation, ett projekt etc.).

⁴ Föreningen är en intresseorganisation och ett samarbetsforum för kultursponsring. Den representerar ett nätverk av företag, näringslivsorganisationer och kulturinstitutioner. Medlemmarna består av 110 företag och näringslivsorganisationer samt drygt 80 kulturinstitutioner och organisationer. Bland kulturinstitutionerna finns 11 statliga myndigheter. *Föreningen anger att "Sponsring är ett affärsmässigt samarbete mellan två eller fler parter till ömsesidig nytta. Enligt aktiebolagslagen och bolagsordningen skall företagets insatser kunna motiveras med ett utbyte som står i rimlig proportion till använda medel. Sponsring är inte detsamma som välgörenhet och handlar ej heller om mecenatskap. Sponsring innebär att parterna frivilligt väljer varandra."*

⁵ Sponsring genom uppförande av en byggnad torde inte vara så vanlig men det bör beaktas att en byggentreprenad anses utgöra ett offentligt upphandlingskontrakt och upphandlas enligt LOU, oavsett hur finansieringen görs.

⁶ Såväl Sponsringsföreningen som Föreningen Kultur och Näringsliv menar att det företag som går in som sponsor i verksamheten kan komma att kräva motprestationer som minst motsvarar sponsringens värde.

får förbinda sig för framtida anskaffningar från sponsorföretaget. NOU anser således att en upphandlande enhet som mottagit sponsring kan förbinda sig att exponera sponsorföretagets namn eller produkter, endast då ett sådant avtal kan anses innefatta försäljning av exponeringsplats, tillhandahållande av lokaler eller liknande situationer som inte omfattas av LOU.⁷ Den upphandlande enheten kan dock i samband med mottagandet av medel inte förbinda sig till att vid ett nära förestående eller framtida behov av varor eller tjänster anskaffa dessa från sponsorföretaget utan att uppsöka annan konkurrens.⁸

NOU noterar att Riksrevisionsverket i sin årliga revision av kulturmyndigheter som mottar sponsringsmedel gjort bedömningen att LOU bör följas vid tecknandet av sponsringsavtal.⁹

NOU:s nuvarande ståndpunkt är således att sponsringsmottagaren, om inte hinder framkommer av annan lagstiftning eller lämplighetsöverväganden,¹⁰ får motta ett resurstillskott som t.ex. möjliggör projekt som annars inte skulle kunna genomföras. Resurstillskottet skall dock normalt inte användas till att tilldela sponsorföretaget ett kontrakt som enligt reglerna i LOU behöver upphandlas. En upphandlande enhet måste givetvis iaktta opartiskhet i sitt bemötande av ett sponsrande företag eller organisation i varje upphandlingssituation. Sponsringen får givetvis inte påverka LOU:s huvudregel om affärsmässighet att anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Detsamma torde gälla även i övrigt förhållande till sponsorn och i synnerhet i tillsyns- och tillståndsärenden.

NOU rekommenderar därför att de upphandlande enheterna tills vidare iakttar försiktighet och noggrant analyserar huruvida ett avtal enheten avser att ingå kan betecknas som försäljning av exponeringsplats eller utgör anskaffning av varor eller tjänster för egen räkning som skall upphandlas enligt LOU.

NOU finner att frågorna kring olika typer av sponsringsavtal bör bli föremål för ett klagorörelse. Det är angeläget att samma tolkning råder inom hela Europeiska unionen. NOU överlämnar därför denna skrivelse till regeringen.

⁷ LOU reglerar inte försäljning, uthyrning eller mottagande av gåva.

⁸ Eskil Nord anger i Karnov, kommentaren till 1 kap. 5 § LOU, definitionen av "upphandling" att en upphandlande enhet kan erhålla pengar genom gåva eller testamentariskt förordnande "Om det till gåvan är förknippat t.ex. viss anskaffning av viss föremål torde ett sådant villkor inte kunna uppfyllas, eftersom i de fall institutionen är en upphandlande enhet denna skall upphandla även anskaffningar som görs för medel som erhållits genom gåva eller andra benefika fång." Margareta Hentze och Hans Sylvén (Offentlig upphandling, Norstedts juridik) ifrågasätter den ovanstående uppfattningen endast beträffande gåvor/bidrag till forskning. Detta mot bakgrund av ingressen till tjänstedirektivet med avseende på uppmuntran av forskning m.m.

⁹ Se t.ex. *Revisionsrapport 1998 avseende Statens konstmuseer* (RRV dnr. 30-1998-0675). I rapporten anges: "RRV anser att lagen om offentlig upphandling bör följas även då det gäller sponsring. RRV vill särskilt betona att innan avtal tecknas bör /myndigheten/, där så är möjligt, utnyttja de konkurrensmöjligheter som finns och göra jämförelser med andra företag som erbjuder likartade tjänster. /Myndigheten/ bör dokumentera de motiv som legat till grund för bedömningen av valt alternativ."

¹⁰ Gränser uppställs även av konkurrenslagen, kommunallagen, bestämmelser om mutor och bestickning och myndighetens interna beskrivning av möjligheterna att ta emot gåvor och bidrag. Se JO-yttrande dnr 1918-1996, 1997/98:JO, sid. 155, Polisens samverkan med privata näringsidkare. JO ansluter sig till den restriktiva syn på mottagandet av gåvor som Rikspolisstyrelsen gett uttryck för. JO vill vidare peka på att polisens samarbete med en enskild näringsidkare under vissa förhållanden kan uppfattas som en otillbörlig inblandning i konkurrensförhållandet mellan näringsidkare.

Detta yttrande har beslutats vid nämndsammanträde den 30 maj 2001, i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman, avdelningsdirektören Lisbeth Johnson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze efter föredragning av chefsjuristen Michael Slavicek. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Michael Slavicek

Michael Slavicek
Telefon 08-454 44 44 eller 031-10 50 75

Datum	Vår beteckning
2001-05-30	2001/0114-29
Ert datum	Er beteckning

Finansdepartementet
Charlotte Hedberg
103 33 STOCKHOLM

Behov av vissa ändringar i LOU beträffande urvalsupphandling

Nämnden för offentlig upphandling (NOU), som utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), vill göra regeringen uppmärksam på att det inte kan anses klarlagt om den fr.o.m. 1 januari 2001 i 6 kap. LOU införda upphandlingsformen urvalsupphandling är en form av förenklad upphandling eller en självständig form, vid vilken, i likhet med selektiv upphandling, förhandling med anbudsgivarna inte är tillåten.

NOU har angivit att förhandlingar vid urvalsupphandling får ske under samma förutsättningar som vid förenklad upphandling, vilket innebär att det finns möjlighet att förhandla. Denna tolkning framgår dock inte av lagtexten och har ifrågasatts. Lagtexten bör därför preciseras.

En ytterligare svårighet i den praktiska tillämpningen är att det inte är klart när en anbudssökande skall få underrättelse om att han inte blivit utvald och därmed inte får lämna anbud. Detta beslut bör kunna överklagas till länsrätten då möjlighet att erhålla skadestånd är mycket små om en anbudssökande inte fått lämna in ett anbud.

Utformningen av denna skrivelse har beslutats vid nämndsammanträde den 30 maj 2001 i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman, avdelningsdirektören Lisbeth Johnson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze efter föredragning av chefsjuristen Michael Slavicek.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Michael Slavicek

Datum
2001-06-19
Ert datum

Vår beteckning
2000/0292-26
Er beteckning

Stockholms Läns Landsting
Sjukvårdsdirektören
HSN Staben
Box 6909
102 39 STOCKHOLM

Polismyndighetens i Stockholms län och Stockholms läns landstings upphandlingar av avtal avseende polititransporter

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har den 27 september 2000 mottagit en skrivelse från en leverantör med klagomål mot Polismyndigheten i Stockholm och Landstinget i Stockholm avseende rubricerade avtal. Klaganden ifrågasätter om ändringar och förlängningar av ingångna avtal varit förenliga med lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Klaganden anför att det skett en höjning av anbudspriset med minst 60 %, trots att det av förfrågningsunderlaget och avtalen framgår att priserna skall stå fast under hela avtalsperioden.

NOU har inhämtat information i ärendet genom skriftliga yttranden från Polismyndigheten och Landstinget som inkom den 4 respektive den 14 december 2000. Polismyndigheten upphandlade under hösten 1998 tjänsten polititransporter, dvs. transporter av avlidna personer. Avtal tecknades i månadskiftet september/oktober 1998 med en leverantör. Avtalstiden var två år med en möjlighet till ett års förlängning. Den 27 juni respektive den 3 juli 2000 anhöll leverantörens juridiska ombud i en skrivelse till polismyndigheten om att få omförhandla det avtalade priset för polititransporterna. Polismyndigheten godkände en prishöjning och utnyttjade samtidigt den avtalade förlängningsklausulen och förlängde avtalet med ett år.

Landstinget har sedan början av 1999 ett motsvarande avtal avseende polititransporter med leverantören. I månadskiftet juni/juli 2000 fick landstinget i likhet med polismyndigheten en skriftlig förfrågan från leverantörens ombud avseende omförhandling av det avtalade priset. Landstinget godkände också prishöjningen och utnyttjade avtalets förlängningsklausul, dock endast fyra av de tolv avtalade månaderna.

NOU begränsar sin granskning till huruvida höjningen av de avtalade priserna och utnyttjande av förlängningsklausuler kan anses vara förenliga med LOU.

NOU:s bedömning

NOU:s behörighet att utöva tillsyn

NOU måste inledningsvis ta ställning till sin behörighet att uttala sig om ändringar i avtalsförhållanden av den typ som beskrivits ovan. NOU utövar tillsyn med stöd av 7 kap. 9 § LOU. LOU reglerar den offentliga upphandlingsprocessen men inte utförandet av det upphandlade avtalet.

I bl.a. *NOU info* okt. -97 refereras EG-kommissionens s.k. formella förfarande mot Sverige med anledning av Rikspolisstyrelsens (RPS) upphandling i ett *öppet förfarande* av slipshållare, mössmärken och tjänstgöringstecken (SG(97)D/96/4220). Kommissionen kritiserar RPS för att bl.a. ha förhandlat med vald leverantör efter det att avtal tecknats. RPS accepterade i förhandlingarna andra produktkrav än vad som efterfrågats i förfrågningsunderlaget varvid priset omförhandlades till RPS förmån. Kommissionen påtalar i det formella förfarandet (sid. 6) att såsom EG-domstolen erinrat om i sin dom i Store Bælt-målet (C-243/89) "... innebär principen om likabehandling av alla anbudsgivare ett krav på att anbudet skall överensstämma med förfrågningsunderlaget. Härav följer att all förhandling, såväl före som efter tilldelningen av kontraktet, vilken berör innehållet av ett anbud som inte överensstämmer med de i förfrågningsunderlaget ställda kraven, och vilken leder till ändringar i underlaget och av anbudspriset, anses strida mot gemenskapens regler om offentlig upphandling."

Mot denna bakgrund anser sig NOU ha behörighet att utreda det ifrågavarande klagomålet.

Prishöjning på grund av åläggande

I sina skrivelser till polismyndigheten och landstinget angav leverantörens ombud, som skäl till omförhandling av de avtalade priserna, att den regionala trafikpolisen i Stockholms län har ålagt bolaget att följa vilotidsförordningen (1994:1297). Åläggandet medförde enligt ombudet kraftigt ökade kostnader för företaget eftersom det tvingats lägga om alla körscheman för de anställda samt anställa ytterligare personal. Leverantörens ombud angav i skrivelserna till de båda upphandlande enheterna att de upphandlade avtalen medförde en kraftig förlust och riskerade bolagets fortsatta bestånd. Klaganden anser dock att skälet till prishöjningen är anmärkningsvärt med anledning av att förordningen varit i kraft sedan 1994.

Leverantören har besvärat sig till Vägverket och begärt undantag från nämnda förordning. Vägverket har beslutat att inte meddela undantag. Vägverkets beslut överklagades senare av leverantören till länsrätten.

EG-kommissionen för en diskussion på sid. 9 i sitt tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (Bryssel den 12.4.2000) om vilken av avtalsparterna som bär risken vid förändrade förutsättningar vid koncessioner

respektive offentliga upphandlingskontrakt. Kommissionen uttalar att det i samband med offentliga upphandlingskontrakt kan förekomma att en del av risken vilar på uppdragstagaren, som exempel anges ”den risk som hänger samman med att lagstiftningen ändras under avtalstiden”. Det kan vara ”förändringar när det gäller miljöskydd som innebär att det blir nödvändigt med justeringar i arbetet eller förändringar på skatteområdet som gör att de finansiella förutsättningarna för kontraktet ändras ...”.

Mot denna bakgrund är NOU:s bedömning att en uppdragstagare som leverantören, under pågående avtalsperiod, normalt skall stå för de kostnader som eventuella ålägganden att följa lagar och förordningar medför, dvs. om inte annat avtalats. NOU anser att i det fall då leverantören inte avser eller förmår att fortsätta leva upp till sin del av avtalet skall den upphandlande enheten häva kontraktet. I den mån tjänsten fortsättningsvis skall utföras av en extern leverantör skall en ny offentlig upphandling påbörjas omgående.

Prisändring en väsentlig ändring av avtalet

Det framgår av handlingarna i ärendet att de upphandlade enheterna har medgivit prishöjningar med 60 %.

Enligt NOU är en 60 % höjning av de upphandlande priserna en så väsentlig ändring av de avtalade förutsättningarna att det inte längre föreligger identitet mellan de avtal som upphandlats och de avtal som tillämpats efter prishöjningarna. Det omförhandlade avtalen får anses utgöra nya avtal. Enligt NOU:s mening skall i sådana situationer, om en extern entreprenör behöver anskaffas, en ny upphandling påbörjas omgående. Det gäller oavsett om det upphandlingsförfarande som tillämpats initialt tillåter förhandlingar eller inte.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 19 juni 2001, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman, kanslirådet Charlotte Hedberg, avdelningsdirektören Lisbeth Johnson, juristen Eva Sveman och konsulten Peter Thore. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Åsa Edman. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag efter justeringar enligt de direktiv som lämnades vid nämndsammanträdet.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Åsa Edman

För kännedom: Klaganden

Michael Slavicek
Telefon 031-10 50 75 eller 08-454 48 51

Datum
1999-03-23
Ert datum

Vår beteckning
222/97-21
Er beteckning

Malmö kommunstyrelse
205 80 MALMÖ

Anskaffning av äldreomsorg i Malmö

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

NOU har i början av år 1997 uttalat sig i två ärenden som rörde tillämpningen av LOU vid anskaffning av avtal om äldreomsorg i Malmö stad (dnr. 285/95 angående vårdhemmet S. m.fl. och dnr. 120/96 angående ett annat vårdhem). Rubricerat ärende har initierats till följd av att NOU uppmärksammat några tidningsartiklar samt erhållit en skrivelse från A och B, samtliga angående avsaknaden av ett formbundet upphandlingsförfarande vid anskaffning av äldreomsorg inom Malmö stad.

I en artikel i tidningen Anbud & Inköp den 25 september 1997, nr. 28, angavs att Malmö stad länge underlåtit att genomföra upphandling i konkurrens avseende 400 platser inom äldreomsorgen. I artikeln återges även ett uttalande av en av Malmö stads jurister. "Naturligtvis kan vi inte ha avtalen med sjukhemmen rullande alltför länge. Så småningom måste de upphandlas eller sägas upp. Men det finns inga fixa gränser för när det skulle vara olagligt."

I skrivelserna från A och B angavs bl.a. att ca 25 vårdhem hade endast muntliga eller tidsobegränsade avtal med staden. Till stöd för sina påståenden åberopade de bl.a. vad ett socialkommunalaråd hade anfört i en skrivelse till SDF-beredningen den 10 januari 1997. B har tidigare begärt att Justitieombuds-mannen skulle granska kommunens agerande. Denne fann då inte anledning att ingripa med hänsyn till att det finns en "generell lagstiftning och en särskild myndighet, NOU".

NOU har berett Malmö stad möjlighet att kommentera sanningshalten i de ovannämnda uppgifterna. Om det som hävdats var riktigt, skulle staden förklara varför inte upphandlingen av dessa platser inom äldreomsorgen har skett enligt LOU och varför staden upprätthåller muntliga och tidsobegränsade avtal. NOU bad Malmö stad ange vilka åtgärder som vidtagits med anledning av NOU:s tidigare påpekanden.

Datum
1999-03-23

Vår beteckning
222/97-21

Malmö kommunstyrelse har i yttrande den 4 februari 1998 uppgivit att adekvata åtgärder kommer att vidtagas och att så inte skett p.g.a. den korta tid som gått sedan NOU:s yttrande den 20 februari 1997. Angående avtalet med vårdhemmet S. har kommunstyrelsen angivit följande. "De omständigheter som härefter inträffat och som orsakat förseningar i planerad utveckling av verksamheten i fråga, är bl.a. en följd av annan lagstiftning som i just detta fall kolliderar med bestämmelserna i LOU. Denna situation utgör enligt kommunens mening sådana synnerliga skäl som anges i 6 kap. 2 § LOU för undantag från kravet på formbundet upphandlingsförfarande."

Klaganden i ärendet, båda med anknytning till vårdhemmet S. i Malmö, har sedermera inkommit med ett yttrande över vad kommunstyrelsen anfört samt ingivit ytterligare skrivelser. Det har vidare framkommit att Stadsdelsnämnden Limhamn-Bunkeflostrand den 28 april 1998 beslutat att efter en direktupphandling teckna ett nytt avtal med vårdhemmet S. avseende sjukhemsplatser.

Malmö kommunfullmäktige har beretts tillfälle att i ett förnyat yttrande ta ställning till de under våren 1998 inkomna handlingarna och ange om kommunen vidtagit några nya åtgärder för att vid anskaffningen av äldreomsorg i Malmö tillgodose LOU:s krav.

Kommunstyrelsen har i yttrandet den 4 november 1998 vidhållit att det har påbörjats en upphandling av platser för äldreboende inom kommunen i syfte att teckna ramavtal med ett antal vårdgivare. Denna upphandling samordnas för samtliga tio stadsdelsfullmäktige och håller på att genomföras. Kommunstyrelsen konstaterar därmed att anskaffningen av äldreomsorg sker i enlighet med LOU:s krav.

NOU har i ett särskilt yttrande adresserat till stadsdelsnämnden Limhamn-Bunkeflostrand uttalat att det enligt NOU:s uppfattning inte förelegat grund för att göra en direktupphandling av avtalet med vårdhemmet S. (NOU:s ärende dnr 132/98-26). Malmö stad har genom en skrivelse från stadskontorets juridiska avdelning anfört att stadskontoret för sin del anser att förutsättningar förelegat att tillämpa undantagsregeln om synnerliga skäl, att NOU:s yttrande är behäftat med sakfel på avgörande punkter och att stadskontoret inte blivit övertygat om bärkraften i NOU:s argument vad gäller det juridiska ställningstagandet i just det specifika fallet.

NOU konstaterar att Malmö stad har påbörjat en upphandling av vårdplatser. Av stadens yttrande framgår inte om samtliga muntliga och tidsobegränsade avtal om vårdplatser ingår i denna upphandling. Uppgifter i bl.a. lokaltidningarna tyder på att så inte är fallet. Om inte samtliga muntliga och tidsobegränsade avtal omfattas förutsätter NOU att Malmö stad snarast vidtar åtgärder för att ersätta de kvarvarande muntliga avtal med skriftliga.

Datum
1999-03-23

Vår beteckning
222/97-21

Definitionen av begreppet upphandlingskontrakt i 1 kap. 5 § LOU kräver uttryckligen skriftlighet (jfr. RÅ 1997:50). Även om LOU inte innehåller några regler om uppsägning av avtal som slutits före lagens ikraftträdande, bör den upphandlande enheten inte vidmakthålla långa avtal. I sammanställningen av NOU info 93 -95 har härom anförts följande.

För att beställaren skall kunna utnyttja ett avtal som fungerar väl kan överenskommelsen med leverantören innehålla en förlängningsklausul på exempelvis ett år. En sådan förlängningsklausul bör helst innehålla ett aktivt moment för att förlängningen av avtalet skall utlösas dvs. vara sådan att den utnyttjas först sedan parterna överenskommit om att utnyttja rätten att förlänga avtalet. Förlängningsklausuler som innebär att avtalet automatiskt förlängs om ingen av parterna säger upp avtalet bör således undvikas.

Innehåller en överenskommelse ingen förlängningsklausul får inte avtalet förlängas. Detta har uppenbarligen förekommit exempelvis på området taxi/färdtjänst, bl.a. i samband med byte av huvudman.

Enligt ett rättsligt avgörande i Danmark förklarar Klagenævnet att förlängning av ett avtal utan förlängningsklausul inte är förenligt med upphandlingsdirektivet i fråga. När avtalsperioden är slut, eventuellt efter en avtalad förlängningsperiods utgång, skall en ny upphandling äga rum.

En ytterligare förutsättning är att vid upphandling över tröskelvärdena annonsering av totalbeloppet skett dvs. att förlängningsperioder eller optionsrätter inkluderats vid tröskelvärdesberäkningen.

NOU anser att icke tidsbegränsade avtal snarast skall sägas upp. Även avtal med förlängningsklausuler skall*) sägas upp, särskilt om förlängningsklausulen utnyttjats en gång.

*)Kommentar: Systemet förutsätter att anskaffning utsätts för konkurrens med jämna mellanrum

Vad beträffar skälen för direktupphandling vill NOU anföra följande. Det kan finnas situationer i vilka andra synnerliga skäl än synnerlig brådska kan föreligga. I prop. 1993/94:78 sid. 24 hänvisas till vad som gällde enligt 4 § och 7 § upphandlingsförordningen. Motsvarande bestämmelser fanns i kommunala upphandlingsreglemente. I anvisningarna till dessa bestämmelser angavs att direktupphandling fick användas endast om myndigheten vid brådskande eller oförutsedda behov inte hann tillämpa någon annan upphandlingsform eller om synnerliga skäl talade för att direktupphandling skulle användas. Det kunde gälla upphandlingar som av annat skäl än eldsvåda, översvämning eller annan katastrof eller olycka krävdes för att myndigheten skulle undvika förebygga eller begränsa avsevärd ekonomisk eller annan skada (SOU 1971:88, Offentlig upphandling, sid. 142 och Kommunalt upphandlingsreglemente jämte anvisningar, Kommentus förlag, september 1983). Uttrycket synnerliga skäl skall enligt propositionen markera att direktupphandling är ett undantag.

Datum
1999-03-23

Vår beteckning
222/97-21

Vid tidpunkten för beslutet om direktupphandling måste således föreligga skäl som är synnerliga. Detta innebär oftast att det inträffat någonting som kan jämföras med en force majeure-liknande omständighet för att kunna motivera rätten till att direktupphandla. En sådan undantagsregel får således inte upprepade gånger användas som lösning av någon känslig situation som den upphandlande enheten råkat hamna i. Regeln om direktupphandling utgör dessutom ett avsteg från kravet på utnyttjande av befintlig konkurrens i huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU, som gäller för all upphandling och för alla beslut, avgöranden och bedömningar m.m. som inte uttryckligen regleras i lagen.

Vad som gäller för synnerlig brådska och förutsebarhet vid förhandlad upphandling utan annonsering över tröskelvärdena behandlas i EG-domstolens dom i mål C-318/94 (Kommissionen mot Tyskland, REG 1996, sid. 1949). Domstolen underkände i det målet statens invändning att en regional myndighets vägran att godkänna ett projekt var helt oväntad och inte kunde förutses. Domstolen förklarade att kravet på oförutsebarhet inte var uppfyllt.

NOU vill vidare påpeka att en skillnad måste göras mellan förfarandena direktupphandling och förenklad upphandling med endast en tillfrågad leverantör (NOU:s ärende dnr. 67/97-26, NOU info juni 1997, sid. 12 f.). I det senare fallet avgörs valet av upphandlingsförfarande inte av om det gäller lågt värde eller om det föreligger de ovannämnda synnerliga skäl utan av huruvida det, under förutsättning att kravet på affärsmässighet och objektiv behandling inte åsidosätts, föreligger särskilda skäl att tillfråga endast en leverantör. NOU uttalade i det ärendet bl. a. att fördelarna med att tillämpa förenklad upphandling med anbudsinfordran från endast en anbudsgivare jämfört med att tillämpa direktupphandling är uppenbara. Leverantören är under formell anbudsinfordran osäker om huruvida konkurrens föreligger och anstränger sig att åstadkomma ett förmånligt anbud. Dessutom har andra leverantörer möjlighet att lämna anbud med stöd av 6 kap. 6 § LOU.

NOU översänder kopior av detta yttrande till revisorerna i Malmö stad, Svenska kommunförbundet och Utredningen (S1998:01) om sjukvårdsupphandling för kännedom och eventuella åtgärder. Kopior av yttrandet överlämnas vidare till finansdepartementet och utredningen om översyn av NOU m.m. (Dir 1998:58) såsom exempel på situationer i vilka en myndighet som utövar tillsyn över LOU kan komma att behöva ha möjlighet att besluta om vitesföreläggande eller ha talerätt i länsrätten.

NOU begär med stöd av 7 kap. 9 och 10 §§ LOU att Malmö stad till NOU inom en vecka från detta yttrandes mottagande översänder de riktlinjer som gäller för direktupphandling i Malmö stad.

Datum
1999-03-23

Vår beteckning
222/97-21

NOU avslutar ärendet.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 25 februari 1999, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman och kanslirådet Charlotte Hedberg. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze efter föredragning av kammarrättsassessorn Michael Slavicek. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar som beslutats vid nämndsammanträde den 19 mars 1999.

Hans Ekman var skiljaktig vad beträffar skälen för direktupphandling och har anfört att sådana omständigheter som Malmö stad åberopat, såsom vårdtagarens besittningsskydd och pågående rättsliga prövningar, kan utgöra synnerliga skäl i LOU:s mening.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Michael Slavicek

För kännedom:

Vårdhemmet S.

Revisorerna i Malmö stad

Svenska kommunförbundet

Finansdepartementet

Utredningen om översyn av NOU m.m. (Dir 1998:58)

Utredningen (S1998:01) om sjukvårdsupphandling

Michael Slavicek

Datum	Vår beteckning
1999-02-25	160/98-26 och 167/98-26
Ert datum	Er beteckning
1998-09-30	Dnr:0307/98

Stadsdelsförvaltningen Styrso
Bratten
430 84 STYRSÖ

Stadsdelsnämnden Styrso's avbrutna upphandling av gods- och färjetrafik i Göteborgs södra skärgård

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

Klagande 1 och Klagande 2 har till NOU ställt frågor angående den rubricerade avbrutna upphandlingen av transporter i Göteborgs skärgård och begärt att NOU yttrar sig över huruvida stadsdelsnämnden Styrso i Göteborgs stad (SDN) vid upphandling följt reglerna i LOU. NOU har med anledning av skrivelserna begärt ett skriftligt yttrande från SDN Styrso.

NOU har vid ärendets behandling beaktat även Göteborg stads skrivelse till NOU den 27 augusti 1997 och Stadsrevisionens i Göteborg granskning av den aktuella upphandlingen.

Ärendets handläggning hos SDN Styrso

SDN har påbörjat en förenklad upphandling av trafiken fr.o.m. den 4 maj 1998. Annonser om upphandling infördes i tidningarna Göteborgsposten och Arbetet den 29 december 1997. Avtalstiden skulle enligt förfrågningsunderlaget bli fem år med möjlighet till förlängning i ett eller två år. SDN ställde krav på att anbudsgivaren själv skulle ansvara för gods färjeterminalen på fastlandet inklusive hamnplaner, inhägnader, skjul, truckar, kajer och bryggor. SDN angav att Kommunfullmäktige i Göteborg har beslutat bl.a. att Saltholmen i framtiden inte skall användas som fraktterminal och gett byggnadsnämnden i uppdrag att ta fram förslag på en ny terminal på fastlandet. Det kommunägda Styrso bolaget hyrde ett provisoriskt färjeläge på Färjenäs. Om detta läge var intressant för entreprenören skulle denne själv träffa avtal med Fritidsförvaltningen. Entreprenören skulle vidare i första hand genom köp överta en bilfärja från Styrso bolaget. Sista anbudsdagen var den 16 februari 1998. Vid anbudsöppningen den 17 februari 1998 fanns två anbud, ett från Styrso bolaget och ett från Göteborgs Skärgårdsgods. Styrso bolagets anbud omfattade endast transportuppdrag för ett år. Klagande 1 har i sitt anbud angivit följande: "Vårt anbud bygger helt på en slutlösning i Fiskebäck kan uppnås. Om Fiskebäck som terminalplats mot förmodan ej skulle gå att slutföra finner vi oss

Datum
1999-02-25

Vår beteckning
160/98-26 och
167/98-26

nödsakade att ta tillbaka vårt anbud. Vi kan inte för vårt vidkommande se något ekonomiskt ej heller praktisk annan terminallösning för det framtida skärgårdsgodset." SDN begärde att Klagande 1 skulle "komplettera eller justera" sitt anbud för att gälla ett år. När detta inte varit möjligt avbröts upphandlingen med motiveringen att ingen av anbuderna uppfyllde förfrågningsunderlagets krav.

Klaganden 1 och 2 har i separata skrivelser till NOU ansett att anmärkningar kan riktas mot bl.a. den korta anbudstiden, vissa villkor i förfrågningsunderlaget som uppfattades gynna Styröbolaget och förkortningen av den föreslagna avtalstiden.

SDN Styrö har i sitt yttrande till NOU framfört i huvudsak följande.

Upphandlingen genomfördes "trots att det inte går att finna en lämplig lokalisering av ett permanent färjeläge på fastlandet och att andra frågor av praktisk natur inte lösts. Inget av de inlämnade anbuderna uppfyllde de specificerade kriterier som angetts i förfrågningsunderlaget. Med målsättningen att försöka likställa anbuderna tog förvaltningen upp en förhandling med anbudsgivarna i vilken de gavs möjlighet att komplettera eller justera sina anbud. Ingen var dock villig att komma in med alternativ. På ett möte den 28 februari 1998 ställde sig Fiskebäcks fiskehamnsföreningen negativ till en fraktkterminal i fiskehamnen i Fiskebäck. SDN beslöt på ett sammanträde den 5 mars 1998 att avbryta upphandlingen med hänsyn till huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. De farhågor som tidigt fanns i kommunen om lämpligheten att genomföra en upphandling vid detta tillfälle kan härmed sägas ha besannats. SDN har ansvar för att tillgodose medborgarnas och näringslivets transportbehov. Avtalet med Styröbolaget har temporärt förlängts genom ett kortvarigt avtal. SDN anser inte att förutsättningarna för att genomföra en ny anbudsupphandling har blivit bättre och har för närvarande ingen avsikt att gå ut med en ny upphandling. SDN ville heller inte föregripa Västra Götalandsregionens bildande den 1 januari 1999 och den nye huvudmannen för trafikens arbete i fråga.

NOU:s bedömning

Konkurrensverket har i beslut den 16 juli 1998 gjort bedömningen att lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling inte var tillämplig på avbrutna upphandlingar. I ärendet har inte heller framkommit något som enligt Konkurrensverkets bedömning kunde anses stå i strid med konkurrenslagen (1993:20). Konkurrensverkets beslut påverkar inte den bedömning som NOU skall göra enligt LOU.

NOU tar inte upp till prövning alla aspekter av den avbrutna upphandlingen och koncentrerar sig huvudsakligen på följande fyra frågor.

1. Är den aktuella transporten av sådan beskaffenhet att den bör upphandlas enligt reglerna i LOU?
2. Kan kraven i förfrågningsunderlaget anses strida mot kravet på lika behandling av anbudsgivarna?

Datum
1999-02-25

Vår beteckning
160/98-26 och
167/98-26

3. Fanns det anledning att kräva in ett nytt anbud på en förkortad tid?
4. Fanns det juridiska grunder till SDN:s tecknande av ett nytt avtal med Styröbolaget?

1. Skyldighet att följa LOU

Göteborgs stad har år 1994 på framställningar från Länsstyrelsen i Göteborgs- och Bohus län och Konkurrensverket svarat att upphandling i konkurrens av godsfrjetrafiken skall ske. Konkurrensverket har uppmanat staden att omgående säga upp avtalet med Styröbolaget och upphandla den aktuella frakttrafiken i enlighet med LOU. Även Vägverket har i samband med beviljandet av bidrag till verksamheten ställt krav på konkurrensutsättning. NOU har i ett tidigare ärende år 1997 efterfrågat varför trafiken trots tidigare utfästelser inte hade upphandlats. Trots det ovan anförda och den faktiskt påbörjade upphandlingen enligt LOU görs det i SDN:s protokoll gällande att skyldighet att följa LOU inte föreligger. Även Stadsrevisionen återger att Stadskansliet i Göteborg i samband med kommunens yttrande till NOU utrett frågan om konkurrensutsättning av trafiken och kommit fram till slutsatsen att LOU inte var tillämplig.

Enligt NOU:s uppfattning har det inte kommit fram några skäl till att en upphandling enligt LOU kunde undvikas. Av utredningen i förevarande fall framgår att SDN sagt upp det avtal med Styröbolaget vilket slutits före LOU:s ikraftträdande. SDN kunde därför inte förlänga eller omförhandla det redan uppsagda avtalet. Ett nytt avtal med Styröbolaget eller någon annan leverantör kunde inte slutas utan mellankommande upphandling enligt LOU. Stadskansliet har vidare gjort gällande att trafiken överlämnats till ett bolag inom den egna organisationen och därför inte behövt upphandlas enligt LOU. Detta påstående överensstämmer inte med reglerna i LOU, då Styröbolaget visserligen är ett kommunalt företag som till 80 procent levererar till kommunen, men får räknas som ett självständig juridisk person. Kommunen kan därför inte sluta ett avtal med Styröbolaget utan en mellankommande upphandling (jfr Regeringsrättens dom i mål nr 2006-1997 och NOU rapport dnr 165/97-29 och yttrande dnr 227/96 återgivna i NOU info mars -98, sid. 13 ff. och oktober -98). Enligt NOU:s uppfattning kan ett avtal mellan en kommun och ett kommunalt bolag inte träffas enbart genom en delegering av kommunala angelägenheter. De förslag som på regeringens begäran har förts fram i NOU:s utredning om kommunala bolag förutsätter en lagändring i LOU. Skyldigheten att vid anskaffning av transporttjänster följa LOU kräver inte heller någon lagstadgad skyldighet för den upphandlande enheten att svara för tjänstens tillhandahållande. Staden bedriver inte heller någon verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationsområdena som avses i 4 kap. 1 § LOU. Lagens undantag i 4 kap. LOU om så kallade anknutna företag kan därför inte åberopas av SDN eller Göteborgs stad. NOU delar således inte på någon punkt stadskansliets slutsatser och anser att LOU är tillämplig på förevarande upphandling av trafiken.

2. Förfrågningsunderlagets krav

Datum
1999-02-25

Vår beteckning
160/98-26 och
167/98-26

Ärendet avser en B-tjänst enligt bilagan till LOU (grupp 19, sjötransport och annan vattenburen transport). SDN har rätteligen använt sig av en förenklad upphandling enligt reglerna i 1 och 6 kap. LOU.

Av 1 kap. 4 § LOU framgår 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. Paragrafen skall enligt förarbetena till LOU täcka de i EG-fördraget uppställda kraven på bl. a. lika och rättvis behandling (icke diskriminering), proportionalitet (kraven skall inte begränsa konkurrensen och måste ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som skall täckas) samt öppenhet och förutsebarhet (transparens, som inbegriper bl.a. att ingenting sker i det fördolda och att alla anbudsgivare får tillgång till samtliga relevanta fakta).

För att alla konkurrensmöjligheter skall kunna utnyttjas är det väsentligt att förfrågningsunderlaget ges en neutral och icke-diskriminerande utformning, som inte på ett otillbörligt sätt gynnar en bestämd leverantör (likabehandlingsprincipen). Kravet på konkurrens i 1 kap. 4 § LOU kan endast i undantagsfall anses uppfyllt om endast en viss leverantör kan uppfylla de ställda kriterierna (jfr. Regeringsrättens dom den 12 december 1998, mål nr 6017-1997). Frånvaron av verklig konkurrens försvårar vidare möjligheten att uppnå ett för SDN och kommuninvånarna förmånligt avtal. Det kan noteras att upphandlingen har annonserats och flera leverantörer har tillfrågats. Endast två leverantörer har dock lämnat in anbud varav Klagande 1 enligt egen utsago gjort det endast efter påtryckning från skärgårdsbefolkningen.

NOU gör med anledning av de mera övergripande frågorna inte någon fördjupad bedömning av SDN:s förfrågningsunderlag men vill ändå peka på att underlaget saknar en rangordning av utvärderingskriterierna (det synes inte vara omöjligt att göra en sådan), det anges inte närmare vad SDN menat med helhetsperspektiv för kommunen (vilket kan öppna för bedömning på andra grunder än de i förfrågningsunderlaget angivna) och kvalificeringskraven är på flera punkter bristfälligt specificerade. NOU delar därför inte Stadsrevisionens bedömning att förfrågningsunderlagets utformning varit så tydligt och fullständigt som omständigheterna medgav.

Anbudstiden på en och en halv månad, med mellankommande helger, kan med hänsyn till upphandlingens komplexitet och omfattning inte anses som skälig. Stadsrevisionen har kommit fram till samma slutsats. Den korta anbudstiden måste vidare ses som en fördel för Styrsobolaget. Samma gäller även kravet att påbörja trafiken i början av maj 1998.

Frågan om färjeterminalens belägenhet har diskuterats under många år. Byggnadsnämnden i Göteborg har i december 1995 fått i uppdrag att ta fram förslag på ett nytt terminalläge för södra skärgård. Enligt Göteborgs

Datum
1999-02-25

Vår beteckning
160/98-26 och
167/98-26

Stadsbyggnadskontor (dnr 0358/1996) skulle Fiskebäck behandlas som huvudalternativ. Något beslut hade inte fattats. NOU instämmer i stadsrevisionens bedömning att det inte var rimligt att vid sådana förutsättningar begära av privata entreprenörer att lösa detta problem. NOU vill vidare förstärka stadsrevisionens kritik eftersom den tid som entreprenörerna fått till sitt förfogande innan anbudet skulle lämnas in och färjetrafiken skulle komma igång inte har varit anpassad till den tid nödvändiga förhandlingar och införskaffandet av tillstånd rimligen kunde ta. Att den osäkerhet som rådde om fraktkontrollens framtida placering har använts som skäl till att anse att den ene anbudsgivaren inte avlämnat ett korrekt anbud behandlas i det följande.

3 Förkortning av anbudstiden

Avtalstiden skulle enligt förfrågningsunderlaget vara 5 år med möjlighet till förlängning i ett eller två år. Styröbolaget har lämnat in anbud på ett år. SDN har inte förkastat något av de två inkomna anbuden utan har begärt att Klagande 1 skulle lämna in ett nytt anbud på ett år. Detta aktualiserar två frågor, dels om en förkortning till ett år var möjlig dels om kravet stod i proportion till det som upphandlats.

Förenklad upphandling enligt 6 kap. LOU tillåter att förhandling förs med anbudsgivarna och det är även möjligt att ett anbud förtydligas eller kompletteras (6 kap. 8 § LOU). Förutsättningarna är dock att det vid förhandlingen inte sker några väsentliga förändringar och att kompletteringen sker utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. NOU anser att en förkortning av avtalstiden från max sju år till ett år måste ses som en så väsentlig förändring att den utesluter förhandling eller komplettering. Styröbolagets anbud skulle därför ha förkastats som inte överensstämmande med förfrågningsunderlagets krav.

Det är den upphandlande enheten som avgör om en förhandling skall föras eller om ett anbud får kompletteras. NOU konstaterar att SDN inte har givit Klagande 1 möjlighet därtill. Möjligheterna därtill tycks emellertid inte ha varit uteslutna avseende de oklara delarna av Göteborg Skärgårdsgods anbud, nämligen förbehållen om Fiskebäcks hamn och statsbidragets storlek. Vid tidpunkten för begäran om komplettering (nollställning) av anbuden kunde det inte varit känt att Fiskebäcks fiskehamnsförening vid mötet tio dagar senare skulle ställa sig negativ till en fraktkontroll i fiskehamnen i Fiskebäck. Fiskehamnsföreningens beslut nämns för övrigt inte i SDN:s promemoria inför mötet den 5 mars 1998, då upphandlingen avbröts och protokollet har enligt inkomststämpeln kommit in till SDN först i april 1998. Osäkerheten om statsbidragets storlek och därmed sammanhängande frakttaxa utgör enligt NOU:s bedömning inte grund för avtalstidens förkortning. Tillräcklig säkerhet på denna punkt måste anses ha funnits genom den i förfrågningsunderlaget angivna möjligheten till omförhandling eller avtalets avbrytande om statsbidraget skulle komma att minska väsentligt. Argumentet att osäkerhet om statsbidragsutvecklingen och fraktvolymer under trafikperioden krävde en avtalsperiod på ett år motsägs av att SDN efter upphandlingens

Datum
1999-02-25

Vår beteckning
160/98-26 och
167/98-26

avbrytande slöt med Styröbolaget ett avtal innehållande en automatisk förlängningsklausul med ett år i taget.

Angående frågan om förkortningen stod i proportion till det som upphandlas anser NOU att avtalstiden måste avvägas i proportion till investeringarnas omfattning så att någon leverantör inte ges otillbörliga förmåner. NOU anser bl.a. att stora investeringar som leverantören gör enkom för en viss leverans till den offentliga sektorn bör beaktas vid fastställande av avtalstiden så att leverantören får en rimlig avskrivningstid. Kraven på omfattande investeringarna m. m. som ställts i SDN:s förfrågningsunderlag kan inte anses stå i proportion till ett avtalstid på ett år.

Styröbolagets anbud på ett år har vidare, såsom Stadsrevisionen påpekat, på ett felaktigt sätt jämförts med Göteborg skärgårdsgods anbud på minst fem år.

SDN har således enligt NOU:s mening inte på något tillfredsställande sätt förklarat varför avtalstiden omedelbart efter anbudsöppningen behövde förkortas. SDN angav att upphandlingen avbröts eftersom de inkomna anbuderna inte uppfyllde förfrågningsunderlagets krav. Upphandlingen avbröts dock inte när de enligt SDN:s uppfattning ofullständiga anbuderna kommit in utan först då Klagande 1 inte inlämnat ett anbud på ett år. NOU:s uppfattning är att det endast var Styröbolagets anbud som uppenbart inte uppfyllde de ställda kraven. Även om Klagande 1 anbud kunde anses vara förenat med förbehåll var dessa inte av sådant slag att dessa uteslöt klagande eller fortsatt förhandling om förbehållens undanröjande. Förfrågningsunderlagets utformning och SDN:s agerande efter anbudsöppningen väcker därför frågan om SDN överhuvudtaget varit intresserat av någon annan leverantör än Styröbolaget.

SDN gör gällande att inte något anbud uppfyllde de ställda kraven. NOU tar inte ställning i frågan om SDN:s bedömning i denna del varit riktig. Om båda anbuderna innebar en väsentlig förändring i förhållande till förfrågningsunderlaget borde de ha förkastats direkt.

4 Nytt avtal med Styröbolaget

SDN har inte förklarat på vilka juridiska grunder den tecknat ett avtal med Styröbolaget fr.o.m. maj 1998. SDN hänvisar till medborgarnas och näringslivets behov som skäl till att temporärt förlänga ett kortvarigt avtal.

Det tidigare avtalet med Styröbolaget var uppsagt och kunde följaktligen inte förlängas. De överväganden som Kammarrätten i Göteborg har gjort i mål nr 4069-1998 äger inte tillämplighet i detta fall (jfr. NOU info oktober 1998). Avtalet innehåller vidare flera ändringar gentemot avtalet som gällt dessförinnan, vilket motsäger SDN:s påstående om en förlängning. Det rör sig således om ett nytt avtal som är tecknat utan upphandling enligt LOU. Några särskilda skäl som skulle motivera direktupphandling har inte åberopats. SDN hävdar att det är ett kortvarigt, temporärt avtal. Av SDN:s svar framgår dock att SDN för närvarande

Datum
1999-02-25

Vår beteckning
160/98-26 och
167/98-26

inte har för avsikt att påbörja någon ny upphandling. NOU noterar dessutom att avtalet med Styröbolaget avsåg tiden den 1 maj - den 31 december 1998. Avtalet förlängs därefter med 12 månader i taget om ingen av parterna säger upp avtalet senast 6 månader innan avtalstidens utgång. NOU:s uppfattning är att förlängningsklausuler som innebär att avtalet automatiskt förlängs om ingen av parterna säger upp avtalet bör undvikas. (jfr. NOU info sept. -93 - dec. -95, sid. 59). Vidmakthållandet av avtal som löper tills vidare eller förlängs automatiskt strider vidare mot kravet på att offentliga avtal skall konkurrensutsättas med jämna mellanrum. Eventuella intresserade leverantörer kan inte heller planera inför någon eventuell kommande upphandling.

NOU anser sammanfattningsvis att SDN i flera avseenden brutit mot reglerna i LOU. Det ankommer dock inte på NOU att ta ställning i frågan huruvida Klagande 1 eller annan potentiell leverantör till följd härav lidit skada.

NOU förutsätter att SDN Styrö så snart som möjligt påbörjar förberedelser inför en upphandling i konkurrens, inklusive en uppsägning av avtalet med Styröbolaget, snara och intensiva kontakter med de ansvariga för trafiken inom Västra Götalandsregionen, medverkan i framtagande av ett icke-diskriminerande förfrågningsunderlag och iakttagande av reglerna i LOU. NOU uppmanar SDN att senast vid utgången av november 1999 informera NOU om de åtgärder som vidtagits i syfte att tillgodose det ovan sagda. Detta gäller även om ansvaret för upphandlingens genomförande kommer att hamna på någon annan myndighet än SDN.

NOU avslutar härmed ärendet.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 25 februari 1999, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman och kanslirådet Charlotte Hedberg. Beslutet fattades efter föredragning av kammarrättsassessorn Michael Slavicek. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag och de ändringar som nämnden beslutat om.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Michael Slavicek

Michael Slavicek
Telefon 08 - 454 48 51

Datum
1998-08-25
Ert datum

Vår beteckning
203/96-21
Er beteckning

Hansén Advokatbyrå AB
Advokaten Eva Bergkvist Deurell
Nybrogatan 23, 1 tr.
114 39 STOCKHOLM

Begäran om utlåtande angående tecknandet av ramavtal med ett stort antal anbudsgivare och delegering av avropsrätten

Ni har, såsom ombud för Dentallaboratorierna, hemställt att Nämnden för offentlig upphandling granskar huruvida det nedan angivna förfarings sättet är affärsmässigt jämlikt LOU.

Dentallaboratoriernas frågor och det angivna exemplet

Dentallaboratorierna anför i huvudsak följande. Folk tandvården i Stockholm har fått in anbud från 142 anbudsgivare. Folk tandvården har den 13 mars 1996 fattat ett beslut att anta 124 av dessa som leverantörer. En förteckning över leverantörerna har tillställts samtliga 125 arbetsplatser/kliniker. Rätten att avropa på avtalet har delegerats till klinikerna och vid vissa kliniker till de enskilda tandläkarna. Dentallaboratoriernas uppfattning är att förfarandet möjliggör subjektiva beslut av enskilda avropare. Dentallaboratorierna hävdar att Folk tandvården, genom att anta 124 leverantörer, har banat väg för lagstridig direktupphandling samt att det vid sådant förfarande inte kommer att finnas möjlighet till en sund priskonkurrens.

Dentallaboratorierna påstår vidare att Folk tandvården har antagit 37 leverantörer som inte erbjudit några sänkta priser respektive mängdrabatter i förhållande till högsta taxa. Några av de antagna leverantörerna har inte uppfyllt kraven i Folk tandvårdens förfrågningsunderlag.

Omfattningen av NOU:s granskning

NOU, som utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), skall enligt Regeringens regleringsbrev ta upp till prövning endast sådana klagomålsärenden som är av allmänt eller principiellt intresse.

Att NOU inte tar upp ett ärende till prövning innebär således inte att NOU bedömer upphandlingens handläggning som tillfredsställande. Graden och arten av överträdelse mot LOU kan tvärtom vara så klar att ett yttrande från NOU just av den anledningen bedöms vara överflödigt. NOU uttalar sig i regel inte i frågor som ankommer på domstolarna, framför allt frågan om någon av leverantörerna har lidit eller kan komma att lida skada genom brott mot LOU. Nämnden kan vid behov själv initiera ett tillsynsärende eller i sin allmänna tillsyns-, utvecklings- och informationsverksamhet ha nytta av och beakta det som kommit fram i de klagomålsärenden som inte lett till prövning.

Den aktuella upphandlingen avser avtalsperioden den 1 april 1996 - den 31 mars 1998. Avtalet har således löpt ut. Den aktuella upphandlingen har vidare varit föremål för prövning i både länsrätt och kammarrätt. NOU har på dessa grunder valt att inte granska den faktiska upphandlingen. NOU svarar därför endast på de frågor som kan anses vara av allmänt eller principiellt intresse utan att ta ställning till förhållandena i det faktiska fallet.

Begreppet affärsmässighet

Ni frågar om Folkvandvårdens agerande varit affärsmässigt i LOU:s mening.

Begreppet affärsmässigt återfinns i 1 kap. 4 § LOU och är en inhemsk svensk konstruktion. Begreppet används inte i Rådets direktiv om offentlig upphandling eller i gemenskapsrätten. Affärsmässighet innefattar i stor utsträckning de krav som gäller enligt den gemenskapsrättsliga principen om likabehandling. Vidare har begreppet "value for money" på senare tid införts i debatten. Det i ärendet aktuella exemplet avser dessutom en upphandling enligt 6 kap. LOU. Svenska rättskällor kan därför ges företräde vid tolkningen av begreppet, även om man inte kan bortse från gemenskapsrätten. De allmänna principerna om likabehandling, transparens och ömsesidigt erkännande gäller även utanför det direktivstyrda området av upphandlingar över tröskelvärdena.

Begreppet affärsmässighet finns inte närmare definierat i lagen trots att det utgör huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU. Begreppet återropas vidare i 7 kap. LOU särskilt som grund för både överprövning och skadestånd. Begreppet har övertagits från tidigare gällande upphandlingsförordning (1986:366) och kommunala upphandlingsreglementen. Det härstammar bl.a. från utredningen SOU 1971:88 och skulle markera att myndigheterna i sina upphandlingar inte skulle ta industripolitiska, sysselsättningspolitiska eller försörjningspolitiska

hänsyn utan endast se på den enskilda upphandlingens värde i det specifika fallet. Den enskilda upphandlingen skulle bli så ekonomisk och ändamålsenlig som möjligt.

Den dåvarande tillsynsmyndigheten, Riksrevisionsverket, skrev i "Bestämmelserna för statlig upphandling" om affärsmässighet i 3 § upphandlingsförordningen följande.

"Den grundläggande principen för upphandlingen är att denna skall bedrivas affärsmässigt. Det innebär att myndigheten skall beakta alla faktorer som behövs för att upphandlingen skall bli så ekonomisk och ändamålsenlig som möjligt för myndigheten själv."

I förarbetena till LOU, prop. 1992/93:88 sid. 59 angavs.

"I ordet "affärsmässigt" ligger en möjlighet för upphandlare att ta hänsyn till bl.a. kostnaderna för ett utdraget upphandlingsförfarande. I vilken mån sådana hänsyn får tas framgår av andra bestämmelser i lagen, särskilt vad avser möjligheterna att välja olika upphandlingsförfaranden."

I vissa arbeten har begreppet affärsmässighet tolkats snarare som yrkeskunnighet i anskaffningsarbetet, kunskap om gällande regler, varor och tjänster som skall inköpas, ett professionellt beteende eller "god affärssed".

Avropsavtal med flera leverantörer

Avrops- eller ramavtal definieras i 1 kap. 5 § LOU som ett avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period. I lagkommentaren anges att den beskrivning som görs i direktivet (nuvarande 93/38/EEG art.1.5) av "framework agreement" i stora drag motsvarar vad som i Sverige kallas för avropsavtal (prop. 1992/93:88 sid. 62). Det bör således observeras att av upphandlingsdirektiven är det bara direktivet för upphandling inom försörjningssektorerna som innehåller bestämmelser om ramavtal (framework agreement) medan 1 kap. 5 § LOU gäller för all upphandling. Ett avrop från ett ramavtal skall enligt direktiven ses som ett undantag från det allmänna kravet på att genomföra en upphandling. Något nära förestående avgörande från EG-domstolen angående ramavtalens tillämpning utanför försörjningssektorerna är, såvitt nu är känt, inte att vänta inom överskådlig tid.

I NOU:s internationella kontakter har framkommit att vad som i Sverige benämns "ramavtal" i andra länder täcker två olika begrepp, "framework

contract" (bindande avtal för båda parter) och "framework agreement" (ej bindande för köparen).

NOU har vid nämndens sammanträde den 16 januari 1998 yttrat sig angående betänkandet Effektivare statlig inköpssamordning, (SOU 1997:130, NOU:s diarienummer 235/97-22). I yttrandet anges bl.a. "Det kommande arbetet bör, enligt NOU:s mening, koncentreras dels till de frågeställningar från utredningsdirektiven som ännu inte är utredda och besvarade och dels till frågor som främst berör hur avtalstecknande och avrop bör ske inom olika branscher. Sådant som bör utredas är t.ex. om och i så fall i vilka situationer *parallella avtal* bör tecknas och i så fall med hur många leverantörer. Med parallella avtal avses här avtal som ingås med flera leverantörer i samma upphandling avseende identiska produkter eller tjänster där leverantörerna inte kompletterar varandra och där inte någon av dem ensam förmår att leverera hela volymen. Hänsyn bör tas till de stora avstånden i Sverige, vilket kan motivera avtal med flera leverantörer." /.../ "Vid parallella avtal förekommer det att leverantörer inte får leverera något under avtalsperioden trots att deras anbud antagits i upphandlingen. Beställningar sker från andra leverantörer, med vilka avtal har tecknats. Detta förfarande får/kan få till följd att företag drar sig för att inge seriösa anbud till upphandlande enheter i kommande upphandlingar. För att undvika detta, anser NOU, att avtalstecknande myndigheter bör garantera en viss volym så långt det är möjligt. En funktionsansvarig myndighet kan exempelvis i förfrågningsunderlaget garantera det egna behovet men uppge att den överskjutande volymen är oviss och bygger på kommande behov hos övriga myndigheter och därför överenskomma om en option för den överskjutande och ovissa delen. Vidare bör de funktionsansvariga myndigheterna (och också andra myndigheter som själva ingår ramavtal) i möjligaste mån vara skyldiga att avropa från ramavtalet. Eventuell frivillighet bör således endast gälla för andra myndigheter. Det finns vidare anledning att anta att staten kommer att ingå förmånligare avtal om en leverantör vet att han får leverera."

/.../ "I de fall avtalet har ingåtts med flera leverantörer, parallella avtal, bör en rangordning ske av dessa vid utvärderingen så att det vid avropstillfället finns en bestämd ordning mellan leverantörerna".

Förordningen (1998:796) om statlig inköpssamordning har trätt i kraft den 1 augusti 1998. Den gäller myndigheter under regeringen avseende alla typer av upphandling av varor och tjänster, oavsett värde.

Riksdagens revisorer har i rapport 1997/98:RR10 konstaterat att användningen av ramavtal innebär att de krav som annars ställs på offentlig upphandling sätts ur spel. I rapporten anges bl.a. följande.

"Enligt revisorernas uppfattning bör regler för ramavtal få hög prioritet i den fortsatta översynen av offentlig upphandling. Det är många nackdelar med att offentliga upphandlare kan träffa ramavtal med ett obegränsat antal leverantörer, varefter ytterligare en upphandling - med mera konkreta villkor - inleds."

NOU:s bedömning

Er huvudfråga om den aktuella upphandlingen varit affärsmässig besvaras inte av NOU. Affärsmässigheten i det enskilda fallet kan, såsom anförts ovan, svårligen bestämmas utan att ta hänsyn till den upphandlande enhetens aktuella behov och upphandlingens art och omfattning. NOU som inte granskat upphandlingen kan därför inte uttala sig om denna varit affärsmässig.

Den mera allmänna frågan som aktualiseras är om en upphandling som i det föreliggande exemplet över huvudtaget passar för en centraliserad upphandling för ett stort område och för en senare delegering av avrop till många beställare. Avsikten med en samordnad upphandling genom ramavtal bör främst vara att upphandling av stora mängder ska ske på förmånligare villkor än vad varje enhet kan åstadkomma var för sig. I kalkylen måste beaktas även den tid och kostnader sådana separata upphandlingar hade fört med sig. I de fall där det finns en fastställd taxa på arbeten och material kan man vidare anta att det inte är i första hand priset utan de mängdrabatter som kan erbjudas i kombination med rätt kvalitet på arbetet, leveranstider m.m. som bör vara föremål för konkurrens mellan anbudsgivarna. I kvalitetskraven kan också ingå patientbemötande, tillgänglighet mm.

Av definitionen av ramavtal i 1 kap. 5 § LOU följer att ramavtal inte får användas som endast en lista på godkända leverantörer varvid villkor för avrop inklusive priset bestäms först vid de aktuella avropen. Ett undantag vid upphandling över tröskelvärdena utgörs av möjligheten att upprätta ett särskilt system för urval av deltagare enligt 4 kap. 23 § LOU. Ett sådant kvalificeringssystem är tillåtet inom ramen för upphandling enligt 4 kap. Att utforma ramavtalen som prekvalificering är därför vid upphandling över tröskelvärdena inte tillåtet utanför försörjningssektorerna. Definitionen i 1 kap. 5 § LOU omfattar all upphandling och något undantag eller modifikation (för t.ex. B-tjänster) finns inte i 6 kap. Huvudregeln att ett ramavtal måste "fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period" gäller således undantagslöst även för upphandling under tröskelvärdena.

Vid tecknandet av ett ramavtal med många leverantörer kan uppstå flera negativa konsekvenser som talar mot affärsmässighet eller ändamålsenlighet för myndigheten själv. Av dessa vill NOU särskilt nämna att de inlämnade anbuden kan bli för höga, att avropen inte görs på de förmånligaste kontrakt och att avropshanteringen fördyras och valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga alternativet försvåras. Vidare kan förfarandets överensstämmelse med EG:s upphandlingsdirektiv för den klassiska sektorn ifrågasättas.

Att inte garantera några avropsvolym och inte göra avropen förutsebara kan redan i anbudsfasen leda till avsevärda fördyringar genom att anbudsgivarna kan ha svårt att lämna seriösa och exakt beräknade anbud. Ju större osäkerhet det råder om de förväntade försäljningsvolymerna desto svårare är det för en leverantör att räkna på sina anbud, uppskatta rätt dimensionering av sin organisation och värdera riskerna. Risken att de för upphandlingskontraktets fullföljande reserverade resurserna inte kommer att utnyttjas i önskvärd omfattning kan vara väl så stor som att leverantören inte kan fullfölja leveransen kontraktsevenligt. Allt detta påverkar även leverantörens möjligheter att pressa sina underleverantörers priser. När det i förfrågningsunderlaget efterfrågas mängdrabatter får det anses som särskilt angeläget att leverantören vid anbud och leverans kan göra en någorlunda säker uppskattning av den förväntade avropsvolymen. Leverantörens incitament att konkurrera med pris, kvalitet och service försvinner om han vet att de flesta som lämnat in ett anbud blir antagna. Vid sådant förhållande finns det ingen anledning för leverantören att försöka pressa kostnader och vinstmarginaler för att kunna erbjuda det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I leverantörens intresse ligger snarare att komma med bland de antagna leverantörerna med bibehållande av den högsta möjliga vinstmarginalen.

Avrop sker, när många leverantörer har angivits, ofta från vissa av inköparen kända eller inköpsstället närbelägna leverantörer, även om någon annan leverantör kan erbjuda motsvarande kvalitet och service till lägre pris. Detta strider såväl mot målsättningen att åstadkomma besparing hos den upphandlande enheten som mot principerna om att upphandlingen skall ske under öppna och förutsebara former och om att leverantörerna skall behandlas lika och rättvist. Som anförs ovan är det NOU:s uppfattning att det vid avropstillfället bör finnas en bestämd ordning mellan leverantörerna, så att de som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (med beaktande med vad som angivits om kvalitetskrav) alltid utnyttjas i första hand. Det är först när dessa högst rankade leverantörer inte längre kan leverera, som man bör avropa från de som kommer lägre ner på rangordningslistan.

Datum
1998-08-25

Vår beteckning
203/96-21

Vid krav noggrann prövning i samband med avropen kan de åsyftade administrativa besparingarna gå förlorade. Om sådan prövning inte görs kan det med rätta uppfattas som stötande att en leverantör som - i förhållande till de i förfrågningsunderlaget ställda kraven och kriterierna - haft ett högt anbudspris i praktiken kan få flera avrop och högre pris och göra en högre vinst än en leverantör som lämnat ett för den upphandlande enheten ekonomiskt fördelaktigare anbud.

NOU, som inte uttalar sig om Folktandvårdens upphandling, anser att allvarliga invändningar kan riktas mot att ramavtal används på det ovan beskrivna sättet. Särskilda förhållanden kan dock råda i enskilda fall som kan göra sådan tillämpning godtagbar.

NOU får vidare påpeka att direktupphandlingar får ske endast under de förutsättningar som anges i LOU och måste klart hållas isär från övriga i lagen angivna upphandlingsförfaranden och även från avrop på ramavtal.

Påståendet att en antagen leverantör inte uppfyllt de i förfrågningsunderlaget ställda krav

NOU har haft tillgång till Folktandvårdens och Dentallaboratoriernas yttranden i länsrätten och kammarrätten och rätternas domar. NOU har dock inte inhämtat några andra uppgifter och har inte heller kontrollerat de lämnade uppgifterna. Utan att ta ställning till den aktuella upphandlingen, vill därför NOU påminna om att syftet med bestämmelserna i LOU är bl. a. att en leverantör så exakt som möjligt skall få veta vad den upphandlande enheten upphandlar och hur hans anbud kommer att utvärderas. Upphandlingens utfall skall i görligaste mån vara förutsebar och anbudsgivarna och anbud skall behandlas lika och rättvist. Detta innebär att en upphandlande enhet inte får anta någon leverantör som inte uppfyller samtliga ställda krav (skall-krav) eller till grund för utvärderingen lägga kriterier som inte efterfrågats i annons eller förfrågningsunderlaget.

NOU avslutar härmed ärendet.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 25 augusti 1998, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, inköpschefen Tomas Axi, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman, kanslirådet Charlotte Hedberg, juristen Eva Sveman och marknadsdirektören Peter Thore. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefjuristen Hans Sylvén efter föredragning av kammarrättsassessorn Michael Slavicek.



nämnden för offentlig upphandling

8 (8)

Datum
1998-08-25

Vår beteckning
203/96-21

Nämnden för offentlig upphandling

Michael Slavicek

Stockholms läns landsting förfrågan om läkemedelsrabatter

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har den 1 juli 1998 erhållit en skrivelse från Er angående Stockholms läns landstings (SLL) prisförfrågan på öppenvårdsläkemedel för år 1999. Ni har inkommit med ytterligare uppgifter vid telefonsamtal i augusti 1998. I skrivelsen frågar Ni huruvida landstingets prisförfrågan kan antas vara en upphandling som skall underställas LOU. Om så inte är fallet undrar Ni om det i nu gällande lagstiftning finns stöd för denna typ av förfrågan.

Avdelningschefen vid SLL har vid ett telefonsamtal den 3 september 1998 uppgivit att landstinget inte anser att den aktuella förfrågan är en upphandling enligt LOU. Landstinget anser sig inte kunna upphandla läkemedel för öppenvården. Avsikten med förfrågan är att se om landstinget kan få rabatter vid sidan av de volymer som finns. Någon upphandling är inte planerad.

Förfrågan

SLL synes fråga endast vilken prisreducering (rabatt) de olika leverantörerna är beredda att erbjuda vid vissa volymer, vilka uppnås vid en förstahandsrekommendation och de informationsinsatser som sjukvårdshuvudmännen i samband härmed genomför. Avsikten för förfrågan uppges inte vara att genomföra en upphandling av läkemedel utan att "ta fram rekommendationer och anvisningar avseende terapier och läkemedelsval till förskrivare inom Stockholms läns landsting och Gotlands kommun".

Kostnadsansvaret för produkterna inom läkemedelsförmånen har fr.o.m. 1998 överförts till sjukvårdshuvudmännen, som i regel är landstingen. Landstingen svarar enligt lagen om högkostnadsskydd för finansieringen och det väntas kunna kontrollera och påverka kostnadsutvecklingen. Avsikten var att kostnaden för läkemedel skulle ses som en av flera alternativa produktionsfaktorer i vården.

Landstinget hänvisar i sin förfrågan till de principer som redovisats i betänkandet från Kommittén för prisreglering av läkemedel (SOU 1997:165).

Michael Slavicek

Datum
1998-10-28

Vår beteckning
176/98-21

"Kommittén har sammanfattningsvis funnit mycket starka skäl mot att föreslå ett system för priskontroll som bygger på att förhandlingar om pris förs mellan parterna *innan* myndigheten fattar sitt beslut. Den egentliga priskontrollen skall utföras självständigt av en oberoende, statlig myndighet och att det skall öppnas en möjlighet för parterna att, inom de gränser myndigheten anger i sina beslut, genom direkta förhandlingar *efter* prisbesluten träffa överenskommelser om lägre priser som, sett ur respektive parts synvinkel, är ekonomiskt mest fördelaktiga."

NOU antecknar vidare att Läkemedelsdistributionsutredningen i ett senare avlämnat betänkande SOU 1998:28, "Läkemedel i vård och handel", föreslog en annan ordning för handel med läkemedel. Denna bygger på konkurrensutsättning genom avskaffandet av den ensamrätt som det statligt ägda Apoteket AB har när det gäller distribution till allmänheten av läkemedel, såväl receptbelagda som receptfria.

Den nu gällande lagstiftningen anger att priserna på läkemedel är fria inom den slutna vården och sjukvårdshuvudmännen är skyldiga att följa LOU vid anskaffning av läkemedel och produkter som används inom den slutna vården. Prissättningen av produkter inom den öppna vården regleras i lagen (1996:1150) om högkostnadsskydd och Rådets direktiv av den 21 december 1988 om insyn i de åtgärder som reglerar prissättningen på humanläkemedel och deras inordnande i de nationella sjukförsäkringssystemen (89/105/EEG).

NOU:s bedömning

SLL:s förfarande utgör enligt NOU:s mening inte någon upphandling i LOU:s mening.

Det system som föreslås i SOU 1997:165 kan i dagsläget inte betraktas som nu gällande lag. Den aktuella förfrågan om "rabatter" på ett av Riksförsäkringsverket fastställt pris synes inte vara förenlig med lagen om högkostnadsskydd. Hur denna lag skall tolkas bör i första hand besvaras av Riksförsäkringsverket som är ansvarig myndighet för prissättning av läkemedel som omfattas av läkemedelsförmånen.

NOU avslutar ärendet.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 28 oktober 1998, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, inköpschefen Tomas Axi, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman och

Michael Slavicek

Datum
1998-10-28Vår beteckning
176/98-21

juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze efter föredragning av kammarrättsassessorn Michael Slavicek.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Michael Slavicek

För kännedom
Stockholms läns landsting

Yttranden

Länsrättens i Stockholms län mål nr 17792-05E mellan Flygtaxi Sverige AB och Försvarsmakten. Förfarande där tilldelningsbeslut eller kontrakt villkoras av att det tekniska system som skall upphandlas godkänns enligt kriterier som av säkerhetsskäl inte kan redovisas för anbudsgivarna?	2005/0172-29	PDF 64K
Yttrande i Länsrättens i Stockholms län mål nr 7844-05 mellan Carpark AB och Telge AB. Kan en avtalskonstruktion anses vara en tjänstekoncession.	2005/0121-29	PDF 37K
Yttrande i Kammarrättens i Stockholm mål nr 1903-05. Yttrandet rör främst proportionalitetsprincipens tillämpning vid offentlig upphandling.	2005/0088-29	PDF 46K
Yttrande i Högsta domstolens mål nr T 2883-04. Innehåller bl.a. en redogörelse för dagens rättsläge angående skadestånd.	2004/0261-22 Bilaga	PDF 171K PDF 30K
Yttrande i Göteborgs tingsrätts mål nr T 8481-02 . Fråga om rätt part i skadeståndsmål.	2004/0120-29	PDF 81K
NOU har på begäran av Konstitutionsutskottet yttrat sig över Regeringskansliets upphandling av ramavtal för juridiska och ekonomiska konsulttjänster.	2004/0046-29	PDF 74K
Yttrande i Kammarrättens i Sundsvall mål nr 3441-03 Föreligger en ovillkorlig skyldighet att förhandla vid förhandlad upphandling? Om sådan förhandlingsskyldighet föreligger, i vilken form kan förhandling ske?	2004/0010-29	PDF 73K
Yttrande i Länsrättens i Västmanland mål nr 2044-03 avs. drift av gymverksamhet i badhus. Fråga om kommuns avtal med privat entreprenör skulle upphandlats.	2003/0329-29	PDF 100K
Yttrande i Kammarrättens i Sundsvall mål nr 2831-03 ang. komplettering av anbud och möjligheterna att ställa krav som inte behöver vara uppfyllda vid lämnande av anbud utan först vid fullgörande av kontraktet.	2003/0289-29	PDF 75 K
Yttrande i Högsta domstolens mål nr T 1289-03 ang. avbrytande av upphandling samt anbud från egenregiverksamhet.	2003/0229-29	PDF 91 K
Yttrande i Regeringsrättens mål nr 998-2003 ang. Landstingets Västernorrland tvättserviceavtal. - Skiljaktig mening	2003/0176-29	PDF 245K PDF 75K
Yttrande i Länsrättens i Stockholms län mål nr 21880-	2003/0311-29	PDF 44K

3 gällande frågan om en leverantör lidit eller riskerar att lida skada.		
Yttrande över konstitutionsutskottets granskningsärende rörande regeringens agerande inom hundskoleområdet	2003/0151-22	PDF 92K
Yttrande i Regeringsrättens mål nr 300-2002 ang. Migrationsverkets upphandling av outsourcing av IT-verksamhet	Dnr 2002/0050-22	PDF 50K
Yttrande till Riksdagens revisorer dnr 2001/0030-22 ang. Regeringskansliets upphandling av konsulter	Dnr 2001/30-22	PDF 55K
Yttrande i Kammarrättens i Göteborgs mål nr 2365-1999 ang. Grums kommuns upphandling av värmeförsörjning.	Dnr 1999/102-29	PDF 11K

För att läsa vissa av publikationerna krävs en PDF-läsare. Ladda hem [Acrobat Reader](#) gratis

[hem](#) | [om nou](#) | [upphandlingsregler](#) | [publikationer](#) | [annonsering](#) | [vanliga frågor](#) | [ordlista](#) | [länkar](#)

Adress

Väsagatan 44
111 20 Stockholm

Telefon

08-454 44 40

Fax

08-791 72 81

E-post

registrator.nou@nou.se

Camilla Graf Morin

DATUM
2005-09-20
ERT DATUM
2005-08-25

DIARIENR
2005/0172-29
ER BETECKNING
Mål nr 17792-05E

1 (9)

Länsrätten i Stockholms län
Rotel 221, avd 2
Box 17106
104 62 STOCKHOLM

Länsrättens i Stockholms län mål nr 17792-05E mellan Flygtaxi Sverige AB och Försvarsmakten

Länsrätten i Stockholms län har anmodat Nämnden för offentlig upphandling (NOU) att inkomma med yttrande i rubricerade mål.

Länsrätten begär att NOU främst yttrar sig över följande fråga: Är det möjligt att i en öppen upphandling av tjänster över tröskelvärdet ha ett förfarande som innebär att tilldelningsbeslutet eller upphandlingskontraktet villkoras av att det tekniska system som skall upphandlas godkänns enligt kriterier som av säkerhetsskäl inte kan redovisas för anbudsgivarna?

NOU begränsar sitt yttrande till ovan nämnda fråga.

Sammanfattning av NOU:s bedömning

NOU anser att ett tilldelningsbeslut eller upphandlingskontrakt med ett villkor med icke angiven innebörd strider mot transparensprincipen som ingår i 1 kap. 4 § LOU. Ett sådant villkor står enligt NOU:s uppfattning i strid med affärsmässighetsprincipen och kravet på att utnyttja befintlig konkurrens.

En upphandlande enhet har visserligen rätt att välja utvärderingsmetod och tilldelningskriterier. Dessa skall dock vara utformade så att en leverantör vid utformningen av sitt anbud får en rättvisande uppfattning om de kriterier som leder till tilldelning av kontrakt. Den i målet använda metoden förefaller inte medge att intresserade leverantörer inför anbudsgivningen får kännedom om samtliga förutsättningar för tilldelning av kontraktet.

Sverige skall enligt direktiv 89/665/EEG vidta åtgärder för att garantera att ett upphandlingsbeslut prövas effektivt. En leverantör som anser sig förfördelad och därför riskerar att lida skada skall ges möjlighet att få sin sak prövad. Ett villkor med icke angiven innebörd försvårar en sådan prövning.

Camilla Graf Morin

NOU anser att öppen upphandling svårligen kan förenas med upphandlande enheters behov av att hemlighålla vissa uppgifter i upphandlingar. Detta måste i stället ske inom ramen för andra upphandlingsförfaranden företrädesvis förenklad upphandling och i enlighet med LOU:s bestämmelser.

Bakgrund

NOU har tagit del av länsrättens akt i målet. Av handlingarna framgår i huvudsak följande. Försvarmakten har i en öppen upphandling inbjudit leverantörer att inkomma med anbud avseende taxitransporter och därmed tillhörande tjänster såsom bokning, färdplanering, hantering av betalningsmedel, rapportering, fakturering m.m. av taxitransporter.

Beträffande IT-säkerhet föreskriver Försvarmakten följande i de administrativa villkoren (sid. 4). ”Med hänsyn till Försvarmaktens säkerhetskrav för IT-system kan anbudet komma att förkastas på grund av att logistiksystemet ej godkänns för användning inom Försvarmakten. Innan ett system kan tas i drift, för användning inom Försvarmakten, måste det ackrediteras, vilket innebär en granskning av systemet ur säkerhetssynvinkel. Om systemet innehåller komponenter som Försvarmakten bedömer inte uppfyller säkerhetskraven kan systemet inte användas. Det innebär även att varje förändring, av beståndsdelar i ett tidigare ackrediterat system, måste godkännas av Försvarmakten innan det ändrade systemet kan användas. Att i förväg ange vilka komponenter som är godkända för användning i system som utnyttjas inom Försvarmakten är inte möjligt med hänsyn till Försvarmaktens sekretessregler.”

Av ett förtydligande som Försvarmakten formulerat beträffande den aktuella upphandlingen framkommer bland annat följande.

”Införande av nya it-system i Försvarmakten, liknande det som ingår som en del av den nu aktuella upphandlingen, sker vanligtvis i två steg. Det första steget avser själva upphandlingen. Där ställs ett antal krav på systemet utifrån tjänsten eller varan som efterfrågas. Dessa krav är angivna i den kravspecifikation som gått ut som en del av förfrågningsunderlaget. Anbuderna utvärderas utifrån dessa angivna krav och en leverantör tilldelas kontraktet utifrån de poäng dennes anbud erhållit i utvärderingen.

Därefter tar nästa del i processen vid. Auktorisation och ackreditering av det system som den vinnande anbudsgivaren erbjudit i upphandlingen genomförs för att analysera och fastställa att programvaran får installeras

Camilla Graf Morin

och användas i Försvarmaktens existerande IT-miljö. Denna process är alltså självständig från själva upphandlingen men den kan naturligtvis påverka vilken leverantör som slutligen erhåller kontraktet i upphandlingen beroende på huruvida auktorisation och/eller ackreditering kan beviljas eller inte.

Att ange samtliga faktorer som påverkar resultatet i auktoriserings- och ackrediteringsprocessen är tyvärr inte möjlig, dels på grund av att det kan finnas sådant som kan omfattas av försvarssekretess, dels på grund av den mängd olika kombinationer av lösningar som var och en i ett givet fall kan godkännas i processen men i ett annat fall inte godkännas. En auktorisations- och ackrediteringsprocess innebär en granskning av såväl den aktuella tjänsten som skall utföras som funktionerna som finns hos systemet samt systemet i sig, inklusive både mjuk- och hårdvara. Personal däremot omfattas normalt inte av granskningen i en auktorisations- och ackrediteringsprocess”.

Av handlingarna framkommer således att frågan om ackreditering och auktorisation inte är aktuell förrän efter att anbudet passerat kvalificerings- och tilldelningsfasen. Det anbud som då erhåller högst poäng kommer att få sitt erbjudna system prövat utifrån de kriterier som fastställts av Försvarmaktens IT auktorisationsgrupp och någon godtycklighet uppges inte föreligga. Om det vinnande anbudet inte blir godkänt i auktorisations- och ackrediteringsprocessen kommer i stället det anbud som erhållit näst bästa poäng i utvärderingen att granskas för auktorisation och ackreditering och därefter nästkommande etc. enligt upphandlingsrapportens rangordning av inkomna anbud till dess ett anbud vars erbjudna system godkänns slutligt tilldelas upphandlingskontraktet.

Rättslig bakgrund

LOU bygger i huvudsak på EG-direktiv i de delar som gäller upphandling över tröskelvärdena. I 1 kap. 4 § LOU återges huvudregeln om affärsmässighet vilken bland annat anger att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt.

EG-fördraget¹ saknar regler som specifikt rör offentlig upphandling. Däremot innehåller det grundläggande principer som är tillämpliga vid all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena. Principerna om likabehandling, inklusive icke-diskriminering samt transparens (öppenhet

¹ I LOU används benämningen Romfördraget.

Camilla Graf Morin

och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande, anses följa av EG-fördragets artiklar.

Möjligheten att villkora ett avtal behandlas inte specifikt vare sig i direktiven eller i LOU.

Enligt EG:s rättsmedelsdirektiv 89/665/EEG² skall medlemsstaterna tillhandahålla leverantörer snabba och effektiva rättsmedel i händelse av överträdelser av gemenskapsrättens regler för offentlig upphandling eller av nationell lagstiftning om genomförandet av sådana regler. Prövningsförfarande skall kunna åberopas av var och en som har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling och som har skadats eller riskerar att skadas av en påstådd överträdelse.

NOU:s bedömning

Villkorat tilldelningsbeslut eller upphandlingskontrakt

Möjligheten att villkora ett tilldelningsbeslut eller ett upphandlingskontrakt behandlas inte specifikt i upphandlingslagstiftningen. I upphandlingssammanhang bör det, enligt NOU:s uppfattning, göras åtskillnad mellan ett villkor där innebörden tydligt framkommer för intresserade leverantörer och ett villkor med icke angiven innebörd såsom i det nu aktuella fallet. NOU:s resonemang nedan avser främst den senare arten av villkor.

Ett villkorat upphandlingskontrakt kan även delas upp i sådana villkor som den upphandlande enheten själv råder över och sådana som är den upphandlande enheten inte själv förfogar över. NOU får uppfattningen att det i förevarande fall torde vara fråga om ett sådant villkor som enheten själv förfogar över, eftersom det framställs som om det är Försvarsmakten som bestämmer vilken programvara som får installeras och användas i den egna IT-miljön.

NOU:s generella uppfattning beträffande dessa olika typer av villkor och förenligheten med LOU är följande. Ju mer ett villkor är beroende av beslut som den upphandlande enheten inte förfogar över, t.ex. ett beslut från regeringen om att en verksamhet skall tilldelas resurser, desto mer talar det för att villkoret är förenligt med upphandlingslagstiftningen. Detta under förutsättning att tillräcklig öppenhet beträffande villkoret föreligger inför anbudsgivningen.

² Införlivat i svensk lagstiftning genom bestämmelser i 7 kap. LOU.

Camilla Graf Morin

NOU:s uppfattning här grundar sig på uttalanden från EG-domstolen³ beträffande att ett tilldelningskriterium inte får ha den verkan att den upphandlande enheten ges en obegränsad valfrihet när den tilldelar en anbudsgivare ett kontrakt. Varje enskilt fall får emellertid granskas för att bland annat klargöra vilket utrymme den upphandlande enheten har att disponera över tilldelningen av kontraktet. Av handlingarna framkommer att Försvarsmakten har uppgivit att den inte förbehåller sig någon fri prövningsrätt av inkomna anbud såsom sökanden påstår. Försvarsmakten uppger vidare i inlägga till domstolen att "[v]ilka system som kan godkännas prövas noga efter vissa fastställda kriterier vilka av säkerhetsskäl tyvärr inte kan redovisas fullt ut."

Enligt NOU:s uppfattning är exempelvis ett villkor beträffande säkerhetsprövning i ett upphandlingskontrakt förenligt med LOU. Kontraktet kan exempelvis villkoras av utfallet av en s. k. säkerhetsprövning enligt säkerhetsskyddslagen (1996:627) innebärande en kontroll av att antagen leverantör är pålitlig från säkerhetssynpunkt i det fall denne skall delta i verksamhet som har betydelse för rikets säkerhet. Av förfrågningsunderlaget skall det i sådana fall tydligt framgå att upphandlingskontraktets giltighet är villkorat av att det bolag som tilldelas kontraktet blir godkänt vid en säkerhetsprövning enligt säkerhetsskyddslagen. I exemplet ovan är villkoret tydligt för intresserade leverantörer vilket gör att de kan avstå från att inge anbud om vetskap finns att personalen inte klarar en säkerhetsprövning och enheten ges inte heller någon fri prövningsrätt.

Som NOU har uppfattat nu aktuellt villkor kan det närmast likna ett dolt skallkrav eller ett dolt särskilt/tillkommande kontraktsvillkor. Anbudet avseende det tekniska system som lämnats av den leverantör som enligt tilldelningsbeslutet skall tilldelas kontraktet, prövas ånyo mot de kriterier som Försvarsmakten av säkerhetsskäl inte kan redovisa öppet. Om det vinnande anbudet inte blir godkänt i auktorisations- och ackrediteringsprocessen kommer istället det anbud som erhållit näst bästa poäng i utvärderingen att granskas för auktorisation och ackreditering och därefter nästkommande etc. NOU ser auktorisations- och ackrediteringsprocessen som en del av upphandlingsförfarandet, eftersom det har avgörande betydelse för tilldelningen av kontrakt.

Av 1 kap. 22 § LOU framkommer att den upphandlande enheten skall ange samtliga omsändigheter som avses tillmätas betydelse vid anbudsprövningen. NOU:s uppfattning är, att frågan huruvida nu aktuellt

³ Mål C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab ./.. Helsingin kaupunki, HKL- Bussliikenne. Se NOU info oktober -02 sid. 10-12.

Camilla Graf Morin

förfarande är tillåtet, i övrigt får belysas genom tillämpning av de grundläggande principerna i gemenskapsrätten på upphandlingsområdet.

Försvarsmakten har till grund för valet av leverantör använt sig av bedömningsgrunder som hålls hemliga för leverantörerna. Detta förhållande drabbar anbudsgivarna lika, utom möjligen beträffande en tidigare leverantör, och kan därmed i sig inte anses strida mot likabehandlingsprincipen. Den prövning som villkoret föreskriver kan vara diskriminerande för vissa leverantörer beroende på vad det innebär i relation till hur marknaden ser ut. För att kunna utnyttja de konkurrensmöjligheter som finns och för att upphandlingen skall ske på lika villkor, krävs ett klart och tydligt förfrågningsunderlag. Av transparensprincipen följer att upphandlingen skall kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. Förfrågningsunderlaget skall vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som skall upphandlas.

En potentiell leverantör måste kunna bedöma på grundval av den information som ges i annons och i förfrågningsunderlag, om det är fråga om en upphandling i vilken ett konkurrenskraftigt anbud kan lämnas. Försvarsmaktens nu tillämpade metod kan innebära att en leverantör som de facto inte klarar de krav som IT-miljön kräver ändå lägger ner arbete med att inkomma med ett väl genomarbetat anbud, trots att han inte kan komma ifråga. Metoden är till stor nackdel för intresserade leverantörer, eftersom de inte får reda på samtliga förutsättningar för tilldelning av kontraktet.

EG-domstolen har i en dom⁴ uttalat när upphandlande enheter grundar sin prövning på olika kriterier för att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, måste dessa kriterier anges i meddelandet om upphandling eller i kontraktshandlingarna.

Regeringsrätten har i en dom⁵ uppgivit bland annat följande. ”I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.”

⁴ Mål C-225/98, Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Frankrike (Nord-Pas-de-Calais).

⁵ RÅ 2002 ref. 50.

Camilla Graf Morin

NOU anser sammanfattningsvis att ett tilldelningsbeslut eller upphandlingskontrakt med ett villkor med icke angiven innebörd strider mot transparensprincipen som ingår i 1 kap. 4 § LOU. Ett sådant villkor står enligt NOU:s uppfattning i strid med affärsmässighetsprincipen och kravet på att utnyttja befintlig konkurrens.

Särskilda kontraktsvillkor

Beträffande s.k. särskilda kontraktsvillkor⁶ som föreskriver hur ett uppdrag skall genomföras föreskriver lagstiftningen (se 1 kap. 18 b § LOU) att dessa skall anges i annonsen om upphandlingen. I förhandlad upphandling utan föregående annonsering skall villkoret anges i förfrågningsunderlaget. Det är således inte tillåtet att den upphandlande enheten använder sig av villkor som inte tillkännages inför upphandlingen. De särskilda kontraktsvillkoren skall vara förenliga med icke-diskrimineringsprincipen och övriga för offentlig upphandling grundläggande gemenskapsrättsliga principer, det vill säga likabehandling, öppenhet, förutsebarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet samt EG-fördragets regler om den inre marknaden⁷. Ett villkor som medför att leverantören utesluts från upphandlingen eller att hans anbud förkastas måste således vara känt i förväg.

Rättsmedel

Effektiva rättsmedel skall kunna belysa en genomförd upphandling och en leverantör som anser sig förfördelad och därför riskerar att lida skada skall ges möjlighet att få sin sak prövad. NOU anser att Försvarsmaktens sätt att villkora ett upphandlingskontrakt försvårar en sådan prövning.

Försvarsmakten uppger att auktorisations- och ackrediteringsprocessen är ”på sätt och vis fristående från själva upphandlingen och påverkar inte bedömningen av ett system vid utvärderingen av inkomna anbud.” I 7 kap. LOU anges beträffande omfattningen av överprövningsinstitutet att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § (som införlivar de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna⁸) eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit skada eller kan komma att lida skada skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

⁶ Särskilda kontraktsvillkor anses inte vara krav på leverantören eller utvärderingskriterier, utan särskilda därutöver tillkommande kontraktsvillkor.

⁷ Se Regerings proposition 2001/02:142, Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m. sid. 94.

⁸ a.a. sid. 38.

Camilla Graf Morin

Resultatet av Försvarmaktens prövning i auktorisations- och ackrediteringsprocessen kan bli att det vinnande anbudet inte blir godkänt och att det anbud som erhållit näst bästa poäng tilldelas kontraktet. Den leverantör som i utvärderingen fick högst poäng förlorar i detta fall kontraktet på grundval av detta. Tilldelningsbeslutet återspeglar således inte vem som valts som leverantör, utan endast rangordningen enligt vilken anbuden kommer att prövas mot inför det slutgiltiga ställningstagandet. Det ger inte anbudsgivarna tillräcklig vägledning i frågan huruvida de bör begära överprövning.

EG-domstolen har i en dom⁹ bland annat behandlat frågan om omfattningen av möjligheten att överpröva beslut utanför upphandlingsprocessen.

Upplysningsvis kan nämnas att rättsmedlen i LOU står till buds beträffande särskilda villkor som en upphandlande enhet ställer.

Upphandling som omfattas av sekretess

NOU anser att öppen upphandling svårligen kan förenas med upphandlande enheters behov av att hemlighålla vissa uppgifter i upphandlingar. Detta måste i stället ske inom ramen för andra upphandlingsförfaranden företrädesvis förenklad upphandling och i enlighet med LOU:s bestämmelser.

För det fall en upphandling omfattas av sekretess gäller bestämmelserna i 6 kap. LOU enligt 1 kap. 3 § andra stycket LOU. Den upphandlande enheten eller regeringen kan besluta om ytterligare undantag från bestämmelserna i 6 kap. LOU med hänsyn bland annat till rikets säkerhet. Försvarmakten hade således möjlighet att överväga att tillämpa andra bestämmelser än att gå ut i en öppen upphandling med de begränsningar som nu är aktuella.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 20 september 2005 i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, chefsjuristen Hans Ekman, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, chefsjuristen Anna Lefevre Skjöldebrand och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av NOU:s kanslichef Margareta Hentze och chefsjurist Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Camilla Graf Morin. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

9 Mål C-26/03 Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH (RPL) mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna.

Camilla Graf Morin

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Camilla Graf Morin

DATUM
2005-06-16
ERT DATUM
2005-05-27

DIARIENR
2005/0121-29
ER BETECKNING
Mål nr 7844-05

1 (5)

Länsrätten i Stockholms län
Rotel 224
Box 17106
104 62 STOCKHOLM

Länsrättens i Stockholms län mål nr 7844-05 mellan Carpark AB och Telge AB

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar, med stöd av 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), tillsyn över den offentliga upphandlingen.

Länsrätten i Stockholms län har anhållit om yttrande beträffande frågan om den i målet ifrågavarande upphandlingen med hänsyn till i förfrågningsunderlaget ställda krav och kommersiella villkor är att anse som en upphandling som omfattas av LOU. NOU begränsar sitt yttrande till denna fråga.

Bakgrund

Av de handlingar NOU tagit del av framgår att Telge AB för AB Telgebostäders räkning genomfört ett förfarande för tilldelning av kontrakt avseende parkeringsövervakning. Av det förfrågningsunderlag Telge AB använt sig av framgår under rubriken "1.5 Uppdragets omfattning" bl.a. följande. "Leverantören åtar sig att utföra all parkeringsövervakning med tillhörande debitering av kontrollavgifter inom Telgebostäders hela fastighetsbestånd enligt angivna förutsättningar och villkor. Vidare ingår gatu- och samfällighetsmark i den omfattning som Telgebostäder träffar överenskommelse om med respektive markägare." Under rubriken "4.1 Uppdragets omfattning" framgår bl.a. följande beträffande uttagande av avgifter. "Kontrollavgifter uttages av, och tillfaller leverantören, som ensam ansvarar för alla åtgärder och kostnader för detta. Någon ytterligare ersättning av något slag äger leverantören inte uppbära." Under rubriken "2.15 Utvärderingskriterier" framgår vidare att det anbud, som med hänsyn till kvalitet och pris bedöms mest fördelaktigt för AB Telgebostäder, kommer att antas. Med kriteriet pris avses "[...] den kompensation som

leverantören erlägger månatligen till AB Telgebostäder för rätten att tillgodoräkna sig parkeringsavgifter samt kontrollavgifter.” Under rubriken ”5.3 Ersättning” framgår att ”AB Telgebostäder skall månatligen, i förskott, till leverantören fakturera ett belopp motsvarande den avtalade ersättningen för parkerings- och kontrollavgifter.” Av förfrågningsunderlaget framgår också att erlagda parkeringsavgifter och kontrollavgifter under år 2004 uppgick till ca 1,3 miljoner kronor respektive 4,0 miljoner kronor.

Offentliga tjänstekontrakt och tjänstekoncessioner

Ett upphandlingskontrakt avseende tjänster (med direktivens terminologi ett offentligt tjänstekontrakt) är enligt tjänstedirektivet ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som slutits mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet.¹ Begreppet offentliga kontrakt skall enligt EG-kommissionen tolkas vidsträckt och omfattar såväl alla former av ersättning som kan kvantifieras i pengar och som en upphandlande enhet åtar sig att betala till en leverantör, som alla olika sätt på vilka en leverantör, i utbyte mot ersättning, kan åta sig att ställa varor till den upphandlande enhetens förfogande, samt utföra tjänster eller utföra bygg- och anläggningsarbeten för den upphandlande enhetens räkning.² Karakteristiskt för ett offentligt tjänstekontrakt är således att leverantören mot ersättning skall åta sig att utföra tjänster för den upphandlande enhetens räkning.

I de nya upphandlingsdirektiven har införts en definition av tjänstekoncession, vilken får anses vara en kodifiering av den sedan tidigare allmänt vedertagna definitionen: ”tjänstekoncession: ett kontrakt av samma typ som ett tjänstekontrakt men med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning”.³ En grundförutsättning för att en tjänstekoncession skall anses föreligga är således att transaktionen uppfyller alla villkor som krävs för att ett offentligt tjänstekontrakt skall anses föreligga, d.v.s. att leverantören mot ersättning skall åta sig att utföra tjänster för den upphandlande enhetens räkning. Därutöver krävs, för att det skall vara fråga om en tjänstekoncession, att ersättningen för tjänsternas utförande, till skillnad från vad som gäller vid offentliga tjänstekontrakt, utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning. Det bör i sammanhanget noteras att en transaktions karaktär av tjänstekoncession inte påverkas av det faktum att

1 Direktiv 92/50/EEG art. 1 (a).

2 Guide to the Community rules on public procurement of services, s. 12, Guide to the Community rules on public works contracts, s. 12 och Guide to the Community rules on public supply contracts, s. 9.

3 Direktiv 2004/17/EG artikel 1.3 (b) och Direktiv 1004/18/EG artikel 1.4.

koncessionsinnehavaren, såsom ibland är fallet, betalar en avgift till den upphandlande enhet som upplåter koncessionen.

Tjänstekoncessioner omfattas, enligt EG-domstolens dom i mål C-324/98 *Telaustria*, inte av upphandlingsdirektivens tillämpningsområde. En upphandlande enhet som väljer att tilldela en tjänstekoncession skall dock följa de grundläggande principerna i EG-fördraget avseende icke-diskriminering, likabehandling, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet.⁴

Generaladvokat Stix-Hackl har i förslag till avgörande i mål C-231/03 *Co.Na.Me*, i vilket EG-domstolen ännu inte avkunnat dom uttalat bl.a. följande beträffande tillämpligheten av gemenskapsrättens grundläggande principer vid tilldelning av tjänstekoncessioner. ”Som utgångspunkt kan det fastslås att man inom primärrättens tillämpningsområde i varje fall inte kan använda samma regler för tilldelningar som de som gäller enligt direktiven. Det är framför allt två skäl som talar emot att i så stor utsträckning göra direktivens regler tillämpliga i primärrätten. För det första skulle därmed de regler som har fastställts enbart för de tilldelningar som omfattas av direktiven komma att gälla utanför tillämpningsområdet för dessa, dessutom utan genomförande av den lagstiftningsprocess som föreskrivs i primärrätten. Detta skulle innebära ett kringgående av den gemenskapsrättsliga lagstiftningsprocessen. För det andra skulle även direktiven, som just innehåller bestämmelser endast beträffande vissa tilldelningar, kringgåas. Det skall emellertid först erinras om den omständigheten att de bestämmelser som härleder sig från de grundläggande friheterna principiellt omfattar alla sidor av tilldelningarna. De omfattar sålunda för det första den materiella delen, till exempel beskrivningen av föremålet för en tjänst (bland annat genom tekniska specifikationer eller fastställande av giltighetstiden för en koncession) eller kriterierna för ändamålsenligheten (framför allt kvalifikationer) och för kontraktet, varvid särskilt principen om ömsesidigt erkännande måste beaktas. För det andra omfattar bestämmelserna i fråga också den processuella delen, alltså förfarandet i snävare mening. Dit hör till exempel valet av förfarande, vari även publiceringen av ett meddelande om upphandling ingår, och vilka frister som skall fastställas till exempel för den dag då ansökan om deltagande eller anbud senast skall inges. Förutom den i målet aktuella skyldigheten att lämna insyn kan också den därmed sammanhängande skyldigheten till likabehandling, principen om fri konkurrens och proportionalitetsprincipen nämnas som bestämmelser vilka

⁴ Se EG-domstolens dom i mål C-324/98 *Telaustria*, pp. 60 – 63 och EG-kommissionens tolkningsmeddelande avseende koncessioner enligt EG-rätten, daterat 12 april 2000, sid. 14 ff. Motsvarande resonemang angående tillämpningen av tjänstedirektivet 92/50/EEG finns i EG-domstolens mål C-358/00, *Buchhändler-Vereinigung GmbH mot Saur Verlag GmbH m.fl.*

är relevanta även vid tillämpning av primärrätten. Av skyldigheten till likabehandling följer bland annat att valet av koncessionshavare måste ske på objektiva grunder. Detta innebär också att de krav som fastställdes när upphandlingsförfarandet inleddes inte får ändras och att samma krav skall gälla för alla anbudssökande.”⁵

Då en leverantör vid en svensk domstol riktar klagomål mot en upphandlande enhets förfarande vid tilldelning av en tjänstekoncession skall domstolen således, enligt NOU:s mening, bedöma förfarandets lagenlighet inte med utgångspunkt i bestämmelserna i LOU utan mot bakgrund av de förpliktelser som till följd av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna åvilar den upphandlande enheten.

En upphandlande enhet som vid tilldelning av en tjänstekoncession väljer att tillämpa bestämmelserna i LOU, trots att någon sådan skyldighet inte finns, torde dock, normalt sett kunna anses ha uppfyllt de förpliktelser som följer av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna eftersom bestämmelserna i upphandlingsdirektiven, för såvitt gäller direktivens tillämpningsområde, utgör en kodifiering av, dessa principer.

Generaladvokat Kokott har i förslag till avgörande i mål C-458/03 *Parking Brixen GmbH*, i vilket EG-domstolen ännu inte avkunnat dom, ansett att ”[...] det inte är ett offentligt tjänsteavtal i den mening som avses i direktiv 92/50, utan en tjänstekoncession som inte omfattas av detta direktiv, när en upphandlande myndighet överför driften av en offentlig parkeringsplats till ett företag, företaget erhåller rätt att ta ut en avgift av dem som använder parkeringsplatsen och företaget i gengäld åtar sig att betala den upphandlande myndigheten en årlig ersättning.”⁶

NOU:s bedömning

Den i målet aktuella avtalskonstruktionen innebär att leverantören åtar sig att, för Telgebostäders räkning, utföra all parkeringsövervakning med tillhörande debitering av kontrollavgifter inom bolagets hela fastighetsbestånd. Telgebostäder betalar inte någon ersättning till leverantören för utförandet av tjänsterna, utan leverantörens ersättning består endast av rätten att tillgodogöra sig parkerings- och kontrollavgifter. Den i målet aktuella avtalskonstruktionen är därmed, enligt NOU:s mening, en tjänstekoncession, vilken inte omfattas av bestämmelserna i LOU.

⁵ Förslag till avgörande av Generaladvokat Christine Stix-Hackl i mål C-231/03, pp. 82-86.

⁶ Förslag till avgörande av Generaladvokat Juliane Kokott i mål C-458/03, p. 33.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 16 juni 2005 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, viceordförande, chefsjuristen Hans Ekman, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze efter föredragning av chefsjuristen Michael Slavicek. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Michael Slavicek

Kristian Pedersen

DATUM
2005-05-11
ERT DATUM
2005-04-22

DIARIENR
2005/0088-29
ER BETECKNING
Mål nr 1903-05

1 (6)

Kammarrätten i Stockholm
Rotel 044
Box 2302
103 17 STOCKHOLM

Kammarrättens i Stockholm mål nr 1903-05 mellan Botkyrka kommun och Ord och Vetande AB

Kammarrätten i Stockholm har anmodat Nämnden för offentlig upphandling (NOU) att inkomma med yttrande i rubricerade mål.

Bakgrund

NOU har tagit del av kammarrättens akt i målet. Av handlingarna framgår i huvudsak följande. Botkyrka kommun har genomfört en förenklad upphandling av konsulttjänster (i förfrågningsunderlaget används begreppet klarspråkskonsult). Kommunen har i förfrågningsunderlaget, under rubriken F2.025 Kompetenskrav, bl.a. uppställt som kvalificeringskrav att anbudsgivarens processledare samt eventuella underentreprenörer skall ha "[r]elevanter utbildning, d v s språkkonsultutbildning från högskolan eller motsvarande". Ord & Vetande AB ansökte den 28 februari 2005 om överprövning vid Länsrätten i Stockholms län och yrkade att länsrätten skulle förordna att upphandlingen skulle göras om alternativt rättas till på så sätt att det ovannämnda utbildningskravet skulle tas bort.

Länsrätten avgjorde målet genom dom den 4 mars 2005 och förordnade att upphandlingen skulle göras om. Av domskälen framgår bl.a. följande. "Kraven måste vara proportionerliga i förhållande till det som skall upphandlas. I målet har inte lämnats någon förklaring till varför aktuellt krav på språkkonsultutbildning från högskola ställts. Med hänsyn till att upphandlingen avser klarspråkskonsult kan det ställda kravet anses ha ett visst naturligt samband med det som skall upphandlas. Det har dock inte framhållits att det krävs speciella kunskaper som endast kan tillägnas vid högskola för att utföra den upphandlade tjänsten. Inte heller finns det något lagstadgat krav på aktuell utbildning för tjänsten. Vid sådant förhållande kan enligt länsrättens förmenande det ställda kravet inte anses stå i rimlig proportion till det som upphandlas eller vara i övrigt affärsmässigt motiverat."

Kristian Pedersen

Botkyrka kommun överklagade den 18 mars 2005 länsrättens dom till kammarrätten som den 24 mars beslutade att meddela prövningstillstånd.

Rättslig bakgrund

LOU bygger i huvudsak på EG-direktiv i de delar som gäller upphandling över tröskelvärdena. De delar av LOU som gäller för upphandling under dessa tröskelvärden samt för upphandling av bl.a. B-tjänster, oavsett värde, bygger på samma grundprinciper men utgörs av nationella regler. För dessa upphandlingar gäller bestämmelserna i 6 kap. LOU.

EG-fördraget¹ saknar regler som specifikt rör offentlig upphandling. Däremot innehåller det grundläggande principer som är tillämpliga vid all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena. Principerna om likabehandling, inklusive icke-diskriminering samt transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande, anses följa av EG-fördragets artiklar 43, 49 och 81 och gäller således vid alla upphandlingar. EG-domstolen har i ett förhandsavgörande konstaterat att upphandlingar under tröskelvärdena faller inom gemenskapsrättens tillämpningsområde, även om de inte omfattas av upphandlingsdirektivens noggrant reglerade förfaranden.²

EG-domstolen är med stöd av artikel 234 (f.d. artikel 177) i EG-fördraget behörig att tolka gemenskapsrätten, när situationen i fråga inte direkt regleras av denna rätt, men då den nationella lagstiftaren vid införlivandet av ett direktivs bestämmelser har beslutat, att rent interna situationer skall behandlas på samma sätt som de situationer som regleras i direktivet.³ LOU:s 7 kapitel införlivar intentionerna i rättsmedelsdirektiven 89/665/EEG och 92/13/EEG. I kapitlet görs inte någon skillnad mellan upphandling enligt 2-5 kap. och 6 kap. LOU. Enligt direktiven skall medlemsstaterna införa bestämmelser som innefattar "undanröjandet av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i anbuds- eller kontraktshandlingarna eller i varje annat dokument som har samband med upphandlingen".⁴ Enligt 7 kap. 2 § skall en förvaltningsdomstol besluta om åtgärder "om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller

¹ I lagen används benämningen Romfördraget.

² Mål C-59/00 Bent Moustén Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab. Se även mål C-324/98. Flera andra mål rörande förhållanden utanför direktivens direkta tillämpningsområde är anhängigjorda vid EG-domstolen eller föremål för EG-kommissionens granskning.

³ Mål C-28/95 A. Leur-Bloem mot Inspecteur de Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam.

⁴ Direktiv 89/665/EEG art. 2.1 b).

Kristian Pedersen

någon annan bestämmelse” i LOU. Som det första kravet i 1 kap. 4 § anges att upphandlingen skall göras ”med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns”.

Typer av krav som får ställas på leverantörer vid offentlig upphandling

Syftet med att ställa krav på leverantörerna (s.k. kvalificeringskrav) är att få in underlag för prövning av leverantörernas tekniska förmåga och kapacitet samt ekonomiska och finansiella ställning. Syftet med leverantörs-kvalificeringen är inte att hitta den leverantör som har mest erfarenhet eller störst ekonomisk styrka utan att identifiera de leverantörer som har *tillräcklig* erfarenhet och ekonomisk styrka för att utföra uppdraget, d.v.s. tillräcklig erfarenhet och ekonomisk styrka för att kunna tillgodose den upphandlande enhetens behov.

Av 1 kap. 18 § 2 st. LOU framgår att den upphandlande enheten i annonsen om upphandling eller i inbjudan till anbudsgivning skall ange vilka bevis den vill ha om en leverantörs finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet. Vilka bevis som den upphandlande enheten får begära in finns reglerade i förordning (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling. Av förordningen kan vissa slutsatser dras om vilka typer av krav som kan ställas beträffande leverantörernas finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet. Om ett bevismedel finns uppräknat i förordningen får krav som sammanhänger med detta bevismedel ställas, förutsatt att det är relevant för den aktuella upphandlingen och att dess tillämpning i det enskilda fallet inte strider mot någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Det bör dock observeras att förordningens uppräknning av tillåtna bevis endast är uttömmande beträffande bevis som rör teknisk förmåga och kapacitet, vilket innebär att det kan vara möjligt att även ställa vissa sådana krav rörande finansiell och ekonomisk ställning som inte kan styrkas med hjälp av något av de bevis som framgår av förordningen.

Förordningen är endast tillämplig vid upphandlingar över tröskelvärdena i den klassiska sektorn. Motsvarande bestämmelser återfinns inte i 6 kap. LOU, vilket innebär att upphandlande enheter i den klassiska sektorn vid upphandlingar enligt 6 kap. LOU endast är skyldiga att följa bestämmelserna i EG-fördraget och de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna när de bestämmer vilka bevis leverantörerna skall ge in. Viss ledning om vilka typer av krav som kan ställas borde dock även vid upphandling under tröskelvärdena kunna hämtas ur förordningen.

Kristian Pedersen

Av 7 § 1 st. förordningen om bevis framgår att den upphandlande enheten får begära att en leverantör visar sin tekniska förmåga och kapacitet endast genom ett eller flera av de bevis som räknas upp i paragrafen med hänsyn till tjänsternas art, mängd och ändamål. I första punkten i samma stycke omnämns "leverantörens utbildnings- och yrkesmässiga kvalifikationer eller motsvarande uppgifter beträffande företagsledningen och särskilt den eller de personer som skall ansvara för utförandet av tjänsterna". Av detta kan således, i enlighet med vad som ovan anförts, utläsas att det är tillåtet att ställa krav på att leverantörerna har viss nivå på sina utbildnings- och yrkesmässiga kvalifikationer, förutsatt att ett sådant krav är relevant för den aktuella upphandlingen och att dess tillämpning i det enskilda fallet inte strider mot någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna.

Nivån på de krav som får ställas på leverantörer vid offentlig upphandling

Varken LOU eller förordningen om bevis innehåller någon reglering av nivån på de krav som får ställas på leverantörernas finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet. Vilken kravnivå som är tillåten i en enskild upphandling får istället avgöras med tillämpning av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna, främst proportionalitetsprincipen.

Proportionalitetsprincipen hör enligt EG-domstolens fasta rättspraxis till gemenskapsrättens allmänna principer, och nationella myndigheter måste, när de tillämpar gemenskapsrätten, följa proportionalitetsprincipen, även i de fall då de har en vidsträckt bedömningsfrihet. Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas skall vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till de mål som eftersträvas. I valet mellan olika åtgärder skall en medlemsstat välja den som leder till minsta möjliga störningar för den ekonomiska verksamheten.⁵ Det måste således finnas ett rimligt förhållande mellan det eftersträvade målet och de vidtagna åtgärderna. Åtgärderna måste vara rimligen ägnade att åstadkomma det eftersträvade målet samtidigt som det men som drabbar den som påverkas av åtgärderna inte får vara oproportionerligt i förhållande till nyttan för det allmänna.⁶

Av EG-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning av om proportionalitetsprincipen åsidosatts skall genomföras

⁵ EG-kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten, EGT C 121, 2000-04-29.

⁶ Hartley, T.C., *The Foundations of European Community Law*, 5 uppl., Oxford University Press, 2003, sid. 152.

Kristian Pedersen

som en ”strukturerad avvägning” mellan motstående intressen. Bedömningen består av tre steg, varav det andra är det som framträder tydligast i domstolens praxis. För det första skall en bedömning göras av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra skall en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje skall bedömas om den negativa effekten som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.⁷ EG-domstolen har i skilda sammanhang uttalat att reglerna skall tolkas i ”funktionella termer”, d.v.s. det är den praktiska tillämpningen och åtgärdens effekter vid den enskilda upphandlingen som skall bedömas.

EG-kommissionen har beträffande tjänstekoncessioner, vilka inte omfattas av upphandlingsdirektiven men skall tilldelas med iakttagande av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna, uttalat bl.a. följande. ”När det gäller koncessioner ger [proportionalitetsprincipen] koncessionsgivande organ frihet att utforma ändamålet, särskilt prestanda och tekniska specifikationer, men kräver att alla för detta ändamål valda åtgärder både skall vara nödvändiga och lämpliga. En medlemsstat får t.ex. inte kräva teknisk kapacitet eller förmåga eller finansiell kapacitet av anbudsgivarna utöver det som står i proportion till ändamålet för koncessionen.”⁸

NOU:s bedömning

NOU vill med anledning av omständigheterna i det rubricerade målet vid kammarrätten anföra följande.

Som tidigare nämnts är det, även vid förenklad upphandling, tillåtet att ställa krav på att leverantörerna har viss nivå på sina utbildnings- och yrkesmässiga kvalifikationer, förutsatt att ett sådant krav är relevant för den aktuella upphandlingen och att dess tillämpning i det enskilda fallet inte strider mot någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. I det förevarande målet aktualiseras främst proportionalitetsprincipen.

Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas skall vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till de mål som eftersträvas.

⁷ De Búrca, G., The Principle of Proportionality and its Application in EC Law, Yearbook of European Law vol. 13, 1993, sid. 146.

⁸ EG-kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten, EGT C 121, 2000-04-29.

Kristian Pedersen

Även av kravet på utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns framgår att kretsen av dem som får delta i upphandlingen inte skall begränsas i onödan. Det måste således, som tidigare nämnts, finnas ett rimligt förhållande mellan det eftersträvade målet och de vidtagna åtgärderna. Åtgärderna måste vara rimligen ägnade att åstadkomma det eftersträvade målet samtidigt som det men som drabbar den som påverkas av åtgärderna inte får vara oproportionerligt i förhållande till nyttan för den upphandlande enheten.

I det förevarande målet måste således en bedömning göras av om kravet på "[r]elevant utbildning, d v s språkkonsultutbildning från högskolan eller motsvarande" är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det av Botkyrka kommun angivna syftet, d.v.s. att kommunen skall kunna "sluta avtal med en leverantör som med säkerhet kan garantera att upphandlingens syfte uppnås". Vidare måste bedömas om kravet är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Slutligen måste en bedömning göras av om den negativa effekt som kravet får, d.v.s. att Ord och Vetande AB utesluts från deltagande i upphandlingen, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det av kommunen angivna syftet.

Frågan huruvida kravet på "[r]elevant utbildning, d v s språkkonsultutbildning från högskolan eller motsvarande" i Botkyrka kommuns upphandling av klarspråkskonsult strider mot proportionalitetsprincipen är en bedömningsfråga som måste avgöras mot bakgrund av den bevisning som parterna åberopar i kammarrätten. NOU avstår därför från att ta ställning i den frågan.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 11 maj 2005 i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, chefsjuristen Hans Ekman, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, verkställande direktören Merit Israelsson, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Kristian Pedersen. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Kristian Pedersen

Charlotte Brunlid

DATUM
2005-04-13
ERT DATUM
2004-11-26

DIARIENR
2004/0261-22
ER BETECKNING
T 2883-04

1 (16)

Högsta domstolen
Box 2066
103 12 STOCKHOLM

Yttrande i Högsta domstolens mål nr T 2883-04

Högsta domstolen har förelagt Nämnden för offentlig upphandling (NOU) att avge ett yttrande i rubricerade mål. Högsta domstolen har inte närmare angivit några särskilda frågor som NOU skall yttra sig över. NOU koncentrerar sig därför på frågorna huruvida ett prövningstillstånd bör meddelas i målet samt en redogörelse för dagens rättsläge angående skadestånd.

Sammanfattning av NOU:s bedömning.

Högsta domstolen har tidigare avgjort två mål om skadestånd vid offentlig upphandling som är av relevans för innevarande mål. Målen behandlar ärenden av specifik karaktär. Det är inte tydligt om dessa avgöranden skall läsas i ett sammanhang eller var för sig utifrån de särskilda förhållanden som råder i vart och ett av målen, nämligen dels en upphandling där upphandlande myndigheten förbehöll sig fri prövningsrätt, dels en otillåten direktupphandling.

NOU anser att det vore av vikt för ledning av rättstillämpningen om Högsta domstolen avgjorde ytterligare mål om skadestånd vid offentlig upphandling. I innevarande ärende är det frågan om en upphandling där tilldelning av kontrakt inte skett i enlighet med angivna utvärderingskriterier, vilket inte tidigare avgjorts av Högsta domstolen.

Ett förtydligande är särskilt angeläget vad gäller frågan om vilken hänsyn Högsta domstolen menar kan tas till "överträdelsens karaktär" vid bedömning av skadestånd.

Vad som förevarit i målet framgår av bilaga.

Charlotte Brunlid

Rättsläget Bedömningen inom EG-rätten

Skyldigheten att betala skadestånd och att garantera en rättssäker prövning av ersättningsanspråk som bygger på överträdelser av gemenskapsrätten är en konsekvens av Sveriges EU-medlemskap. Detta anges i betänkandet det allmännas skadeståndsansvar vid överträdelse av EG-regler. NOU instämmer med utredningens uppfattning att rätten till ersättning är direkt grundad på gemenskapsrätten. Frågan om rätt till ersättning skall avgöras enligt gemenskapsrättens regler så som dessa utformats av EG-domstolen. När den nationella domstolen skall fastställa ersättningen sker detta däremot med tillämpning av den nationella rätts process- och skadeståndsregler.¹

Bakgrunden till reglerna om skadestånd i LOU är EG-direktiv 89/665/EEG (klassiska sektorn) och direktiv 92/13/EEG (försörjningssektorerna). I ingressen till direktiv 89/665/EEG anges att då det offentliga upphandlingsområdet öppnas för konkurrens mellan medlemsstaterna, ”krävs en väsentligt större garanti för insyn och icke-diskriminering. För att detta skall ha påtaglig verkan, måste snabba och effektiva rättsmedel stå till buds i händelse av överträdelse av gemenskapsrättens regler för offentlig upphandling eller av nationell lagstiftning om genomförandet av sådana regler.” I artikel 2.1.c i direktivet regleras skadeståndet enbart genom att det uttrycks att bestämmelser om prövning av offentlig upphandling skall innefatta behörighet att ge ersättning åt en person som skadats av överträdelse. Regeln är således vag till sitt innehåll. I det senare tillkomna direktivet 92/13/EEG regleras skadeståndet något tydligare genom att det i artikel 2.1.d regleras att skadestånd skall utges vid brott mot direktivet och att det i artikel 2.7 regleras att anbudsgivare är berättigad till ersättning för det negativa kontraktsintresset om han kan visa att han skulle ha haft en realistisk möjlighet att vinna kontraktet och att överträdelsen försämrat denna möjlighet.

EG-domstolen har uppgett i dom i de förenade målen C-46/93 och 48/93 Brasserie du pêcheur och Factortame III², som dock inte behandlar offentlig upphandling, att nationella skadeståndsregler inte får göra skadeståndet beroende av att det statliga organ som kan tillskrivas fördragsbrottet förfarit uppsåtligt eller vårdslöst.³ Domstolen stadgade i domen, mer i allmänhet, att

¹ Det allmännas skadeståndsansvar vid överträdelse av EG-rätten, SOU 1997:197, sid. 13.

² Mål C-46/93 och 48/93 Brasserie du Pêcheur SA mot Bundesrepublik Deutschland och The Queen mot Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd m.fl. [REG 1996, I01029].

³ Mål C-46/93 och 48/93, p. 80.

Charlotte Brunlid

ersättning som är begränsad till enbart det negativa kontraktsintresset såvitt gäller medlemsstaternas ansvar i förhållande till enskilda inte kan tillåtas.⁴

I Grönboken om offentlig upphandling hänvisades till domen. EG-kommissionen menade att enskilda troligtvis kommer att åberopa denna inför nationell domstol för att erhålla ersättning för den skada de lidit, inklusive utebliven inkomst och därmed kommer att få ett effektivt skydd av sina rättigheter.⁵ Vidare uppgav kommissionen att ersättning endast för kostnader att förbereda anbud inte på något sätt utgör full ersättning för den skada som den sökande lidit genom att inte erhålla kontraktet, även om kostnaderna kan vara omfattande.⁶ Kommissionen efterfrågade i sammanhanget synpunkter från medlemsstaterna dels på förslaget att införa en skyldighet att i alla händelser säkerställa full ersättning för den lidna skadan, dels på förslaget om ett ”avhållande skadeståndsbelopp” gående utöver den lidna skadan.

EG-domstolen har berört frågan om rättsmedel i bl.a. mål C-81/98, det s.k. Alcatelmålet.⁷ I målet behandlades frågan om överprövning av en upphandling där beslut om tilldelning av kontraktet fattats samtidigt som avtal tecknats. EG-domstolen påpekade att rättsmedelsdirektivet har till syfte att på såväl det nationella planet som gemenskapsplanet förstärka de redan förekommande medlen för att säkerställa att gemenskapens direktiv i ämnet offentlig upphandling verkligen tillämpas, särskilt på ett stadium där överträdelserna ännu kan rättas till. I art. 1.1 i direktivet föreskrivs att medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att en upphandlande enhets beslut skall kunna prövas effektivt och så skyndsamt som möjligt för att säkerställa att gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling skall iaktas. Bestämmelsen avser beslut som har åsidosatt gemenskrätten om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser om införlivande av denna gemenskapsrätt, utan att det anges någon begränsning vad gäller nämnda besluts natur eller innehåll.⁸

⁴ Mål C-46/93 och 48/93, p. 87. EG-domstolen anger att det ”vid överträdelse av gemenskapsrätten inte kan tillåtas att utebliven vinst helt utesluts som ersättningsgill skada”. Nils Wahl noterar domen i sammanhanget att regleringen av rättsmedelsdirektiven bygger på en preventionstanke och till följd av denna en reparationstanke som medför full ersättning för liden skada, a.a. sid. 622. Jan Hellner uppger i Juridisk Tidskrift 1998-99, nr 4, sid. 950 ff. rörande målet att det inte rör upphandling och inte ens förhållandet mellan enskilda parter, men att ställningstagandet bör uppmärksammas.

⁵ Grönbok Offentlig upphandling inom Europeiska Unionen: överväganden inför framtiden, 27 november 1996, punkt 3.8.

⁶ Grönboken, punkt 3.38.

⁷ Mål C-81/98, Alcatel Austria m.fl., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr [REG 1999, I07671].

⁸ Mål C-81/98, p. 33-35.

Charlotte Brunlid

EG-domstolen har vidare berört frågan om rättsmedelsdirektiven i mål C-92/00 mellan Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) och Stadt Wien.⁹ Domstolen uppgav i domen att rättsmedelsdirektiven är avsedda att skydda de materiella upphandlingsdirektivens genomslag.

Professor Sue Arrowsmith har uttryckt att sanktionssystemet inom offentlig upphandling skall ses som en helhet och menar att en sämre möjlighet att få andra åtgärder vidtagna för att justera ett felaktigt upphandlingsförfarande, kan kompenseras av en skadeståndsmöjlighet. Arrowsmith menar vidare att den leverantör som kan visa att denne skulle ha fått kontraktet om inte brott mot reglerna begåtts, skall ha möjlighet att få ersättning för "vinsten" som skulle gjorts till följd av kontraktet, med vilket avses skillnaden mellan det pris som satts för leveransen och de utgifter som skulle följa av kontraktet, reducerat för att reflektera the "value of the chance".¹⁰

Sammantaget kan konstateras att regleringen om skadestånd inom offentlig upphandling får utläsas från direktivtextens syfte och ur domar från EG-domstolen som berör angränsande områden. Det kan konstateras att det ur EG-rättslig synvinkel främsta syftet med rättsmedlen inom offentlig upphandling är att förebygga regelöverträdelser; således en preventiv funktion.

NOU redogjorde för samtliga dåvarande medlemsstaters beräkningsgrund för skadestånd i "Kartläggning av hur skadestandsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsstater". Enligt konsultundersökningar i EG-kommissionens utredning "Study on the remedies applied in the Member States in the field of Public procurement" (CC/97/12-EN) föreföll det vara klarlagt att beräkningsgrunden för skadeståndet i alla då undersökta medlemsstater var det positiva kontraktsintresset.¹¹

Regleringen i LOU

Skadeståndsskyldigheten inom offentlig upphandling regleras i 7 kap. 6 § LOU. Enligt förarbetet till lagen¹² skall en upphandlande enhet ersätta skada för leverantör om skadan har uppkommit på grund av att bestämmelserna i lagen inte har följts. I specialmotiveringen till 7 kap. 6 § LOU framgår att det med "uppkommen skada" inte bara avses onödiga kostnader m.m. utan

⁹ Mål C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) v Stadt Wien [REG 2002, I05553].

¹⁰ Sue Arrowsmith, *The law of Public and Utilities Procurement*, 1996, sid. 912-913.

¹¹ Kartläggning av hur skadestandsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsstater, dnr 1999/0053-28, sid. 17-19.

¹² Proposition 1992/93:88.

Charlotte Brunlid

även det positiva kontraktsintresset. Vidare framgår att den som yrkar skadestånd är beviskyldig för skadan. För att det skall anses att en leverantör har drabbats av skada till följd av felet skall han i princip ha förlorat kontraktet till följd därav. Det påpekas beträffande skadeståndets funktion att det från ingressen till rättsmedelsdirektivet kan utläsas att syftet bakom direktivets regler är att åstadkomma ett tryck på de upphandlande enheterna att ha korrekta förfaranden. En leverantör bör kunna utgå från att ett anbud som han lägger ner möda och kostnader på kommer att beaktas på ett rättvist sätt.¹³

I den allmänna motiveringen i propositionen anger departementschefen rörande avvägningen mellan det negativa och positiva kontraktsintresset, med hänvisning till Stockholms universitets remissyttrande, att det är av värde ur effektivitetssynvinkel att möjligheten till fullt skadestånd finns för den lidna skadan. Universitetet menade att regler om fullt skadestånd är en del av ett effektivt överprövningssystem, men att de svårigheter som finns för förbigångna företag att visa kausalitet mellan begångna fel och det faktum att vederbörande lidit skada genom att inte erhålla kontraktet medför en stark begränsning av de situationer där ersättning för det positiva kontraktsintresset kommer i fråga.¹⁴

Lagrådet kommenterade i förarbetet att det får anses osäkert och överlämnat till rättstillämpningen att avgöra hur bestämmelserna i 7 kap. 6 och 7 §§ LOU närmare hänger samman och hur de i sina detaljer skall tolkas.¹⁵

Upphandlingskommittén föreslog i delbetänkande SOU 1999:139 att 7 kap. 6 § LOU skulle ändras. Det förslag som framställdes av kommittén innebar att 7 kap. 6 § skulle omfatta ett nytt andra stycke med innebörden att skadestånd skall omfatta ett med hänsyn till kostnader och utebliven vinst skäligt belopp.¹⁶ Kommittén konstaterade att ”rättsmedelsdirektiven främst syftar till att upphandlande enheter skall avhållas från att bryta mot upphandlingsreglerna.” Skadestånd skall, enligt kommittén, utgå vid såväl uppsåt som oaktsamhet och då med det positiva kontraktsintresset. En skadeståndsberättigad leverantör skall således erhålla samma vinst som han skulle ha fått om avtal ingåtts. Ställningstagandet grundades dels på en tolkning av rättsmedelsdirektivet, dels på att reglerna om skadestånd måste vara effektiva från allmänpreventiv synpunkt. Kommittén framhöll dock att det, trots att det positiva kontraktsintresset skulle ersättas, inte är givet hur skadeståndet skall beräknas. Kommittén menade att en skadelidande

¹³ Prop. 1992/93:88, sid. 103.

¹⁴ Prop. 1992/93:88, sid. 46.

¹⁵ Prop. 1992/93:88, sid. 141.

¹⁶ SOU 1999:139 Effektivare offentlig upphandling, För fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt. Delbetänkande av Upphandlingskommittén, sid. 37.

Charlotte Brunlid

leverantör skall vidta skäliga åtgärder för att begränsa sin skada och att han, om han själv försummar det, får bära en motsvarande del av förlusten. Enligt kommittén bör dock skadeståndet kunna jämkas om det är oskäligt med hänsyn till den upphandlande enhetens möjligheter att förutse och hindra skadans uppkomst och omständigheterna i övrigt. Kommittén gav i utredningen uttryck för att ett alltför stort skadestånd i vissa delar skulle kunna få en negativ effekt på upphandlingsverksamheten. Skadeståndet borde därför kunna jämkas inom ramen för det positiva kontraktsintresset. Detta innebär att ersättning för utebliven vinst kan komma att jämkas så att skadeståndet omfattar ett, med hänsyn till kostnader och utsikter till vinst, skäligt belopp.¹⁷

NOU uppgav i remissvar rörande delbetänkandet Effektivare offentlig upphandling (SOU 1999:139) att myndigheten delar kommitténs uppfattning att det positiva kontraktsintresset skall kunna ersättas enligt 7 kap. 6 § LOU. NOU hade inget att erinra mot den möjlighet att jämka skadeståndet inom ramen för det positiva kontraktsintresset som kommittén ansåg borde finnas.¹⁸

Förslaget medförde inte någon förändring av lagen.

Svensk rättspraxis

Högsta domstolen har tidigare bedömt frågor om offentlig upphandling i endast ett fåtal avgöranden. Av dessa är två av intresse för diskussionen i det aktuella målet.¹⁹

Det första av målen, NJA 1998 sid. 873 behandlar en förenklad upphandling av projektering av om- och tillbyggnad av ett servicehus. Den upphandlande myndigheten (Heby kommun) förbehöll sig i anbudsinvjudan fri prövningsrätt av samtliga ingivna anbud.

Högsta domstolen konstaterade i domskälen att reglerna om offentlig upphandling under tröskelvärdena är anpassade till EG-direktiv och hänvisade till gemenskapsrätten rörande frågan om tolkningen av nationell

¹⁷ SOU 1999:139 Effektivare offentlig upphandling, För fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt. Delbetänkande av Upphandlingskommittén, sid. 321-322. Jfr även med Sue Arrowsmiths ovan nämnda skrivning, fotnot 10.

¹⁸ Yttrande avseende Upphandlingskommitténs delbetänkande Effektivare offentlig upphandling, För fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt (SOU 1999:139), dnr. 1999/0266-22, sid. 25.

¹⁹ Ett av dem, NJA 2001 sid. 3, behandlar frågan om skadeståndsskyldighet enligt LOU gentemot anbudsgivare när ett landsting avbrutit upphandlingsförfarande för att utföra verksamheten i egen regi och är således inte av närmare intresse här.

Charlotte Brunlid

rätt som anpassats till denna.²⁰ Högsta domstolen uppgav att det inte av förfrågningsunderlaget gick att utröna vilka omständigheter, utöver priset, som kommunen tillmätte betydelse för upphandlingen och att kommunen därför inte hade möjlighet att anta något annat anbud än det med lägsta anbudspris. Högsta domstolen hävdade att det saknar betydelse att kommunen inför upphandlingen hade angivit att lägsta pris inte var avgörande. Vidare konstaterades att kommunen inte begärt någon skriftlig förklaring på det anbud som de ansåg vara orimligt lågt från klagandebolaget innan de förkastade det och därigenom bröt mot ett i LOU fastställt formkrav. Klagande bolagets anbud, som innebar det lägsta priset, borde ha antagits. Högsta domstolen uppgav angående skadeståndets storlek att ”med den uppbyggnad LOU har fått ligger det nära till hands att se saken så att ett kvasikontraktsrättsligt förhållande uppkommer mellan den upphandlande och presumtiva anbudsgivare i och med att upphandlingen inleds”. Med hänvisning till förarbetena, konstaterades att det positiva kontraktsintresset skall ersättas.²¹ Högsta domstolen ansåg att ”en anbudsgivare som har rätt till skadestånd skall försättas i samma läge som om anbudsförfarandet hade fullgjorts på ett riktigt sätt” och menade att vad som förekommit i målet rörande skadeståndets beräkning inte föranledde någon annan bedömning än den tingsrätten gjort. Skadeståndet omfattade även tilläggsbeställningar i anledning av uppdraget.

Det andra målet av intresse för nu aktuellt ärende är NJA 2000 sid. 712, i vilket det var frågan om Ekerö kommuns upphandling av städtjänster som inte föregåtts av ett anbudsförfarande, således en otillåten direktupphandling. Tvättsvamparna, Rent och Fint HB (Tvättsvamparna) menade att om ett upphandlingsförfarande hade genomförts, hade de vunnit avtalet. Samtliga rättsliga instanser bedömde i målet att det inte kunde anses visat att bolaget som klagade skulle ha erhållit de i målet aktuella kontrakten om inte de fel som förekommit vid upphandlingen gjorts.

Högsta domstolen förde i domen ett resonemang om att ett lägre beviskrav för rätt till skadestånd ofrånkomligen innebär att en upphandlande enhet riskerar att få betala skadestånd till flera leverantörer. Vidare anfördes att om ersättningen under alla förhållanden skulle bestämmas enligt samma principer som inom ramen för kontraktsförhållanden skulle upphandlande myndigheterna kunna få orimligt betungande skadeståndsskyldigheter. Högsta domstolen uppgav att ”[s]kadeståndsskyldigheten enligt LOU har emellertid i väsentliga hänseenden andra ändamål än skadestånd inom kontraktsförhållanden. Man kan inte redan av den omständigheten att 7 kap.

²⁰ EG-domstolens dom i mål C-28/95, Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemigen Amsterdam 2 [REG 1997, I04165].

²¹ Prop. 1992/93:88 sid. 46

Charlotte Brunlid

6 § LOU lämnar utrymme för full ersättning för utebliven vinst dra den slutsatsen att ersättning alltid skall bestämmas med stöd av samma principer som tillämpas inom ramen för skadestånd i kontraktsförhållanden. Goda skäl kan anföras för att ersättningen som regel bör utgå med ett med hänsyn till bl.a. överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst uppskattat skäligt belopp.” Högsta domstolen uppgav att ”full ersättning för beräknad utebliven vinst dömdes ut under de särskilda förhållanden som var vid handen i NJA 1998 sid. 873 kan inte anses utgöra hinder för att lägga en sådan allmän princip till grund för beräkningen av skadeståndet”. Övervägande skäl talar enligt Högsta domstolen för att det bör vara tillräckligt att en leverantör kan visa att det är sannolikt att han förlorat kontraktet till följd av överträdelsen för att han skall kunna få skadestånd med högre belopp än de kostnader han haft.

Med anledning av Högsta domstolens formulering i NJA 2000 sid. 712 har frågeställningen uppkommit hur skadestånd vid offentlig upphandling skall beräknas. NOU anser att det är oklart om domarna skall läsas var för sig i de specifika sammanhang som råder i vart och ett av fallen eller om de skall tolkas tillsammans. Särskilt oklara finner NOU frågeställningarna om vilka beviskrav som skall ställas på klagande leverantören och vad som avses med skrivningen i NJA 2000 sid. 712 om att ersättning bör utgå med ett med hänsyn till bl.a. överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst skäligt belopp.

Uppfattningar inom doktrinen

Göteborgs kommun åberopar att Jan Hellner i Skadeståndsrätt femte upplagan (1995) ansåg att det inte förefaller rimligt att i utomobligatoriska förhållanden ge ersättning efter samma principer som vid ett giltigen ingånget avtal. Hellner menade att det vore uppseendeväckande om en anbudsgivare kunde få skadestånd som motsvarar den vinst leverantören skulle ha gjort om han erhållit kontraktet och fullgjort det. En analogi som enligt Hellner låg nära till hands var principerna för skadestånd vid ren förmögenhetsskada som följd av fel eller försummelse i myndighetsutövning.²²

Högsta domstolen hänvisade i NJA 1998 sid. 873 till en artikel av Nils Wahl i vilken denne argumenterar för att skadestånd bör utgå för belopp uppgående till det positiva kontraktsintresset.²³ Nils Wahl uppger inledningsvis i artikeln att bakgrunden till reglerna om skadestånd inom

²² Jan Hellner, Skadeståndsrätt, 5 upplagan, sid. 468.

²³ Nils Wahl, Offentlig upphandling och skadestånd – reparation, prevention eller ingendera?, Juridisk Tidskrift 1997-98, nr 2, sid. 619 ff. Nils Wahl var en av upphovsmännen till Juridiska fakultetsnämndens remissyttrande vid remissomgången av Ds 1992:4.

Charlotte Brunlid

offentlig upphandling är EG-rättslig reglering. Formerna för och storleken på ersättningen har i rättsmedelsdirektivet lämnats till nationell rätt. Wahl hävdar att det inte kan anföras som skäl mot kravet på full ersättning att det skulle vara främmande för svenska skadeståndsrättsliga principer. Wahl hänför sig till skillnaden mellan rättsmedelsdirektiven inom klassiska sektorn och försörjningssektorerna och menar att det inte skulle finnas anledning att i det andra rättsmedelsdirektivet (avseende försörjningssektorerna) reglera en uppdelning av skadeståndet i två delar; dels skadestånd för skador som uppstått med anledningen av överträdelsen, dels skyldighet att ersätta kostnader för att förbereda eller delta i ett anbuds förfarande i den mån överträdelsen menligt har påverkat leverantörens möjligheter att tilldelas upphandlingen²⁴, om inte avsikten varit att den första formen skulle inbegripa rätten till fullt skadestånd. Wahl anser att om det inom försörjningssektorerna ges möjlighet till dels ersättning endast för kostnader, dels fullt skadestånd, skall möjligheten till fullt skadestånd föreligga även vid upphandling utanför försörjningssektorerna. Nils Wahl menar att regleringen av skadestandsfrågorna i rättsmedelsdirektiven ger vid handen en långt gången preventionstanke och, till följd av denna, krav på full reparation för liden skada.

Uppfattningen att skadeståndet skall omfatta vinsten delas, som ovan nämnts, av professor Sue Arrowsmith.²⁵

Jan Hellner kommenterade NJA 1998 sid. 873 i en artikel i Juridisk Tidskrift 1998-99, sid. 950 ff. Hellner uppgav att "[d]et kategoriska uttryckssättet i domen ger intrycket, att enligt HD vid tillämpningen av 7 kap. 6 § LOU full ersättning för det positiva kontraktsintresset alltid skall utgå när en anbudsgivare, som vid ett riktigt förfarande skulle ha erhållit kontraktet, är berättigad till skadestånd." Hellner menade att domstolen genom domen tar avstånd från den mera nyanserade bedömning av skadeståndet som han själv gjort sig till talesman för. Konsekvensen av Högsta domstolens ställningstagande i målet är enligt Hellner betydande. Närhelst ett fel förekommit som skall bedömas enligt 7 kap. 6 § LOU skall den vars anbud skulle ha antagits om inget fel begåtts, ha full ersättning för den vinst som han skulle ha gjort om det antagits. Hellner menade att sådan ersättning blev förmånlig för den förbigångna parten, som istället för att ha besväret och kostnaden av att fullgöra kontraktet och risken att ha gjort en felbedömning eller begå kontraktsbrott, fick ersättning för den fulla vinsten.²⁶

²⁴ Direktiv 92/13/EEG, ingressen p. 10, art. 2.1.d och 2.7.

²⁵ Sue Arrowsmith, *The law of Public and Utilities Procurement*, 1996, sid. 912.

²⁶ Jan Hellner, *Upphandling och skadestånd*, Juridisk Tidskrift 1998-99, nr 4, sid. 950 ff.

Charlotte Brunlid

År 2000 utkom Skadeståndsrätt i en ny upplaga, skriven av Svante Johansson. Denne uppger i inledningen till boken att Jan Hellner läst och kommenterat upplagan utan att ta ansvar för de förändringar som införts. Svante Johansson skriver dock att han strävat efter att behålla Jan Hellners uppfattningar av mer rättspolitisk natur.²⁷ Ovan, avseende femte upplagan, nämnda ståndpunkter har i upplagan ersatts av en ny skrivning med innebörden att skadeståndet enligt förarbetet till lagen²⁸ inte bara omfattar ”onödiga kostnader” utan även det positiva kontraktsintresset ”enligt vad som vanligen förstås med detta uttryck, att den skadelidande har rätt till full ersättning för den vinst som han skulle ha gjort om han erhållit kontraktet och fullgjort det. Så har också HD tolkat bestämmelsen, se NJA 1998 sid. 873. Svårigheten att bevisa kausalsamband mellan felet och en skada för vilken krävs ersättning utgör dock en begränsande omständighet.”²⁹ Hellners uppfattning att regeln måste anses innebära en begränsning, även om skadan orsakats uppsåtligt eller till följd av oaktsamhet, kvarstår även i den senaste upplagan. Det är enligt Hellner osäkert om skadeståndsskyldighet kan uppstå i några fall av oaktsamt handlande.³⁰

Kommittén redogjorde i delbetänkandet Effektivare offentlig upphandling (SOU 1999:139) för några av de åsikter som framställts i debatten om skadestånd, utöver vissa av de ovan refererade ståndpunkterna, såsom professor Curt Riberdahls och förbundsjuristen Ulf Palms inslag i debatten i en artikel i Svensk Juristtidning 1997/98³¹. Författarna framhöll att det är principiellt dubiöst att använda det positiva kontraktsintresset eftersom ersättning för utebliven vinst endast utgår när det föreligger ett kontraktsförhållande. Vidare uppgav de att upphandlingar till små belopp kan bli föremål för omfattande och tidskrävande processer om samma skadestånd skall utgå även för upphandlingar under tröskelvärdena. Riberdahl och Palm menade att det inte är ovanligt att käranden är företag som knappast kunnat fullfölja uppdraget om de hade fått kontraktet samt att risken för att dra på sig en skadeståndstalan kan medföra att upphandlande enheter alltför ofta använder utvärderingsformen lägsta pris istället för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.³²

²⁷ A.a. förord till 6 upplagan, sid. 6. Formuleringen tycks överensstämma dem som framförts i ovan nämnda artikel i Juridisk Tidskrift 1998-99, nr 4, sid. 950 ff. och torde vara en spegling av Jan Hellners inställning.

²⁸ Prop. 1992/93:88 sid. 102.

²⁹ Jan Hellner, Svante Johansson, Skadeståndsrätt, 6 upplagan, 2000, sid. 474 – 475.

³⁰ Jan Hellner, Svante Johansson, a.a., 6 upplagan sid. 474, femte upplagan, sid. 467.

³¹ Svensk juridisk tidskrift 1997/98, sid. 644 ff.

³² Lämpligheten av ersättning för det positiva kontraktsintresset har även ifrågasatts vid Finansutskottets behandling (1997/98:FiU). I direktiven till NOU-utredningen (Fi 1998:08, sid.11) anges att det positiva kontraktsintresset kanske är en för kraftig påföljd.

Charlotte Brunlid

Upphandlingskommittén redovisade även Margareta Hentze och Hans Sylvéns åsikt som uttryckts i lagkommentaren.³³ De menar att skadestånd bör kunna utgå även på grund av oaktsamt handlande från den upphandlande enhetens sida. Skadeståndet är enligt författarna en del av de rättsmedel som medlemsstaterna måste ha för att tillgodose kravet på att bevaka gemenskapsrätten och dess kanske främsta syfte är det allmänpreventiva. De hänför sig till EG-domstolens praxis att nationella skadeståndsregler inte får göra skadeståndet beroende av att de organ som kan tillskrivas brottet förfarit uppsåtligt eller vårdslöst om brottet innebär en klar överträdelse av gemenskapsrätten.³⁴ Författarna menar att skadeståndet skall ersätta det positiva kontraktsintresset,³⁵ att leverantören är berättigad till ersättning för förlorad handelsvinst samt att ledning vid beräkning kan fås från köprätten. Produktionskostnader och kostnader till följd av leverantörens underlåtenhet att söka begränsa skadorna skall dras från anbudspriset.

Beviskrav vid skadeståndstalan rörande offentlig upphandling

Högsta domstolen gör i NJA 2000 sid. 712 gällande att övervägande skäl får anses tala för att det bör vara tillräckligt att en leverantör kan visa att det är sannolikt att han förlorat kontraktet till följd av överträdelsen för att han skall kunna få skadestånd med ett högre belopp än de kostnader han haft. Med anledning av detta önskar NOU påpeka följande.

NOU har i ”Kartläggning av hur skadeståndsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsstater” uppmärksammat problematiken att en sänkning av beviskravet gör det teoretiskt möjligt att flera leverantörer kan bli berättigade till skadestånd för anbudskostnader eller att skadeståndet fördelas mellan flera förfördelade leverantörer i proportion till den bevisstyrka de kunnat uppbringa om att kunna erhålla kontraktet.³⁶ NOU beskrev då ett scenario där den beräknade inkomstförlusten skulle fördelas med olika andelar mellan de två eller tre anbudsgivare som mest sannolikt skulle ha antagits.³⁷ Resonemanget har

³³ Margareta Hentze, Hans Sylvé, Offentlig upphandling, 1998, sid. 361-363. Refererad i SOU 1999:139, sid. 321.

³⁴ De förenade målen C-46/93 och 48/93 Brasserie du pêcheur och Factortame III.

³⁵ Med hänvisning till att kommissionen i grönboken 3:38 framfört att ersättning för kostnader att förbereda anbud inte på något sätt är en full ersättning för det skada som den klagande lidit genom att inte erhålla kontraktet.

³⁶ Ärende 1999/0053-28, 1999-03-31.

³⁷ A.a. sid. 16. Situationen beskrevs så, att skadestånd skulle kunna utgå med 50 % till den mest sannolika, 30 % till den som kunde förväntas komma på andra plats och 20 % till den som kunde bedömas ha viss chans att erhålla kontraktet om felet inte hade begåtts.

Charlotte Brunlid

därefter förts vidare i en artikel som publicerats i *Public Procurement Law Review*³⁸ och *Europarättslig Tidskrift*³⁹ i vilken framförts att konsekvensen av det sänkta beviskravet skulle kunna bli att skadestånd måste utbetalas med mer än 100 %, beroende på med vilken styrka leverantörerna kunnat bevisa att de skulle ha fått kontraktet.⁴⁰ Enligt NOU är detta inte en omöjlig utveckling av ett lägre beviskrav, eftersom inte domstolen under en rättsprocess kan få kännedom om vilka skadeståndskrav som kommer att uppstå och inte kan ställa ett skadeståndsanspråk mot ett hypotetiskt framtida anspråk.

Frågan om myndighetsutövning

Göteborgs stad gör jämförelser med en numera upphävd regel i 3 kap. 5 § skadeståndslagen om skadeståndsansvar som följd av fel eller försummelse i myndighetsutövning. I Sverige anses generellt inte i doktrinen att upphandling utgör myndighetsutövning.⁴¹ Frågan om upphandling är att anse som myndighetsutövning påverkar bedömningen av hur skadeståndsberäkning skall göras.⁴²

JO har i ett ärende konstaterat att beslut om upphandling inte är att anse som myndighetsutövning i brottsbalkens mening.⁴³

³⁸ Henrik Leffler, jur. kand., LL.M. *European Law (Nottingham)*, (2003) 4 P.P.L.R. sid. 151-174.

³⁹ Artikeln har publicerats på svenska i *Europarättslig Tidskrift* nummer 3, 2003, sid. 483 ff., Henrik Leffler, *Skadestånd för överträdelse av reglerna om offentlig upphandling*.

⁴⁰ Det exempel som nämns i artikeln är att leverantören B visar att han med 70 % sannolikhet skulle ha fått kontraktet och leverantörerna C resp. D i en senare skadeståndsprocess kan visa att de med 55 resp. 45 % sannolikhet skulle ha fått kontraktet varvid det totala skadeståndet kommit att uppgå till 170 %.

⁴¹ Bertil Wennergren anger i *Offentlig förvaltning i arbete*, sid. 27, att exempel på beslut som inte har med myndighetsutövning att göra är ärenden som angår upphandling och annan affärsverksamhet, egendomsförvaltning och andra privaträttsliga mellanhavanden. Carl-Michael Quitzow anger i *Fria varurörelser i den Europeiska Gemenskapen*, sid. 46, att ansvaret för undanröjandet av handelshinder också omfattar verksamhet som inte sammanhänger med politiskt beslutsfattande eller myndighetsutövning. Därigenom berörs också offentliga organs handlande av privaträttslig natur, t.ex. vid upphandling. Tom-Erik Madell anger i *Det allmänna som avtalspart*, sid. 130, att ärenden som rör det allmännas upphandling, affärsverksamhet, egendomsförvaltning och andra privaträttsliga mellanhavanden berörs inte av de regler i förvaltningslagen som bara är avsedda att gälla myndighetsutövning. Se ”Mångfald och upphandling”, Michael Slavicek, NOU, dnr. 1999/0197-29, sid. 10.

⁴² Se även ovan under rubriken ”Rättsläget” angående prop. 1992/93:88 och Upphandlingskommitténs yttrande i SOU 1999:139.

⁴³ Dnr. 3497-2000, beslut 2001-12-17, Anmälan mot Torsby kommun angående påstående om domstolstrots. Ärendet avsåg en kommunstyrelses beslut att inte verkställa en upphandling enligt LOU trots en lagakraftvunnen dom från kammarrätten att upphandla den aktuella byggtreprenaden. JO konstaterade att kommunstyrelsen agerat felaktigt i flera avseenden samt att det är allvarligt och strider mot offentliga organs uppträdande att

Charlotte Brunlid

Regeringsrätten har nyligen avgjort ett mål avseende en rättsprövning enligt lagen (1988:205) om rättsprövning av vissa förvaltningsbeslut avseende en av kammarrätten avvisad ansökan om rättsprövning av en legitimerad läkare som blivit föremål för kritik av Socialstyrelsen i ett tillsynsärende.⁴⁴ I ärendet behandlades frågan om vad som avses med begreppet myndighetsutövning. Regeringsrätten konstaterade att det i förarbetena till 11 kap. 6 och 7 §§ regeringsformen har förutsatts att begreppet myndighetsutövning skall ges samma innebörd som i 3 § i 1971 års, numera upphävda, förvaltningslag.⁴⁵ Där användes uttrycket "...utövning av befogenhet att för enskild bestämma om förmån, rättighet, skyldighet, disciplinär bestraffning eller annat jämförbart förhållande". Regeringsrätten uppgav att begreppet myndighetsutövning har en förhållandevis snäv innebörd och inte täcker alla fall där ett beslut kan sägas ha faktiska och för den enskilde negativa verkningar. Regeringsrätten uppgav att praxis från Europadomstolen rörande artikel 6 i Europakonventionen inte föranleder någon annan bedömning.⁴⁶

NOU menar att skadeståndet i upphandlingsmål har ett annat syfte än skadestånd vid felaktig myndighetsutövning. Reglerna har olika bakgrund och bör därför inte ses i samma sammanhang. NOU:s ståndpunkt är att upphandling inte är myndighetsutövning.

Göteborgs Stad gör gällande att vissa skrivningar i Bertil Bengtssons "Skadestånd vid myndighetsutövning" påminner om Högsta domstolens formulering i NJA 2000 sid. 712. Staden anser att bedömningen av skadestånd vid offentlig upphandling skall göras enligt vad som är skäligt istället för att jämkas utifrån det positiva kontraktsintresset. Bertil Bengtssons formulering är skriven utifrån ett perspektiv där den enskilde står gentemot det allmänna, men inte i ett affärsförhållande.⁴⁷

kommunstyrelsen i ärendet inte respekterat domstolsavgörande. Vidare konstaterar JO att "[ä]ven om det med anledning av det inträffade hade varit påkallat att vidta åtgärder mot de ledamöter av kommunstyrelsen som medverkat till kommunens oriktiga handlande finns det inga möjligheter härtill. Det är sålunda inte möjligt att ingripa med åtal för tjänstefel eftersom beslutsfattandet i de aktuella frågorna inte är att anse som myndighetsutövning i brottsbalkens mening." Se även Michael Slavicek, Upphandlingens olika ansikten, Europarättslig tidskrift nr 1 2002, sid. 15 ff.

⁴⁴ Frågan i målet var om begreppet myndighetsutövning som förekommer i bl.a. regeringsformen, brottsbalken, skadeståndslagen och förvaltningslagen också täcker sådana åtgärder från Socialstyrelsen som begränsar sig till kritiska uttalanden.

⁴⁵ Prop. 1973:90 sid. 397.

⁴⁶ Regeringsrättens dom den 17 mars 2005, mål nr 3429-01.

⁴⁷ I prop. 1972:5 sid. 312 finns ett allmänt uttalande om att myndighetsutövning rör sig om "beslut eller åtgärder som ytterst är uttryck för samhällets maktbefogenheter eller, för att använda ett mer ålderdomligt uttryck, den statliga överhögheten över medborgarna i deras

Charlotte Brunlid

Som ovan nämnts har Jan Hellners Skadeståndsrätt ändrats i sjätte upplagan på så sätt, att konstaterandet att analogi bör göras med möjligheten till skadestånd vid ren förmögenhetsskada som följd av fel eller försummelse i myndighetsutövning, har tagits bort.⁴⁸

NOU:s slutsatser

NOU anser att det vore av vikt för ledning av rättstillämpningen att Högsta domstolen avgjorde ytterligare mål om skadestånd vid offentlig upphandling. Det är väsentligt att rättsmedlen är konsekventa och ger ledning för såväl upphandlande enheter som leverantörer om vilka villkor som gäller för skadestånd. En indikation om nödvändigheten av ytterligare praxis är att lagrådet i sin kommentar rörande LOU 7 kap. 6 och 7 §§ i prop. 1992/93:88 uppgav att hur bestämmelserna i de två paragraferna närmare hänger samman och hur de i sina detaljer skall tolkas får anses ”osäkert och överlämnat till rättstillämpningen att avgöra”.⁴⁹

NOU anser att förhållandet mellan NJA 1998 sid. 873 och NJA 2000 sid. 712 behöver klargöras. Det vore vidare av vikt för ledning av rättstillämpningen att Högsta domstolen förtydligar vilken bevisbörda som skall åläggas en klagande leverantör. Det vore av vikt att vad som avses med ”överträdelsens karaktär” i NJA 2000 sid. 712 tydliggörs. NOU har svårt att bedöma effekterna av formuleringen.

Värt att notera är att Högsta domstolen i NJA 2000 sid. 712 hänvisade till Jan Hellners skrivning i Skadeståndsrätt, femte upplagan. Hellner har dock justerat sin formulering genom en artikel i Juridisk Tidskrift och en ny upplaga av Skadeståndsrätt. Hellner gjorde då inte längre jämförelsen avseende skadestånd till följd av fel vid upphandling med skadestånd vid ren förmögenhetsskada som följd av fel eller försummelse i myndighetsutövning.

NOU menar att reglerna om skadestånd vid offentlig upphandling bör läsas i det sammanhang som de tillkommit, dvs. mot bakgrund av EG-rätten. Syftet med reglerna är att framtvunga efterlevnad av EG-rätten genom att verka preventivt mot regelöverträdelser och därmed främja den fria rörligheten inom EU. EG-domstolen får anses ha en fast rättspraxis som innebär att

egenskap av samhällsmedlemmar”. Jan Hellner och Svante Johansson för ett resonemang av effekterna av skrivningen i förarbetet och uppger att maktutövning idag endast utgör en del av myndighetsutövningen, se Skadeståndsrätt, 6 uppl., 2000, sid. 452-453.

⁴⁸ Se ovan under rubrik ”Rättsläget” – ”Uppfattningar inom doktrinen”.

⁴⁹ Prop. 1992/93:88, sid. 141.

Charlotte Brunlid

reglerna i direktiven är tillämpliga även vid upphandling i vilken enbart nationella anbudsgivare har deltagit.⁵⁰

Målet i nu aktuellt ärende skiljer sig från de tidigare avgörandena genom att den upphandlande enheten vid utvärderingen, enligt tingsrätten och hovrätten, avvek från vad som angavs i förfrågningsunderlaget. I NJA 1998 sid. 873 var kraven i förfrågningsunderlaget vaga och i NJA 2000 sid. 712 fanns det inte något förfrågningsunderlag alls.

NOU uppgav i sitt remissvar rörande delbetänkandet Effektivare offentlig upphandling (SOU 1999:139) att myndigheten delar kommitténs uppfattning att det positiva kontraktsintresset skall kunna ersättas enligt 7 kap. 6 § LOU.

Skadeståndet innefattar en preventiv funktion, men även en reparativ funktion. Reparationen kan sägas vara en effekt av den preventiva funktionen. De båda funktionerna skall beaktas var för sig.

Det förekommer dock olika uppfattning om huruvida hänsyn kan tas till överträdelsens art vid bedömning av skadeståndets storlek. Vissa anser att lägre skadestånd skall utgå med hänsyn till felets karaktär. En motsatt uppfattning är att skadeståndet inte bör jämkas med hänsyn till felets art eftersom den negativa effekten för leverantören kan bli lika stor vid ett ”enkelt fel” i upphandlingen som ett allvarligt fel.⁵¹ Det finns stora risker i att gradera felaktigheter i upphandlingar. Enligt detta synsätt skulle möjligen skadeståndet kunna jämkas till följd av att felet berodde på något som stod utanför den upphandlande enhetens kontroll.

⁵⁰ Se t.ex. dom i mål C-87/94, Kommissionen mot Belgien [REG 1996, I02043], p. 33. Enligt domen är det fortfarande möjligt att även företag som är etablerade i andra medlemsstater kan bli direkt eller indirekt berörda av en offentlig upphandling. Det offentliga upphandlingsförfarande som föreskrivs i direktivet måste således iakttas oavsett anbudsgivarnas nationalitet eller hemvist. Detta konstaterande gäller inte bara tillämpningen av de villkor som föreskrivs i direktiven om offentlig upphandling utan även i sådana fall som det här aktuella där gemenskapens grundläggande allmänna regler skall tillämpas.

⁵¹ Se ovan rörande SOU 1999:139 Effektivare offentlig upphandling, För fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt. Delbetänkande av Upphandlingskommittén, sid. 321-322. Den jämningsmöjlighet som Upphandlingskommittén föreslog avsåg att förhindra att rädsla att drabbas av höga skadestånd skulle få en hämmande inverkan på upphandlingsverksamheten och få en kontraproduktiv effekt. Förslaget innebar att ersättning för utebliven vinst skulle komma att jämkas så att skadeståndet ”omfattar ett med hänsyn till kostnader och utsikter till vinst skäligt belopp. NOU hade enligt remissvar att myndigheten inget att erinra mot en sådan jämningsmöjlighet, dnr. 1999/0266-22 sid. 25.

Charlotte Brunlid

En åsikt som har framförts är vidare att jämkning bör kunna ske med hänsyn till storleken på det skadestånd som skall utdömas för att undvika överkompensation. Ett exempel på fall då sådan jämkning skulle kunna komma till stånd är vid ett mycket stort och långvarigt avtal, t.ex. ett entreprenadavtal om tio år. Med hänsyn till att det då kan bli frågan om ett avsevärt belopp för den upphandlande enheten samt att leverantören torde kunna finna ett nytt kontrakt inom en rimlig tid bör skadeståndet kunna jämkas.⁵²

NOU anser inte att en parallell kan göras i innevarande mål till Regeringsrättens dom i RÅ 2002 ref. 50, på det sätt som Göteborgs Stad hävdar. I RÅ 2002 ref. 50 behandlades förfrågningsunderlagets utformning och val av utvärderingsmetod. I nu aktuellt mål behandlas hur de angivna utvärderingskriterierna tillämpats i praktiken.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 12 april 2005, i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, chefsjuristen Hans Ekman, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, verkställande direktören Merit Israelsson, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Charlotte Brunlid. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Charlotte Brunlid

Bilaga

Bakgrund i målet och Sammanfattning av Göteborgs Stads överklagande

⁵² Ett sådant resonemang torde kunna härledas ur EG-domstolens stadgande i ovan nämnda mål C-46/93 och 48/93 Brasserie du pêcheur och Factortame III, p. 84 där domstolen uppger att den nationella domstolen, för att fastställa den skada som kan ersättas, skall undersöka om den skadelidande visat rimlig aktsamhet för att förhindra skada.

Bilaga

Bakgrund

Frågan i målet är om skadestånd till följd av Göteborgs Stads upphandling av övningsfartyg för läsåret 2000/2001. Av förfrågningsunderlaget framgick att inlämnade anbud skulle bedömas med utgångspunkt från sex kriterier utan inbördes rangordning, att fartyget under avtalstiden skulle disponeras under 72 dygn och att det inför varje nytt läsår skulle finnas möjlighet att förlänga förhyrningen upp till 100 dygn. Möjlighet till förlängning med ett år skulle finnas. I upphandlingen inlämnades anbud av Rederi AB Ishavet (Ishavet) och Gotlands kommun. Efter en utvärdering konstaterade Göteborgs Stad att Gotlands kommun lämnat det mest fördelaktiga anbudet.

Ishavet klagade på upphandlingen och yrkade att tingsrätten skulle ålägga Göteborgs Stad att till bolaget betala 934 000 kr.¹ Ishavet anförde som grund för sin talan bland annat att utvärderingen av kriterierna har skett i strid med vad som angavs i förfrågningsunderlaget, att kriteriet pris felaktigt baserats på 100 dygns nyttjande av fartyget istället för 72 dygn, att utvärderingskriterierna inte rangordnats och att de angivits så oklart att endast kriterierna pris och driftskostnad varit mätbara.

Göteborgs tingsrätt konstaterade² att en väsentlig förutsättning vid prövningen av anbuderna varit att anbuderna skulle bedömas efter priset för 72 dygn och att förfrågningsunderlaget inte gett stöd för att basera utvärderingen på behovet av 100 dygns användning. Ishavet skulle enligt tingsrätten haft mycket goda chanser att vinna upphandlingen om utvärderingen baserats på en period om 72 dygn. Tingsrätten fann visat att Ishavet sannolikt skulle ha erhållit uppdraget om upphandlingen genomförts på rätt sätt. Skadeståndsberäkningen gjordes av tingsrätten med hänvisning till NJA 1998 sid. 873 och gjorde avdrag med 16 000 kr för inbesparade kostnader från kontraktssumman. Göteborgs Stad förpliktades att betala 668 000 kr till Ishavet.

Hovrätten för Västra Sverige anslöt sig till tingsrättens överväganden och slutsatser utom såvitt avser beräkningen av skadeståndet.³ Hovrätten menade att det med det positiva kontraktsintresset avses att ”en av avtalsbrott drabbad part skall vara tillförsäkrad hela det ekonomiska intresse som han har rätt att få tillgodosett genom avtalet” och beräknade skadeståndet från användning av fartyget under 100 dygn. Den kontraktssumma som Ishavet gått miste om beräknades skäligen till 850 000 kr minus avdrag för kostnader om 16 000 kr. Göteborgs Stad förpliktades att till Ishavet betala 834 000 kr.

¹ Summan utgjordes av kontraktssumman 950 000 kr för 100 dygns användning med avdrag för kostnader om 16 000 kr.

² Göteborgs tingsrätts mål nr T 5881-01.

³ Hovrätten för Västra Sverige, mål nr 3475-03.

Bilaga

Sammanfattning av Göteborgs Stads överklagande

Göteborgs Stad har hemställt att Högsta domstolen skall meddela prövningstillstånd och yrkat att käromålet skall ogillas eller utdömt skadeståndsbelopp nedsättas.⁴

NOU:s sammanfattning avser de delar av överklagandet som NOU berör i sitt yttrande.

Göteborgs Stad menar med hänvisning till NJA 2000 sid. 712, att skadeståndsberäkningen skall göras med hänsyn till överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst. Staden kan inte vitsorda något skadeståndsbelopp som skäligt i och för sig. Göteborgs Stad menar att Ishavet inte har påvisat några nedlagda kostnader eller några utsikter till vinst i målet. Göteborgs Stad menar att överträdelsens karaktär i det aktuella målet är att bedöma som ringa. I första hand gör staden gällande att skadestånd inte kan uppskattas till ett högre belopp än noll kronor. I andra hand gör Göteborgs Stad gällande att ett skadestånd i vart fall skall sättas lägre än vad hovrätten har bestämt.

Göteborgs Stad hävdar att det följer av NJA 2000 sid. 712 att domstolarna som huvudregel har en möjlighet och en skyldighet att bestämma skadestånd med stöd av 7 kap. 6 § LOU till ett uppskattat skäligt belopp efter vad domstolen anser bevisat i varje enskilt fall. Göteborgs Stad hänför sig till Jan Hellners uppfattning i Skadeståndsrätt, 5 upplagan (1995) och uppger att analogier med kontraktsrätten inte kan göras vid beräkning av skadestånd, i vart fall inte om inte några sådana särskilda förhållanden som fanns i NJA 1998 sid. 873 kan påvisas.

Göteborgs Stad har anfört att det avseende överträdelsens karaktär bör dras en parallell till Regeringsrättens dom i mål RÅ 2000 ref 50, i vilken Regeringsrätten uppgav att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade skall godtas enligt LOU.

Göteborgs Stad hänför sig till ”Skadestånd vid myndighetsutövning II”⁵ och menar att den formulering som Bertil Bengtsson använder om den tidigare gällande begränsningsregeln i 3 kap. 5 § skadeståndslagen påminner mycket

⁴ Göteborgs Stad bestrider att en utvärdering av 100 dygn varit felaktig, att något brott mot LOU har begåtts och att Ishavet som kärande har påvisat skadeståndsnödvändig adekvans för sina påståenden. Staden anser dock inte med hänsyn till innehållet i 54 kap. rättegångsbalken att det kan anses vara av vikt för ledning av rättstillämpningen att dessa frågeställningar besvaras av Högsta domstolen.

⁵ Bertil Bengtsson, Skadestånd vid myndighetsutövning II, 1978.

Bilaga

om HD:s formel i NJA 2000 sid. 712.⁶ Göteborgs Stad menar även att det i Bengtssons skrivning kan utläsas att i verksamheter som i särskild grad innebär ett risktagande, bör risken stanna på företagaren. Skattebetalare bör inte bära risker som tagits enbart på den grund att oaktsamhet förekommit i verksamhet som ytterst syftar till medborgarnas bästa.⁷

NOU har inte tagit del av något av Ishavet, med anledning av överklagandet, avgivet yttrande.

⁶ Regeln i skadeståndslagen löd ”Ersättningsskyldighet enligt 2 § föreligger endast om de krav har blivit åsidosatta som med hänsyn till verksamhetens art och ändamål skäligen kan ställas på dess utövning”. Enligt Bertil Bengtsson innebär den att ren förmögenhetsskada vid fel eller försummelse i myndighetsutövning endast skulle ersättas i den mån det var skäligt med hänsyn till intrångets art och varaktighet, felets eller försummelsens beskaffenhet och övriga omständigheter. A.a. sid. 125.

⁷ Bertil Bengtsson, a.a. sid. 135. NOU noterar att Bengtsson redogör för att det i den speciella motiveringen i propositionen till lagen betonas att man får se annorlunda på en kontinuerligt bedriven verksamhet än på en mera tillfällig, prop. 1972:5, sid. 531. Bertil Bengtsson uppger längre fram i skrivningen att det inte är tanken bakom SkL att domstolarna skall göra någon sorts värdering av den verksamhet som myndigheten inskränkt. Bengtsson konstaterar att departementschefen framhållit att vid skadeståndsbedömning skulle beaktas i vad mån en verksamhet i princip ogillades av rättsordningen utan att man lagligen kunde ingripa mot den. Bengtsson menar att det inte tycks vara så värst många typer av företag som på grund av verksamhetens art skulle gå miste om skadestånd för utebliven vinst. Tänkbara fall är verksamheter som inte är förbjudna men allmänt betraktas som tvivelaktiga eller verksamheter som drivs utan vederbörligt tillstånd. Se Skadestånd vid myndighetsutövning II, sid. 136.

Kristian Pedersen

DATUM
2004-08-25
ERT DATUM
2004-05-04

DIARIENR
2004/0120-29
ER BETECKNING
Mål nr T 8481-02

1 (13)

Göteborgs tingsrätt
Rotel 18
404 83 GÖTEBORG

Göteborgs tingsrätts mål nr T 8481-02 mellan ICA Menyföretagen AB och Göteborgs Stads Upphandlings AB

Göteborgs tingsrätt har hemställt om att Nämnden för offentlig upphandling (NOU) skall avge ett yttrande i rubricerade mål. Yttrandet skall enligt tingsrättens hemställan avse frågan om Göteborgs Stads Upphandlings AB (Upphandlingsbolaget) är en upphandlande enhet i den mening som anges i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

Sammanfattning av NOU:s bedömning

Upphandlingsbolaget kan, enligt NOU:s mening, inte anses ha genomfört upphandlingen i egenskap av ombud för de berörda kommunerna och den kyrkliga samfälligheten.

NOU anser att kommunerna och den kyrkliga samfälligheten genomfört upphandlingen tillsammans och i samförstånd med Upphandlingsbolaget och också tilldelat kontrakt i upphandlingen. Samtliga dessa är därför upphandlande enheter i den mening som avses i 7 kap. LOU.

Såväl kommunerna och den kyrkliga samfälligheten som Upphandlingsbolaget har därför enligt NOU:s mening att svara för eventuell skada som en leverantör kan ha orsakats till följd av att upphandlingen inte skett i enlighet med bestämmelserna i LOU. Skadeståndsansvaret får dock rimligen läggas endast på den eller de upphandlande enheter som kan anses vållande till skadan. NOU tar emellertid inte ställning till huruvida upphandlingen skett i enlighet med bestämmelserna i LOU eller om ICA till följd av något agerande från någon av de upphandlande enheternas sida lidit skada.

Kristian Pedersen

1 Upphandlande enhet

Frågan om Upphandlingsbolaget är en upphandlande enhet i den mening som anges i 1 kap. 5 och 6 §§ LOU och därmed skall följa LOU har utretts tidigare och då besvarats jakande.¹ En organisation som omfattas av reglerna i LOU kan genom att ändra sin inriktning, finansiering eller styrelsesammansättning sluta att omfattas av LOU. Även den motsatta situationen, att en organisation som tidigare inte ansetts tilldela offentliga kontrakt efter viss förändring skall anses utgöra en upphandlande enhet, kan förekomma. Några uppgifter som tyder på att Upphandlingsbolagets status som upphandlande enhet förändrats sedan den tidigare bedömningen gjordes har inte framkommit.

Frågan huruvida Upphandlingsbolaget är en upphandlande enhet i den mening som avses i 1 kap. 5 och 6 §§ LOU synes dock inte vara föremål för prövning i målet. Av handlingarna i målet, och i synnerhet de handlingar som tingsrätten i sin hemställan uttryckligen hänvisat till², framgår istället att tingsrätten önskar att NOU skall yttra sig över huruvida Upphandlingsbolaget, i den aktuella upphandlingen, agerat som upphandlande enhet på ett sådant sätt att bolaget, med avseende på den aktuella upphandlingen, är rätt part i mål om skadestånd enligt 7 kap. LOU. NOU begränsar sig därför i yttrandet till denna fråga. NOU berör således inte frågan huruvida de aktuella ramavtalen är förenliga med bestämmelserna i LOU. Med ramavtal avses i yttrandet endast ramavtal i den mening som anges i 1 kap. 5 § LOU.

2 Bakgrund

NOU har tagit del av tingsrättens akt i målet. Av handlingarna framgår, såvitt är av intresse för den aktuella frågeställningen, i huvudsak följande. Upphandlingsbolaget påbörjade i november 2000 en upphandling av livsmedel. Upphandlingen genomfördes, enligt förfrågningsunderlaget, som en öppen upphandling. Upphandlingen omfattade leveranser av livsmedel till ca 1 300 avropande enheter inom Göteborgs stad, Göteborgs kyrkliga samfällighet samt Ale, Härryda, Kungälv, Lerums, Lilla Edets, Munkedals, Mölndals, Partille, Sotenäs, Strömstads och Öckerö kommuner. Avtalsstiden angavs till två år och en månad (2001-09-01 – 2003-09-30) med möjlighet

¹ Upphandlingsbolaget har bl.a. i samband med att NOU utarbetade rapporten Upphandling i kommun- och landstingsägda bolag, (dnr 1998/0248-29) meddelat NOU att bolaget anser sig vara en upphandlande enhet i den mening som avses i 1 kap. 6 § LOU. Rapporten finns tillgänglig på NOU:s webbplats www.nou.se.

² Aktbilaga 178 och 181 i tingsrättens akt.

Kristian Pedersen

till två års förlängning. ICA menyföretagen AB (ICA) och Servera R&S AB (Servera) deltog i den del av upphandlingen som avsåg grossistleveranser. Den 28 juni 2001 meddelade Upphandlingsbolaget ICA att Servera valts till leverantör. Ramavtal mellan Upphandlingsbolaget och Servera tecknades den 21 augusti 2001. Den 19 augusti 2002 ansökte ICA, vid Göteborgs tingsrätt, om stämning mot Upphandlingsbolaget, varvid ICA yrkade skadestånd för den skada bolaget lidit till följd av att Upphandlingsbolaget inte följt bestämmelserna i LOU. Under handläggningen i tingsrätten har fråga uppkommit huruvida Upphandlingsbolaget, i den aktuella upphandlingen, agerat i egenskap av upphandlande enhet, eller endast i egenskap av ombud för de ovan nämnda kommunerna och den kyrkliga samfälligheten.

3 Rättslig bakgrund

LOU bygger i huvudsak på EG-direktiv i de delar som gäller upphandling över tröskelvärdena. De delar av LOU som gäller för upphandling under dessa tröskelvärden samt upphandling av bl.a. B-tjänster, oavsett värde, styrs av samma grundprinciper men bygger i sin utformning delvis på tidigare gällande svenska regler.³ För dessa upphandlingar gäller bestämmelserna i 6 kap. LOU. Inom Världshandelsorganisationen (World Trade Organisation, WTO) finns bl.a. ett avtal om offentlig upphandling (Government Procurement Agreement, GPA). I samband med Sveriges anslutning till WTO och den tillhörande överenskommelsen GPA gjordes vissa ändringar i LOU.⁴ LOU införlivar således både EG-direktiven om offentlig upphandling och GPA.

EG-fördraget⁵ saknar regler som specifikt rör offentlig upphandling. Däremot innehåller det grundläggande principer som är tillämpliga vid all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena. Principerna om likabehandling, inklusive icke-diskriminering samt transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande, anses följa av EG-fördragets artiklar 43, 49 och 81 och gäller således vid alla upphandlingar. EG-domstolen har i ett förhandsavgörande konstaterat att upphandlingar under tröskelvärdena faller inom gemenskapsrättens tillämpningsområde, även om de inte omfattas av upphandlingsdirektivens noggrant reglerade förfaranden.⁶ EG-domstolen har vid ett flertal tillfällen,

³ Upphandlingsförordningen (1986:366) och kommunala upphandlingsreglementen.

⁴ Se prop. 1995/96:165, SFS 1996:433.

⁵ I lagen används benämningen Romfördraget.

⁶ Mål C-59/00 Bent Moustén Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab. Se även mål C-324/98. Flera andra mål rörande förhållanden utanför direktivens direkta

Kristian Pedersen

beträffande syftet med upphandlingsdirektiven uttalat att "... samordningen på gemenskapsnivå av förfarandena vid offentlig upphandling avser att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och således att skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och som önskar erbjuda varor eller tjänster åt de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat"⁷. Domstolen har vidare uttalat att syftet med direktiv 89/665/EEG (rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn) är att "... såväl på det nationella planet som på gemenskapsplanet förstärka de redan förekommande medlen för att säkerställa att gemenskapens direktiv i ämnet offentlig upphandling verkligen tillämpas"⁸. Det är mot denna bakgrund som bestämmelserna i LOU skall tolkas och tillämpas.

EG-domstolen är med stöd av artikel 234 (f.d. artikel 177) i EG-fördraget behörig att tolka gemenskapsrätten, när situationen i fråga inte direkt regleras av denna rätt, men då den nationella lagstiftaren vid införlivandet av ett direktivs bestämmelser har beslutat, att rent interna situationer skall behandlas på samma sätt som de situationer som regleras i direktivet.⁹ EG-domstolen har vidare uttalat att de flesta av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven har direkt effekt.¹⁰

4 Olika typer av samordnad upphandling

Rent principiellt kan man särskilja fyra olika huvudtyper av samordnad upphandling. För det första kan en upphandlande enhet genomföra upphandling enbart i egenskap av ombud för en eller flera andra upphandlande enheter. För det andra kan en upphandlande enhet genomföra upphandling och tilldela kontrakt i eget namn för att därefter förmedla föremålet för upphandlingen vidare till en eller flera andra upphandlande enheter. För det tredje kan flera upphandlande enheter gemensamt tilldela kontrakt i samma upphandling. För det fjärde kan flera upphandlande

tillämpningsområde är anhängigjorda vid EG-domstolen eller föremål för EG-kommissionens granskning.

⁷ Se bl.a. mål C-380/98 *The Queen mot H.M. Treasury*, Ex parte: *The University of Cambridge* och mål C-19/00, *SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo*.

⁸ Mål C-81/98, *Alcatel Austria AG m.fl., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr*.

⁹ Mål C-28/95 *A. Leur-Bloem mot Inspecteur de Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam*.

¹⁰ Se bl.a. mål C-31/87 *Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna*, C-27/98 *Metalmeccanica Fracasso SpA*, C-76/97, *Walter Tögel mot Niederösterreichische Gebietskrankenkasse* och mål C-258/97 *Hospital Ingenieure Krankenhaus-Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mot Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft*.

Kristian Pedersen

enheter tilldela var sitt kontrakt i en gemensamt genomförd upphandling. Gemensamt för dessa typer av samordnad upphandling är dock att de alla förutsätter att den upphandlande enhet som är slutkonsument av föremålet för upphandlingen tilldelar ett upphandlingskontrakt, antingen direkt till en leverantör eller till en annan upphandlande enhet som i sin tur tilldelar en leverantör upphandlingskontrakt.

4.1 Upphandling genom ombud

Det finns formellt sett inga upphandlingsrättsliga hinder mot att en upphandlande enhet anlitar ombud för genomförande av upphandling.¹¹ Det finns inte heller några upphandlingsrättsliga hinder mot att en upphandlande enhet åtar sig att vara ombud för en annan upphandlande enhet vid dennas upphandling.¹² Att en upphandling genomförs av ett ombud innebär emellertid inte att bestämmelserna i LOU sätts ur spel, eftersom ombudet genomför upphandlingen i den upphandlande enhetens namn och det därför rättsligt sett är den upphandlande enheten som tilldelar upphandlingskontrakt. Den upphandlande enheten är därmed skyldig att se till att ombudet tillämpar bestämmelserna i LOU och blir också, gentemot leverantörer, ansvarig för upphandlingen. I ett sådant fall skall således såväl en eventuell ansökan om överprövning som en eventuell skadeståndstalan med anledning av upphandlingen riktas mot den upphandlande enheten och inte mot ombudet, oberoende av om ombudet är en upphandlande enhet eller ej.

¹¹ Dessa delar av yttrandet följer de allmänna civilrättsliga regler som tillåter att ett avtal sluts av en mellanman för huvudmannens räkning. För många upphandlande enheter kan det dock finnas bestämmelser i annan lagstiftning som omöjliggör upphandling genom ombud. Som exempel kan nämnas att vissa kommunalrättsliga bestämmelser begränsar kommuners och landstings möjligheter att delegera beslutanderätt i bl.a. upphandlingsärenden till andra upphandlande enheter, samt möjligheterna att befullmäktiga ombud att för kommunens eller landstingets räkning genomföra upphandling. I den nyligen publicerade Ds 2004:37 *Samordnad upphandling* föreslås dock en ny delegationslag som skall möjliggöra för kommuner och landsting att genom avtal överlåta åt en annan upphandlande enhet att, på kommunens eller landstingets vägnar, i en upphandling besluta om leverantör och anbud enligt 1 kap. 28 § LOU, underteckna upphandlingskontraktet eller på annat sätt avsluta upphandlingen.

¹² Däremot kan det finnas andra hinder mot att en upphandlande enhet åtar sig denna typ av uppdrag, för kommuner t.ex. att detta kan falla utanför den kommunala kompetensen och för statliga myndigheter och offentliga bolag t.ex. att sådan verksamhet inte är förenlig med myndighetens eller bolagets uppgift såsom den kommit till uttryck i myndighetens regleringsbrev respektive bolagets bolagsordning.

Kristian Pedersen

4.2 Upphandling och vidareförmedling till annan

Det finns inga upphandlingsrättsliga hinder mot att en upphandlande enhet genomför upphandling, tilldelar kontrakt och därefter förmedlar föremålet för upphandlingen vidare till en eller flera andra upphandlande enheter.¹³ En vidareförmedling innebär emellertid att det uppkommer ett avtalsförhållande mellan den upphandlande enhet som tilldelat kontrakt och den eller de enheter till vilka föremålet för upphandlingen vidareförmedlas. Detta innebär att vidareförmedlingen normalt inte får ske utan föregående upphandling i enlighet med bestämmelserna i LOU.¹⁴ Vid upphandling med vidareförmedling kan enligt NOU:s mening endast den kontraktstilldelande enheten anses ansvarig för att bestämmelserna i LOU tillämpas korrekt vid upphandlingen, eftersom endast denna enhet träder i direkt kontraktsförbindelse med en eller flera leverantörer.

Ett exempel på upphandling och vidareförmedling är enligt NOU:s mening rättsfallet RÅ 1997 not 87. NOU gör därmed en annan tolkning av detta rättsfall än Upphandlingsbolaget.

NOU vill inledningsvis påpeka att Upphandlingsbolagets påstående, att kammarrättens överväganden inte ändrats av Regeringsrätten, inte ger en korrekt bild av utgången i målet. Regeringsrättens undanröjde såväl kammarrättens som länsrättens domar och avskrev målet. Det är således enligt NOU:s mening endast de överväganden som gjorts av Regeringsrätten som kan läggas till grund för tolkningen av gällande rätt på området.¹⁵ Regeringsrätten gjorde i målet bl.a. följande uttalanden.

¹³ Däremot kan det finnas andra hinder mot att en upphandlande enhet bedriver sådan verksamhet. För exempel på sådana hinder se not 12.

¹⁴ Undantag från upphandling kan möjligen göras vid vidareförmedling mellan upphandlande enheter inom samma juridiska person. Bestämmelserna om statliga inköpscentraler i de nya upphandlingsdirektiven (direktiv 2004/17/EG artikel 29 och direktiv 2004/18/EG artikel 11) synes emellertid öppna för möjligheten till vidareförmedling utan föregående upphandling. En upphandlande enhet som gör anskaffning med hjälp av en inköpscentral skall enligt de nya direktivens bestämmelser anses ha följt regelverket under förutsättning att *inköpscentralen har följt det*. Värt att notera är att en inköpscentral enligt definitionen i artikel 1 och betänkandesatserna måste vara en *upphandlande myndighet* som fått till uppgift att göra anskaffningar eller genomföra upphandling/ingå ramavtal för upphandlande enheter. Detta visar enligt NOU:s uppfattning att en inköpscentral måste ha ett eget upphandlingsansvar.

¹⁵ NOU:s yttrande i målet vid Regeringsrätten får läsas mot bakgrund av att Apoteket AB (Apoteksbolaget) vid tidpunkten för yttrandet inte tillämpade LOU. Bolaget vidhöll även år 1998 vid NOU:s granskning av vilka företag med statligt ägande som är upphandlande enheter att bolaget inte omfattades av LOU. NOU underkände vid granskningen bl.a. bolagets invändning att inköp görs enbart för allmänhetens och sjukvårdshuvudmännens räkning. Apoteket AB har därefter ändrat inställning och tillämpar numera LOU.

Kristian Pedersen

”Sjukvårdshuvudmännen har också bekräftat att avsikten inte varit att de själva skulle sluta avtal med annan än Apoteksbolaget. Vad gäller Apoteksbolagets egna inköp får dessa förutsättas ha varit beroende av bl.a. storleken av de rabatter som olika läkemedelstillverkare erbjudit sjukvårdshuvudmännen. Mot denna bakgrund får sjukvårdshuvudmännens kontakter med läkemedelstillverkare rörande priser m.m. anses ha vidtagits för Apoteksbolagets räkning inom ramen för en av det bolaget utförd upphandling av varor. Kammarrätten har därför inte haft fog för att anse att Apoteksbolaget agerat endast på uppdrag av sjukvårdshuvudmännen. – Ett ingripande enligt LOU förutsätter till att börja med att Apoteksbolaget kan vara en sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 6 § LOU. Denna fråga har kammarrätten inte prövat.”

NOU anser att de citerade uttalandena får förstås enligt följande. Regeringsrätten fann det klarlagt att endast Apoteksbolaget, och således inte sjukvårdshuvudmännen, skulle sluta avtal med läkemedelstillverkarna. Därför fick sjukvårdshuvudmännens kontakter med läkemedelstillverkarna enligt Regeringsrätten anses utgöra en del av en av Apoteksbolaget genomförd upphandling. Vad sedan beträffar uttalandet, att kammarrätten inte haft fog för att anse att Apoteksbolaget agerat endast på uppdrag av sjukvårdshuvudmännen, konstaterar NOU att ordet ”endast” synes ha influerat i Regeringsrättens dom till följd av att kammarrätten funnit att ”... Apoteksbolaget i ärendet inte har förhandlat om några villkor vid köp som skulle beröra Apoteksbolaget utan *endast agerat på uppdrag av sjukvårdshuvudmännen*” (NOU:s kursivering). Den av Regeringsrätten valda formuleringen synes därför närmast vara avsedd att ge uttryck för att Regeringsrätten, med avståndstagande från den bedömning som gjorts av kammarrätten, inte ansett att Apoteksbolaget agerat på uppdrag av sjukvårdshuvudmännen utan upphandlat för egen räkning. Denna tolkning av domen stöds enligt NOU:s mening dels av att Regeringsrätten tidigare funnit att sjukvårdshuvudmännens kontakter med läkemedelstillverkarna fick anses utgöra en del av en upphandling som genomförts av Apoteksbolaget, dels av att ett ingripande enligt LOU, enligt Regeringsrätten, förutsatte att Apoteksbolaget var en upphandlande enhet enligt 1 kap. 6 § LOU. Om Regeringsrätten ansett att sjukvårdshuvudmännen till någon del skulle ha genomfört egen upphandling, och att Apoteksbolaget därför inte skulle ansetts ha upphandlat i denna del, hade ett ingripande enligt LOU enligt NOU:s mening inte varit beroende av huruvida Apoteksbolaget var en upphandlande enhet, eftersom det torde vara ställt utom allt tvivel att sjukvårdshuvudmännen var upphandlande enheter.¹⁶

¹⁶ Värt att notera är att den klagande leverantören riktat ansökan om överprövning mot såväl Apoteksbolaget som sjukvårdshuvudmännen.

Kristian Pedersen

4.3 Gemensam tilldelning av kontrakt

Det finns inte heller några upphandlingsrättsliga hinder mot att upphandlande enheter gemensamt genomför upphandling och gemensamt tilldelar upphandlingskontrakt. Som ovan nämnts åvilar ansvaret för att bestämmelserna i LOU tillämpas korrekt vid en upphandling den upphandlande enhet som tilldelar upphandlingskontrakt. Detta innebär enligt NOU:s mening vid samordnad upphandling med gemensam kontraktstilldelning att alla de upphandlande enheter som tilldelar kontrakt blir ansvariga för att bestämmelserna i LOU tillämpas korrekt vid upphandlingen av kontraktet.

Vid samordnad upphandling förekommer det att en av de inblandade enheterna påtar sig huvudansvaret för det praktiska genomförandet av upphandlingen. Det förekommer också att endast denna enhet, utan att det formellt sett är fråga om upphandling genom ombud, ensam undertecknar upphandlingskontraktet. Ett sådant förfarande torde normalt sett ha sin grund i att de inblandade upphandlande enheterna inte på ett tillfredsställande sätt för sig själva klargjort den rättsliga utformningen av samarbetet dem emellan. NOU vill dock, mot bakgrund av den vida definitionen av begreppet upphandlingskontrakt, påpeka att såväl den eller de enheter som i eget namn undertecknar upphandlingskontrakt som den eller de enheter som i och med upphandlingskontraktet endast erhåller rättigheter och påtar sig skyldigheter direkt gentemot de kontrakterade leverantörerna får anses tilldela upphandlingskontrakt i den mening som innebär ansvar för att bestämmelserna i LOU tillämpas korrekt. Detta gäller även en upphandlande enhet som inte har för avsikt att själv utnyttja upphandlingskontraktet.¹⁷

¹⁷ NOU har redan år 1997 i ett yttrande dnr 1997/0134-26 fäst avseende vid att det för en anbudsgivare utåt framstod som sannolikt att ett rättsförhållande skulle uppstå med en upphandlande enhet genom att denne annonserat upphandlingen, tog emot anbud och framstod som avtalspart i det tilldelade kontraktet. Den omständigheten att andra, privata parter, skulle bära den slutliga kostnaden ändrade inte bedömningen. Även EG-domstolens Förstainstansrätt har nyligen i förenade målen T-215/01, T-220/01 och T-221/01, fäst avseende vid det rättsförhållande som utåt sett framstod som uppenbart. Förstainstansrätten anger: "Av ovannämnda bestämmelser och sakomständigheter följer att ett rättsförhållande uppkommit mellan å ena sidan kommissionen, i egenskap av upphandlande myndighet, och å andra sidan sökanden, i egenskap av kontraktssinnehavare. Att medlemsstaternas interventionsorgan vidtog en del av åtgärderna för att anskaffa varorna i fråga ändrar inte bedömningen att det föreligger ett rättsförhållande mellan kommissionen och sökanden." (p. 83). NOU anser det vara avgörande för anbudsgivningen och utgöra en viktig del av transparensprincipen att en leverantör, redan när han överväger att delta i en upphandling, vet vem som blir hans avtalspart. Då även anbudets utformning, t.ex. angående den ekonomiska risken som anbudsgivaren vill påta sig och måste prissätta, kan vara beroende av vem den framtida avtalsparten blir, är det inte tillfredsställande att det inte redan av annonsen om upphandlingen eller av förfrågningsunderlaget kan utläsas vem som kommer

Kristian Pedersen

Begreppet upphandlingskontrakt skall enligt Europeiska kommissionen tolkas vidsträckt och omfattar såväl alla former av ersättning som kan kvantifieras i pengar och som en upphandlande enhet åtar sig att betala till en leverantör, som alla olika sätt på vilka en leverantör, i utbyte mot ersättning, kan åta sig att ställa varor till den upphandlande enhetens förfogande, samt utföra tjänster eller utföra bygg- och anläggningsarbeten för den upphandlande enhetens räkning.¹⁸ Uppfattningen att begreppet upphandlingskontrakt skall ges en vid tolkning bekräftas i målet C-399/98 *Ordine degli Architetti (Scalamålet)*, i vilket EG-domstolen ansåg att kravet på att avtalet skall innehålla ekonomiska villkor skulle anses uppfyllt även om leverantören (i det aktuella målet en byggnadsentreprenör) endast erhöll ersättning i form av avräkning av en stadsplaneringsavgift som han varit skyldig att betala om han inte uppfört den i målet aktuella tätbebyggelseanläggningen.¹⁹

Svea hovrätt synes dock i ett mål till viss del ha gjort en annan bedömning än den som NOU förespråkar ovan.²⁰ Målet rörde en samordnad upphandling, i vilken fem upphandlande enheter deltog. Det var i målet ostridigt att en av de upphandlande enheterna (Mimer) varit den som haft det praktiska ansvaret för upphandlingen. Käranden hade gjort gällande att både kommunen genom sin fastighetsförvaltning och de kommunägda bolag som också stämts in i målet, var att anse som avtalsparter och därigenom ansvarade för upphandlingen eftersom Mimer agerat på deras uppdrag och som ombud för dem.

Hovrätten fann det klarlagt att Mimer inte agerat ombud för de övriga instämnda upphandlande enheterna och uttalade beträffande denna fråga att ”[d]et har inte visats i målet att Mimer skulle ha haft någon fullmakt att företräda de övriga fyra svarande. [...] Enligt hovrättens mening finns det inte något i utredningen som visar att Västerås Hamn AB, Västerås Gatukontors AB (VÅGAB) och Västerås Flygfastigheter AB

att bli avtalspart. I de annonseringsblanketter som förbereds inom EU tillförs en ny rubrik med anledning av införandet av bestämmelser om inköpscentraler (se fotnot 14). Rubriken skall förhoppningsvis undanröja tvivel om den upphandlande enheten gör upphandlingen för egen del eller som ombud för någon annan upphandlande enhet. (Hittills finns endast ett förslag på engelska vilket lyder: Does the contracting authority purchase on behalf of other contracting authorities?)

¹⁸ Guide to the Community rules on public procurement of services, sid. 12, Guide to the Community rules on public works contracts, sid. 12 och Guide to the Community rules on public supply contracts, sid. 9.

¹⁹ Mål C-399/98 *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi, Piero De Amicis, Consiglio Nazionale degli Architetti, Leopoldo Freyrie mot Comune di Milano*, i närvaro av: Pirelli SpA, Milano Centrale Servizi SpA, Fondazione Teatro alla Scala, tidigare Ente Autonomo Teatro alla Scala, p. 76-86.

²⁰ Svea hovrätts dom i mål nr T 5708-02 den 16 april 2004.

Kristian Pedersen

(Flygfastigheter) har haft en aktiv roll vid utformningen av förfrågningsunderlaget eller att de deltagit i utvärderingen. De kan därför inte anses vara upphandlande enheter.”²¹ När det gällde frågan om vilken ställning Västerås kommun, genom dess fastighetskontor, skulle anses inta var förhållandena enligt hovrätten annorlunda. Av utredningen framgick att fastighetskontoret påverkat utformningen av förfrågningsunderlaget och deltagit i utvärderingen av anbudet. I förfrågningsunderlaget angavs vidare, både i de administrativa föreskrifterna och i rambeskrivningen med fet stil ”BYGGNADS AB MIMER OCH FASTIGHETSKONTORET I V:ÅS STAD”. Dessa omständigheter fick enligt hovrätten anses ha större vikt än vad som antecknats i kommunala protokoll, eftersom de gentemot anbudsgivarna tydligt visade att även kommunen agerat som upphandlande enhet. Hovrätten fann därför att även kommunen ådragit sig skadeståndsansvar för den felaktiga upphandlingen.

NOU anser att det faktum att ramavtalen, såvitt framgår av domen, utan ytterligare rättslig reglering eller inblandning av Mimer eller kommunen skulle kunna användas även av Västerås Hamn AB, Västerås Gatukontors AB och Västerås Flygfastigheter AB, innebär att bolagen rätteligen skulle ansetts ha tilldelat upphandlingskontrakt, d.v.s. varit avtalsparter (agerat som upphandlande enheter) i den aktuella upphandlingen. NOU delar dock hovrättens uppfattning att endast de två upphandlande enheter som aktivt medverkat i upphandlingen kunde anses vållande till skadan och därför kunde åläggas skadeståndsansvar.

4.4 Gemensam upphandling med tilldelning av flera kontrakt.

När flera upphandlande enheter efter en upphandling i samverkan tilldelar var sitt kontrakt uppstår inte de i målet aktuella frågeställningarna, eftersom det i de separata avtalen torde vara klart vem som är avtalspart. NOU nämner denna variant av samordnad upphandling endast för fullständighetens skull.

5 NOU:s bedömning

Upphandlingsbolaget har gjort gällande att bolaget endast i egenskap av mellanman genomfört upphandlingen och tillsett att avtal träffats med Servera för berörda kommuner och den kyrkliga samfälligheten. Till

²¹ Hovrättens dom, sid. 6-7.

Kristian Pedersen

styrkande av denna uppfattning har Upphandlingsbolaget bl.a. åberopat ett antal handlingar, vilka enligt bolaget utgör fullmakter.

Av förfrågningsunderlaget till den aktuella upphandlingen framgår att Upphandlingsbolaget skulle komma att teckna avtal i upphandlingen. Av de ramavtal som NOU tagit del av framgår också att så blivit fallet. Vidare framgår av såväl förfrågningsunderlag som ramavtal att kommunerna och den kyrkliga samfälligheten är avtalsanvändare. Beträffande de handlingar som Upphandlingsbolaget åberopat och som bolaget anser utgöra fullmakter, gör NOU följande bedömning. Handlingarna är rubricerade ”Beslut om deltagande i upphandling”. Handlingarna innehåller bl.a. formuleringar som ”[h]ärmed uppdras åt Göteborgs Stads Upphandlings AB att *tillsammans med av deltagande kommuner utsedda representanter*, genomföra rubricerade upphandling” (NOU:s kursivering) och ”[k]ommunen förbinder sig att följa de avtal som kommer att tecknas som följd av upphandlingen”.

Handlingarna är enligt NOU:s mening inte att betrakta som fullmakter i avtalslagens mening. Mot bakgrund av de valda formuleringarna, förefaller det inte sannolikt att den ursprungliga avsikten varit att handlingarna vid upphandlingen skulle förevisas till styrkande av Upphandlingsbolagets behörighet att företräda kommunerna och den kyrkliga samfälligheten. Såvitt NOU kunnat utläsa av handlingarna i målet har ICA inte heller känt till de åberopade handlingarna förrän dessa givits in till tingsrätten. Syftet med de aktuella handlingarna synes snarare ha varit att reglera kommunernas och samfällighetens förhållande gentemot Upphandlingsbolaget och skyldighet att använda de upphandlade avtalen. Detta förefaller vara av stor vikt för Upphandlingsbolaget, eftersom bolaget erhåller provision på de avrop som görs från bolagets ramavtal. Upphandlingsbolaget kan därför, enligt NOU:s mening, inte anses ha genomfört upphandlingen i egenskap av ombud för de berörda kommunerna och den kyrkliga samfälligheten.

Däremot förefaller handlingarna inte vara en nödvändig förutsättning för att kommunerna och den kyrkliga samfälligheten skall kunna använda ramavtalen. Ramavtalen i sig ger nämligen kommunerna och den kyrkliga samfälligheten rättigheter och skyldigheter gentemot de kontrakterade leverantörerna, rättigheter och skyldigheter som inte förutsätter någon ytterligare medverkan från Upphandlingsbolagets sida. NOU anser mot denna bakgrund att kommunerna och den kyrkliga samfälligheten genomfört upphandlingen tillsammans och i samförstånd med Upphandlingsbolaget och också tilldelat kontrakt i upphandlingen. Samtliga dessa är därför upphandlande enheter i den mening som avses i 7 kap. LOU. Upphandlingsbolaget uppger i förfrågningsunderlaget att bolaget är

Kristian Pedersen

”avtalstecknare” och har också i eget namn undertecknat ramavtalen. Ramavtalen har som ovan nämnts inneburit att det uppstått avtalsförhållanden mellan å ena sidan kommunerna och den kyrkliga samfälligheten och å andra sidan ramavtalsleverantörerna.²² Ramavtalen har emellertid även inneburit att det uppstått direkta avtalsrättsliga förpliktelser mellan Upphandlingsbolaget och ramavtalsleverantörerna, främst rörande skyldigheten för leverantörerna att till Upphandlingsbolaget betala provision på de avrop som görs, men även avseende skyldighet att rapportera statistik, ömsesidig rätt till hävning och skadestånd vid avtalsbrott m.m. Av de handlingar som NOU tagit del av kan vidare inte heller utläsas annat än att Upphandlingsbolaget ensamt har haft det praktiska ansvaret för upphandlingen. För leverantörerna måste Upphandlingsbolaget ha framstått som ansvarig upphandlande enhet. Även Upphandlingsbolaget måste därför enligt NOU:s mening anses ha tilldelat kontrakt i upphandlingen på det sätt som innebär ansvar som upphandlande enhet enligt 7 kap. LOU.

NOU vill slutligen peka på bestämmelserna i artiklarna 1 och 2 i direktiv 89/665/EEG. Där anges att medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att garantera, att en upphandlande myndighets beslut prövas effektivt, vad beträffar överträdelse av gemenskapsrätten för offentlig upphandling eller nationella bestämmelser om införande av sådan lag. Medlemsstaterna skall se till att införda bestämmelser om sådan prövning innefattar bl.a. behörighet att ge ersättning åt en person, som skadats av överträdelse.

Enligt NOU:s bedömning skulle Sverige svårligen kunna anses leva upp till dessa åtaganden om Upphandlingsbolagets argument, att bolaget utfört upphandlingen som mellanman utan något ansvar, accepterades och huvudmannen inte kunde anses ha fattat något beslut som inneburit överträdelse av regelverket för offentlig upphandling.

Såväl kommunerna och den kyrkliga samfälligheten som Upphandlingsbolaget har enligt NOU:s mening att svara för eventuell skada som en leverantör kan ha orsakats till följd av att upphandlingen inte skett i enlighet med bestämmelserna i LOU. Skadeståndsansvaret får dock rimligen läggas endast på den eller de upphandlande enheter som kan anses vållande till skadan. NOU tar emellertid inte ställning till huruvida upphandlingen skett i enlighet med bestämmelserna i LOU eller om ICA till följd av något agerande från någon av de upphandlande enheternas sida lidit skada.

²² I förfrågningsunderlaget, sid. 5, anges: ”Avtalsform. Upphandling avslutas med att ramavtal tecknas mellan anbudsgivare och UHB. Avtalsanvändarna gör avrop och skall faktureras efter leverans.” NOU noterar vidare att avtalsanvändarna inte deltar i avtalet i lika stor utsträckning och att vissa kommuner inte deltar i vissa delar av ramavtalet, t.ex. fisk, rotfrukter m.m. Avtalet får därför anses särskilt anpassat till kommunernas specifika behov.

Kristian Pedersen

NOU avslutar härmed detta ärende.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 25 augusti 2004 i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, sektionschefen Hans Ekman, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, verkställande direktören Merit Israelsson, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Kristian Pedersen. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt de direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Kristian Pedersen

Tingsrättens akt återsänds.

Bilaga:

Kopia av Svea hovrätts dom i mål nr T 5708-02 den 16 april 2004.

Kristian Pedersen

DATUM
2004-03-17
ERT DATUM
2004-02-19

DIARIENR
2004/0046-29
ER BETECKNING
050-5490-2002/03

1 (13)

Sveriges Riksdag
Konstitutionsutskottet
100 12 STOCKHOLM

Näringsdepartementets upphandling av ekonomisk och juridisk rådgivning gällande SJ AB

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar, med stöd av 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), tillsyn över den offentliga upphandlingen.

Sammanfattning av NOU:s bedömning

De aktuella ramavtalen innehåller varken någon fördelningsnyckel för tilldelning av avrop såsom rangordning av leverantörerna eller någon precisering av uppdragets omfattning, t.ex. uppdragets längd, antalet konsulter eller uppdragets totala värde. Detta innebär att dessa ramavtal inte fastställer samtliga villkor för avrop som skall göras under en viss period, såsom föreskrivs i 1 kap. 5 § LOU. Varje beställning från ramavtalen innebär istället att det sker en ny tilldelning av upphandlingskontrakt. En upphandlande enhet får inte, om inte något undantag i upphandlingsdirektiven och LOU är tillämpligt, tilldela upphandlingskontrakt utan föregående upphandling.

De aktuella ramavtalen möjliggör enligt NOU:s mening inte för Regeringskansliet att anskaffa juridiska och ekonomiska konsulttjänster utan att först genomföra ett upphandlingsförfarande i enlighet med bestämmelserna i LOU.

NOU anser inte att bestämmelserna i det nya direktivet för den klassiska sektorn kan påverka bedömningen i det aktuella fallet.

Konstitutionsutskottet har den 19 februari 2004 begärt att NOU yttrar sig angående Näringsdepartementets upphandling av ekonomisk och juridisk rådgivning gällande SJ AB. Av skrivelsen framgår att den aktuella upphandlingen för närvarande granskas av utskottet i enlighet med 12 kap.

Kristian Pedersen

1 § Regeringsformen. NOU anmodas yttra sig över den aktuella upphandlingen bakom de parallella ramavtalen med utgångspunkt i vikten av en effektiv offentlig upphandling. Yttrandet bör i första hand gälla frågan om rangordning av leverantörer eller fördelning av volymer. De nya upphandlingsdirektivens reglering av frågan bör också tas upp.

NOU har bland annat till uppgift att verka för en effektiv upphandling. NOU har dock ingen möjlighet att bedöma effektiviteten i en enskild upphandling. NOU yttrar sig därför endast över huruvida det som förevarit i ärendet står i överensstämmelse med LOU och gemenskapsrätten, främst upphandlingsdirektiven.

Bakgrund

NOU har bland annat tagit del av Regeringskansliets svar på de frågor som Konstitutionsutskottet ställt. Regeringskansliet har, beträffande den upphandling som NOU har att yttra sig över, i huvudsak anfört följande. Regeringskansliet genomförde år 2000 en upphandling av konsultuppdrag gällande juridiska och ekonomiska utredningar. Upphandlingen resulterade i tretton ramavtal avseende juridiska och ekonomiska konsulttjänster. Avtalen innehåller inga begränsningar när det gäller avropens omfattning, t.ex. avropens längd, antalet konsulter eller avropens totala värde. Denna typ av upphandlingar styrs av Regeringskansliets breda behov av aktuella tjänster. Behovet styr helt antalet leverantörer som väljs. I den upphandling som nu är i fråga måste även jäv och andra intressekonflikter beaktas. Risk finns annars för att den enda leverantör som har kompetens att leverera efterfrågad tjänst är förhindrad att genomföra leveransen på grund av intressekonflikt.

Regeringskansliet uppfattar inte att LOU eller avgöranden från prejudicerande instanser ställer krav på att ramavtal med flera leverantörer skall rangordnas eller att volymer skall fördelas. Några sådana krav anges, enligt Regeringskansliet, inte heller i de gällande EG-direktiven om offentlig upphandling.

Den aktuella upphandlingen avser mycket kvalificerade konsulter med specialistkompetens inom ett eller flera områden. Regeringskansliet anser inte att det finns praktiska möjligheter att rangordna leverantörerna eller att ange vilka volymer som skall avropas från ramavtal för sådana konsulttjänster. En förutsättning för att kunna rangordna leverantörer är vidare att de tjänster som erbjuds är exakt jämförbara. Så är inte fallet vad gäller de upphandlade tjänsterna.

Kristian Pedersen

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) bygger i huvudsak på EG-direktiv, framför allt i de delar som gäller upphandling över tröskelvärdena. De delar av LOU som gäller för upphandling under dessa tröskelvärden samt upphandling av bl.a. tjänster enligt bilaga B till LOU, oavsett värde, styrs av samma grundprinciper. Dessa delar bygger dock i sin utformning på tidigare gällande svenska regler.¹ För dessa upphandlingar gäller bestämmelserna i 6 kap. LOU. Inom Världshandelsorganisationen (World Trade Organisation, WTO) finns bl.a. ett avtal om offentlig upphandling (Government Procurement Agreement, GPA). I samband med Sveriges anslutning till WTO och den tillhörande överenskommelsen GPA gjordes vissa ändringar i LOU.² LOU införlivar således både EG-direktiven om offentlig upphandling och GPA.

EG-fördraget saknar regler som specifikt rör offentlig upphandling. Däremot innehåller det grundläggande principer som är tillämpliga vid all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena. Principerna om likabehandling inklusive icke-diskriminering samt transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande anses följa av EG-fördragets artiklar 43, 49 och 81 och gäller således vid alla upphandlingar. EG-domstolen har i ett förhandsavgörande konstaterat att upphandlingar under tröskelvärdena faller inom gemenskapsrättens tillämpningsområde, även om de inte omfattas av upphandlingsdirektivens noggrant reglerade förfaranden.³ Upphandlande myndigheter är därför skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler även vid upphandlingar under tröskelvärdena. EG-domstolen har vid ett flertal tillfällen, beträffande syftet med upphandlingsdirektiven uttalat att "... samordningen på gemenskapsnivå av förfarandena vid offentlig upphandling avser att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och således att skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och som önskar erbjuda varor eller tjänster åt de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat"⁴. Domstolen har vidare uttalat att syftet med direktiv 89/665/EEG (rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn) är att "... såväl på det nationella planet som på gemenskapsplanet förstärka de redan förekommande medlen för att säkerställa att

¹ Upphandlingsförordningen (1986:366) och kommunala upphandlingsreglementen.

² Se prop. 1995/96:165, SFS 1996:433.

³ Mål C-59/00, Bent Moustén Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab. Se även mål C-324/98.

⁴ Se bl.a. mål C-380/98 The Queen mot H.M. Treasury, Ex parte: The University of Cambridge och mål C-19/00, SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo.

Kristian Pedersen

gemenskapens direktiv i ämnet offentlig upphandling verkligen tillämpas”.⁵ Det är således mot denna bakgrund som bestämmelserna i LOU skall tolkas och tillämpas.

EG-domstolen är med stöd av artikel 234 (f.d. artikel 177) i EG-fördraget behörig att tolka gemenskapsrätten, när situationen i fråga inte direkt regleras av denna rätt, men då den nationella lagstiftaren vid införlivandet av ett direktivs bestämmelser har beslutat, att rent interna situationer skall behandlas på samma sätt som de situationer som regleras i direktivet.⁶ EG-domstolen har vidare uttalat att de flesta av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven har direkt effekt.⁷

Begreppet upphandlingskontrakt

Ett upphandlingskontrakt är enligt upphandlingsdirektiven ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som slutits mellan en leverantör och en upphandlande enhet.⁸ Med detta avses att kontraktet fått sin slutliga utformning och utan ytterligare tillägg eller preciseringar kan läggas till grund för leverans och betalning. Begreppet upphandlingskontrakt skall enligt EG-kommissionen tolkas vidsträckt och omfattar såväl alla former av ersättning som kan kvantifieras i pengar och som en upphandlande enhet åtar sig att betala till en leverantör, som alla olika sätt på vilka en leverantör, i utbyte mot ersättning, kan åta sig att ställa varor till den upphandlande enhetens förfogande, samt utföra tjänster eller utföra bygg- och anläggningsarbeten för den upphandlande enhetens räkning.⁹ För att ett upphandlingskontrakt skall anses föreligga måste det aktuella avtalet således vara *ömsesidigt förpliktande*.¹⁰

⁵ Mål C-81/98, Alcatel Austria AG m.fl., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr.

⁶ Mål C-28/95, A. Leur-Bloem mot Inspecteur de Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam.

⁷ Se bl.a. mål C-76/97, Walter Tögel mot Niederösterreichische Gebietskrankenkasse och mål C-258/97 Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mot Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft.

⁸ Direktiv 93/36/EEG art. 1 (a), Direktiv 92/50/EEG art. 1 (a), Direktiv 93/37/EEG art. 1 (a) och Direktiv 93/38/EEG art. 1.4.

⁹ Guide to the Community rules on public procurement of services, s. 12, Guide to the Community rules on public works contracts, s. 12 och Guide to the Community rules on public supply contracts, s. 9.

¹⁰ Tydligast framgår detta av de danska språkversionerna av upphandlingsdirektiven, vilka uttryckligen anger att ”gensidigt bebyrdande aftaler” avses. NOU har i en rapport (dnr 2003/0039-28) om LOU:s tillämplighet vid sponsring utrett kravet på ömsesidighet. Rapporten finns tillgänglig på NOU:s webbplats www.nou.se.

Kristian Pedersen

Begreppet ramavtal

I NOU:s internationella kontakter har framkommit att vad som i Sverige benämns "ramavtal" i andra länder täcker två olika begrepp, "framework contract" (ömsesidigt förpliktande avtal, vilka således enligt vad som beskrivits ovan är upphandlingskontrakt) och "framework agreement" (avtal som inte är bindande för köparen, och i vissa fall inte heller för säljaren). Av upphandlingsdirektiven är det endast direktivet för försörjningssektorerna som innehåller bestämmelser om den ena typen av ramavtal, nämligen framework agreements. Försörjningsdirektivets bestämmelser om ramavtal får ses som undantagsbestämmelser såtillvida att de innebär att förhandlad upphandling utan föregående annonsering får användas vid tilldelning av kontrakt utifrån ett ramavtal (framework agreement).¹¹ Motsvarande undantag saknas i upphandlingsdirektiven för den klassiska sektorn. Ramavtal i den klassiska sektorn regleras för svenskt vidkommande endast i 1 kap. 5 § LOU. Det bör framhållas att en upphandlande enhet, vid eventuell bristande överensstämmelse mellan dagens direktiv och LOU, inte kan åberopa att direktivets tolkning skall ha företräde före LOU. Staten kan inte till sitt försvar åberopa sin egen försumlighet att rätt införliva direktivens regler i LOU.¹²

Ramavtal definieras i 1 kap. 5 § LOU som "avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period". Ramavtal med flera leverantörer för samma typ av varor, tjänster eller byggtreprenader benämns vanligen "parallella ramavtal". Att samtliga villkor för avrop skall fastställas i ramavtalet innebär enligt NOU:s mening att det vid varje enskilt avrop från ramavtalet inte får finnas någon möjlighet att göra några väsentliga förändringar eller tillägg i förhållande till villkoren i ramavtalet. Vid parallella ramavtal måste det därför finnas en på förhand fastställd fördelningsnyckel som visar vilken leverantör som i första hand skall tilldelas avrop. Denna regel ger uttryck för den gemenskapsrättsliga transparensprincipen.

Ett ramavtal i vilket samtliga villkor för avrop fastställts är ett ömsesidigt förpliktande avtal med ekonomiska villkor som slutits mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer. Detta innebär att ramavtalet är ett upphandlingskontrakt i direktivens och LOU:s mening.

¹¹ Direktiv 93/38/EEG art. 20.2 (i).

¹² Det är *en enskilds* rättighet som skall skyddas. Jfr. bl. a. prop. 1994/95:19 del 1 s. 484 - 488, de i RÅ 1996:50 citerade rättsfallen Van Gent en Loos och Simenthal eller 6/64 Costa v. ENEL - i vilket det talas om "individual rights which national courts must protect". Det samma framgår av C-148/78; Publico Ministero v. Ratti, (1979) ECR 1629.

Kristian Pedersen

Avrop från ett sådant ramavtal utgör endast utnyttjande av ett befintligt upphandlingskontrakt och innebär inte att det sker någon ny tilldelning av upphandlingskontrakt. Avrop från ett upphandlat ramavtal behöver därför inte bli föremål för något nytt upphandlingsförfarande enligt bestämmelserna i LOU.

Ett ramavtal i vilket samtliga villkor för avrop inte fastställts är inte ett ömsesidigt förpliktande avtal med ekonomiska villkor slutet mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer. Ett sådant ramavtal kan inte användas för avrop och är inte heller något upphandlingskontrakt i den mening som avses i LOU. Enskilda beställningar (ofta oegentligt benämnda avrop) från ett sådant ramavtal kan därför per definition inte utgöra utnyttjande av ett befintligt upphandlingskontrakt utan istället sker, vid varje beställning, en ny tilldelning av upphandlingskontrakt. Varje tilldelning av upphandlingskontrakt måste föregås av upphandling i enlighet med bestämmelserna i LOU.¹³

NOU har vid nämndsammanträde den 25 augusti 1998 uttalat följande¹⁴ ”Av definitionen av ramavtal i 1 kap. 5 § LOU följer att ramavtal inte får användas som endast en lista på godkända leverantörer varvid villkor för avrop inklusive priset bestäms först vid de aktuella avropen. Ett undantag vid upphandling över tröskelvärdena utgörs av möjligheten att upprätta ett särskilt system för urval av deltagare enligt 4 kap. 23 § LOU. Ett sådant kvalificeringssystem är tillåtet inom ramen för upphandling enligt 4 kap. Att utforma ramavtalen som prekvalificering är därför vid upphandling över tröskelvärdena inte tillåtet utanför försörjningssektorerna. Definitionen i 1 kap. 5 § LOU omfattar all upphandling och något undantag eller modifikation (för t.ex. B-tjänster) finns inte i 6 kap. Huvudregeln att ett ramavtal måste "fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period" gäller således undantagslöst även för upphandling under tröskelvärdena.

Vid tecknandet av ett ramavtal med många leverantörer kan uppstå flera negativa konsekvenser som talar mot affärsmässighet eller ändamålsenlighet för myndigheten själv. Av dessa vill NOU särskilt nämna att de inlämnade anbuden kan bli för höga, att avropen inte görs på de förmånligaste kontrakt och att avropshanteringen fördröjas och valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga alternativet försvåras. Vidare kan förfarandets överensstämmelse med EG:s upphandlingsdirektiv för den klassiska sektorn ifrågasättas.

¹³ Samma bedömning av rättsläget har gjorts av Länsrättens i Västernorrlands län i beslut i mål nr 303-04.

¹⁴ NOU:s diarienummer 203/96-21.

Kristian Pedersen

Att inte garantera några avropsvolym och inte göra avropen förutsebara kan redan i anbudsfasen leda till avsevärda fördyringar genom att anbudsgivarna kan ha svårt att lämna seriösa och exakt beräknade anbud. Ju större osäkerhet det råder om de förväntade försäljningsvolymerna desto svårare är det för en leverantör att räkna på sina anbud, uppskatta rätt dimensionering av sin organisation och värdera riskerna. Risken att de för upphandlingskontraktets fullföljande reserverade resurser inte kommer att utnyttjas i önskvärd omfattning kan vara väl så stor som att leverantören inte kan fullfölja leveransen kontraktensligt. Allt detta påverkar även leverantörens möjligheter att pressa sina underleverantörers priser. När det i förfrågningsunderlaget efterfrågas mängdrabatter får det anses som särskilt angeläget att leverantören vid anbud och leverans kan göra en någorlunda säker uppskattning av den förväntade avropsvolymen. Leverantörens incitament att konkurrera med pris, kvalitet och service försvinner om han vet att de flesta som lämnat in ett anbud blir antagna. Vid sådant förhållande finns det ingen anledning för leverantören att försöka pressa kostnader och vinstmarginaler för att kunna erbjuda det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I leverantörens intresse ligger snarare att komma med bland de antagna leverantörerna med bibehållande av den högsta möjliga vinstmarginalen.

Avrop sker, när många leverantörer har angivits, ofta från vissa av inköparen kända eller inköpsstället närbelägna leverantörer, även om någon annan leverantör kan erbjuda motsvarande kvalitet och service till lägre pris. Detta strider såväl mot målsättningen att åstadkomma besparing hos den upphandlande enheten som mot principerna om att upphandlingen skall ske under öppna och förutsebara former och om att leverantörerna skall behandlas lika och rättvist. Som anförs ovan är det NOU:s uppfattning att det vid avropstillfället bör finnas en bestämd ordning mellan leverantörerna, så att de som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (med beaktande [av] vad som angivits om kvalitetskrav) alltid utnyttjas i första hand. Det är först när dessa högst rankade leverantörer inte längre kan leverera, som man bör avropa från dem som kommer lägre ner på rangordningslistan.

Vid krav [utan] noggrann prövning i samband med avropen kan de åsyftade administrativa besparingarna gå förlorade. Om sådan prövning inte görs kan det med rätta uppfattas som stötande att en leverantör som - i förhållande till de i förfrågningsunderlaget ställda kraven och kriterierna - haft ett högt anbudspris i praktiken kan få flera avrop och högre pris och göra en högre vinst än en leverantör som lämnat ett för den upphandlande enheten ekonomiskt fördelaktigare anbud.”

Kristian Pedersen

Det ovan nämnda stöds av rättspraxis. Kammarrätten i Sundsvall har i ett mål rörande upphandling av konferenstjänster beträffande kravet på fastställande av samtliga villkor uttalat följande: "Landstinget har vid ifrågavarande upphandling inte lämnat några uppgifter som kan läggas till grund för en uppskattning av förväntad avropsvolym. Såvitt framgår av förfrågningsunderlaget skall inte heller någon rangordning mellan leverantörerna ske vid utvärderingen. Som angetts ovan kan ett sådant förfarande normalt sett inte anses vara i överensstämmelse med kravet på affärsmässighet vid upphandling av ramavtal med flera leverantörer."¹⁵

Det finns även exempel på rättspraxis från de övriga nordiska länderna som ger uttryck för samma bedömning av rättsläget. Den norska Klagenemnda for offentlige anskaffelser, som är överprövningsinstans för norska upphandlingar, har i ett avgörande rörande upphandling av bemanningstjänster uttalat följande¹⁶: "I de foreliggende rammeavtalene er det ikke fastsatt noen fordelingsnøkkel eller mekanisme for fordeling av bestillingene mellom leverandørene. Ordningen bærer derfor preg av å være en "uferdig" konkurranse, der det i realiteten ikke er tatt en endelig beslutning om hvilket tilbud som er det beste basert på tildelingskriteriene. Uten at oppdragsgiver har tatt stilling til hvem som skal få leveransen, eventuelt hvordan leveransene skal fordeles mellom de valgte leverandørene, kan klagenemnda i det foreliggende tilfellet ikke se at de grunnleggende kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i loven § 5 er oppfylt.¹⁷ Dette endres ikke selv om priser og tjenestens art er angitt i rammeavtalene, og heller ikke av om det skulle være et særlig behov for fleksibilitet for denne type anskaffelser. Klagenemnda oppfatter lovens krav, og også regelverket innenfor EU, slik at det er oppdragsgivers ansvar å finne frem til en mekanisme eller fordelingsnøkkel for bestillinger i henhold til rammeavtalene som ivaretar lovens grunnleggende krav. Dette kan for

¹⁵ Kammarrättens i Sundsvall dom i mål nr 1669-2000. Se även Länsrättens i Södermanlands län dom i mål nr 2098-03 E och Länsrättens i Uppsala län dom i mål nr 2015-03 E.

¹⁶ Klagenemndas avgörande den 26 maj 2003 i ärende 2003/38. Se även avgöranden i ärendena 2003/30 och 2003/251. Norge är, i egenskap av part i EES-avtalet, skyldigt att följa EG-direktiven om offentlig upphandling.

¹⁷ I den aktuella bestämmelsen i "lov om offentlige anskaffelser" anges:

§ 5. Grunnleggende krav

Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med god forretningsskikk, sikre høy forretningsetisk standard i den interne saksbehandling og sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører.

En anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse.

Oppdragsgiver skal sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen.

Utvelgelse av kvalifiserte anbydere og tildeling av kontrakter skal skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier.

Kristian Pedersen

eksempel gjøres ved en prioritering av leverandørene og de aktuelle tjenestene. Rammeavtalene oppfyller derfor ikke grunnleggende krav i regelverket. De foreliggende rammeavtalene kan da etter klagenemndas mening ikke fritta innklagede fra å følge forskrift om offentlige anskaffelser ved senere kjøp av vikartjenester.”

Vidare har EFTA:s övervakningsorgan¹⁸ den 11 september 2002 i ett s.k. letter of formal notice riktat kritik mot hur ramavtal för IT-tjänster (de s.k. FNS-avtalen) upphandlats och tillämpats i Norge. Övervakningsorganet uttalade därvid bl.a. följande: ”According to Article 1(a) of the Act¹⁹, public service contracts shall mean contracts for pecuniary interest concluded in writing between a service provider and a contracting authority. The term ”concluded” must, the Authority would submit, mean that an award procedure is completed and award of contract made to the economically most advantageous tenderer, should the criteria in Article 36(1) (a) of the Act be relied on. If, following a tender procedure carried out in accordance with the Act, a contract is not awarded to the economically most advantageous tenderer, then a public service contract within the meaning of Article 1(a) has not been awarded. In such circumstances, any further related contracts for a value above the threshold provided in the Act must be awarded according to the provisions of the Act. [...]

The Ministry of Trade and Industry claims that, in the present case, the contracts awarded in the first tender procedure were awarded to the most economically advantageous tenderers. [...] However, the Authority understands from the information provided that, where any of the contracting entities wish to award an individual contract above the threshold provided for in the Act, a second call for tender must be issued by that contracting entity. Such call for tender is limited to the tenderers who were successful in the first tender procedure in any of the categories. [...]

Furthermore, in the present case, when the first award was made no distinction was made between the contractors, in terms of their relative economic advantages. By not ranking the tenders according to their best value, the Statens Forvaltningstjenste, Statskjøp, acting on the behalf of the Ministry of Administration (AAD) and the Norwegian Association of Local and regional Authorities (KS), have failed to apply the provisions of Article 36 of the Act.

¹⁸ EFTA Surveillance Authority har till uppgift att övervaka att EES-avtalets bestämmelser, däribland skyldigheten att följa EG-direktiven om offentlig upphandling, efterlevs i EFTA-staterna.

¹⁹ Av skrivelsen framgår att begreppet ”the Act” avser tjänstedirektivet 92/50/EEG.

Kristian Pedersen

Second, by effectively carrying out a second call for tender before contract above the threshold in the Act are actually awarded and limiting that call for tender to those tenderers who have submitted the most economically advantageous tenders in the first round, the Norwegian authorities are perceived to be in breach of a fundamental aim of the Act, which is removal of restrictions on free competition. Service providers who are not parties to the Public Administration Network Agreements are excluded from submitting bids that might be economically more advantageous than those being considered. This leads to an infringement of Article 3(2) of the Act, as potential tenderers are not given the chance to submit bids.”²⁰

NOU:s bedömning av de aktuella ramavtalen

De aktuella ramavtalen innehåller enligt Regeringskansliets egna uppgifter varken någon fördelningsnyckel för tilldelning av avrop såsom rangordning av leverantörerna eller någon precisering av uppdragens omfattning, t.ex. uppdragens längd, antalet konsulter eller uppdragens totala värde. Detta innebär att dessa ramavtal inte fastställer samtliga villkor för avrop som skall göras under en viss period, såsom föreskrivs i 1 kap. 5 § LOU. Ramavtalen är därför enligt NOU:s mening inte att betrakta som ömsesidigt förpliktande avtal med ekonomiska villkor. Avtalen utgör således inte upphandlingskontrakt i den mening som avses i upphandlingsdirektiven och LOU. Enskilda beställningar från dessa ramavtal kan därför per definition inte utgöra utnyttjande av befintliga upphandlingskontrakt. Istället innebär varje beställning från ramavtalen att det sker en ny tilldelning av upphandlingskontrakt. En upphandlande enhet får, om inte något lagstadgat undantag är tillämpligt, inte tilldela upphandlingskontrakt utan föregående upphandling. De aktuella ramavtalen möjliggör således enligt NOU:s mening inte för Regeringskansliet att anskaffa juridiska och ekonomiska konsulttjänster utan att först genomföra ett upphandlingsförfarande i enlighet med bestämmelserna i LOU. Om sådan anskaffning ändå sker utan att någon undantagsbestämmelse i LOU är tillämplig utgör detta ett brott mot bestämmelserna i LOU och upphandlingsdirektiven.

Med anledning av vad Regeringskansliet anfört om svårigheterna med att införa en rangordning i de aktuella ramavtalen vill NOU anföra följande. Regeringskansliet har anfört att en förutsättning för att kunna rangordna leverantörerna är att tjänsterna är exakt jämförbara. NOU inser att invändningen kan vara befogad vad avser avrop från det kontrakt som Regeringskansliet slutit. NOU anser emellertid att Regeringskansliet inte

²⁰ Letter of formal notice – public procurement: Public Administration network Agreements, Doc. No: 02-4966-D.

Kristian Pedersen

haft behov att sluta ett enda ramavtal avseende tjänster som inte är jämförbara. En upphandlande enhet har frihet att välja om den vill sluta ett eller flera kontrakt. Den omständigheten att den väljer en mindre ändamålsenlig avtalskonstruktion, med åtföljande tillämpningssvårigheter, får inte motivera avsteg från LOU.

Om en upphandlande enhet har behov av flera olika typer av tjänster, bör anbudsgivarna ges möjlighet att lämna separata eller kombinatoriska anbud på en eller flera av tjänstetyperna. Efter anbudsutvärdering kan den upphandlande enheten sedan teckna ramavtal med den anbudsgivare som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för respektive typ av tjänst. Det finns dessutom enligt NOU:s mening inget som hindrar att den upphandlande enheten, om behovet av den aktuella tjänstetypen förväntas vara större än vad som kan tillgodoses av en enda leverantör, upprättar en rangordning av leverantörer för varje typ av tjänst.

Om den ramavtalsleverantör som rangordnats som förstahandsleverantör, på grund av jäv eller annan intressekonflikt är förhindrad att leverera, finns det enligt NOU:s mening inget hinder mot att den upphandlande enheten vänder sig till den leverantör som rangordnats som andrahandsleverantör.

NOU inser att det ofta kan vara svårt att på förhand exakt ange vilka volymer som kommer att avropas från ett ramavtal. Mot bakgrund av de krav på förutsebarhet och transparens som följer av EG-rätten och 1 kap. 4 § LOU, anser NOU emellertid att den upphandlande enheten bör ange den förväntade avropsvolymen, beräknad t.ex. mot bakgrund av tidigare års behov. Det finns vidare inga legala hinder mot att en i ramavtalet fastställd avropsvolym kompletteras med en option på ytterligare volym, som kan tas i anspråk om behovet skulle komma att överstiga den upphandlande enhetens förhandsbedömningar. Det nuvarande regelverket synes inte heller utesluta möjligheten att använda s.k. stafflade priser, vilket innebär att leverantörerna får lämna ett antal olika anbudspriser baserade på olika avropsvolymer.

Bestämmelser om ramavtal i det nya direktivet för den klassiska sektorn

Konstitutionsutskottet har, som inledningsvis nämnts, även bett NOU redogöra för de nya upphandlingsdirektivens reglering av ramavtal. Dagens direktiv för den klassiska sektorn saknar, som det anförts ovan, uttryckliga bestämmelser om ramavtal.

Kristian Pedersen

Europaparlamentet och Rådet har den 29 januari respektive 2 februari 2004 antagit nya upphandlingsdirektiv. Från det att direktiven publiceras har medlemsstaterna 21 månader till förfogande för att införliva direktiven i de respektive nationella rättsordningarna. Bland många andra förändringar märks särskilt att de tre direktiven för den klassiska sektorn ersatts av ett nytt direktiv. NOU har gjort bedömningen att det i detta yttrande inte finns anledning att redogöra för det nya direktivet för försörjningssektorerna, varför den följande redogörelsen endast avser det nya direktivet för den klassiska sektorn.

NOU vill betona att det, inom de ramar som ges av gemenskapsrätten, ankommer på den svenska lagstiftaren att besluta om hur direktivets bestämmelser skall införlivas i den svenska rättsordningen och att det ankommer på EG-domstolen att ensam slutligt avgöra hur gemenskapsrätten (inklusive upphandlingsdirektiven) skall tolkas.

I artikel 32 i det nya direktivet regleras användningen av ramavtal. Bestämmelserna innebär i huvudsak följande. Vid slutande av ramavtal skall direktivets förfarandebestämmelser följas fram till tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet. Valet av parter i ramavtalet skall göras med användning av tilldelningsgrunderna ”lägsta pris” eller ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet”. Kontrakt som bygger på ett ramavtal skall tilldelas i enlighet med bestämmelserna i art. 32.3 (ramavtal med en leverantör) och art. 32.4 (ramavtal med flera leverantörer, d.v.s. parallella ramavtal) och får bara omfatta de leverantörer som från början är parter i ramavtalet. Villkoren i ramavtalet får inte i något fall väsentligen ändras. Ett ramavtal får enligt art. 32 inte löpa längre än fyra år, utom i ”vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för avtalet”. Genom art. 32 införs också ett förbud mot att använda ramavtal på otillbörligt sätt eller så att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.

Vid ramavtal med en leverantör skall kontrakt, enligt art. 32.3, tilldelas i enlighet med villkoren i ramavtalet. Den upphandlande enheten får dock skriftligen samråda med ramavtalsleverantören och vid behov anmoda denne att komplettera sitt anbud. Som tidigare nämnts får dock inga väsentliga förändringar göras i förhållande till villkoren i ramavtalet.

Vid parallella ramavtal måste leverantörerna, enligt art. 32.4, vara minst tre till antalet om tillräckligt många leverantörer är kvalificerade och/eller tillräckligt många anbud uppfyller kraven. Tilldelning av kontrakt kan, om samtliga villkor fastställts, ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud. Om samtliga villkor inte fastställts, kan tilldelning av kontrakt ske efter förnyad anbudsinbjudan, på samma villkor och vid behov andra villkor, som anges i förfrågningsunderlaget till

Kristian Pedersen

ramavtalet. Genom bestämmelserna i art. 32.4 öppnas således möjligheten att tillämpa förnyad konkurrensutsättning inom ramavtalets ram.

Förfarandet innebär enligt art. 32.4 att den upphandlande enheten, för varje kontrakt som skall tilldelas, skriftligen skall samråda med de ramavtalsleverantörer som är i stånd att utföra kontraktet. Den upphandlande enheten skall fastställa en tidsfrist som är tillräcklig för lämnande av anbud, med hänsynstagande till faktorer som hur komplext kontraktsföremålet är och den tid som behövs för att lämna anbud. Anbudena som skall lämnas skriftligen skall vara hemliga till dess att tiden för lämnande av anbud löpt ut. Varje enskilt kontrakt skall sedan tilldelas den anbudsgivare som lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som anges i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

De relativt formaliserade förfaranden för kontraktstilldelning som framgår av art. 32 innebär enligt NOU:s mening en skärpning av rättsläget jämfört med hur ramavtal i den klassiska sektorn i dagsläget används i Sverige. Förfarandet förefaller vara väl ägnat att åstadkomma en användning av ramavtal som präglas av likabehandling, öppenhet och därmed även hög grad av förutsebarhet för såväl upphandlande enheter som leverantörer.

NOU avslutar härmed detta ärende.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 17 mars 2004, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, sektionschefen Hans Ekman, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke och upphandlingschefen Lisbeth Johnson. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Kristian Pedersen. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Kristian Pedersen

Kopia för kännedom:

Konkurrensverket
Riksrevisionen

Kristian Pedersen

DATUM
2004-03-17
ERT DATUM
2004-02-19

DIARIENR
2004/0046-29
ER BETECKNING
050-5490-2002/03

1 (13)

Sveriges Riksdag
Konstitutionsutskottet
100 12 STOCKHOLM

Näringsdepartementets upphandling av ekonomisk och juridisk rådgivning gällande SJ AB

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar, med stöd av 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), tillsyn över den offentliga upphandlingen.

Sammanfattning av NOU:s bedömning

De aktuella ramavtalen innehåller varken någon fördelningsnyckel för tilldelning av avrop såsom rangordning av leverantörerna eller någon precisering av uppdragets omfattning, t.ex. uppdragets längd, antalet konsulter eller uppdragets totala värde. Detta innebär att dessa ramavtal inte fastställer samtliga villkor för avrop som skall göras under en viss period, såsom föreskrivs i 1 kap. 5 § LOU. Varje beställning från ramavtalen innebär istället att det sker en ny tilldelning av upphandlingskontrakt. En upphandlande enhet får inte, om inte något undantag i upphandlingsdirektiven och LOU är tillämpligt, tilldela upphandlingskontrakt utan föregående upphandling.

De aktuella ramavtalen möjliggör enligt NOU:s mening inte för Regeringskansliet att anskaffa juridiska och ekonomiska konsulttjänster utan att först genomföra ett upphandlingsförfarande i enlighet med bestämmelserna i LOU.

NOU anser inte att bestämmelserna i det nya direktivet för den klassiska sektorn kan påverka bedömningen i det aktuella fallet.

Konstitutionsutskottet har den 19 februari 2004 begärt att NOU yttrar sig angående Näringsdepartementets upphandling av ekonomisk och juridisk rådgivning gällande SJ AB. Av skrivelsen framgår att den aktuella upphandlingen för närvarande granskas av utskottet i enlighet med 12 kap.

Kristian Pedersen

1 § Regeringsformen. NOU anmodas yttra sig över den aktuella upphandlingen bakom de parallella ramavtalen med utgångspunkt i vikten av en effektiv offentlig upphandling. Yttrandet bör i första hand gälla frågan om rangordning av leverantörer eller fördelning av volymer. De nya upphandlingsdirektivens reglering av frågan bör också tas upp.

NOU har bland annat till uppgift att verka för en effektiv upphandling. NOU har dock ingen möjlighet att bedöma effektiviteten i en enskild upphandling. NOU yttrar sig därför endast över huruvida det som förevarit i ärendet står i överensstämmelse med LOU och gemenskapsrätten, främst upphandlingsdirektiven.

Bakgrund

NOU har bland annat tagit del av Regeringskansliets svar på de frågor som Konstitutionsutskottet ställt. Regeringskansliet har, beträffande den upphandling som NOU har att yttra sig över, i huvudsak anfört följande. Regeringskansliet genomförde år 2000 en upphandling av konsultuppdrag gällande juridiska och ekonomiska utredningar. Upphandlingen resulterade i tretton ramavtal avseende juridiska och ekonomiska konsulttjänster. Avtalen innehåller inga begränsningar när det gäller avropens omfattning, t.ex. avropens längd, antalet konsulter eller avropens totala värde. Denna typ av upphandlingar styrs av Regeringskansliets breda behov av aktuella tjänster. Behovet styr helt antalet leverantörer som väljs. I den upphandling som nu är i fråga måste även jäv och andra intressekonflikter beaktas. Risk finns annars för att den enda leverantör som har kompetens att leverera efterfrågad tjänst är förhindrad att genomföra leveransen på grund av intressekonflikt.

Regeringskansliet uppfattar inte att LOU eller avgöranden från prejudicerande instanser ställer krav på att ramavtal med flera leverantörer skall rangordnas eller att volymer skall fördelas. Några sådana krav anges, enligt Regeringskansliet, inte heller i de gällande EG-direktiven om offentlig upphandling.

Den aktuella upphandlingen avser mycket kvalificerade konsulter med specialistkompetens inom ett eller flera områden. Regeringskansliet anser inte att det finns praktiska möjligheter att rangordna leverantörerna eller att ange vilka volymer som skall avropas från ramavtal för sådana konsulttjänster. En förutsättning för att kunna rangordna leverantörer är vidare att de tjänster som erbjuds är exakt jämförbara. Så är inte fallet vad gäller de upphandlade tjänsterna.

Kristian Pedersen

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) bygger i huvudsak på EG-direktiv, framför allt i de delar som gäller upphandling över tröskelvärdena. De delar av LOU som gäller för upphandling under dessa tröskelvärden samt upphandling av bl.a. tjänster enligt bilaga B till LOU, oavsett värde, styrs av samma grundprinciper. Dessa delar bygger dock i sin utformning på tidigare gällande svenska regler.¹ För dessa upphandlingar gäller bestämmelserna i 6 kap. LOU. Inom Världshandelsorganisationen (World Trade Organisation, WTO) finns bl.a. ett avtal om offentlig upphandling (Government Procurement Agreement, GPA). I samband med Sveriges anslutning till WTO och den tillhörande överenskommelsen GPA gjordes vissa ändringar i LOU.² LOU införlivar således både EG-direktiven om offentlig upphandling och GPA.

EG-fördraget saknar regler som specifikt rör offentlig upphandling. Däremot innehåller det grundläggande principer som är tillämpliga vid all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena. Principerna om likabehandling inklusive icke-diskriminering samt transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande anses följa av EG-fördragets artiklar 43, 49 och 81 och gäller således vid alla upphandlingar. EG-domstolen har i ett förhandsavgörande konstaterat att upphandlingar under tröskelvärdena faller inom gemenskapsrättens tillämpningsområde, även om de inte omfattas av upphandlingsdirektivens noggrant reglerade förfaranden.³ Upphandlande myndigheter är därför skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler även vid upphandlingar under tröskelvärdena. EG-domstolen har vid ett flertal tillfällen, beträffande syftet med upphandlingsdirektiven uttalat att "... samordningen på gemenskapsnivå av förfarandena vid offentlig upphandling avser att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och således att skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och som önskar erbjuda varor eller tjänster åt de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat"⁴. Domstolen har vidare uttalat att syftet med direktiv 89/665/EEG (rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn) är att "... såväl på det nationella planet som på gemenskapsplanet förstärka de redan förekommande medlen för att säkerställa att

¹ Upphandlingsförordningen (1986:366) och kommunala upphandlingsreglementen.

² Se prop. 1995/96:165, SFS 1996:433.

³ Mål C-59/00, Bent Moustén Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab. Se även mål C-324/98.

⁴ Se bl.a. mål C-380/98 The Queen mot H.M. Treasury, Ex parte: The University of Cambridge och mål C-19/00, SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo.

Kristian Pedersen

gemenskapens direktiv i ämnet offentlig upphandling verkligen tillämpas”.⁵ Det är således mot denna bakgrund som bestämmelserna i LOU skall tolkas och tillämpas.

EG-domstolen är med stöd av artikel 234 (f.d. artikel 177) i EG-fördraget behörig att tolka gemenskapsrätten, när situationen i fråga inte direkt regleras av denna rätt, men då den nationella lagstiftaren vid införlivandet av ett direktivs bestämmelser har beslutat, att rent interna situationer skall behandlas på samma sätt som de situationer som regleras i direktivet.⁶ EG-domstolen har vidare uttalat att de flesta av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven har direkt effekt.⁷

Begreppet upphandlingskontrakt

Ett upphandlingskontrakt är enligt upphandlingsdirektiven ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som slutits mellan en leverantör och en upphandlande enhet.⁸ Med detta avses att kontraktet fått sin slutliga utformning och utan ytterligare tillägg eller preciseringar kan läggas till grund för leverans och betalning. Begreppet upphandlingskontrakt skall enligt EG-kommissionen tolkas vidsträckt och omfattar såväl alla former av ersättning som kan kvantifieras i pengar och som en upphandlande enhet åtar sig att betala till en leverantör, som alla olika sätt på vilka en leverantör, i utbyte mot ersättning, kan åta sig att ställa varor till den upphandlande enhetens förfogande, samt utföra tjänster eller utföra bygg- och anläggningsarbeten för den upphandlande enhetens räkning.⁹ För att ett upphandlingskontrakt skall anses föreligga måste det aktuella avtalet således vara *ömsesidigt förpliktande*.¹⁰

⁵ Mål C-81/98, Alcatel Austria AG m.fl., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr.

⁶ Mål C-28/95, A. Leur-Bloem mot Inspecteur de Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam.

⁷ Se bl.a. mål C-76/97, Walter Tögel mot Niederösterreichische Gebietskrankenkasse och mål C-258/97 Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mot Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft.

⁸ Direktiv 93/36/EEG art. 1 (a), Direktiv 92/50/EEG art. 1 (a), Direktiv 93/37/EEG art. 1 (a) och Direktiv 93/38/EEG art. 1.4.

⁹ Guide to the Community rules on public procurement of services, s. 12, Guide to the Community rules on public works contracts, s. 12 och Guide to the Community rules on public supply contracts, s. 9.

¹⁰ Tydligast framgår detta av de danska språkversionerna av upphandlingsdirektiven, vilka uttryckligen anger att ”gensidigt bebyrdande aftaler” avses. NOU har i en rapport (dnr 2003/0039-28) om LOU:s tillämplighet vid sponsring utrett kravet på ömsesidighet. Rapporten finns tillgänglig på NOU:s webbplats www.nou.se.

Kristian Pedersen

Begreppet ramavtal

I NOU:s internationella kontakter har framkommit att vad som i Sverige benämns "ramavtal" i andra länder täcker två olika begrepp, "framework contract" (ömsesidigt förpliktande avtal, vilka således enligt vad som beskrivits ovan är upphandlingskontrakt) och "framework agreement" (avtal som inte är bindande för köparen, och i vissa fall inte heller för säljaren). Av upphandlingsdirektiven är det endast direktivet för försörjningssektorerna som innehåller bestämmelser om den ena typen av ramavtal, nämligen framework agreements. Försörjningsdirektivets bestämmelser om ramavtal får ses som undantagsbestämmelser såtillvida att de innebär att förhandlad upphandling utan föregående annonsering får användas vid tilldelning av kontrakt utifrån ett ramavtal (framework agreement).¹¹ Motsvarande undantag saknas i upphandlingsdirektiven för den klassiska sektorn. Ramavtal i den klassiska sektorn regleras för svenskt vidkommande endast i 1 kap. 5 § LOU. Det bör framhållas att en upphandlande enhet, vid eventuell bristande överensstämmelse mellan dagens direktiv och LOU, inte kan åberopa att direktivets tolkning skall ha företräde före LOU. Staten kan inte till sitt försvar åberopa sin egen försumlighet att rätt införliva direktivens regler i LOU.¹²

Ramavtal definieras i 1 kap. 5 § LOU som "avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period". Ramavtal med flera leverantörer för samma typ av varor, tjänster eller byggentreprenader benämns vanligen "parallella ramavtal". Att samtliga villkor för avrop skall fastställas i ramavtalet innebär enligt NOU:s mening att det vid varje enskilt avrop från ramavtalet inte får finnas någon möjlighet att göra några väsentliga förändringar eller tillägg i förhållande till villkoren i ramavtalet. Vid parallella ramavtal måste det därför finnas en på förhand fastställd fördelningsnyckel som visar vilken leverantör som i första hand skall tilldelas avrop. Denna regel ger uttryck för den gemenskapsrättsliga transparensprincipen.

Ett ramavtal i vilket samtliga villkor för avrop fastställts är ett ömsesidigt förpliktande avtal med ekonomiska villkor som slutits mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer. Detta innebär att ramavtalet är ett upphandlingskontrakt i direktivens och LOU:s mening.

¹¹ Direktiv 93/38/EEG art. 20.2 (i).

¹² Det är *en enskilds* rättighet som skall skyddas. Jfr. bl. a. prop. 1994/95:19 del 1 s. 484 - 488, de i RÅ 1996:50 citerade rättsfallen Van Gent en Loos och Simenthal eller 6/64 Costa v. ENEL - i vilket det talas om "individual rights which national courts must protect". Det samma framgår av C-148/78; Publico Ministero v. Ratti, (1979) ECR 1629.

Kristian Pedersen

Avrop från ett sådant ramavtal utgör endast utnyttjande av ett befintligt upphandlingskontrakt och innebär inte att det sker någon ny tilldelning av upphandlingskontrakt. Avrop från ett upphandlat ramavtal behöver därför inte bli föremål för något nytt upphandlingsförfarande enligt bestämmelserna i LOU.

Ett ramavtal i vilket samtliga villkor för avrop inte fastställts är inte ett ömsesidigt förpliktande avtal med ekonomiska villkor slutet mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer. Ett sådant ramavtal kan inte användas för avrop och är inte heller något upphandlingskontrakt i den mening som avses i LOU. Enskilda beställningar (ofta oegentligt benämnda avrop) från ett sådant ramavtal kan därför per definition inte utgöra utnyttjande av ett befintligt upphandlingskontrakt utan istället sker, vid varje beställning, en ny tilldelning av upphandlingskontrakt. Varje tilldelning av upphandlingskontrakt måste föregås av upphandling i enlighet med bestämmelserna i LOU.¹³

NOU har vid nämndsammanträde den 25 augusti 1998 uttalat följande¹⁴ ”Av definitionen av ramavtal i 1 kap. 5 § LOU följer att ramavtal inte får användas som endast en lista på godkända leverantörer varvid villkor för avrop inklusive priset bestäms först vid de aktuella avropen. Ett undantag vid upphandling över tröskelvärdena utgörs av möjligheten att upprätta ett särskilt system för urval av deltagare enligt 4 kap. 23 § LOU. Ett sådant kvalificeringssystem är tillåtet inom ramen för upphandling enligt 4 kap. Att utforma ramavtalen som prekvalificering är därför vid upphandling över tröskelvärdena inte tillåtet utanför försörjningssektorerna. Definitionen i 1 kap. 5 § LOU omfattar all upphandling och något undantag eller modifikation (för t.ex. B-tjänster) finns inte i 6 kap. Huvudregeln att ett ramavtal måste "fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period" gäller således undantagslöst även för upphandling under tröskelvärdena.

Vid tecknandet av ett ramavtal med många leverantörer kan uppstå flera negativa konsekvenser som talar mot affärsmässighet eller ändamålsenlighet för myndigheten själv. Av dessa vill NOU särskilt nämna att de inlämnade anbuden kan bli för höga, att avropen inte görs på de förmånligaste kontrakt och att avropshanteringen fördröjas och valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga alternativet försvåras. Vidare kan förfarandets överensstämmelse med EG:s upphandlingsdirektiv för den klassiska sektorn ifrågasättas.

¹³ Samma bedömning av rättsläget har gjorts av Länsrättens i Västernorrlands län i beslut i mål nr 303-04.

¹⁴ NOU:s diarienummer 203/96-21.

Kristian Pedersen

Att inte garantera några avropsvolym och inte göra avropen förutsebara kan redan i anbudsfasen leda till avsevärda fördyringar genom att anbudsgivarna kan ha svårt att lämna seriösa och exakt beräknade anbud. Ju större osäkerhet det råder om de förväntade försäljningsvolymerna desto svårare är det för en leverantör att räkna på sina anbud, uppskatta rätt dimensionering av sin organisation och värdera riskerna. Risken att de för upphandlingskontraktets fullföljande reserverade resurser inte kommer att utnyttjas i önskvärd omfattning kan vara väl så stor som att leverantören inte kan fullfölja leveransen kontraktensligt. Allt detta påverkar även leverantörens möjligheter att pressa sina underleverantörers priser. När det i förfrågningsunderlaget efterfrågas mängdrabatter får det anses som särskilt angeläget att leverantören vid anbud och leverans kan göra en någorlunda säker uppskattning av den förväntade avropsvolymen. Leverantörens incitament att konkurrera med pris, kvalitet och service försvinner om han vet att de flesta som lämnat in ett anbud blir antagna. Vid sådant förhållande finns det ingen anledning för leverantören att försöka pressa kostnader och vinstmarginaler för att kunna erbjuda det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I leverantörens intresse ligger snarare att komma med bland de antagna leverantörerna med bibehållande av den högsta möjliga vinstmarginalen.

Avrop sker, när många leverantörer har angivits, ofta från vissa av inköparen kända eller inköpsstället närbelägna leverantörer, även om någon annan leverantör kan erbjuda motsvarande kvalitet och service till lägre pris. Detta strider såväl mot målsättningen att åstadkomma besparing hos den upphandlande enheten som mot principerna om att upphandlingen skall ske under öppna och förutsebara former och om att leverantörerna skall behandlas lika och rättvist. Som anförs ovan är det NOU:s uppfattning att det vid avropstillfället bör finnas en bestämd ordning mellan leverantörerna, så att de som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (med beaktande [av] vad som angivits om kvalitetskrav) alltid utnyttjas i första hand. Det är först när dessa högst rankade leverantörer inte längre kan leverera, som man bör avropa från dem som kommer lägre ner på rangordningslistan.

Vid krav [utan] noggrann prövning i samband med avropen kan de åsyftade administrativa besparingarna gå förlorade. Om sådan prövning inte görs kan det med rätta uppfattas som stötande att en leverantör som - i förhållande till de i förfrågningsunderlaget ställda kraven och kriterierna - haft ett högt anbudspris i praktiken kan få flera avrop och högre pris och göra en högre vinst än en leverantör som lämnat ett för den upphandlande enheten ekonomiskt fördelaktigare anbud.”

Kristian Pedersen

Det ovan nämnda stöds av rättspraxis. Kammarrätten i Sundsvall har i ett mål rörande upphandling av konferenstjänster beträffande kravet på fastställande av samtliga villkor uttalat följande: "Landstinget har vid ifrågavarande upphandling inte lämnat några uppgifter som kan läggas till grund för en uppskattning av förväntad avropsvolym. Såvitt framgår av förfrågningsunderlaget skall inte heller någon rangordning mellan leverantörerna ske vid utvärderingen. Som angetts ovan kan ett sådant förfarande normalt sett inte anses vara i överensstämmelse med kravet på affärsmässighet vid upphandling av ramavtal med flera leverantörer."¹⁵

Det finns även exempel på rättspraxis från de övriga nordiska länderna som ger uttryck för samma bedömning av rättsläget. Den norska Klagenemnda for offentlige anskaffelser, som är överprövningsinstans för norska upphandlingar, har i ett avgörande rörande upphandling av bemanningstjänster uttalat följande¹⁶: "I de foreliggende rammeavtalene er det ikke fastsatt noen fordelingsnøkkel eller mekanisme for fordeling av bestillingene mellom leverandørene. Ordningen bærer derfor preg av å være en "uferdig" konkurranse, der det i realiteten ikke er tatt en endelig beslutning om hvilket tilbud som er det beste basert på tildelingskriteriene. Uten at oppdragsgiver har tatt stilling til hvem som skal få leveransen, eventuelt hvordan leveransene skal fordeles mellom de valgte leverandørene, kan klagenemnda i det foreliggende tilfellet ikke se at de grunnleggende kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i loven § 5 er oppfylt."¹⁷ Dette endres ikke selv om priser og tjenestens art er angitt i rammeavtalene, og heller ikke av om det skulle være et særlig behov for fleksibilitet for denne type anskaffelser. Klagenemnda oppfatter lovens krav, og også regelverket innenfor EU, slik at det er oppdragsgivers ansvar å finne frem til en mekanisme eller fordelingsnøkkel for bestillinger i henhold til rammeavtalene som ivaretar lovens grunnleggende krav. Dette kan for

¹⁵ Kammarrättens i Sundsvall dom i mål nr 1669-2000. Se även Länsrättens i Södermanlands län dom i mål nr 2098-03 E och Länsrättens i Uppsala län dom i mål nr 2015-03 E.

¹⁶ Klagenemndas avgörande den 26 maj 2003 i ärende 2003/38. Se även avgöranden i ärendena 2003/30 och 2003/251. Norge är, i egenskap av part i EES-avtalet, skyldigt att följa EG-direktiven om offentlig upphandling.

¹⁷ I den aktuella bestämmelsen i "lov om offentlige anskaffelser" anges:

§ 5. Grunnleggende krav

Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med god forretningsskikk, sikre høy forretningsetisk standard i den interne saksbehandling og sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører.

En anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse.

Oppdragsgiver skal sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen.

Utvelgelse av kvalifiserte anbydere og tildeling av kontrakter skal skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier.

Kristian Pedersen

eksempel gjøres ved en prioritering av leverandørene og de aktuelle tjenestene. Rammeavtalene oppfyller derfor ikke grunnleggende krav i regelverket. De foreliggende rammeavtalene kan da etter klagenemndas mening ikke fritta innklagede fra å følge forskrift om offentlige anskaffelser ved senere kjøp av vikartjenester.”

Vidare har EFTA:s övervakningsorgan¹⁸ den 11 september 2002 i ett s.k. letter of formal notice riktat kritik mot hur ramavtal för IT-tjänster (de s.k. FNS-avtalen) upphandlats och tillämpats i Norge. Övervakningsorganet uttalade därvid bl.a. följande: ”According to Article 1(a) of the Act¹⁹, public service contracts shall mean contracts for pecuniary interest concluded in writing between a service provider and a contracting authority. The term ”concluded” must, the Authority would submit, mean that an award procedure is completed and award of contract made to the economically most advantageous tenderer, should the criteria in Article 36(1) (a) of the Act be relied on. If, following a tender procedure carried out in accordance with the Act, a contract is not awarded to the economically most advantageous tenderer, then a public service contract within the meaning of Article 1(a) has not been awarded. In such circumstances, any further related contracts for a value above the threshold provided in the Act must be awarded according to the provisions of the Act. [...]

The Ministry of Trade and Industry claims that, in the present case, the contracts awarded in the first tender procedure were awarded to the most economically advantageous tenderers. [...] However, the Authority understands from the information provided that, where any of the contracting entities wish to award an individual contract above the threshold provided for in the Act, a second call for tender must be issued by that contracting entity. Such call for tender is limited to the tenderers who were successful in the first tender procedure in any of the categories. [...]

Furthermore, in the present case, when the first award was made no distinction was made between the contractors, in terms of their relative economic advantages. By not ranking the tenders according to their best value, the Statens Forvaltningstjenste, Statskjøp, acting on the behalf of the Ministry of Administration (AAD) and the Norwegian Association of Local and regional Authorities (KS), have failed to apply the provisions of Article 36 of the Act.

¹⁸ EFTA Surveillance Authority har till uppgift att övervaka att EES-avtalets bestämmelser, däribland skyldigheten att följa EG-direktiven om offentlig upphandling, efterlevs i EFTA-staterna.

¹⁹ Av skrivelsen framgår att begreppet ”the Act” avser tjänstedirektivet 92/50/EEG.

Kristian Pedersen

Second, by effectively carrying out a second call for tender before contract above the threshold in the Act are actually awarded and limiting that call for tender to those tenderers who have submitted the most economically advantageous tenders in the first round, the Norwegian authorities are perceived to be in breach of a fundamental aim of the Act, which is removal of restrictions on free competition. Service providers who are not parties to the Public Administration Network Agreements are excluded from submitting bids that might be economically more advantageous than those being considered. This leads to an infringement of Article 3(2) of the Act, as potential tenderers are not given the chance to submit bids.”²⁰

NOU:s bedömning av de aktuella ramavtalen

De aktuella ramavtalen innehåller enligt Regeringskansliets egna uppgifter varken någon fördelningsnyckel för tilldelning av avrop såsom rangordning av leverantörerna eller någon precisering av uppdragens omfattning, t.ex. uppdragens längd, antalet konsulter eller uppdragens totala värde. Detta innebär att dessa ramavtal inte fastställer samtliga villkor för avrop som skall göras under en viss period, såsom föreskrivs i 1 kap. 5 § LOU. Ramavtalen är därför enligt NOU:s mening inte att betrakta som ömsesidigt förpliktande avtal med ekonomiska villkor. Avtalen utgör således inte upphandlingskontrakt i den mening som avses i upphandlingsdirektiven och LOU. Enskilda beställningar från dessa ramavtal kan därför per definition inte utgöra utnyttjande av befintliga upphandlingskontrakt. Istället innebär varje beställning från ramavtalen att det sker en ny tilldelning av upphandlingskontrakt. En upphandlande enhet får, om inte något lagstadgat undantag är tillämpligt, inte tilldela upphandlingskontrakt utan föregående upphandling. De aktuella ramavtalen möjliggör således enligt NOU:s mening inte för Regeringskansliet att anskaffa juridiska och ekonomiska konsulttjänster utan att först genomföra ett upphandlingsförfarande i enlighet med bestämmelserna i LOU. Om sådan anskaffning ändå sker utan att någon undantagsbestämmelse i LOU är tillämplig utgör detta ett brott mot bestämmelserna i LOU och upphandlingsdirektiven.

Med anledning av vad Regeringskansliet anfört om svårigheterna med att införa en rangordning i de aktuella ramavtalen vill NOU anföra följande. Regeringskansliet har anfört att en förutsättning för att kunna rangordna leverantörerna är att tjänsterna är exakt jämförbara. NOU inser att invändningen kan vara befogad vad avser avrop från det kontrakt som Regeringskansliet slutit. NOU anser emellertid att Regeringskansliet inte

²⁰ Letter of formal notice – public procurement: Public Administration network Agreements, Doc. No: 02-4966-D.

Kristian Pedersen

haft behov att sluta ett enda ramavtal avseende tjänster som inte är jämförbara. En upphandlande enhet har frihet att välja om den vill sluta ett eller flera kontrakt. Den omständigheten att den väljer en mindre ändamålsenlig avtalskonstruktion, med åtföljande tillämpningssvårigheter, får inte motivera avsteg från LOU.

Om en upphandlande enhet har behov av flera olika typer av tjänster, bör anbudsgivarna ges möjlighet att lämna separata eller kombinatoriska anbud på en eller flera av tjänstetyperna. Efter anbudsutvärdering kan den upphandlande enheten sedan teckna ramavtal med den anbudsgivare som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för respektive typ av tjänst. Det finns dessutom enligt NOU:s mening inget som hindrar att den upphandlande enheten, om behovet av den aktuella tjänstetypen förväntas vara större än vad som kan tillgodoses av en enda leverantör, upprättar en rangordning av leverantörer för varje typ av tjänst.

Om den ramavtalsleverantör som rangordnats som förstahandsleverantör, på grund av jäv eller annan intressekonflikt är förhindrad att leverera, finns det enligt NOU:s mening inget hinder mot att den upphandlande enheten vänder sig till den leverantör som rangordnats som andrahandsleverantör.

NOU inser att det ofta kan vara svårt att på förhand exakt ange vilka volymer som kommer att avropas från ett ramavtal. Mot bakgrund av de krav på förutsebarhet och transparens som följer av EG-rätten och 1 kap. 4 § LOU, anser NOU emellertid att den upphandlande enheten bör ange den förväntade avropsvolymen, beräknad t.ex. mot bakgrund av tidigare års behov. Det finns vidare inga legala hinder mot att en i ramavtalet fastställd avropsvolym kompletteras med en option på ytterligare volym, som kan tas i anspråk om behovet skulle komma att överstiga den upphandlande enhetens förhandsbedömningar. Det nuvarande regelverket synes inte heller utesluta möjligheten att använda s.k. stafflade priser, vilket innebär att leverantörerna får lämna ett antal olika anbudspriser baserade på olika avropsvolymer.

Bestämmelser om ramavtal i det nya direktivet för den klassiska sektorn

Konstitutionsutskottet har, som inledningsvis nämnts, även bett NOU redogöra för de nya upphandlingsdirektivens reglering av ramavtal. Dagens direktiv för den klassiska sektorn saknar, som det anförts ovan, uttryckliga bestämmelser om ramavtal.

Kristian Pedersen

Europaparlamentet och Rådet har den 29 januari respektive 2 februari 2004 antagit nya upphandlingsdirektiv. Från det att direktiven publiceras har medlemsstaterna 21 månader till förfogande för att införliva direktiven i de respektive nationella rättsordningarna. Bland många andra förändringar märks särskilt att de tre direktiven för den klassiska sektorn ersatts av ett nytt direktiv. NOU har gjort bedömningen att det i detta yttrande inte finns anledning att redogöra för det nya direktivet för försörjningssektorerna, varför den följande redogörelsen endast avser det nya direktivet för den klassiska sektorn.

NOU vill betona att det, inom de ramar som ges av gemenskapsrätten, ankommer på den svenska lagstiftaren att besluta om hur direktivets bestämmelser skall införlivas i den svenska rättsordningen och att det ankommer på EG-domstolen att ensam slutligt avgöra hur gemenskapsrätten (inklusive upphandlingsdirektiven) skall tolkas.

I artikel 32 i det nya direktivet regleras användningen av ramavtal. Bestämmelserna innebär i huvudsak följande. Vid slutande av ramavtal skall direktivets förfarandebestämmelser följas fram till tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet. Valet av parter i ramavtalet skall göras med användning av tilldelningsgrunderna "lägsta pris" eller "det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet". Kontrakt som bygger på ett ramavtal skall tilldelas i enlighet med bestämmelserna i art. 32.3 (ramavtal med en leverantör) och art. 32.4 (ramavtal med flera leverantörer, d.v.s. parallella ramavtal) och får bara omfatta de leverantörer som från början är parter i ramavtalet. Villkoren i ramavtalet får inte i något fall väsentligen ändras. Ett ramavtal får enligt art. 32 inte löpa längre än fyra år, utom i "vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för avtalet". Genom art. 32 införs också ett förbud mot att använda ramavtal på otillbörligt sätt eller så att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.

Vid ramavtal med en leverantör skall kontrakt, enligt art. 32.3, tilldelas i enlighet med villkoren i ramavtalet. Den upphandlande enheten får dock skriftligen samråda med ramavtalsleverantören och vid behov anmoda denne att komplettera sitt anbud. Som tidigare nämnts får dock inga väsentliga förändringar göras i förhållande till villkoren i ramavtalet.

Vid parallella ramavtal måste leverantörerna, enligt art. 32.4, vara minst tre till antalet om tillräckligt många leverantörer är kvalificerade och/eller tillräckligt många anbud uppfyller kraven. Tilldelning av kontrakt kan, om samtliga villkor fastställts, ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud. Om samtliga villkor inte fastställts, kan tilldelning av kontrakt ske efter förnyad anbudsinbjudan, på samma villkor och vid behov andra villkor, som anges i förfrågningsunderlaget till

Kristian Pedersen

ramavtalet. Genom bestämmelserna i art. 32.4 öppnas således möjligheten att tillämpa förnyad konkurrensutsättning inom ramavtalets ram.

Förfarandet innebär enligt art. 32.4 att den upphandlande enheten, för varje kontrakt som skall tilldelas, skriftligen skall samråda med de ramavtalsleverantörer som är i stånd att utföra kontraktet. Den upphandlande enheten skall fastställa en tidsfrist som är tillräcklig för lämnande av anbud, med hänsynstagande till faktorer som hur komplext kontraktsföremålet är och den tid som behövs för att lämna anbud. Anbudena som skall lämnas skriftligen skall vara hemliga till dess att tiden för lämnande av anbud löpt ut. Varje enskilt kontrakt skall sedan tilldelas den anbudsgivare som lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som anges i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

De relativt formaliserade förfaranden för kontraktstilldelning som framgår av art. 32 innebär enligt NOU:s mening en skärpning av rättsläget jämfört med hur ramavtal i den klassiska sektorn i dagsläget används i Sverige. Förfarandet förefaller vara väl ägnat att åstadkomma en användning av ramavtal som präglas av likabehandling, öppenhet och därmed även hög grad av förutsebarhet för såväl upphandlande enheter som leverantörer.

NOU avslutar härmed detta ärende.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 17 mars 2004, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, sektionschefen Hans Ekman, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke och upphandlingschefen Lisbeth Johnson. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Kristian Pedersen. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Kristian Pedersen

Kopia för kännedom:

Konkurrensverket
Riksrevisionen

Andrea Sundstrand
08-454 48 50

Datum
2004-01-28

Vår beteckning
2004/0010-29
Er beteckning
Mål nr 3441-03

Kammarrätten i Sundsvall
Rotel 4
Box 714
851 21 SUNDSVALL

Yttrande i kammarrättens mål nr 3441-03

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har den 13 januari 2004 mottagit en begäran om yttrande från Kammarrätten i Sundsvall avseende rubricerat mål. Kammarrätten har angivit följande frågor som den önskar att NOU framför allt uttalar sig om: Föreligger en ovillkorlig skyldighet att förhandla vid förhandlad upphandling? Om sådan förhandlingskyldighet föreligger, i vilken form kan förhandling ske?

Ärendet

Av den av kammarrätten bilagda akten framgår att Banverket under 2003 genomfört en upphandling av ett system för utökad radiotäckning för GSM-R och räddningstjänsten. I upphandlingen, vilken genomfördes som en förhandlad upphandling enligt 4 kap. LOU, kvalificerades två anbudssökanden, Allgons Systems AB och Avitec AB. Banverket antog Avitec AB som leverantör.

Allgons System AB ansökte om överprövning av Banverkets beslut om leverantör hos länsrätten, bl.a. på den grunden att Banverket inte genomfört någon förhandling med någon av de två utvalda anbudsgivarna, trots att förhandlad upphandling använts som upphandlingsform. Länsrätten biföll i dom den 1 december 2003 ansökan, undanröjde Banverkets tilldelningsbeslut och förordnade att Banverket skulle uppta förhandlingar med båda anbudsgivarna och först därefter fatta ett nytt tilldelningsbeslut.

Banverket överklagade länsrättens dom till kammarrätten, vilken nu begärt yttrande från NOU.

NOU:s bedömning

NOU, vilken inte har möjlighet att uttala sig över bevisfrågor, kommer i sitt yttrande att begränsa sig till att endast yttra sig över de aspekter av de ställda frågorna som har relevans i det aktuella målet.

Föreligger en ovillkorlig skyldighet att förhandla vid förhandlad upphandling?

Svaret på den första frågan återfinns inte uttryckligen i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

I 1 kap. 5 § LOU anges som definition av förhandlad upphandling att det är en upphandling där en upphandlande enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och tar upp förhandling med en eller flera av dem. Definitionen är en implementering av definitionen av förhandlad upphandling i artikel 1 p. 7 c) i direktiv 93/38/EEG (försörjningsdirektivet)¹. Inte heller av direktivet framgår det dock huruvida den upphandlande enheten vid förhandlad upphandling har en skyldighet att förhandla.

För att finna svaret har NOU beaktat beskrivningen av förhandlad upphandling i EG-kommissionen icke-officiella guide till gemenskapsreglerna avseende offentlig upphandling inom försörjningssektorerna (bifogas). Beskrivningen lyder enligt följande:

”Contracting entities have a free choice between three types of contract award procedure:

“-----”

”1.3 The negotiated procedure, in which the contracting entity consults suppliers or contractors of its choice and negotiates the terms of the contract with one or more of them.

Only the negotiated procedure allows the contracting entity to discuss the conditions of tenders, e.g. prices, or to amend them, provided that it complies with the principle of treatment of tenderers.”

EG:s allmänna rättsprinciper om icke-diskriminering, likabehandling, ömsesidigt erkännande, transparens och proportionalitet gäller vid all offentlig upphandling, och anses innefattas i bestämmelsen i 1 kap. 4 § LOU². Alla beslut som en upphandlande enhet tar i en offentlig upphandling ska följa dessa principer. NOU anser att ett beslut som påverkar alla leverantörer lika, inte kan anses vara diskriminerande.

I definitionen i 1 kap. 5 § LOU regleras inte hur den upphandlande enheten ska välja vilka delar av en upphandling som kommer att bli föremål för förhandling. När en upphandlande enhet väljer upphandlingsform, vet den i normalfallet inte hur de senare inkomna anbuden kommer att vara utformade. En anbudsgivare kan därför, när han utformar sitt anbud, inte räkna med att vissa frågor kommer att bli föremål för förhandling. Tvärtom kan det bli så att han är bland de anbudsgivare som den upphandlande enheten väljer att inte alls förhandla med.

¹ Definitionen i 1 kap. 5 § LOU implementerar även definitionen av förhandlad upphandling i direktiven 93/36/EEG, 93/37/EEG och 92/50/EEG.

² Se propositionen Ändringar i Lagen om offentlig upphandling m.m. (prop. 2001/02:142) sid. 38 ff.

I det fall ett anbud uppfyller alla ställda skalkrav och har lägst pris alternativt framstår som det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, anser NOU att LOU inte ålägger den upphandlande enheten att förhandla med den aktuella anbudsgivaren och eventuellt även med andra anbudsgivare i upphandlingen. Enligt NOU:s uppfattning föreligger inte någon möjlighet för en anbudsgivare eller anbudssökande att få beslutet i sig att inte företa förhandling överprövat, jfr rättigheten för en upphandlande enhet att välja att begära kompletteringar m.m. enligt 1 kap. 21 § LOU, se nedan. NOU vill här hänvisa till EG-domstolens dom i mål C-214/00 Europeiska gemenskaperna kommission mot Konungariket Spanien, särskilt p. 62-81.

Det är dock den upphandlande enheten som skall visa att beslutet att anta en viss anbudsgivare fattats i enlighet med de i förfrågningsunderlaget uppställda kriterierna och kraven och att beslutet inte strider mot 1 kap. 4 LOU.

Den slutsats NOU drar är att en upphandlande enhet inom försörjningssektorerna har en rätt, inte en skyldighet, att förhandla med en eller flera anbudsgivare i en förhandlad upphandling.

Om sådan förhandlingskyldighet föreligger, i vilken form kan förhandling ske?

NOU, vilken svarat nekande på den första frågan, önskar ändå kommentera den andra frågan från kammarrätten.

I en offentlig upphandling kan det förekomma att vissa anbud innehåller felräkningar, felskrivningar eller andra uppenbara fel. Anbud kan även vara otydliga på vissa punkter och innehålla uppgifter som kan behöva kompletteras. För sådana situationer finns möjligheten i 1 kap. 21 § LOU för den upphandlande enheten att låta anbudsgivarna rätta, förtydliga eller komplettera redan ingivna uppgifter, under förutsättning att det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning, jmf NOU:s yttrande i NOU info juni-03:

”NOU informerade i *NOU info dec-02* om Länsrättens i Gävleborgs län dom i mål nr 1693-02 i vilken länsrätten prövade upphandlande enheters skyldighet att enligt 6 kap. 8 § andra stycket LOU begära att ett anbud eller en ansökan förtydligas eller kompletteras. Domen har vunnit laga kraft. NOU kommenterade domen och uppgav att det, enligt regeln om komplettering i 6 kap. 8 § andra stycket LOU är upp till respektive upphandlande enhet att i varje upphandling bedöma huruvida komplettering skall få göras eller om leverantörer, som inte lämnat in efterfrågade dokument skall uteslutas från upphandlingen.

Det har kommit till NOU:s kännedom att kommentaren utnyttjas av upphandlande enheter för att undgå att behöva inhämta komplettering från samtliga leverantörer som deltar i en upphandling. NOU vill därför förtydliga kommentaren och påpeka att en upphandlande enhet förvisso har

ett fritt val huruvida de medger kompletteringar eller inte i en upphandling, men att om sådana kompletteringar medges, skall samtliga deltagande leverantörer behandlas lika.”

Möjligheten för den upphandlande enheten att begära rättelser, förtydliganden och/eller kompletteringar av en anbudsgivare i 1 kap. 21 § LOU, innebär inte en skyldighet för den upphandlande enheten att på begäran av en anbudsgivare tillåta sådana.

Möjligheten för den upphandlande enheten att begära förtydliganden och/eller kompletteringar i 1 kap. 21 § LOU omfattar inte den situationen att den upphandlande enhetens förfrågningsunderlag är otydligt och att enheten därför behöver begära in nya eller förändrade uppgifter från anbudsgivarna. LOU förutsätter att en upphandlande enhet, som upptäcker att dess förfrågningsunderlag väsentligen behöver förändras, avbryter den pågående upphandlingen och påbörjar en ny upphandling, se bl.a. EG-domstolens dom i mål C-337/98 Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Frankrike.

Att en upphandlande enhet begär in helt nya uppgifter från anbudsgivarna, vilka inte är kompletteringar eller förtydliganden enligt ovan, innebär att en förhandlingssituation uppkommer. Vad gäller frågan i vilken form en förhandling kan ske, när den upphandlande enheten beslutat att en sådan ska genomföras, hänvisar NOU till sitt yttrande i ärendet ”Påstått otillbörligt gynnande av Skanska Mellansverige AB vid Banverkets upphandling MB7/97, markarbeten”, dnr 227/97-26. Yttrandet återfinns i kammarrättens akt i det pågående målet.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 28 januari 2004, i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, sektionschefen Hans Ekman, teknologie doktor Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur.kand. Andrea Sundstrand. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Andrea Sundstrand

Bilaga 1 – Guide to the Community Rules on Public Procurement

Andrea Sundstrand
08-454 48 50

Datum
2004-01-28

Vår beteckning
2003/0329-29
Er beteckning
Mål nr 2044-03

Länsrätten i Västmanlands län
Rotel 15
Box 1001
721 26 VÄSTERÅS

Yttrande i länsrättens mål nr 2044-03

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har den 19 december 2003 mottagit en begäran om yttrande från Länsrätten i Västmanland avseende rubricerat mål. Målet avser ett avtal mellan Arboga kommun och Medic Operating AB.

Länsrätten har inte närmare angivit några särskilda frågor som NOU skall yttra sig över. NOU kommer därför att uttala sig i de principiella frågor som kan vara vägledande för länsrättens bedömning.

Ärendet

Av länsrättens akt framgår att Arboga kommun (kommunen) och det från kommunen fristående företaget Medic Operating AB (bolaget) sedan den 1 september 2002 har ett avtal, vilket löper till och med den 31 augusti 2005, med möjlighet till förlängning. Detta avtal återfinns inte i akten. Av handlingarna framgår emellertid att avtalet reglerar förhållandet mellan kommunen och bolaget vad avser driften av en gymverksamhet m.m. i det av kommunen ägda Ekbacksbadet. Det framgår att bolaget till kommunen har framfört önskemål om större lokaler för att kunna utöka gymverksamheten. I anledning av bolagets önskemål upprättades ett nytt avtal mellan kommunen och bolaget, daterat den 12 november 2003.

Det nya avtalet

Det nya avtalet, vilket är betecknat som ett hyresavtal, är avsett att ersätta det nu gällande avtalet mellan kommunen och bolaget. Även det nya avtalet innehåller bestämmelser som reglerar förhållandet mellan kommunen och bolaget vad avser driften av gymverksamhet m.m. i det av kommunen ägda Ekbacksbadet. Avtalet innehåller 23 punkter. Det finns även ett tilläggsavtal, vilket reglerar fördelningen av vissa kostnader mellan avtalsparterna.

Enligt det nya avtalet skall kommunen ansvara för och bekosta lokalens driftkostnader för vatten, elektricitet, uppvärmning, lokalvård, ventilation samt

yttre underhåll jämte service och reparation av lokalen. Kommunen skall tillhandahålla personalen till gymmet. Kommunen skall utöva tillsyn samt på egen bekostnad utföra nödvändiga reparationer och underhåll av lokalerna. Kommunen är under vissa förutsättningar skadeståndsansvarig för den skada dess personal förorsakar bolaget.

Bolaget skall mot omsättningsbaserad hyra i lokalen bedriva gymverksamhet m.m. I hyran skall även ingå att gymmets gäster kostnadsfritt skall få tillgång till kommunens badanläggning under de tider kommunen med egen personal har badet öppet. Bolaget skall köpa, bekosta och äga all utrustning och behövliga installationer samt underhåll, reparationer och service av dessa. Bolaget skall även ha kostnadsansvaret för inre underhåll av ytskikt, golv och väggar. Bolaget skall ansvara för all marknadsföring av verksamheten och till kommunen redovisa all utformning av marknadsföringen. Bolaget har inte rätt att i lokalen tillåta reklam eller upplåta reklamplats för annat än den egna verksamheten. Bolaget skall utbilda kommunens personal till gyminstruktörer. Med undantag för de första sex månaderna skall bolaget endast vid behov tillhandahålla personal till verksamheten. Bolaget ansvarar för att teckna försäkring för samtliga egna inventarier, övrig lös egendom samt under vissa förutsättningar gentemot kommunen för skada som drabbar kommunen eller tredje man och som har sin uppkomst i den bedrivna verksamheten.

Bolaget skall enligt det nya avtalet stå för hela kostnaden för ombyggnationen, vilken sedan kostnadsfritt skall utgöra kommunens egendom. Kostnaden för framtagandet av vissa handlingar skall dock kommunen erlægga, genom att bolaget får hyran avräknad med 200 000 kr exklusive mervärdesskatt.

Det pris som bolaget skall ta ut av sina kunder skall bestämmas efter samråd med kommunen. Det framgår inte av avtalet vilka tider gymmet skall ha öppet. Eftersom det kommer att vara kommunens egen personal som arbetar i gymmet, förutsätter NOU att öppettiderna bestäms av kommunen. Ersättningen skall de första tio åren i huvudsak delas mellan parterna enligt fördelningen 35 % till kommunen och 65 % till bolaget, därefter 45 % till kommunen och 55 % till bolaget.

Enligt tilläggsavtalet skall eventuella kostnader för kontantbetalning av gäster delas mellan kommunen och bolaget enligt samma procentsats som fördelningen av ersättningen, medan bolaget skall erhålla ersättning för betalningar via dess autogiro med 18 kr per betalning, vilket avdras från bruttointäkten.

Den huvudsakliga skillnaden mellan det nu gällande avtalet och det nya avtalet är, vad NOU förstår, förutom avtalstidens längd, att bolaget i det nya avtalet förpliktas att bygga om och bygga ut det av kommunen ägda Ekbacksbadet.

NOU:s bedömning

NOU, vilken inte tar ställning till huruvida det aktuella avtalet avser en av kommunen bedriven verksamhet eller en utyrning av lokal, lämnar nedan en redogörelse för när de två olika juridiska konstruktionerna kan komma att omfattas av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Vad avser den byggtreprenad som skall utföras, omfattas köp av sådan i det här fallet av LOU, oavsett vilken juridisk konstruktion avtalet har i övrigt, se nedan.

Huvudfrågorna i ansökan om överprövning

I den ansökan som inkommit till länsrätten anges att kommunen direkt och utan föregående upphandling i konkurrens köper tjänster, varor och byggtreprenader till ett sammanlagt kontraktvärde överstigande 10 miljoner kronor av bolaget. Den klagande gör gällande att avtalet inte kan karaktäriseras som annat än ett leasingåtagande samt en byggtreprenad, vilken rätterligen bort ha upphandlats på ett affärsmässigt sätt enligt LOU.

Hyra eller köp av tjänster och varor

Hyresavtal

För det fall länsrätten bedömer att bolaget bedriver den aktuella verksamheten och därför hyr lokaler av kommunen, hänvisar NOU till sitt referat i Sammanställning NOU info 1996, sid. 54 f:

”I ett ärende (212/96-26) har NOU (vid nämndsammanträde) funnit att ett avtal, trots dess rubricering som hyresavtal, i själva verket var ett avtal som skulle ha upphandlats i konkurrens enligt bestämmelserna i LOU. Avtalet avsåg uppförande och drift av en träningslokal vid en kommunal simhall. NOU ansåg att det var avtalets syfte och utformning som skulle visa vad som var dess huvudsakliga innebörd.

Även om avtalet innehöll vissa hyresliknande inslag, ansåg NOU att det huvudsakliga syftet med avtalet varit att förhindra en minskning av antalet besökare i simhallen. Detta skulle ske genom att anlita en utomstående leverantör, som skulle uppföra en tillbyggnad till simhallen enligt en av kommunen upprättad principskiss, utrusta denna med nödvändig träningsutrustning av ett i förväg bestämt märke och under en lång tid stå för driften av träningslokalen. Kommunen förbehöll sig i stort sett full kontroll över verksamheten och ekonomin. Efter avtalets utgång skulle byggnaden utan särskild ersättning övergå i kommunens ägo. Anskaffningen borde, enligt NOU:s mening, ha skett enligt tillämpliga bestämmelser i LOU. Därvid borde ha beaktats att en leverantör inte automatiskt kan få ett uppdrag bara för att han presenterar ett för kommunen tillfredsställande förslag till utförande.

Avsikten med annonsering och öppenhet i samband med upphandlingar är inte enbart att få fram lämpliga anbud, utan även att möjliggöra för intresserade leverantörer att delta i myndighetens anskaffning av varor och

tjänster och få kunskap om existerande och kommande marknader. En leverantör som på ovan beskrivna sätt får veta att efterfrågan finns, kan utöka, anpassa eller lägga om sin produktion för att möta en förväntad efterfrågan.

17.11.3 Slutsatser

NOU inser att det i vissa fall kan vara svårt att klart fastställa gränsen mellan arrende eller hyra å ena sidan och anskaffandet av tjänst å andra sidan. Gränserna måste dras mot bakgrund av avtalets syfte och utformning.

Ju större frihet en arrendator eller hyresgäst har att själv disponera fastigheten, utforma innehållet i sina arbetsuppgifter och påverka verksamhetens lönsamhet, desto starkare skäl talar för att transaktionen är att bedöma som en hyra eller ett arrende.

I flera hyresavtal förekommer även viss reglering av vad hyresgästen skall eller inte skall syssla med inklusive tjänster åt uppdragsgivaren. Ju fler tjänster som utförs åt uppdragsgivaren och ju mer uppdragsgivaren styr hyresgästens verksamhet i den uthyrda byggnaden desto mer talar enligt NOU:s mening för att avtalet skall betraktas som ett avtal om anskaffning av tjänster och föregås av en upphandling enligt LOU.

I sammanhanget kan vidare nämnas att EG:s allmänna rättsprinciper om icke-diskriminering, likabehandling, ömsesidigt erkännande och öppenhet gäller vid all anskaffning, även sådan som inte täcks av LOU (jfr vad som sägs i Kommissionens Grönbok om offentlig upphandling (1996-11-27) på sid.11).”

NOU bifogar sitt beslut i dnr 212/96-26, bilaga 1.

Köp av tjänster och varor

För det fall länsrätten bedömer att kommunen bedriver den aktuella verksamheten och köper varor och tjänster av bolaget, vilka i så fall skall upphandlas enligt LOU, har kommunen hävdat att 6 kap. 2 b § 3 p LOU är tillämpligt på upphandlingen av hyresavtalet.

Med hänsyn till de belopp det är fråga om i det aktuella avtalet, skall de kapitel i LOU som reglerar upphandling över tröskelvärdena tillämpas. I 5 kap. 3 § LOU anges att en upphandling som avser både varor och tjänster, skall göras enligt reglerna i 5 kap. LOU, om värdet av tjänsterna överstiger värdet av varorna. I annat fall skall hela upphandlingen göras enligt reglerna för upphandling av varor över tröskelvärdena i 2 kap. LOU. Frågan är således om värdet av utbildningen av kommunens personal, de av bolaget tillhandahållna marknadsföringstjänsterna och kostnaden för fakturerings-tjänsterna, vilka faller under 5 kap. LOU överstiger värdet av hyran för utrustningen, vilken faller under 2 kap. LOU.

För det fall värdet av tjänsterna överstiger värdet av varorna, skall 5 kap. LOU tillämpas. Förutsättningen för undantag på grund av ensamrätt i 5 kap 2 § LOU, är

att den säljande parten är en upphandlande enhet och att ensamrätten är stadgad i lag eller annan författning som överensstämmer med Rom-fördraget.

I motsatt fall skall 2 kap. LOU tillämpas. I 2 kap. 11 § 3 p LOU stadgas att förhandlad upphandling utan annonsering får tillämpas om varorna på grund av ensamrätt kan tillverkas eller levereras av endast en viss leverantör. Ensamrätten här innebär att leverantören i praktiken är den enda som kan utföra beställningen¹.

Utförande av byggtreprenad

Vad avser frågan om den aktuella byggtreprenaden skall upphandlas enligt LOU, hänvisar NOU till sitt yttrande i regeringsuppdraget att klarlägga förhållandet mellan offentlig upphandling och sponsring², där myndigheten konstaterade bl.a. följande.

LOU bygger vad avser procedurreglerna på fyra grundläggande EG-direktiv³. Direktiven definierar inte hur de upphandlande enheterna ska betala för de varor, tjänster eller byggtreprenader de köper. EG-kommissionen anser emellertid att begreppet "avtal med ekonomiska villkor" ska ges en vid tolkning. Begreppet omfattar enligt kommissionen såväl alla former av ersättning som kan kvantifieras i pengar och som en upphandlande enhet åtar sig att betala till en leverantör, som alla olika sätt på vilka en leverantör, i utbyte mot ersättning, kan åta sig att ställa varor till den upphandlande enhetens förfogande, eller utföra tjänster eller bygg- och anläggningsarbeten för den upphandlande enhetens räkning⁴.

Betalningsformen är således oväsentlig för att avgöra om en offentlig upphandling ska ske och alla former av byteshandel omfattas av reglerna i EG-direktiven.

Detta bekräftas av EG-domstolens dom i mål C-399/98 Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi, där domstolens tolkning av EG-direktivet om offentlig upphandling av byggtreprenader innebär att varje form av ersättning från den upphandlande enhetens sida ska anses vara betalning, oavsett om denna skett genom kontanta medel eller genom att t.ex. efterskänka vissa avgifter. Domen innebär således att i alla fall när en upphandlande enhet köper varor, tjänster eller byggtreprenader ska reglerna om offentlig upphandling tillämpas, oavsett betalningsform för utförd leverans.

Vidare finns enligt EG-domstolens dom i mål C-44/96 Mannesmann inga undantag i EG-direktiven för upphandlingssituationer där endast en del av en aktuell upphandling omfattas av reglerna och en del faller utanför. Någon sådan

¹ Prop. 1992/93:88, sid. 77

² Dnr 2003/0039-28, Lagen om offentlig upphandling och sponsring.

³ Rådets direktiv 93/36/EEG om upphandling av varor, 93/37/EEG om upphandling av byggtreprenader, 92/50/EEG om upphandling av tjänster och 93/38/EEG om upphandling inom försörjningssektorerna.

⁴ Guide to the Community rules on public procurement of services, s. 12, Guide to the Community rules on public works contracts, sid. 12 och Guide to the Community rules on public supply contracts, s. 9.

”överviktsprincip” existerar inte vad avser beslutet huruvida en offentlig upphandling ska utföras. Den ”överviktsprincip” som finns i EG-direktiven avser förhållandet att både tjänster och varor ska upphandlas i ett sammanhang. Den upphandlande enheten ska då välja upphandlingsregler efter den typ av upphandling som är värdemässigt störst, varan eller tjänsten.

Det innebär således att den byggtreprenad som omfattas av det aktuella avtalet skall upphandlas enligt reglerna i LOU.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 28 januari 2004, i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, sektionschefen Hans Ekman, teknologie doktor Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur.kand. Andrea Sundstrand. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Andrea Sundstrand

Kristian Pedersen

DATUM
2003-12-09
ERT DATUM
2003-11-04

DIARIENR
2003/0289-29
ER BETECKNING
Mål nr 2831-03

1 (13)

Kammarrätten i Sundsvall
Rotel 5
Box 714
851 21 SUNDSVALL

Kammarrättens i Sundsvall mål nr 2831-03

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar, med stöd av 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), tillsyn över den offentliga upphandlingen.

Kammarrätten i Sundsvall har förordnat att yttrande skall inhämtas från NOU. Av kammarrättens beslut framgår att yttrandet kan avges med utgångspunkt från de rubriker som angetts i länsrättens dom. Vad gäller rubriken "Upphandlingens omfattning" bör yttrandet i förekommande fall särskilt belysa frågeställningarna kring Vägverkets begäran om prisuppgift på EU-skylt, bl.a. åtgärdens tillåtlighet samt om Aktiebolaget Scandinavian Motorcenter (SMC) lidit eller kan komma att lida skada. Av yttrandet bör vidare framgå huruvida upphandlingen sammantaget genomförts i enlighet med LOU.

Sammanfattning av NOU:s bedömning

NOU anser att upphandlingen inte kan anses omfatta den s.k. EU-skylden. Vägverkets begäran om prisuppgift för EU-skylt har därför skett i strid med 1 kap. 21 § 2 st. LOU och inneburit ett brott mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och därmed även mot kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Vägverkets begäran om prisuppgift för EU-skylt har inneburit att potentiella leverantörer kan ha lidit skada. Det är dock NOU:s uppfattning att SMC i detta avseende inte lidit eller riskerat att lida skada.

Det finns enligt NOU:s mening inget hinder mot att en upphandlande enhet på eget initiativ rättar eller omprövar sin utvärdering av inkomna anbud eller sitt tilldelningsbeslut, under förutsättning att grund för rättelse eller omprövning föreligger. Det kan enligt NOU:s mening inte anses visat, att Vägverket tagit hänsyn till någon information eller några omständigheter utöver vad som framgått av förfrågningsunderlaget och Strålfors Svenska AB:s (Strålfors) anbud. Vägverkets agerande i detta avseende strider därför enligt NOU:s mening inte mot LOU.

Kristian Pedersen

Vägverket har valt att basera anbudsutvärderingen på resultatet av tester utförda på skyltar vilkas egenskaper, i ett för upphandlingen väsentligt avseende, tillåtits avvika från egenskaperna hos de skyltar som enligt de i förfrågningsunderlaget ställda skall-kraven, skall levereras. Ett sådant förfarande är enligt NOU:s mening oförenligt med det krav på öppenhet och förutsebarhet som följer av transparensprincipen och därmed även med kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Vägverkets agerande har i denna del enligt NOU:s mening inneburit att SMC lidit skada.

Av tillgängligt material kan inte utläsas att Vägverket vid anbudsutvärderingen underlåtit att ta hänsyn till de förväntade inköpsvolymerna för respektive skylttyp. Det saknas därför enligt NOU:s mening anledning att anse att Vägverket brutit mot likabehandlingsprincipen eller kravet på affärsmässighet i detta avseende.

Materialet stödjer inte heller slutsatsen att Vägverket, i strid med likabehandlingsprincipen och kravet på affärsmässighet, givit Strålfors dispens från de krav som framgår av förfrågningsunderlaget.

Bakgrund

Av de handlingar NOU tagit del av framgår bl.a. följande. Vägverket har genomfört en öppen upphandling (enligt 2 kap. LOU) av tillverkning och distribution av registreringsskyltar. Vägverket erhöll endast två anbud, ett från Strålfors och ett från SMC. Verket har låtit Sveriges Provnings- och Forskningsinstitut AB (SP) genomföra tester av anbudsgivarnas skyltar. Efter det att testresultaten erhållits gjorde Vägverket den bedömningen att inget av de inkomna anbuden uppfyllde de i förfrågningsunderlaget ställda kraven. Vägverket beslutade därför, med åberopande av 2 kap. 10 § LOU, att övergå till förhandlad upphandling. Sedan det uppdagats att SP vid testningen av anbudsgivarnas skyltar inte tillämpat den i förfrågningsunderlaget angivna standarden, fann Länsrätten i Dalarnas län, efter det att SMC ansökt om överprövning, att Vägverket, på det underlag som fanns, inte haft rätt att övergå till förhandlad upphandling. Länsrätten förordnade därför att upphandlingen inte fick avslutas förrän Vägverket, utifrån testresultat erhållna efter tester i enlighet med den i förfrågningsunderlaget angivna standarden, utvärderat huruvida SMC:s anbud motsvarade de i förfrågningsunderlaget uppställda kraven. Vägverket har därefter begärt in prisuppgifter avseende den s.k. EU-skylden. Verket har sedan låtit genomföra tester i enlighet med den i förfrågningsunderlaget angivna standarden och efter anbudsutvärdering beslutat att anta Strålfors som leverantör. SMC har därefter på nytt ansökt om överprövning av den aktuella upphandlingen.

Kristian Pedersen

Rättslig bakgrund

LOU bygger i huvudsak på EG-direktiv i de delar som gäller upphandling över tröskelvärdena. De delar av LOU som gäller för upphandling under dessa tröskelvärden samt upphandling av bl.a. B-tjänster, oavsett värde, styrs av samma grundprinciper men bygger i sin utformning delvis på tidigare gällande svenska regler.¹ För dessa upphandlingar gäller bestämmelserna i 6 kap. LOU. Inom Världshandelsorganisationen (World Trade Organisation, WTO) finns bl.a. ett avtal om offentlig upphandling (Government Procurement Agreement, GPA). I samband med Sveriges anslutning till WTO och den tillhörande överenskommelsen GPA gjordes vissa ändringar i LOU.² LOU införlivar således både EG-direktiven om offentlig upphandling och GPA.

EG-fördraget saknar regler som specifikt rör offentlig upphandling. Däremot innehåller det grundläggande principer som är tillämpliga vid all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena. Principerna om likabehandling, inklusive icke-diskriminering, samt transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande anses följa av EG-fördragets artiklar 43, 49 och 81 och gäller således vid alla upphandlingar. EG-domstolen har i ett förhandsavgörande konstaterat att upphandlingar under tröskelvärdena faller inom gemenskapsrättens tillämpningsområde, även om de inte omfattas av upphandlingsdirektivens noggrant reglerade förfaranden.³ Upphandlande myndigheter är därför skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler även vid upphandlingar under tröskelvärdena.

EG-domstolen har vid ett flertal tillfällen, beträffande syftet med upphandlingsdirektiven uttalat att "... samordningen på gemenskapsnivå av förfarandena vid offentlig upphandling avser att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och således att skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och som önskar erbjuda varor eller tjänster åt de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat"⁴. Domstolen har vidare uttalat att syftet med direktiv 89/665/EEG (rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn) är att "... såväl på det nationella planet som på gemenskapsplanet förstärka de redan

¹ Upphandlingsförordningen (1986:366) och kommunala upphandlingsreglementen.

² Se prop. 1995/96:165, SFS 1996:433.

³ Mål C-59/00, Bent Moustén Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab. Se även mål C-324/98.

⁴ Se bl.a. mål C-380/98 The Queen mot H.M. Treasury, Ex parte: The University of Cambridge och mål C-19/00, SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo.

Kristian Pedersen

förekommande medlen för att säkerställa att gemenskapens direktiv i ämnet offentlig upphandling verkligen tillämpas”.⁵ Detta gäller enligt EG-domstolen ”... i synnerhet i ett skede då överträdelser kan korrigeras.”⁶ Det är således mot denna bakgrund som bestämmelserna i LOU skall tolkas och tillämpas.

EG-domstolen är med stöd av artikel 234 (f.d. artikel 177) i EG-fördraget behörig att tolka gemenskapsrätten, när situationen i fråga inte direkt regleras av denna rätt, men då den nationella lagstiftaren vid införlivandet av ett direktivs bestämmelser har beslutat, att rent interna situationer skall behandlas på samma sätt som de situationer som regleras i direktivet.⁷ EG-domstolen har vidare uttalat att de flesta av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven har direkt effekt.⁸

Upphandlingens omfattning m.m.

Av transparensprincipen (kravet på öppenhet och förutsebarhet), likabehandlingsprincipen och därmed även kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU, följer att en upphandlande enhet inte får efterge eller lägga till krav i förhållande till förfrågningsunderlaget. Av detta följer även att en upphandlande enhet inte, annat än i vissa undantagsfall, får tillåta att anbudsgivare förändrar sina anbud efter anbudstidens utgång.

Av 1 kap. 21 § 1 st. LOU framgår att en upphandlande enhet får medge att en anbudsgivare eller anbudssökande rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet eller ansökningen att få lämna anbud. Av andra stycket samma lagrum framgår att den upphandlande enheten också får begära att ett anbud eller en ansökan förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Vidare får den upphandlande enheten, enligt paragrafens tredje stycke, begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar intyg, skriftliga bevis och andra handlingar som getts in och som avses i 1 kap. 17 och 18 §§. Bestämmelserna i 1 kap. 21 § andra stycket LOU har sin grund i en av Rådet och EG-kommissionen gemensam förklaring. I den uttalas att förhandlingar inte är tillåtna vid öppna och

⁵ Mål C-81/98, Alcatel Austria AG m.fl., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr.

⁶ Se bl.a. mål C-249/01, Werner Hackermüller mot Bundesimmobiliengesellschaft mbH och Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG.

⁷ Mål C-28/95, A. Leur-Bloem mot Inspecteur de Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam.

⁸ Se bl.a. mål C-76/97, Walter Tögel mot Niederösterreichische Gebietskrankenkasse och mål C-258/97 Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mot Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft.

Kristian Pedersen

selektiva förfaranden. ”Emellertid får diskussioner föras med anbudssökandena eller anbudsgivarna, men enbart i syfte att klargöra eller komplettera anbuden eller kraven från de upphandlande myndigheterna, och under förutsättning att detta ej medför diskriminering.”⁹ Uttalandet har ansetts gälla för samtliga direktiv inom den klassiska sektorn.

Generaladvokat Lenz har i ett förslag till avgörande anfört bl.a. följande beträffande begreppen ”förtydligande” (precisering) respektive ”komplettering”. ”Från semantisk utgångspunkt anser jag att termen ’precisera’, som används i rådets och kommissionens gemensamma förklaring, måste förstås i meningen att lämna detaljuppgifter som gör det möjligt att mer klart beskriva föremålet det handlar om, eller att med större exakthet definiera föremålet. Vad gäller den andra termen i det gemensamma uttalandet, nämligen ’komplettera’, ser jag det som att inkomma med kompletterande uppgifter som tidigare inte varit tillgängliga. De två termerna har det gemensamt att det inte handlar om att ersätta tidigare uppgifter, utan tvärtom konkretisera dem på ett eller annat sätt. Denna reflektion att varken preciseringar eller kompletteringar har till följd att tidigare fakta ersätts av nya, stöds av den objektiva reflektionen att möjligheten att byta ut vissa uppgifter potentiellt kan missgynna andra anbudsgivare.”¹⁰

Skillnaden mellan 1 kap. 21 § första och andra stycket är enligt NOU:s mening att det första stycket medger att tidigare fakta ersätts med nya, dock endast om den ursprungliga informationen är uppenbart felaktig och inte innebär att innehållet i anbudet väsentligen ändras. I andra stycket avses med förtydligande eller kompletteringar endast att tidigare lämnade uppgifter konkretiseras, d.v.s. inte att tidigare lämnade uppgifter ändras eller ersätts av nya uppgifter.¹¹ Det är således inte möjligt att, genom att begära in kompletterande uppgifter från anbudsgivarna, utöka upphandlingens omfattning till att avse sådant som inte enligt uttrycklig uppgift i förfrågningsunderlaget omfattas av upphandlingen. En sådan begäran kan innebära såväl konkurrensbegränsning som särbehandling av vissa leverantörer, såtillvida att det aldrig sker någon annonsering av de delar med vilka upphandlingen utökats. En leverantör, som avstått från att lämna

⁹ OJ L111 30.4.94, p. 114.

¹⁰ Förslag till avgörande i mål C-87/94 Europeiska kommissionen mot Konungariket Belgien, REG [1996] sid. I-02043.

¹¹ I 6 kap. 8 § LOU återfinns motsvarande bestämmelser som i 1 kap. 21 § första och andra stycket LOU, för upphandling under tröskelvärdena, upphandling av B-tjänster, försvarsprodukter m.m. Det är NOU:s uppfattning att de ifrågavarande bestämmelserna i 1 respektive 6 kap. LOU, som fått samma språkliga utformning, skall tolkas på ett enhetligt sätt.

Kristian Pedersen

anbud på de villkor som framgår av förfrågningsunderlaget, men som hade varit intresserad av att lämna anbud om han vetat att de delar som upphandlingen utökats med skulle komma att ingå, diskrimineras i ett sådant fall i förhållande till en leverantör som lämnat anbud och som sedan ges möjlighet att inkomma med ytterligare uppgifter.

NOU:s bedömning

Av Vägverkets förfrågningsunderlag framgår under rubriken "Omfattning" att upphandlingen omfattar "tillverkning och distribution av registreringsskyltar". I förfrågningsunderlaget förekommer också under rubriken "Specifisering av registreringsskyltar" formuleringen "[u]pphandlingen omfattar följande befintliga skyltar", varpå följer en uppräknig av nio olika typer av registreringsskyltar. Därefter anges att "[u]nder avtalsperioden kan även den så kallade EU-skylden tillkomma." Under rubriken "Utvärderingsmetod" framgår vidare att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas. Bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga skall enligt förfrågningsunderlaget göras med hänsyn till två utvärderingskriterier, angivna i angelägenhetsgrad med den viktigaste först, nämligen det totala priset för tillverkning av registreringsskylt respektive registreringsskyltens kvalitet i enlighet med förfrågningsunderlagets krav och utförda kvalitetstester. I de bilagor till förfrågningsunderlaget, vilka utgör den tekniska beskrivningen av föremålet för upphandlingen, återfinns samtliga de nio befintliga typer av registreringsskyltar som anges under rubriken "Specifisering av registreringsskyltar". Däremot saknas teknisk beskrivning av den s.k. EU-skylden. Under rubriken "Kvalitetstester" framgår följande. "För att en objektiv bedömning skall kunna göras av inlämnade anbud kommer Vägverket att låta oberoende prövningsinstitut genomföra kvalitetstester av skyltarna". Till anbudet skall därför fogas provexemplar av de olika skylttyperna. Inte heller i den därefter följande uppräknigen av provskyltar som skall bifogas återfinns EU-skylden.

NOU anser, till skillnad från länsrätten, inte att det framgår av förfrågningsunderlaget, att upphandlingen omfattar samtliga registreringsskyltar som skall tillhandahållas på den svenska marknaden under avtalsstiden. Den utformning förfrågningsunderlaget fått, ger enligt NOU:s mening vid handen att endast de nio under rubriken "Specifisering av registreringsskyltar" uppräknade typerna av registreringsskyltar omfattas. Denna slutsats stöds också av det faktum att det i förfrågningsunderlaget och de därtill hörande bilagorna inte finns någon teknisk beskrivning av EU-skylden. Även det faktum att inga provexemplar av EU-skylden skall skickas in för testning talar, eftersom utvärderingen till icke obetydlig del skall baseras på genomförda tester, för att EU-skylden inte omfattas av den

Kristian Pedersen

aktuella upphandlingen. Att det av förfrågningsunderlaget framgår att "[u]nder avtalsperioden kan även den så kallade EU-skylden tillkomma" kan mot denna bakgrund, enligt NOU:s mening, uppfattas som en allmän upplysning om att Vägverket kan komma att behöva upphandla EU-skyldar separat under avtalsperioden. Det förefaller långsökt att anse att EU-skylden omfattas av upphandlingen trots att den inte omfattas av den av Vägverket valda utvärderingsmodellen.

Eftersom det, som nämnts ovan, inte är möjligt att utöka upphandlingens omfattning genom att begära in kompletterande uppgifter från anbudsgivarna är det NOU:s uppfattning att Vägverkets begäran om prisuppgift för EU-skyld skett i strid med 1 kap. 21 § 2 st. LOU och inneburit ett brott mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen, och därmed även mot kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU.

Otillåtna kontakter

Det finns enligt NOU:s mening inget hinder mot att en upphandlande enhet på eget initiativ rättar eller omprövar sin utvärdering av inkomna anbud eller sitt tilldelningsbeslut, under förutsättning att grund för rättelse eller omprövning föreligger. Det torde inte heller finnas något hinder mot att rättelse eller omprövning sker med anledning av att en anbudsgivare uppmanat den upphandlande enheten att vidta rättelse eller omprövning. Om en leverantör i samband med en sådan uppmaning inkommer med uppgifter utöver vad som tidigare lämnats i anbudet eller en komplettering som sker i enlighet med 1 kap. 21 § 2 st. LOU, får den upphandlande enheten dock inte beakta dessa uppgifter vid rättelsen eller omprövningen. Rättelse eller omprövning får inte göras i syfte att kringgå bestämmelserna i upphandlingsdirektiven och LOU och därmed gynna viss leverantör, eller så att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna träds förnär.

NOU:s bedömning

I enlighet med vad som ovan anförts är det NOU:s uppfattning att Vägverket haft laglig möjlighet att ompröva sitt tidigare ställningstagande, att Strålfors anbud inte uppfyllde skall-kraven. Strålfors har, i samband med att bolaget uppmanat Vägverket att ompröva sitt tidigare ställningstagande, skickat en DVD till Vägverket. Av de handlingar som NOU tagit del av kan dock inte utläsas att Vägverket tillmätt materialet på denna DVD någon betydelse vid den förnyade anbudsutvärderingen. Det kan enligt NOU:s mening inte heller i övrigt anses visat, att Vägverket i strid med LOU tagit hänsyn till någon information eller några omständigheter utöver vad som framgått av förfrågningsunderlaget och Strålfors anbud.

Kristian Pedersen

Skall-kraven

Att lägga till eller efterge krav i förhållande till förfrågningsunderlaget får, som ovan nämnts, anses strida mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och därmed även kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Det finns dock, enligt NOU:s mening, normalt sett inget hinder mot att ställa krav på föremålet för upphandlingen, vilka inte behöver vara uppfyllda vid anbudslämnandet utan först vid fullgörande av kontraktet. En motsatt tolkning skulle leda till att endast leverantörer som vid tidpunkten för anbudslämnande har tillgång till nödvändig maskinutrustning, personal etc. skulle kunna lämna anbud, trots att även andra leverantörer skulle kunna anskaffa såväl utrustning som personal om de tilldelades det aktuella kontraktet. En sådan tolkning skulle enligt NOU:s mening inte bara leda till en onödig begränsning av konkurrensen, utan även vara samhällsekonomiskt olämplig, eftersom samtliga anbudsgivare skulle vara tvungna att bygga upp eller frigöra produktionskapacitet för att kunna lämna anbud, trots att endast en av dem skulle komma att få användning av denna produktionskapacitet.

I de fall då den upphandlande enheten begär in varuprover för testning, kan det dock finnas anledning att göra en annan bedömning. NOU anser att syftet med att begära in varuprover normalt skulle förfelas, om varuproverna skulle tillåtas vara av annan beskaffenhet än de produkter som skall levereras. Om den slutliga produkten har andra egenskaper än de varuprover som begärts in för testning, kan det inte uteslutas att den slutliga produkten avviker från varuproverna i något avseende som varit väsentligt vid testningen. I de fall då inte något annat uttryckligen angivits i förfrågningsunderlaget, bör anbudsgivare kunna utgå från att de krav som ställts på den produkt som skall levereras även gäller de varuprover som skall skickas in, särskilt i de fall då utvärderingen av anbuden helt eller delvis skall baseras på resultatet av tester utförda på varuproverna. Ett motsatt synsätt skulle innebära att en anbudsgivare inte på förhand skulle kunna bilda sig en uppfattning om vilka krav på produkten som måste vara uppfyllda vid anbudslämnande och vilka krav som inte behöver vara uppfyllda förrän vid fullgörande av kontraktet. Att basera anbudsutvärderingen på resultatet av tester utförda på varuprover, vilkas egenskaper avviker från egenskaperna hos den produkt som slutligen skall levereras kan därför enligt NOU:s mening normalt inte anses förenligt med det krav på öppenhet och förutsebarhet som följer av transparensprincipen. Ett sådant beteende kan också utgöra en källa till godtycke och diskriminering, eftersom varuprover från vissa leverantörer skulle kunna godkännas, trots att de inte uppvisade förväntade resultat, medan andra varuprover inte skulle godkännas.

Kristian Pedersen

NOU:s bedömning

Av Vägverkets förfrågningsunderlag framgår under rubriken ”3.2.1 Utvärderingsmetod” bl.a. att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas, varvid hänsyn skall tas till ”[d]et totala priset för tillverkning av registreringsskylt” samt ”[r]egistreringsskyltens kvalitet i enlighet med förfrågningsunderlagets krav och utförda kvalitetstester (kvalitet).” Därefter framgår under rubriken ”3.5 Förfrågningsunderlagets skall-krav och bör-krav” följande. ”Kraven i förfrågningsunderlaget är formulerade som skall- och bör-krav. Skall-krav är samtliga ’skall’ i förfrågningsunderlaget och bör-krav är motsvarande samtliga ’bör’. Skall-kraven måste vara uppfyllda för att anbudet skall kunna värderas.” Under rubriken ”5 Krav på registreringsskylt” framgår vidare att ”[a]nbudsgivare skall bekräfta – om han antas som leverantör – att tillverkning kommer att ske enligt nedanstående krav på registreringsskyltar.” Under rubriken ”5.1.1 Utformning av skyltar framgår bl.a. att ”[s]kyltarnas olika utförande, mått, färg, reflektion, typsnitt etc, framgår av bilagor 1-9.” Av nämnda bilagor framgår att samtliga skyltar har reflekterande botten. Under rubriken ”5.4 Hållfasthet” framgår bl.a. att ”[u]r övervakningssynpunkt, synbarhetskravet, är färgen samt reflektionsförmågan på skyltarna av avgörande betydelse.” Under rubriken ”5.5 synlighet och reflektionsförmåga” framgår vidare bl.a. att ”[s]tor vikt läggs vid registreringsskyltens synlighet samt reflektionsförmåga i både dagsljus och mörker.”

Under rubriken ”6 Kvalitetstester” anges hur de tester, vilka skall ligga till grund för utvärderingen, skall utföras. Vidare anges bl.a. följande. ”Som utgångspunkt för testernas genomförande har SS-ISO7591 använts. På grund av att denna standard bedömts vara otillräcklig har vissa tester lagts till samt vissa standardtester modifierats. Av den nedanstående beskrivningen av tester framgår det vilka testmoment som lagts till samt vilka som modifierats.” Av nämnda beskrivning av tester framgår att testerna ”Reflektionsförmåga” och ”Lokala variationer av reflektionsförmåga” skall genomföras i enlighet med standarden.

Av Sveriges Provnings- och Forskningsinstitut (SP) rapport (aktbilaga 18 i länsrättens akt) framgår att den använda standarden endast har krav på reflektionsförmåga beträffande vita och gula skyltar. Standarden innehåller således inget krav på reflektionsförmåga beträffande blå, gröna och röda skyltar. Av rapporten framgår vidare att Strålfors ”[r]öda skyltar saknar röd reflektionsförmåga, texten hos dessa reflekterar med vitt ljus.”

NOU tolkar, mot denna bakgrund, Vägverkets förfrågningsunderlag enligt följande. Utvärderingen av anbudet skall ske dels med hänsyn till det totala priset för tillverkning av registreringsskylt och dels, med hänsyn till

Kristian Pedersen

registreringsskyltens kvalitet i enlighet med förfrågningsunderlagets krav och utförda kvalitetstester. Vägverket får enligt NOU:s mening anses ha uppställt ett skall-krav på att anbudsgivare skall bekräfta att tillverkning kommer att ske enligt nedanstående krav på registreringsskyltar, d.v.s. att registreringsskyltarna *vid leverans* kommer att uppfylla de i förfrågningsunderlaget ställda kraven, däribland kravet att samtliga skyltar skall ha reflekterande botten. Den standard som legat till grund för de kvalitetstester, vilka i sin tur legat till grund för anbudsutvärderingen, innehåller dock inget krav på reflektion för blå, gröna och röda skyltar. Detta får enligt NOU:s mening förstås så att Vägverket inte uppställt som skall-krav att de blå, gröna och röda skyltar, som anbudsgivarna skulle skicka in för testning, skulle ha reflekterande botten.

Vägverket har således valt att basera anbudsutvärderingen på resultatet av tester utförda på skyltar vilkas egenskaper, i ett för upphandlingen väsentligt avseende, tillåtit avvika från egenskaperna hos de skyltar som enligt de i förfrågningsunderlaget ställda skall-kraven, skall levereras. Ett sådant förfarande är, som ovan nämnts, enligt NOU:s mening normalt sett oförenligt med det krav på öppenhet och förutsebarhet som följer av transparensprincipen och därmed även med kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU.

Övrigt och avslutning

Av 1 kap. 22 § LOU framgår att en upphandlande enhet skall anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som har lägst anbudspris. Dessa bestämmelser får anses ha sin grund i det krav på lika och rättvis behandling som följer av likabehandlingsprincipen och kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. För att en upphandlande enhet i detta avseende skall kunna leva upp till de krav som följer av LOU, krävs att den utvärderingsmodell som används är ägnad att ge ett rättvisande resultat, d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt eller, i förekommande fall, har lägst anbudspris antas. Om en upphandling innehåller flera olika typer av produkter som skall prissättas var för sig, bör de förväntade inköpsvolymerna för respektive typ av produkt enligt NOU:s mening återspeglas i utvärderingen av anbuden. Om inte hänsyn tas till förväntade inköpsvolymerna, kan en anbudsgivare som i sitt anbud lämnat det ekonomiskt mest förmånliga anbudet eller lägsta priset beträffande de produkter som skall anskaffas i stor volym, förlora upphandlingen på grund av att han lämnat ett ekonomiskt mindre förmånligt anbud eller högre pris beträffande produkter som endast skall anskaffas i liten volym, trots att han i praktiken totalt sett lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller anbudet med det lägsta priset.

Kristian Pedersen

Likabehandlingsprincipen och kravet på affärsmässighet innebär vidare, som ovan nämnts, att en upphandlande enhet inte får frångå ställda krav. Av detta följer även att en upphandlande enhet inte får ge någon anbudsgivare dispens från de krav på föremålet för upphandlingen, vilka framgår av förfrågningsunderlaget.

NOU:s bedömning

Av Vägverkets förfrågningsunderlag framgår under rubriken ”3.2.1.3 Viktning” att priset skall viktas med 75% och att kvaliteten skall viktas med 25%. Att så också har skett vid utvärderingen av anbudet framgår av den kalkyl för anbudsutvärdering som framgår av bilaga 1 till Vägverkets tilldelningsbeslut. Av handlingarna i ärendet kan emellertid inte utläsas att Vägverket vid anbudsutvärderingen underlåtit att ta hänsyn till de förväntade inköpsvolymerna för respektive skylttyp. Tillgängligt material visar således inte att Vägverket brutit mot likabehandlingsprincipen eller kravet på affärsmässighet i detta avseende.

Materialet stödjer inte heller slutsatsen att Vägverket, i strid med likabehandlingsprincipen och kravet på affärsmässighet, givit Strålfors dispens från de krav som framgår av förfrågningsunderlaget.

NOU har ovan, under rubrikerna ”Upphandlingens omfattning” respektive ”Skall-kraven”, konstaterat att Vägverket brutit mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och därmed även kravet på affärsmässighet. Eftersom Vägverkets agerande således inneburit att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten trätts förnär, saknas enligt NOU:s mening anledning att ta ställning till det som i länsrättens dom anförs beträffande Regeringsrättens avgörande RÅ 2002 ref 50.

Skadebedömning

Av 7 kap. 1 § LOU framgår att en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf. Om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten enligt 7 kap. 2 § besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Hentze och Sylvén skriver i kommentar till LOU att uttrycket ”skada” inte avser ”... ekonomisk skada i den bemärkelse som gäller för skadestånd enligt 7 kap. 6 § LOU. Direktiven anger ’has been or risks being harmed’. Det engelska uttrycket ’harm’ betyder den typ av ’skada’ som står i motsats till

Kristian Pedersen

'nytta'. [...] Överprövning avser, enligt vår uppfattning, istället ett icke finansiellt avhjälpande, vilket även stöds av Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 904. En leverantör skall ha rätt till rättslig hjälp när den upphandlande enheten genom brott mot LOU förhindrar leverantören att vara med att delta på ett rättvist sätt eller helt och hållet."¹²

NOU:s bedömning

NOU har ovan konstaterat att Vägverkets begäran om prisuppgift för EU-skylt skett i strid med 1 kap. 21 § 2 st. LOU och inneburit ett brott mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen, och därmed även mot kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU.

Det kan enligt NOU:s mening inte uteslutas att leverantörer som avstått från att lämna anbud på de villkor som framgår av förfrågningsunderlaget, skulle ha varit intresserade av att lämna anbud om de vetat att EU-skylden skulle komma att ingå i upphandlingen, t.ex. för att de redan bedriver tillverkning av EU-skyltar i någon annan medlemsstat. Det kan därför inte heller uteslutas att Vägverkets agerande varit till skada för en sådan leverantör. SMC har emellertid lämnat anbud i den aktuella upphandling och därför givits samma möjlighet som Strålfors att inkomma med prisuppgift för EU-skylt. Av länsrättens dom framgår att Vägverket obestritt uppgett att de begärda uppgifterna inte påverkat utgången i upphandlingen. Av det material NOU tagit del av kan inte heller utläsas att så skulle ha skett. Vägverkets begäran om prisuppgift för EU-skylt har således enligt NOU:s mening inte inneburit att SMC lidit eller riskerat att lida skada.

NOU har även ovan konstaterat att Vägverket valt att basera anbudsutvärderingen på resultatet av tester utförda på skyltar vilkas egenskaper, i ett för upphandlingen väsentligt avseende, tillåtits avvika från egenskaperna hos de skyltar som enligt de i förfrågningsunderlaget ställda skall-kraven, skall levereras. NOU har vidare konstaterat att ett sådant förfarande normalt sett är oförenligt med det krav på öppenhet och förutsebarhet som följer av transparensprincipen och därmed även med kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU.

Det är i målet ostridigt att Strålfors röda skyltar i de tester som utförts av SP visat sig sakna röd reflektionsförmåga. Det är likaledes ostridigt att samtliga SMC:s skyltar i testning visat sig vara reflekterande. Om Vägverket inte, i strid med transparensprincipen och kravet på affärsmässighet, baserat anbudsutvärderingen på tester av skyltar, vilka i ett för upphandlingen

¹² Hentze & Sylvé, *Offentlig upphandling*, Norstedts Juridik AB 1998, upplaga 1:2, sid. 348.

Kristian Pedersen

väsentligt avseende tillåtits avvika från de skyltar som enligt förfrågningsunderlaget slutligen skulle levereras, skulle SMC:s anbud varit det enda anbud som uppfyllde samtliga ställda krav. Vägverkets brott mot LOU har således, enligt NOU:s mening, inneburit att SMC lidit skada.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 9 december 2003 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, sektionschefen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke, rättsakkunnige Gunilla Hulting, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Kristian Pedersen. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt de direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Kristian Pedersen

Kristian Pedersen

DATUM
2003-09-25
ERT DATUM
2003-06-24

DIARIENR
2003/0229-29
ER BETECKNING
Mål nr T 1289-03

1 (15)

Högsta domstolen
Box 2066
103 12 STOCKHOLM

Högsta domstolens mål nr T 1289-03

Högsta domstolen har förelagt Nämnden för offentlig upphandling (NOU) att avge ett yttrande i rubricerade mål. Högsta domstolen har inte närmare angivit några särskilda frågor som NOU skall yttra sig över.

Sammanfattning av NOU:s bedömning

NOU anser att Vägverket i förfrågningsunderlaget tillräckligt klart markerat att de två huvuddelarna i den aktuella upphandlingen varit åtskilda från varandra och att två upphandlingskontrakt kunde komma att tilldelas. Det har därför inte förelagat något hinder mot att dela upp upphandlingen på det sätt som skett och att ingå separata upphandlingskontrakt för varje huvuddel för sig.

NOU delar tingsrättens och hovrättens uppfattning att beslutet att tilldela Vägverket Produktion den ena delen av uppdraget i praktiken innebar att upphandlingen avbrutits i denna del, eftersom Vägverket formellt sett valde att utföra uppdraget genom egenregiverksamhet, och således inte tilldelat ett offentligt upphandlingskontrakt till någon utanför den egna juridiska personen.

NOU anser att Vägverket, genom att inte följa sitt eget förfrågningsunderlag vid utvärderingen, brutit mot de principer som ligger till grund för offentlig upphandling.

1 Bakgrund

I tingsrättens dom i målet, vilken fastställts av hovrätten, anges bl.a. följande. ”Genom anbudsförfrågan den 5 maj 1999 begärde Vägverket, genom Vägverket Region Mitt (Region Mitt), in anbud på undervattensinspektioner av broar. I förfrågningsunderlaget ingick

Kristian Pedersen

upphandlingsföreskrifter. Enligt dessa gällde lagen om offentlig upphandling (LOU) för upphandlingen. Hübinette Dykentreprenad (Hübinette) och Vägverket Produktion Nord (Vägverket Produktion) var de två anbudsgivare som Region Mitt slutligen valde mellan. Anbudet avsåg två huvuddelar. Region Mitt antog Hübinettes anbud avseende den ena delen och Vägverket Produktions anbud avseende den andra delen.” Tingsrätten har valt att ta upp ”... frågorna om uppdraget varit möjligt att dela upp på sätt som skett och om valet av Vägverket Produktion som uppdragstagare inneburit att Vägverket i den delen avbrutit upphandlingen och istället utfört uppdraget i egen regi.” NOU utgår från de av tingsrätten ställda frågorna. NOU uppmärksammar därutöver frågan om möjligheterna till rättslig prövning av en upphandlande enhets beslut att avbryta en påbörjad upphandling.

2 Rättslig bakgrund

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) bygger i huvudsak på EG-direktiv i de delar som gäller upphandling över tröskelvärdena. De delar av LOU som gäller för upphandling under dessa tröskelvärden samt upphandling av bl.a. B-tjänster, oavsett värde, styrs av samma grundprinciper men bygger i sin utformning delvis på tidigare gällande svenska regler.¹ För dessa upphandlingar gäller bestämmelserna i 6 kap. LOU. Inom Världshandelsorganisationen (World Trade Organisation, WTO) finns bl.a. ett avtal om offentlig upphandling (Government Procurement Agreement, GPA). I samband med Sveriges anslutning till WTO och den tillhörande överenskommelsen GPA gjordes vissa ändringar i LOU.² LOU införlivar således både EG-direktiven om offentlig upphandling och GPA.

EG-fördraget saknar regler som specifikt rör offentlig upphandling. Däremot innehåller det grundläggande principer som är tillämpliga vid all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena. Principerna om likabehandling inklusive icke-diskriminering samt transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande anses följa av EG-fördragets artiklar 43, 49 och 81 och gäller således vid alla upphandlingar. EG-domstolen har i ett förhandsavgörande konstaterat att upphandlingar under tröskelvärdena faller inom gemenskapsrättens tillämpningsområde, även om de inte omfattas av upphandlingsdirektivens

¹ Upphandlingsförordningen (1986:366) och kommunala upphandlingsreglementen.

² Se prop. 1995/96:165, SFS 1996:433.

Kristian Pedersen

noggrant reglerade förfaranden.³ Upphandlande myndigheter är därför skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler även vid upphandlingar under tröskelvärdena. EG-domstolen har vid ett flertal tillfällen, beträffande syftet med upphandlingsdirektiven uttalat att "... samordningen på gemenskapsnivå av förfarandena vid offentlig upphandling avser att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och således att skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och som önskar erbjuda varor eller tjänster åt de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat"⁴. Domstolen har vidare uttalat att syftet med direktiv 89/665/EEG (rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn) är att "... såväl på det nationella planet som på gemenskapsplanet förstärka de redan förekommande medlen för att säkerställa att gemenskapens direktiv i ämnet offentlig upphandling verkligen tillämpas"⁵. Det är således mot denna bakgrund som bestämmelserna i LOU skall tolkas och tillämpas.

EG-domstolen är med stöd av artikel 234 (f.d. artikel 177) i EG-fördraget behörig att tolka gemenskapsrätten, när situationen i fråga inte direkt regleras av denna rätt, men då den nationella lagstiftaren vid införlivandet av ett direktivs bestämmelser har beslutat, att rent interna situationer skall behandlas på samma sätt som de situationer som regleras i direktivet.⁶ EG-domstolen har vidare uttalat att de flesta av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven har direkt effekt.⁷

3 Uppdelning av en upphandling

Utöver bestämmelser om att en upphandling inte får delas upp i syfte att tröskelvärdet skall underskridas⁸ innehåller LOU inga bestämmelser som specifikt reglerar under vilka förutsättningar en upphandling får delas upp i

³ Mål C-59/00, Bent Moustén Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab. Se även mål C-324/98.

⁴ Se bl.a. mål C-380/98 The Queen mot H.M. Treasury, Ex parte: The University of Cambridge och mål C-19/00, SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo.

⁵ Mål C-81/98, Alcatel Austria AG m.fl., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr.

⁶ Mål C-28/95, A. Leur-Bloem mot Inspecteur de Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam.

⁷ Se bl.a. mål C-76/97, Walter Tögel mot Niederösterreichische Gebietskrankenkasse och mål C-258/97 Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mot Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft.

⁸ 2 kap. 4 §, 3 kap. 2 §, 4 kap. 13 § och 5 kap. 8 § LOU. Då 6 kap. LOU reglerar upphandling under tröskelvärdena respektive upphandling av B-tjänster oavsett värde innehåller detta kapitel av förklarliga skäl inte någon motsvarande bestämmelse.

Kristian Pedersen

flera delar. NOU anser att den upphandlande enheten mot bakgrund av sina behov får bestämma att fler än ett kontrakt skall tilldelas. Det skall dock anges i förfrågningsunderlaget huruvida detta kan bli aktuellt. Enligt NOU:s mening följer det av principen om transparens att en leverantör, redan när han utformar sitt anbud, skall kunna göra sig en rättvisande bild av hur omfattande det kontrakt han bjuder på är. I detta ingår inte minst att kunna bedöma sannolikheten av att ett eller flera kontrakt kommer att tilldelas. Regeringsrätten har uttalat att det i kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU "... får anses ligga att ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens."⁹

Vidare har Kammarrätten i Sundsvall meddelat dom i ett mål rörande s.k. kombinatoriska anbud. Ett kombinatoriskt anbud innebär i princip att i en upphandling som är uppdelad i flera delar läggs, förutom anbud på varje del, även anbud på en eller flera övriga delar av uppdraget. Kammarrätten uttalade i domen att "[a]vsaknaden av bestämmelser i LOU om kombinationsanbud medför enligt kammarrättens mening att kraven på likabehandling och transparens bäst tillgodoses genom att en upphandlande enhet får anta ett anbud från en anbudsgivare som lämnar ett kombinationsanbud bara om möjligheten härtill uttryckligen angetts i förfrågningsunderlaget och således varit känt för samtliga anbudsgivare."¹⁰ Kammarrätten konstaterade därefter att den upphandlande enheten, eftersom det inte var angivet i förfrågningsunderlaget att kombinatoriska anbud var tillåtna, var förhindrad att anta ett kombinatoriskt anbud, oavsett om detta skulle ha inneburit ett lägre pris på hela upphandlingen.

Mot denna bakgrund anser NOU att det, för att en upphandling skall kunna delas upp i flera delar och för att separata upphandlingskontrakt skall kunnas ingås för var och en av dessa delar, tydligt måste framgå av förfrågningsunderlaget att upphandlingen avser flera, från varandra klart avskiljbara delar. För att tillgodose kravet på transparens, och för att ge anbudsgivarna rimliga möjligheter att korrekt prissätta sina anbud, bör det även av förfrågningsunderlaget tydligt framgå huruvida separata upphandlingskontrakt kan komma att ingås för olika delar av upphandlingen och, om så är fallet, en uppmaning att vid sidan av totalpriset prissätta varje del.

⁹ RÅ 2002 ref. 50.

¹⁰ Kammarrättens i Sundsvall dom den 8 april 2003 i mål nr 1157-03.

Kristian Pedersen

4 Rättslig prövning av avbrytande av upphandling

Varken LOU eller de bakomliggande upphandlingsdirektiven innehåller bestämmelser som uttryckligen reglerar under vilka omständigheter en påbörjad upphandling får avbrytas. Däremot är en upphandlande enhet som beslutat att avbryta eller att göra om en upphandling, enligt tjänstedirektivet¹¹ art. 12.2, skyldig att informera Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer om skälen för beslutet, samt att på begäran lämna samma information till anbudssökande och anbudsgivare. Motsvarande bestämmelser återfinns för svenskt vidkommande i 1 kap. 29 § LOU.

NOU har noterat att Högsta domstolen, i två tidigare domar¹², uttalat att skadeståndsskyldighet enligt LOU inte kan åläggas en upphandlande enhet för att den avbrutit ett upphandlingsförfarande. NOU har vidare noterat att Regeringsrätten i ett avgörande uttalat att LOU inte kan anses tillämplig på beslut om avbrytande av upphandling och att sådana beslut därför kan bli föremål för laglighetsprövning enligt kommunallagen.¹³

Därefter har EG-domstolen i mål C-92/00¹⁴ uttalat att de upphandlande myndigheterna är "... skyldiga att följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet när de beslutar att återkalla en anbudsinfordran." Domstolen konstaterade att ett sådant beslut omfattas av de regler som föreskrivs i direktiv 89/665 (rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn) i syfte att säkerställa att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling följs. EG-domstolen konstaterade också att "... det enligt artikel 1.1 i direktiv 89/665 krävs att ett beslut av en upphandlande myndighet att återkalla en anbudsinfordran avseende en offentlig upphandling av tjänster skall kunna vara föremål för ett överprövningsförfarande och, i förekommande fall, ogiltigförklaras av den anledningen att beslutet innebär åsidosättande av gemenskapsrätten på området för offentlig upphandling eller av de nationella regler som införlivar denna rätt." Slutligen konstaterade EG-domstolen att "... direktiv 89/665 utgör hinder för en nationell bestämmelse som innebär att prövning av huruvida ett beslut att återkalla en anbudsinfordran är rättsenligt endast skall omfatta frågan huruvida detta beslut är av godtycklig art."

¹¹ Direktiv 92/50/EEG.

¹² NJA 2001 sid. 3 och dom i mål nr T 1683-99.

¹³ RÅ 2001 ref 18.

¹⁴ Mål C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH mot Stadt Wien.

Kristian Pedersen

Domen innebär ett klagörande av rättsläget såtillvida att det numera från EG-domstolens sida klarlagts, att medlemsstaterna enligt EG-rätten är skyldiga att tillhandahålla möjlighet till rättslig prövning av en upphandlande enhets beslut att avbryta en upphandling, samt att en sådan prövning inte får begränsas till att endast avse frågan om huruvida beslutet om avbrytande varit av godtycklig art. För svensk del torde detta, enligt NOU:s mening, innebära att bestämmelserna i 7 kap. LOU, vilka införlivar direktiv 89/665/EEG, skall tillämpas även på beslut om avbrytande av upphandling. NOU har med anledning av domen uppmärksammat regeringskansliet på att behov av lagändring kan föreligga.¹⁵ För närvarande finns det dock inte några framtagna förslag på att ändra den svenska lagstiftningen beträffande avbrutna upphandlingar.

NOU har vid nämndsammanträde den 18 maj 1999 uttalat följande beträffande avbrytande av upphandling:

”NOU har i sina yttranden upprepade gånger uttalat att en upphandlande enhet bryter mot reglerna om affärsmässighet och likabehandling om den avbryter en upphandling enbart i syfte att kunna ge uppdraget till den egna verksamheten. Bedömningen blir annorlunda om enheten kan visa att det interna anbudet vid en objektiv utvärdering mot bakgrund av i förfrågningsunderlaget angivna, klart definierade och mätbara krav visat sig vara det ekonomiskt mest fördelaktiga. Jämförelser med rättsläget i Danmark och Storbritannien talar i samma riktning.

NOU, som förutom att utöva tillsyn över den offentliga upphandlingen och vaka över regelefterlevnaden, även skall verka för en effektiv offentlig upphandling, vill utöver det ovan sagda betona att ett avbrytande av en upphandling får ses som ett undantag. Den upphandlande enheten får givetvis själv avgöra om den vill konkurrensutsätta en verksamhet eller om den väljer att bedriva den i egen regi. När den upphandlande enheten väljer att påbörja en offentlig upphandling bör förfarandet vara så förberett att det med hög grad av sannolikhet kan leda till att någon av anbudsgivarna på de i förfrågningsunderlaget angivna grunderna erhåller kontraktet eller, om det är fråga om egenregi, tilldelas uppdraget. Anbudsgivarna lägger inte sällan ner avsevärda kostnader på att kunna lämna in konkurrenskraftiga anbud. De bär risken för att någon annan, inklusive den egna verksamheten, inkommer med ett mera förmånligt anbud men skall inte behöva bära risken för att anbudstävlan avbryts i strid med LOU. Kravet på förutsebarhet (transparens) förutsätter att den upphandlande enheten lämnar upplysningar om det som eventuellt kan leda till upphandlingens avbrytande, såsom den egna enhetens deltagande, osäkerhet om tilldelning av anslag m.m. En

¹⁵ NOU:s yttrande dnr 2002/0180-29.

Kristian Pedersen

upphandlande enhet bör därför inte påbörja upphandlingar enbart i syfte att testa marknaden eller att få till stånd ett förmånligare anbud från den egna enheten. Systemet med offentlig upphandling förutsätter att förfarandet uppfattas som seriöst och syftande till att genom ett upphandlingsbeslut anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller det anbud som har det lägsta priset. Bruket att avbryta upphandlingar kan leda till att leverantörer som deltagit i en eller flera avbrutna upphandlingar i framtiden helt avstår från att lämna anbud till det allmänna eller inte lägger ner arbete och kostnader på att lämna sina bästa möjliga anbud.”¹⁶

NOU:s uttalande från 1999 innebär inte att inte andra, sakliga skäl kan utgöra en godtagbar grund för att en upphandling avbryts.

EG-domstolen har, som ovan nämnts, beträffande rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn uttalat att dess syfte är att ”... såväl på det nationella planet som på gemenskapsplanet förstärka de redan förekommande medlen för att säkerställa att gemenskapens direktiv i ämnet offentlig upphandling verkligen tillämpas”¹⁷. Domstolen har vidare uttalat att ”... direktiv 89/665, enligt sjätte skälet och artikel 1.1 i detta direktiv har till syfte att säkerställa att lämpliga förfaranden finns inom alla medlemsstater, så att beslut som fattats av de upphandlande myndigheterna i strid med gemenskapsrätten avseende offentlig upphandling, eller mot nationella bestämmelser genom vilka denna rätt har införlivats, kan upphävas och ersättning kan ges till dem som skadats av dessa överträdelser. Såsom framgår av artikel 1.1 och 1.3 i detta direktiv skall de prövningsförfaranden som avses häri dels vara effektiva och skyndsamma, dels kunna åberopas av alla som har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling och som har skadats eller riskerar att skadas av en påstådd överträdelse.”¹⁸

Rättsmedelsdirektivet har således två syften. Dels skall direktivets bestämmelser skydda de leverantörer som lider eller riskerar att lida skada till följd av överträdelser av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven och dels skall direktivet garantera att upphandlingsdirektivets bestämmelser verkligen tillämpas, d.v.s. att regelverkets effektivitet upprätthålls. NOU anser att dessa syften skulle förfelas om ett beslut om avbrytande av upphandling inte skulle kunna göras till föremål för prövning enligt bestämmelserna i LOU. Högsta domstolens domar och Regeringsrättens avgörande RÅ 2001 ref. 18 tolkas av vissa upphandlande enheter så att

¹⁶ NOU:s yttrande dnr 1998/0250-26. NOU har med anledning av Högsta domstolens domar tagit upp frågan för ny diskussion vid nämndsammanträden under våren 2001 men beslutat att inte ändra det tidigare yttrandet.

¹⁷ Mål C-81/98, Alcatel Austria AG m.fl., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr.

¹⁸ Mål C-214/00, Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Spanien.

Kristian Pedersen

varken länsrätten eller tingsrätten kan pröva en avbruten upphandling.¹⁹ På senare tid finns även exempel på rättspraxis, i vilken det godtagits att en upphandlande enhet avbrutit en upphandling endast i den del i vilken den önskade leverantören inte uppfyllde samtliga ställda krav.²⁰

En upphandlande enhet som inte följt bestämmelserna i LOU skall enligt 7 kap. 6 § ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör. En anbudsgivare eller anbudssökande som deltagit i en upphandling enligt 4 kap. är vidare, enligt 7 kap. 7 § LOU, berättigad till ersättning för kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i lagen menligt har påverkat hans möjligheter att tilldelas upphandlingen. Högsta domstolen har tidigare beträffande bestämmelsen i 7 kap. 7 § LOU, trots att den enligt ordalydelsen endast gäller för upphandling inom försörjningssektorerna, uttalat att "[i] avsaknad av skäl som talar för annat får dock samma principer antas vara tillämpliga vid annan upphandling som regleras i lagen."²¹ Högsta domstolen har också tidigare funnit att det av rättsmedelsdirektiven framgår, att rätten till ersättning för en leverantör som förlorat ett kontrakt till följd av en överträdelse, inte är begränsad till vad som motsvarar de kostnader som han haft för upphandlingen, samt att LOU ger möjlighet att döma ut ersättning med ett belopp som motsvarar utebliven vinst.

NOU anser mot denna bakgrund att en leverantör som förlorat ett kontrakt till följd av att en upphandlande enhet, i strid med LOU och de bakomliggande gemenskapsrättsliga principerna, avbrutit en upphandling bör kunna erhålla skadestånd.

¹⁹ Eskil Nord anger i Karnov, kommentaren till 7 kap. 6 § LOU: "Allmänt beträffande skadeståndets funktion kan noteras att syftet bakom direktivets regler är att åstadkomma ett tryck på de upphandlande enheterna att ha korrekta förfaranden". Detta syfte skulle förfelas om en upphandlande enhet utan risk för skadestånd kunde avbryta en upphandling och sedan tilldela kontraktet till valfri leverantör. Avbrytandet av upphandlingen skulle inte kunna prövas och en leverantör som inte fått delta i den efterföljande otillåtna "direktupphandlingen" skulle ha små chanser att styrka sin skada i en sådan upphandling i vilken han inte fått möjlighet att lämna in ett anbud.

²⁰ Länsrättens i Stockholms län dom i mål nr 11521-03 E.

²¹ NJA 2000 sid. 712.

Kristian Pedersen

5 Upphandling eller utförande av uppdrag i egen regi

NOU noterar att Högsta domstolen i de två ovannämnda domarna²² konstaterat, att LOU måste anses vila på principen att det inte är fråga om upphandling när en enhet väljer att själv utföra en tjänst, s.k. egenregiverksamhet. Högsta domstolen uttalade därvid att det "[i] skilda sammanhang efter lagens tillkomst har antagits att det med hänsyn härtill inte innebär upphandling i lagens mening, om en enhet beställer varor eller tjänster från en annan enhet som ingår i samma juridiska person (se t ex SOU 1999:139 s 71). Huruvida ett sådant antagande i alla lägen är hållbart kan vara föremål för diskussion. När det gäller offentlig verksamhet kan stundom även avtal träffade inom samma juridiska person tänkas ha viss civilrättslig betydelse. Det kan i andra fall tänkas att enheterna är så fristående i förhållande till varandra att ett köp eller någon liknande transaktion dem emellan inte rimligen kan karakteriseras som ett uttryck för egenregiverksamhet utan bör falla in under upphandlingsbegreppet."

Det beskrivna synsättet skulle kunna tänkas vara tillämpligt då det är fråga om tilldelning av upphandlingskontrakt mellan enheter, som är att betrakta som olika upphandlande enheter inom samma juridiska person. Avgörande för om en transaktion är att betrakta som offentlig upphandling torde vara huruvida tjänstens tillhandahållande eller varuleveransen förutsätter en civilrättslig avtalsreglering. Något behov att sluta ett kontrakt med en utomstående uppkommer inte om leveranserna kan tillförsäkras genom överenskommelse med egen regiverksamhet eller sådant organ som på grund av sin anknytning till beställaren de facto kan jämföras med egen regi.

EG-domstolen har beträffande varudirektivets tillämpningsområde uttalat att "... detta direktiv är tillämpligt när en upphandlande myndighet, såsom en lokal myndighet, avser att skriftligen ingå ett oneröst avtal om leverans av varor med en i formellt hänseende fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet, oavsett huruvida denna enhet själv är en upphandlande myndighet."²³

EG-domstolen har vidare beträffande frågan om möjligheterna för upphandlande enheter att utan föregående upphandling ingå avtal med närstående organ uttalat att den "... medgett ett undantag från att tillämpa direktiven om offentlig upphandling. Undantaget, kallat In House Providing,

²² NJA 2001 sid. 3 och dom i mål nr T 1683-99.

²³ Mål C-94/99, ARGE Gewässerschutz mot Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, p. 40.

Kristian Pedersen

avser avtal som en tilldelande myndighet ingår med vissa offentliga organ vilka är knutna till denna myndighet. Gränserna för detta undantag har klart och tydligt formulerats i bland annat dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal (REG 1999, s. I-8121), punkt 50, och av den 7 december 2000 i mål C-94/99, ARGE Gewässerschutz (REG 2000, s. I-11037), punkt 40. Av dessa domar följer att det, såvida inte annat uttryckligen har angetts, för att utgöra ett offentligt avtal i princip räcker att avtalet har ingåtts mellan en lokal myndighet och en med denna myndighet fristående person. Det kan endast förhålla sig på annat sätt om den lokala myndigheten utövar en kontroll över personen i fråga motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, samtidigt som nämnda person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den."²⁴

Om omständigheterna är sådana att det kan anses vara fråga om upphandling, är den upphandlande enheten som tilldelar kontraktet skyldig att följa inte bara de ovan beskrivna grundläggande gemenskapsrättsliga principerna, utan även de konkreta bestämmelserna i LOU. Ett anbud från en annan upphandlande enhet inom samma juridiska person skall enligt NOU:s mening behandlas på objektiva grunder i likhet med anbud lämnade av leverantörer som utgör, eller tillhör, en annan leverantör.

Begreppet upphandlande enhet definieras i 1 kap. 5 § LOU som statliga, kommunala och andra myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och landsting, sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som anges i 6 § och, såvitt avser upphandling enligt 4 och 6 kap., sådana enheter som avses i 4 kap. 1 § andra stycket och 6 kap. 1 § tredje stycket, sammanslutningar av sådana myndigheter, beslutande församlingar, bolag, föreningar, samfälligheter, stiftelser och enheter samt Svenska kyrkans församlingar och kyrkliga samfälligheter i fråga om verksamhet som bedrivs enligt begravningslagen.

Av 1 kap. 6 § LOU framgår att termen "upphandlande enhet" även innefattar sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär och vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet, eller vars upphandling står under statlig eller kommunal tillsyn eller en tillsyn av en annan upphandlande enhet, eller vars styrelse till mer än halva antalet ledamöter utses av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet. Av upphandlingsdirektiven för

²⁴ Mål C-349/97, Konungariket Spanien mot Europeiska gemenskapernas kommission, p. 204.

Kristian Pedersen

den klassiska sektorn framgår även ett krav på att en sådan organisation skall vara en juridisk person för att anses vara upphandlande enhet.²⁵

Begreppet upphandlingskontrakt definieras i 1 kap. 5 § LOU som skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling, enligt LOU, och som undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur. Samma lagrum definierar upphandling som köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster. Upphandlingsdirektiven för den klassiska sektorn definierar begreppet upphandlingskontrakt som skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en leverantör och en upphandlande myndighet.²⁶ Av tjänstedirektivet framgår att begreppet leverantör även kan omfatta offentliga organ.²⁷

6 NOU:s bedömning i det aktuella fallet

6.1 Uppdelning av upphandlingen

Av Vägverkets ”upphandlingsföreskrifter”, vilka ingår i förfrågningsunderlaget och som NOU tagit del av, framgår under rubriken ”Orientering om objektet” (UF2.1) att föremålet för upphandlingen består av två huvuddelar; ”Huvuddel 1. Undervattensinspektioner i W- och X-län” respektive ”Huvuddel 2. Undervattensinspektioner i Y- och Z-län”. Under rubriken ”Anbuds form och innehåll” anges att ”[a]nbud skall avges huvuddelarna var för sig.” Av Vägverkets förslag till upphandlingskontrakt rubricerat ”Uppdragskontrakt (Kontraktsvillkor för konsultuppdrag)” framgår vidare att detta avser utförande av undervattensinspektioner av broar i W- och X-län *alternativt* Y- och Z-län. (NOU:s kursivering).

Även om det är fråga om en enda upphandling anser NOU mot bakgrund av det ovan anförda att det tydligt framgår av förfrågningsunderlaget att upphandlingen avser två, från varandra klart avskiljbara, delar och att anbud skall avges för huvuddelarna var för sig. I förfrågningsunderlaget anges inte heller att båda delarna skulle tilldelas i samma upphandlingskontrakt eller i två kontrakt och till en och samme leverantör. Utformningen av förslaget till upphandlingskontrakt motsäger inte att Vägverket haft för avsikt att ingå två separata upphandlingskontrakt. NOU anser därför att de två huvuddelarna

²⁵ Direktiv 93/36/EEG artikel 1 (b), Direktiv 92/50/EEG artikel 1 (b) och Direktiv 93/37/EEG artikel 1 (b).

²⁶ Direktiv 93/36/EEG artikel 1 (a), Direktiv 92/50/EEG artikel 1 (a) och Direktiv 93/37/EEG artikel 1 (a). Språkbruket skiljer sig något åt mellan direktiven men den avsedda innebörden torde vara densamma.

²⁷ Direktiv 92/50/EEG artikel 1 (c).

Kristian Pedersen

varit så klart åtskilda från varandra att det inte förelegat något hinder mot att dela upp den aktuella upphandlingen på det sätt som skett och att ingå separata upphandlingskontrakt för de två huvuddelarna.

6.2 Vägverkets avbrytande av upphandlingen

NOU vill beträffande avbrytande av upphandling anföra följande. Om beslutet att avbryta upphandlingen grundar sig på att de externa anbuderna befunnits vara mindre förmånliga än det som offererats av en enhet inom den egna juridiska personen, bör ett sådant beslut följa de i förfrågningsunderlaget angivna grunderna och bestämmelserna i LOU. En motsatt ordning skulle nämligen öppna för godtycke, vilket i förlängningen skulle kunna innebära att syftet med upphandlingsdirektiven äventyras.

Vägverket Produktion har tilldelats det aktuella uppdraget trots att Vägverket Produktion inte uppfyllde alla de i förfrågningsunderlaget uppställda kraven och endast med motiveringen lägsta anbudspris, vilket inte motsvarar den i förväg angivna utvärderingsgrunden.

Av de ”upphandlingsföreskrifter” vilka ingår i förfrågningsunderlaget och som NOU tagit del av framgår under rubriken ”Värderingsgrunder vid prövning av anbud” (UF6.2) följande. ”Anbudsprövningen kommer att ske på affärsmässiga grunder. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas. Konsulten skall presentera en kvalitetsplan för uppdraget. Av denna skall framgå: -organisation med kvalitetsansvarig, -rutiner för egenkontroll, -dokumentation av egenkontroll, -inspektionsförrättare”. Den valda formuleringen samt det faktum att texten placerats under rubriken ”Värderingsgrunder vid prövning av anbud” ger enligt NOU:s mening intryck av att det anbud skulle komma att antas, som var det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till de i kvalitetsplanen ingående punkterna, d.v.s. organisation med kvalitetsansvarig, rutiner för egenkontroll, dokumentation av egenkontroll samt inspektionsförrättare. Av beslutsprotokollet framgår emellertid under rubriken ”4. Beslut och motivering” på raden ”Motivering” endast att ”[a]nbudet har det lägsta anbudspriset”. Trots att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, enligt förfrågningsunderlaget skulle komma att antas, förefaller Vägverket således endast ha utvärderat anbudens pris. Någon utvärdering mot bakgrund av de i förfrågningsunderlaget ställda kraven förefaller således inte ha genomförts. NOU:s uppfattning är därför att Vägverket inte kan anses ha visat att Vägverket Produktions anbud, vid en objektiv utvärdering mot bakgrund av de i förfrågningsunderlaget ställda kraven, varit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Kristian Pedersen

Efter kvalificeringsfasen återstod vid anbudsutvärderingen endast Hübinettes respektive Vägverket Produktions anbud. Vägverket Produktions anbud innehöll emellertid inte någon kvalitetsplan. En objektivt utförd anbudsutvärdering på de i förfrågningsunderlaget angivna grunderna, hade därför lett till slutsatsen att Vägverket Produktions anbud inte uppfyllde de i förfrågningsunderlaget ställda kraven och därför inte kunde anses vara det ekonomiskt mest fördelaktiga av de två anbuden. Vägverket har i detta läge använt sig av en annan tilldelningsgrund, nämligen att kontrakt tilldelades den vars anbud hade lägst pris. Vägverket har därmed brutit mot de krav på affärsmässighet och likabehandling, vilka följer av bestämmelserna i 1 kap. 4 § LOU. Vägverkets agerande har inneburit att HübINETTE kan ha lidit skada.

6.3 Upphandling eller utförande av uppdrag i egen regi

Det råder enligt NOU:s mening ingen tvekan om att Vägverket, i egenskap av statlig myndighet, är en upphandlande enhet i den mening som avses i 1 kap. 5 § LOU. Det torde knappast heller kunna ifrågasättas att det aktuella uppdraget är att betrakta som ett "avtal med ekonomiska villkor" och att det därför, om det tilldelats någon annan än en egenregiverksamhet, utgjort ett upphandlingskontrakt. Detta framgår för övrigt även av det faktum att Vägverket ansåg sig tvunget att genomföra en upphandling i enlighet med LOU för att kunna tilldela kontraktet till en utomstående leverantör. I förevarande fall torde det vara ostridigt att Vägverket och Vägverket Produktion utgör en och samma juridiska person som består av flera separata upphandlande enheter.

Vägverket Produktion ingår, enligt Vägverkets organisationshandbok, som en av fem s.k. resultatenheter i myndigheten Vägverket. Sett ur ett funktionellt perspektiv intar Vägverket Produktion, enligt NOU:s mening, en i många avseenden självständig ställning. Av organisationshandboken framgår att Vägverket Produktion, i likhet med de fyra övriga resultatenheterna, skall verka på företagsekonomisk grund, vilket bl.a. innebär att finansieringen i sin helhet skall erhållas genom intäkter från försäljning av varor och tjänster till Vägverket och utomstående. Verksamheten skall bedrivas utan subventioner från Vägverket i övrigt. Av organisationshandboken framgår även att för Vägverket Produktion gäller konkurrensneutralitet i förhållande till marknaden, vilket bl.a. innebär att allt samröre med Vägverket skall ske på affärsmässiga villkor.²⁸ NOU noterar vidare att det förekommer att Vägverket Produktion, i eget namn men i vissa

²⁸ Vägverkets organisationshandbok avsnitten 4.4.3 och 5.2.3.

Kristian Pedersen

fall under uppgivande av Vägverkets organisationsnummer, uppträder som svarande i upphandlingsmål i allmän förvaltningsdomstol.²⁹ Av de rättsfall NOU tagit del av framgår dock inte huruvida Vägverket Produktion ansett sig vara svarande självständigt, eller som en del av Vägverket. Konkurrensverket har den 21 mars 2003 lämnat in en stämningsansökan till Stockholms tingsrätt mot ett antal företag i asfaltbranschen, däribland Vägverket Produktion. Konkurrensverket har dock gjort bedömningen att Vägverket Produktion saknar egen partshabilitet och därför i denna del riktat stämningsansökan mot Vägverket. De instämnda företagen har enligt Konkurrensverket ingått i en kartell, i vilken man delat upp marknaden och gjort upp om priserna, bl.a. vid upphandlingar som genomförts av Vägverket. Konkurrensverket uppfattning är att Vägverket genom Vägverket Produktion "... varit med om att tillsammans med konkurrenter göra upp om anbud som man sedan lämnat in till sig själva – fast till en annan avdelning."³⁰ Om Konkurrensverkets bedömning är korrekt förefaller resultatenheten Vägverket Produktion i praktiken i betydande mån kunna agera självständigt i förhållande till myndigheten Vägverket. Vägverket Produktion synes dock sakna egen partshabilitet. Detta torde innebära att Vägverket inte kan sluta ett civilrättsligt bindande avtal med Vägverket Produktion och att parterna inte kan stämma varandra i domstol eller gentemot tredje man uppträda såsom två separata juridiska personer.

Vägverket Produktion ingår som en s.k. resultatenhet i myndigheten Vägverket och resultatenheterna är direkt underställda verkets generaldirektör. Vägverket Produktion är således, i formellt hänseende, inte någon självständig statlig myndighet åtskild från myndigheten Vägverket, och kan därför svårligen anses omfattas av definitionen av upphandlande enhet såsom den framgår av 1 kap. 5 § LOU. Vägverket Produktion är inte heller någon självständig juridisk person, vilket enligt direktiven krävs för att det skall kunna vara fråga om en egen upphandlande enhet i den mening som avses i 1 kap. 6 § LOU. Det är således NOU:s uppfattning att den formella, utåt synliga organisationen innebär att starkare skäl talar för än emot att den i målet aktuella transaktionen, mellan Vägverket och Vägverket Produktion, inte kan anses utgöra tilldelning av upphandlingskontrakt i den mening som avses i LOU. Mot bakgrund av föreliggande utredning delar NOU därför tingsrättens och hovrättens uppfattning att beslutet att tilldela Vägverket Produktion den ena delen av uppdraget innebar att upphandlingen avbrutits i denna del och att man valt att utföra uppdraget genom egenregiverksamhet.

²⁹ Det kan observeras att statliga myndigheter anses utgöra samma juridiska person men har olika organisationsnummer och skilda ledningar.

³⁰ Konkurrensnytt nr 3:2003, sid. 3.

Kristian Pedersen

NOU vill dock utöver det ovan anförda peka på det olämpliga i att en resultatenhet, som i alla övriga sammanhang förutsätts och hävdar sig uppträda konkurrensneutralt i förhållande till marknaden och ha rent affärsmässiga relationer till den egna myndigheten, i enstaka fall under åberopande av formella skäl tilldelas ett egenregiuppdrag.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 25 september 2003 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, sektionschefen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke och upphandlingschefen Lisbeth Johnson. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Kristian Pedersen. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Kristian Pedersen

YTTRANDE

DATUM
2003-06-06
ERT DATUM
2003-04-11

DIARIENR
2003/0176-29
ER BETECKNING
Mål nr 998-2003

1 (15)

Regeringsrätten
Avd II
Box 2293
103 17 STOCKHOLM

Yttrande i Regeringsrättens mål nr 998-2003

Regeringsrätten har förordnat att Nämnden för offentlig upphandling (NOU) skall avge yttrande i rubricerade mål. Regeringsrätten har inte angivit närmare vad NOU skall yttra sig över.

NOU anser att ett kontrakt som inte upphandlats i enlighet med gällande bestämmelser inte får förlängas utan att detta strider mot LOU. Även om ett avtal kan vara civilrättsligt bindande mellan parterna, trots att det ingåtts i strid med LOU, får en upphandlande enhet inte vidmakthålla ett avtal som tecknats i strid med upphandlingsbestämmelserna genom att förlänga det. Om en upphandling genomförs i strid med upphandlingsbestämmelserna anser NOU att ett utnyttjande av klausulen är att betrakta som en ny lagstridig upphandling, även om kontraktet, såsom i förevarande fall, innehåller en förlängningsklausul.

Under dessa förhållanden bör den upphandlande enheten avsluta avtalet så snart det går och genomföra en ny upphandling enligt gällande bestämmelser.

Medlemsstaterna inom EU har enligt rättsmedelsdirektivet¹ en skyldighet att vidta nödvändiga åtgärder för att garantera, att en upphandlande enhets beslut, vad beträffar upphandling, prövas effektivt. Direktivet föreskriver inte någon skyldighet för medlemsstaterna att i de nationella bestämmelserna införa möjligheter att upphäva eller åsidosätta beslut. Inte heller föreligger någon sådan skyldighet enligt svensk lagstiftning. En upphandlande enhet kan således inte enligt svensk rätt åläggas att genast frånträda avtalet och därigenom göra sig skyldig till avtalsbrott. Vid varje förlängningstillfälle får det dock enligt NOU:s uppfattning anses föreligga

¹ Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, ändrat genom rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.

en skyldighet för upphandlande enheter att bedöma om ett upphandlingskontrakt fortfarande får och bör förlängas. Landstinget har i aktuellt fall en möjlighet, som det bör utnyttja, att frånträda avtalet enligt överenskomna villkor och teckna ett nytt kontrakt efter en regelrätt upphandling.

För det fall att prövningen av målet inte skulle omfatta frågan om det aktuella avtalet tecknats i enlighet med gällande rätt, gör NOU följande bedömning av de grundläggande principerna för offentlig upphandling avseende användningen av förlängningsklausuler och avtalstidens längd. Frågan går nämligen inte att besvara direkt, vare sig utifrån äldre eller nuvarande bestämmelser och inte heller från den rättspraxis som finns på området. Av principen om transparens följer att en upphandling skall kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. Det kan inte anses förenligt med transparensprincipen att en upphandlande enhet ingår avtal som har en förlängningsklausul som medför att avtalet kan löpa i oändlighet. Principen om likabehandling förutsätter också att upphandling sker i konkurrens efter förutbestämda perioder. Konkurrenterna till den kontrakterade leverantören skulle annars aldrig få möjlighet att konkurrera om det aktuella uppdraget.

Ett avtal som löper på obestämd tid bör därför vid lämpligt tillfälle avslutas. Om avtalet från år 1990 anses gälla i målet har det upphandlats enligt äldre bestämmelser och har redan utnyttjats under 13 år. Dessa skäl talar för att det inte borde ha förlängts.

För det fall det skulle visa sig att en upphandling har genomförts i enlighet med LOU inför tecknandet av tilläggsavtalet 1997 kan ytterligare en förlängning inte hävdas stå i strid med LOU:s bestämmelser. NOU uttalar sig däremot inte om huruvida en sådan lösning skulle vara praktisk och ekonomiskt försvarbar.

1. Bakgrund

I kammarrättsdomen i målet anges bland annat följande. ”Mellan Landstinget Västernorrland och Långseletvätten AB gäller sedan 1990 ett tvättserviceavtal. Ett tillägg till avtalet ingicks den 20 oktober 1997 vilket gäller fr.o.m. den 10 oktober 1997 t.o.m. den 31 december 2001 med tolv månaders ömsesidig uppsägningstid. Sägs avtalet inte upp senast tolv månader före avtalstidens slut fortsätter det att gälla med två år i taget. Avtalet har automatiskt förlängts t.o.m. utgången av år 2003. Fråga är nu om ytterligare en automatisk förlängning av avtalet är förenligt med upphandlingsreglerna.” NOU utgår från den av kammarrätten ställda frågan.

NOU uppmärksammar därutöver att handlingarna i målet synes visa att tilläggsavtalet inte tillkom efter en upphandling i enlighet med LOU.

Av de handlingar som har gjorts tillgängliga för NOU framkommer inte annat än att ett tvättserviceavtal gällt sedan 1990 och att det tilläggsavtal som ingicks 1997 tecknades i samband med att det ursprungliga avtalet från 1990 var föremål för ”justeringar/upphandling i samband med försäljning av Långseletvätten AB 1997 då även Tvättman/Berendsen lämnade in anbud”.

I tvättserviceavtalet från 1990 anges under 7 § att ”Detta avtal gäller under perioden 1990 01 01 – 1999 12 31. Sker ej skriftlig uppsägning av avtalet senast tre år före avtalstidens utgång, förlängs avtalet därefter i perioder om fem år med enahanda uppsägningstid. Om samarbetsgruppen finner det nödvändigt att skriva om avtalet under löptiden skall sådan ändring kunna påkallas av samarbetsgruppen”. Samarbetsgruppen består enligt avtalet av representanter för landstinget och tvätteriet.

Avtalet från 1990 har enligt ansökan om överprövning (2002-12-12) sagts upp den 20 december 1996 och i enlighet härmed upphört att gälla vid utgången av 1999. Av ansökan om överprövning framkommer vidare att Wash It Gruppen AB förvärvade aktierna i Långseletvätten AB under 1997. I samband därmed återtogs uppsägningen och avtalet förlängdes till och med utgången av 2001. Överenskommelsen blev 1997 föremål för det ovan nämnda tilläggsavtalet.

2. Den legala grunden

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) bygger i huvudsak på EG-direktiv i de delar som gäller upphandlingar över tröskelvärdena. De delar av LOU som gäller för upphandlingar under dessa tröskelvärden samt upphandling av bland annat B-tjänster, oavsett värde, styrs av samma grundprinciper men bygger i sin utformning bygger delvis på tidigare gällande svenska regler². För dessa upphandlingar gäller 6 kap. LOU. Upphandling av tvättjänster är att hänföra till avdelning B i bilaga till LOU³. Inom Världshandelsorganisationen (World Trade Organisation, WTO) finns bland annat ett avtal om offentlig upphandling (Government Procurement Agreement, GPA). I samband med Sveriges anslutning till WTO och den tillhörande överenskommelsen GPA gjordes vissa ändringar i LOU⁴. LOU inbegriper både EG-direktiven om offentlig upphandling och GPA.

² Upphandlingsförordningen (1986:366) och upphandlingsreglementet.

³ Se Regeringsrättens dom (RÅ 1998 not 44) där det konstateras att LOU var tillämplig på en överenskommelse avseende ett tvättserviceavtal. Domen kommenteras i *NOU info juni -98* sid. 17.

⁴ Se prop. 1995/96:165, SFS 1996:433.

EG-fördraget saknar regler som specifikt rör offentlig upphandling. Däremot innehåller det grundläggande principer som är tillämpliga vid all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena. Principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande gäller således vid alla upphandlingar. EG-domstolen har i ett förhandsavgörande⁵ konstaterat att upphandlingar under tröskelvärdena faller inom gemenskapsrättens tillämpningsområde, även om de inte omfattas av upphandlingsdirektivens noggrant reglerade förfaranden. Upphandlande myndigheter är därför skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler även vid upphandlingar under tröskelvärdena.

EG-domstolen är med stöd av artikel 234 (f.d. artikel 177) i EG-fördraget behörig att tolka gemenskapsrätten, när situationen i fråga inte direkt regleras av denna rätt, men då den nationella lagstiftaren vid införlivandet av direktivets bestämmelser har beslutat, att rent interna situationer skall behandlas på samma sätt som de situationer som regleras i direktivet.⁶

EG-domstolen har vid bedömning av en upphandling påtalat att en överträdelse inte bara skall bedömas i förhållande till de leverantörer som har deltagit i en upphandling utan även de som inte har deltagit men som kan drabbas av skada p.g.a. överträdelsen⁷.

3. Syftet med upphandlingsdirektiven och utnyttjandet av konkurrensen

Det förutsätts implicit i LOU och EG-direktiven om offentlig upphandling att offentliga upphandlingskontrakt utsätts för konkurrens med jämna mellanrum. Syftet med upphandlingsreglerna skulle sättas ur spel, om det var tillåtet för upphandlande enheter att ingå kontrakt med en avtalstid som var obegränsad. Principen om likabehandling förutsätter också att upphandling i konkurrens sker efter förutbestämda perioder. Konkurrenterna till den kontrakterade leverantören skulle annars aldrig tillåtas konkurrera om det aktuella uppdraget. EG-domstolen har i ett flertal fall, bland annat i Stora Bælt-målet⁸, uppgivit att huvudändamålet med direktiven är att upprätthålla en effektiv konkurrens i offentlig upphandling⁹.

⁵ Mål C-59/00, Bent Moustén Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab. Se även C-324/98.

⁶ C-28/95, A. Leur Bloem mot Inspecteur de Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam.

⁷ C-359/93, Kommissionen mot Nederländerna, den s.k. Unix-domen.

⁸ C-243/89, Kommissionen mot Danmark.

⁹ Se *NOU info okt.* –96 sid. 17 f.

NOU vill erinra om lydelsen i ingressen till upphandlingsdirektiven, vari det bland annat anges att upphandlande enheter måste annonsera sina upphandlingar inom hela gemenskapen för att en effektiv konkurrens skall kunna utvecklas inom det offentliga upphandlingsområdet.

I Riksrevisionsverkets (RRV) kommentar till 3 § UF anges bland annat att ”I kravet att utnyttja konkurrensmöjligheterna ligger också att avtal med längre varaktighet omprövas med jämna mellanrum.” Detta regelsystem förutsatte således att upphandling skulle ske med jämna mellanrum.

Konkurrenskravet har också kommit till uttryck i ett beslut från Kammarrätten i Göteborg¹⁰ där det uppgivits att det inte torde vara i enlighet med lagstiftarens intentioner att ett vårdavtal med en läkare, som har rätt till ersättning på grund av övergångsbestämmelserna till lagen om läkarvårdsersättning, aldrig skulle behöva utsättas för konkurrens.

4. Avtalstidens längd

Varken EG-direktiven, GPA eller LOU innehåller någon uttrycklig maximigräns för hur lång tid ett avtal få gälla. Inte heller i UF eller UR föreskrevs på sin tid någon maximigräns för överenskommen avtalstid.

NOU har tidigare uttalat följande om avtalstidens längd:

”Avtalstidens längd får bedömas från fall till fall med hänsyn till karaktären av anskaffningen. Stora investeringar som leverantören gör enkom för en viss leverans till den offentliga sektorn måste ha en sådan avtalstid att leverantören får en rimlig avskrivningstid. Upphandling av t.ex. ett redovisningssystem kräver en längre avtalstid för kontinuitetens skull. Detsamma gäller t.ex. drift av sjukhus eller andra avtal där stora investeringar måste göras av leverantören. Efter NOU:s kontakter med England kan nämnas att man där anser att avtalstiden i en kontrakt om sophämtning i en större kommun (250 000 invånare) bör kunna vara fem till sju år.”¹¹

Eftersom LOU reglerar vitt skilda typer av kontrakt måste den lämpliga avtalstiden variera stort med hänsyn till föremålet för upphandlingen och gällande villkor i den bransch som är aktuell.

Den administrativa kostnaden för att genomföra en upphandling bör också påverka avtalstidens längd. En högre administrativ kostnad talar för att avtalstiden blir längre, jämfört med en mer standardiserad upphandling som

¹⁰ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3165-2001, dom meddelad 2001-06-15.

¹¹ *Sammanställning NOU info 93-95* sid. 65 f.

kan genomföras t.ex. med hjälp av befintliga mallar för förfrågningsunderlag m.m.

Det bör samtidigt observeras att en alltför kort avtalstid som inte är tillräckligt väl avvägd mot de kommersiella omständigheter som en tänkbar leverantör måste ta hänsyn till, kan innebära att den tidigare leverantören gynnas och att upphandlingen härigenom strider mot principen om likabehandling.

5. Avtal skall vara tidsbegränsade

Av principen om transparens följer att en upphandling skall kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. Det kan med dagens regler (från 1994), enligt NOU:s uppfattning, inte anses förenligt med transparensprincipen att en upphandlande enhet ingår avtal som med hjälp av en förlängningsklausul kan löpa utan tidsbegränsning.

Mot uppfattningen att avtal normalt skall vara tidsbegränsade, kan åberopas regeln för avtal på obestämd tid bland reglerna om beräkning av tröskelvärden. I LOU¹² anges en regel om hur värdet skall beräknas för kontrakt som inte anger något totalpris, löper under mer än fyra år eller på *obestämd tid*. Den nu aktuella bestämmelsen är hämtad ur upphandlingsdirektiven¹³. För upphandlingskontrakt som löper på obestämd tid anges att värdet skall beräknas till månadskostnaden multiplicerad med talet 48. Den exakta bakgrunden till att antalet månader här valts som motsvarar fyra år står inte att hitta.

Innebörden av denna bestämmelse torde dock vara att ge information om hur beräkningen av ett kontrakts värde skall ske, i det fall den upphandlande enheten inte har för avsikt att eller inte kan ange en definitiv sluttidpunkt för ett avtal. Avsikten här torde vara, att enheten måste kunna sluta sig till om ett kontrakt skall anses omfattas av EU-bestämmelserna eller inte. NOU anser således att lydelsen inte kan anses innebära, att det generellt är förenligt med upphandlingsbestämmelserna att ingå avtal på obegränsad tid. Begreppet ”obestämd tid” i LOU motsvaras i direktivens olika språkliga versioner av ”indefinite period” (engelska), ”la détermination de leur durée ne peut être définie” (franska) och ”bei unbefristeten” (tyska), vilket inte ger någon ytterligare ledning avseende betydelsen av bestämmelsen.

¹² 5 kap. 7 § LOU

¹³ Artikel 7.2 92/50/EEG.

Även GPA innehåller bestämmelsen om att beräkna värdet på ett kontrakt med obestämd löptid med den månatliga utbetalningen multiplicerad med 48.

Förslaget till nytt direktiv för upphandling inom den klassiska sektorn¹⁴ innehåller en reglering om att "Ramavtalets löptid bör därför begränsas och bör inte kunna överstiga fyra år, utom i fall som är vederbörligen styrkta av de upphandlande myndigheterna". Se ingressen (10) och artikel 32. Även denna tidsangivelse anser NOU vara en grund för att avtal, om inte särskilda skäl föreligger, inte bör ha en längre löptid än fyra år.

NOU har rekommenderat upphandlande enheter att ingå tidsbegränsade avtal och inte ingå avtal som löper tills vidare. I *NOU info december -93* uppgavs att upphandlande enheter bör gå igenom sina avtal och säga upp (när så är möjligt) eller att inte förlänga avtal som löper längre tid än vad som varit rekommenderat. Denna rekommendation lämnades mot bakgrund av att LOU skulle träda i kraft inom kort. Avsikten var att gällande kontrakt avseende sådana varor och tjänster som behövs kontinuerligt, om de tecknats enligt tidigare regelsystem successivt skulle upphöra eller sägas upp i enlighet med avtalsvillkoren, så att nya kontrakt skulle kunna upphandlas enligt LOU.

NOU har vidare uppgivit följande "NOU har i tidigare *NOU info* hävdats att anskaffning av varor eller tjänster (utom avrop) normalt skall konkurransutsättas. Undantagen är få, och över tröskelvärdena särskilt angivna i LOU. Såväl stora som små upphandlingar skall följa dessa regler. Avtal (inkl. överenskommelser om uppdrag) skall därför vara tidsbegränsade och inte löpa tills vidare. Detta krav framgår inte uttryckligen av lagen, men kan anses följa av *huvudregeln om affärsmässighet*"¹⁵ (kursiverat här).

Med ett avtal som innehåller en definitiv sluttidpunkt undviker upphandlande enheter att löpande avtal som inte längre är ekonomiskt förmånliga ändå får fortsätta att löpa av slentrian eller p.g.a. ovilja att genomföra en ny upphandling.

En upphandlande enhet torde inte av praktiska skäl kunna upprätthålla samma avtal under en längre eller obegränsad tid. Ändrade förhållanden torde förr eller senare framtvunga sådana ändringar av avtalsförhållandena att det inte längre kan göras gällande att enheten använder sig av det ursprungliga avtalet.

¹⁴ KOM (2000) 275 slutlig-COD 2000/0115.

¹⁵ *Sammanställning NOU info 1996* sid. 40.

NOU har särskilt kommenterat utnyttjandet av förlängningsklausuler och angivit följande.

”En sådan förlängningsklausul bör helst innehålla ett aktivt moment för att förlängningen av avtalet skall utlösas dvs. vara sådan att den utnyttjas först sedan parterna överenskommit om att utnyttja rätten att förlänga avtalet. Förlängningsklausuler som innebär att avtalet automatiskt förlängs om ingen av parterna säger upp avtalet bör således undvikas. Innehåller en överenskommelse ingen förlängningsklausul får inte avtalet förlängas. Detta har uppenbarligen förekommit exempelvis på området taxi/färdtjänst, bl.a. i samband med byte av huvudman.

Enligt ett rättsligt avgörande i Danmark förklarar Klagenævnet att förlängning av ett avtal utan förlängningsklausul inte är förenligt med upphandlingsdirektivet i fråga. När avtalsperioden är slut, eventuellt efter en avtalad förlängningsperiods utgång, skall en ny upphandling äga rum.

En ytterligare förutsättning är att vid upphandling över tröskelvärdena annonsering av totalbeloppet skett dvs. att förlängningsperioder eller optionsrätter inkluderats vid tröskelvärdesberäkningen.

NOU anser att icke tidsbegränsade avtal snarast skall*) sägas upp. Även avtal med förlängningsklausuler skall*) sägas upp, särskilt om förlängningsklausulen utnyttjats en gång.

*)Kommentar: Systemet förutsätter att anskaffning utsätts för konkurrens med jämna mellanrum

Det är därför viktigt att den upphandlande enheten har ett tillfredsställande bevakningssystem som medger planering och förberedelse i tid för en ny upphandling när tiden för ett gällande avtal lider mot sitt slut.

Uppsägningstidens längd får bedömas från fall till fall såvida uppsägningen inte reglerats i avtalet. Om ett tillsvidareavtal fått löpa en mängd år eller om ett avtal med förlängningsklausul förlängts i årtal eller om enheten kunnat konstatera att leverantören anpassat utrustning enbart för enhetens räkning måste naturligtvis uppsägningstiden anpassas efter detta.”¹⁶

Kammarrätten i Göteborg synes ha godtagit att ett avtal skall tidsbegränsas när den uttalat följande¹⁷. ”Kammarrätten utgår i sin bedömning från att

¹⁶ Sammanställning NOU info 93-95 sid. 65 f.

¹⁷ Mål nr 4069-1998, dom meddelad 1998-08-06.

förlängning av avtal inte får ske om inte avtalet innehåller en förlängningsklausul. Med hänsyn till att anskaffningar förutsätts utsättas för konkurrens med jämna mellanrum skall även avtal med förlängningsklausul sägas upp, särskilt om förlängningsklausulen utnyttjats en gång.” Domen berör ett avtal om tvätteriverksamhet som skulle förlängas automatiskt så länge det inte sades upp av någondera parten.

Beträffande hur lång tid ett avtal skall gälla, anser NOU att skillnad bör göras mellan den ursprungligen avtalade tiden och den tid som avtalet kan göras gällande efter en förlängning (automatisk eller efter en aktiv handling av parterna). När en upphandlande enhet skall genomföra en upphandling där sådana kommersiella omständigheter för tänkbara leverantörer föreligger som motiverar en längre avtalstid än normalt, bör detta om det skall komma leverantören tillgodo vid kalkyleringen *inför* anbudsgivningen, avspeglas i den tid som avtalet skall gälla, *exklusive* eventuell förlängningsmöjlighet. Omständigheter som här åsyftas är t.ex. att viss tid erfordras för leverantören att genomföra avskrivningar för investeringar som är nödvändiga för kontraktet.

Om en otillåten direktupphandling genomförs av en upphandlande enhet och kontraktet innehåller en förlängningsklausul, anser NOU att en förlängning (genom passivitet eller aktivt handlande) av avtalet är att betrakta som en ny lagstridig direktupphandling.

Enligt NOU:s uppfattning antyder de ovan angivna reglerna om beräkning av kontraktsvärdet att den förväntade löptiden inte bör vara för lång och normalt kan beräknas till ca fyra år.

I förevarande fall uppges att förlängning av tilläggsavtalet skett vid ett tillfälle och avtalet gäller fram t.o.m. utgången av 2003, vilket innebär att avtalstiden uppgår till i vart fall sex år. Av handlingarna framkommer inte om avtalet innebär att leverantören har genomfört investeringar enbart för att kunna fullfölja avtalet. Landstinget har inte heller åberopat andra omständigheter som talar för att uppdraget bör utföras under en relativt lång period.

6. LOU i förhållande till civilrättsligt bindande avtal

Det synes som om ett civilrättsligt avtal ingåtts och fortfarande gäller mellan landstinget och Långseletvädden AB. NOU menar dock att ett avtal kan vara civilrättsligt bindande mellan parterna, trots att det ingåtts i strid med LOU. En upphandlande enhet får inte, enligt NOU:s uppfattning, vidmakthålla ett avtal som tecknats i strid med upphandlingsbestämmelserna genom ytterligare en förlängning.

7. Identitet skall föreligga mellan det avtal som upphandlats och det avtal som tillämpas¹⁸

LOU reglerar förfarandet inför tilldelning av ett kontrakt, men regelsystemet förutsätter att kontraktet under avtalstiden används i enlighet med de villkor som angetts både i förfrågningsunderlaget inför upphandlingen och i det ursprungliga kontraktet. Om villkoren behöver ändras i ett löpande avtal, krävs det normalt att en ny upphandling genomförs.

En upphandlande enhet får således inte, enligt NOU:s uppfattning, göra ändringar i ett gällande avtal, annat än sådana som anges i avtalet och som med ett visst mått av exakthet objektivt kan fastställas vid en viss senare tidpunkt. Det får t.ex. anges att en prisuppgift i enlighet med ett angivet index skall räknas upp vid en viss tidpunkt. En sådan total frihet som samarbetsgruppen givits - att skriva om avtalet under löptiden om den ansåg det vara nödvändigt - kan inte anses vara tillåten. Ett nytt förfrågningsunderlag skall i så fall utarbetas och ändringen ske som ovan anförts genom tecknandet av ett nytt kontrakt efter genomförd upphandling.

I ett ärende¹⁹ har NOU ansett att en upphandlande enhet brutit mot LOU genom att på ett väsentligt sätt förändra förutsättningarna för möjligheterna att utta viten från leverantören i deras avtal. NOU uppgav bland annat att det inte föreligger en "...generell avtalsfrihet för upphandlande enheter att på ett väsentligt sätt förändra villkoren i ett offentligt upphandlingskontrakt, oavsett om kontraktet upphandlats enligt reglerna i den klassiska sektorn eller enligt reglerna i försörjningssektorerna".

Följande utdrag är hämtat ur ärendet (dnr 2000/0320-26):

"Såsom EG-domstolen uttalade i sin dom i Stora Bælt-målet (C-243/89) "...innebär principen om likabehandling av alla anbudsgivare ett krav på att anbudet skall överensstämma med förfrågningsunderlaget. Härav följer att *all förhandling, såväl före som efter tilldelningen av kontraktet* och vilket leder till ändringar i underlaget och av anbudspriset, anses strida mot gemenskapsrättens regler om offentlig upphandling."

Målet Kommissionen mot Frankrike (C-337/98) behandlade bl.a. frågan om en upphandlande enhet vid en upphandling inom försörjningssektorerna brutit mot direktiv 93/38/EEG genom att omförhandla de väsentliga villkoren i ett avtal. EG-kommissionen menade att det förelåg väsentliga skillnader i fråga om teknologi och pris

¹⁸ Se 2 kap. 10 §, 3 kap. 17 § och 5 kap. 19 § LOU avseende väsentlig förändring.

¹⁹ Granskning av AB Storstockholms lokaltrafik och Citypendels AB:s avtal om pendeltågstrafik, NOU dnr 2000/0320-26, *NOU info december -01* sid. 12 ff.

mellan det första och andra skedet i den aktuella upphandlingen, varför en nytt upphandlingsförfarande skulle anses ha kommit till stånd.

EG-domstolen konstaterade emellertid att EG-kommissionen inte kunnat visa att skillnaderna i fråga om teknologi och pris utgjort sådana väsentliga förändringar att ett nytt upphandlingsförfarande skulle ha inletts. De tekniska förändringarna var en naturlig följd av den tekniska utvecklingen och prisutvecklingen följde den tidigare överenskomna. Domstolen konstaterade följaktligen att EG-kommissionen inte förmått visa att nya förhandlingar som visade på en önskan från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i avtalet hade inletts. Av domslutet kan således utläsas att utgången i målet blivit annan för det fall EG-kommissionen faktiskt kunnat påvisa väsentliga förändringar i steg två i upphandlingen.”

I ett annat ärende²⁰ har NOU ansett att det inte längre förelåg identitet mellan de avtal avseende polititransporter som tidigare upphandlats och de avtal som tillämpades efter en prishöjning. NOU uppgav bland annat följande. ”Enligt NOU är en 60 % prishöjning av de upphandlande priserna en så väsentlig ändring av de avtalade förutsättningarna att det inte längre föreligger identitet mellan de avtal som upphandlats och de avtal som tillämpats efter prishöjningarna. Det omförhandlade avtalen får anses utgöra nya avtal. Enligt NOU:s mening skall i sådana situationer, om en extern entreprenör behöver anskaffas, en ny upphandling påbörjas omgående. Detta gäller oavsett om det upphandlingsförfarandet som tillämpats initialt tillåter förhandlingar eller inte.”

8. Pågående brott mot upphandlingsreglerna

NOU har yttrat sig²¹ över en skrivelse från Europeiska kommissionen angående klagomål om bland annat brott mot bestämmelserna om offentlig upphandling. Kommissionen synes i ärendet inte bara påtala att brott skett mot LOU:s bestämmelser, utan kommissionen har också framfört klagomål på att ett kontrakt som har upphandlats i strid mot bestämmelserna får fortsätta att gälla under en lång tid.

Europeiska kommissionen har i ett annat fall riktat ett motiverat yttrande (SG (2002) D/220887) enligt artikel 226 i Fördraget mot Sverige med anledning av Kalmar Läns Trafik AB upphandling av busstransporttjänster. Kommissionen hänvisar till regeringens svar på den formella underrättelsen

²⁰ Polismyndighetens i Stockholms län och Stockholms läns landstings upphandlingar av polititransporter, NOU dnr 2000/0292-26, *NOU info oktober -01*, sid. 9 f.

²¹ NOU dnr 2002/0119-29.

av den 21 maj 2002 och anger att "...[ä]ven om de svenska myndigheterna medgivit att det föreligger en överträdelse mot direktivet är det nödvändigt att avge ett motiverat yttrande därför att effekterna av överträdelsen inte har upphört men fortsätter i form av ett serviceavtal som skall gälla fram till den 20 augusti 2006". Detta innebär enligt kommissionen att överträdelsen inte har upphört.

NOU angav i sitt svar²² bland annat att det i direktiv 93/13/EEG saknas krav på att medlemsstaterna skall införa bestämmelser som stipulerar hävning av kontrakt som ingåtts i strid med försörjningsdirektivet. Den svenska regeringen uppger i sitt svar, att den inte delar kommissionens uppfattning, att den aktuella överträdelsen pågår, så länge avtalet som slutits på grundval av upphandlingsförfarandet gäller mellan parterna.

Eftersom landstinget enligt avtalet i nu aktuellt fall har möjlighet att inte förlänga tvättserviceavtalet, till skillnad mot förhållandena i ovan angivna ärenden, analyserar inte NOU frågan närmare.

Frågan om en direktupphandling som består av förlängning av ett pågående avtal kan angripas med stöd av LOU har prövats av Kammarrätten i Stockholm²³. Målet avser kommunstyrelsens i Haninge kommun beslut att underställa fullmäktige ett förslag till förlängning av ett pågående avtal. Kammarrätten bedömde att beslutet utgjorde en tillräcklig grund för ingripande enligt LOU.

I målet anförde den klagande leverantören att det saknas laglig grund för förlängningen och att denna därför utgör en otillåten direktupphandling. Länsrätten avvisade i beslut ansökan om att ta upp målet till prövning. Domstolen uppgav att det, på grund av att kommunen ännu inte fattat beslut om förlängning i ärendet, saknades förutsättningar att ta upp målet till prövning eller att fatta beslut om att upphandlingen inte utan vidare får avslutas.

Målet överklagades till kammarrätten, som ansåg att det förfarande som inletts genom kommunstyrelsens i Haninge kommun beslut att förlänga ett avtal, är sådant att det kan bli föremål för överprövning enligt LOU. Kammarrätten anförde att det följer av Regeringsrättens avgörande RÅ 1998 not 44²⁴, att ett påbörjat formbundet upphandlingsförfarande inte är en förutsättning för överprövning i allmän förvaltningsdomstol enligt 7 kap. 1 § LOU. Kammarrätten uppgav vidare att regelsystemet får anses förutsätta, att en direktupphandling kan angripas med stöd av LOU.

²² NOU dnr 2002/0211-29.

²³ Mål nr 8029-02, dom meddelad 2002-11-27.

²⁴ Refererat i *NOU info juni -98*, sid. 17f., mål nr 1399-1997, dom meddelad 1998-03-25.

Frågan om att upprätthålla avtal som strider mot regelsystemet har aktualiserats även i allmän domstol²⁵ som i domen konstaterar bland annat att ”Avtalet mellan kommunen och [käranden] står i strid med bestämmelserna om upphandling till följd av att [käranden] inte rättat sig efter förfrågningsunderlaget. Tingsrätten finner att avtalet under föreliggande omständigheter inte har kunnat göras gällande mot kommunen och att [käranden] därför inte heller har någon rätt till skadestånd på grund av avtalsbrott.” Tingsrätten fann att kommunen med riktig tillämpning av LOU från början skulle ha förkastat kärandens anbud.

Situationen i nu aktuellt mål är dock sådan att det finns möjlighet för landstinget att få avtalet att upphöra utan att riskera att göra sig skyldig till avtalsbrott, eftersom möjlighet finns att säga upp avtalet i enlighet med villkoren.

9. NOU:s bedömning

Landstinget har 1996 sagt upp avtalet från år 1990 och detta avtal har därför upphört att gälla vid utgången av den ursprungliga avtalstiden 1999. Uppgiften som återges ovan att ”tilläggsavtalet var föremål för justering/upphandling” tillsammans med uppgifterna i ansökan om överprövning om att avtalet sagts upp, får tolkas så att nu gällande avtal från 1997 inte föregåtts av en upphandling i enlighet med LOU:s bestämmelser. Ett tillägg som medför ändringar av prisnivå och avtalstiden i jämförelse med avtalet från 1990, betraktas inte av NOU som sådan justering som kan göras under avtalstiden utan att ny formbunden upphandling sker.

Det kan inte anses acceptabelt att förlänga ett kontrakt som har ingåtts i strid med LOU. Varje förlängning av avtalet strider mot LOU.

Även om avtalet är civilrättsligt bindande föreskriver det ingen skyldighet att förlänga avtalet. De principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten skulle sättas ur spel om det varit tillåtet att förlänga ett kontrakt som tecknats efter en upphandling som inte genomförts i enlighet med upphandlingsreglerna. De leverantörer som inte får tillfälle att lämna anbud på det som förlängningen avser har enligt NOU ett berättigat intresse av att begära överprövning.

Om Regeringsrätten skulle komma till slutsats att avtalet från år 1990 trots allt anses gälla i målet har det upphandlats enligt äldre bestämmelser och

²⁵ Mora tingsrätt (mål nr T 365-00, dom meddelad 2002-12-20). Målet har överklagats till Svea hovrätt.

redan utnyttjats under 13 år. Dessa skäl talar för att det inte borde ha förlängts. Även i detta fall bör landstinget säga upp avtalet snarast möjligt och teckna ett nytt kontrakt efter genomförd upphandling. Såsom angivits ovan bör landstinget, av affärsmässiga skäl, vid tidpunkten för övervägandet av om avtalet antingen skall förlängas eller sägas upp, välja den sist nämnda lösningen, så att ett nytt kontrakt kan tecknas efter genomförd upphandling. Upphandlande enheter kan inte enligt NOU:s uppfattning fortfarande undanhålla offentlig kontrakt från upphandling enligt nu gällande regelverk.

För det fall det i målet inkommer ny information som visar att en upphandling har genomförts i enlighet med LOU inför tecknandet av tilläggsavtalet 1997, kan ytterligare en förlängning inte hävdas stå i strid med LOU:s bestämmelser. NOU uttalar sig däremot inte om huruvida en sådan lösning skulle vara praktiskt och ekonomiskt försvarbar.

Det som enligt handlingarna åberopas av den klagande leverantören är bland annat att NOU har uppgivit, att förlängningsklausuler inte får användas mer än en gång och att avtal som löper tills vidare snarast skall sägas upp. Det finns dock inte något uttryckligt förbud i LOU mot att förlänga ett avtal mer än en gång. Om en förlängning av ett avtal skall ske, vare sig det gäller att acceptera en automatisk förlängning eller en förlängning som är beroende av ett aktivt handlande av parterna, så skall detta avgöras i varje enskilt fall med hänsyn till affärsmässighetsprincipen. NOU:s avsikt har aldrig varit att hävda att det finns ett generellt förbud mot att använda en förlängningsklausul mer än en gång.

Skälen till att NOU anser att avtal bör vara tidsbegränsade finns angivna ovan under avsnitt 5 med rubriken ”Avtal skall vara tidsbegränsade”.

En förutsättning för förenligheten med LOU avseende utnyttjandet av en förlängningsklausul är att information om förlängningsklausulen fanns angiven i förfrågningsunderlaget, att upphandlingen skett enligt LOU och att villkoren i avtalet inte väsentligen ändrats under avtalstiden.

Om avtalstiden räknas från 1997 anser NOU att en avtalstid på tillsammans åtta år, vilket blir resultatet om ytterligare en förlängning sker, överskrider vad som normalt kan anses vara en lämplig avtalstid. NOU konstaterar att en avtalstid på åtta år givetvis kan vara betingat av affärsmässiga skäl. Sådana skäl som angivits ovan under avsnitt 4 bör komma leverantörer till del i en upphandling genom den först bestämda avtalstiden och inte genom tid som görs åtkomlig genom eventuell förlängning. Av NOU:s redogörelse ovan framkommer olika faktorer som kan medföra att en längre avtalstid än normalt bör övervägas i en upphandling. NOU saknar emellertid utredning i

målet av sådana omständigheter som kan tala för en längre avtalsperiod än vad som normalt är brukligt vid upphandling av varor och tjänster.

NOU anser att en avtalstid, som den i målet, som uppgår till i vart fall sex år normalt är tillräckligt tilltagen. Denna uppfattning stärks ytterligare mot bakgrund av att landstinget redan 1990 tecknat avtal med den nuvarande leverantören och att avsikten med omförhandlingen 1997 uttryckligen anges vara att avkorta det gamla avtalets giltighetstid.

NOU instämmer i Kammarrättens uppfattning i målet att det inte visats några skäl för att genomföra en direktupphandling.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämnd-sammanträde den 6 juni 2003, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, civilekonomen Jonas Berggren, upphandlingschefen Lisbeth Johnson, rättssakskunnige Gunilla Hulting, juristen Eva Sveman och chefsjuristen Dan Holke. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur.kand. Camilla Graf Morin. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället. Skiljaktig mening har lämnats av ledamoten Eva Sveman (bilaga).

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Camilla Graf Morin

Bilaga

Skiljaktig mening lämnad av Eva Sveman

Skiljaktig mening

Jag anser att LOU är en procedurlagstiftning som reglerar avtals ingående och inte avtals upphörande eller bestånd. LOU innehåller inte något krav på konkurrensutsättning av tjänster, vilket bland annat framgår av NJA 2002:1 där Högsta Domstolen säger att det finns skäl att framhålla att syftet med LOU inte har varit att skapa en skyldighet för offentligrättsliga subjekt att konkurrensutsätta sin verksamhet. Det är först när den upphandlande enheten vidtar åtgärder för att externt, genom ett nytt avtal, skaffa sig varor eller tjänster som LOU blir tillämplig och inte redan då den upphandlande enheten bestämmer hur man ska göra med gamla avtal.

Eftersom det i detta fall finns ett bindande avtal mellan landstinget och en leverantör, anser jag att LOU inte ger förvaltningsdomstol någon möjlighet att besluta att detta avtal inte får förlängas, trots att avtalet innehåller en förlängningsklausul, och att upphandlingen skall göras om.

Eva Sveman

Länsrätten i Stockholms län
Rotel 555
Box 17106
104 62 STOCKHOLM

NOU:s yttrande i Länsrättens i Stockholms län mål 21880-03

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar, med stöd av 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), tillsyn över den offentliga upphandlingen.

NOU har den 2 december 2003 mottagit en remiss från Länsrätten i Stockholms län i vilken länsrätten anhåller om yttrande i mål nr 21880-03. Sökande i målet, Melki Städ AB, begär att en upphandling av städning som görs av Sigtunahem skall göras om. Av ett telefonsamtal med länsrätten samma dag framgår att länsrätten önskar att NOU främst yttrar sig över om sökanden lidit eller riskerar att lida skada.

Nämndens ledamöter anser att yttrandet skall begränsas till att hänvisa till berörd lagstiftning och vissa rättsfall.

NOU anser att en sökande kan lida skada om det visar sig att hans möjligheter att erhålla kontrakt påverkats av vissa åberopade felaktigheter, t.ex. felaktigt upphandlingsförfarande en alltför kort anbudstid eller en felaktig tillämpning av utvärderingskriterier. Sökanden skall ges möjlighet att få prövat huruvida hans prisuppgifter utvärderats på rätt sätt.

Skäl för NOU:s bedömning

Av handlingarna framgår bl.a. att Melki Städ AB har deltagit i en upphandling av städtjänster. Den upphandlande enheten Sigtunahem AB har genomfört upphandlingen som en förenklad upphandling. Sigtunahem medger att upphandlingens värde överstiger de i LOU angivna tröskelvärdena. Sigtunahem anger dock att sökanden, trots det felaktiga valet av upphandlingsförfarandet, inte lidit någon skada.

Michael Slavicek

Städning är en tjänst enligt bilaga A till LOU, grupp 14, fastighetsförvaltning, inkl. städning och löpande underhåll. Kontraktets värde uppskattas av Sigtunahem till över 8,5 milj. kronor. Upphandling skall vid ett kontraktsvärde som överstiger det i 5 kap. LOU angivna tröskelvärdet på 200 000 EUR, motsvarande 1 741 000 SEK,¹ normalt genomföras som öppen eller selektiv upphandling.² Vid selektiv upphandling skall kvalificering av leverantörer ske, innan de som uppfyllt kvalificeringskraven inbjuds att lämna ett anbud. Enligt 1 kap. 20 a § LOU skall den upphandlande enheten även vid öppen upphandling, innan den börjar pröva anbuden, pröva om anbudsgivarna eller anbudssökandena uppfyller de krav som ställs upp på leverantören. Kontrollen av leverantörernas lämplighet att fullgöra kontraktet och utvärderingen av anbuden utgör två olika moment som styrs av olika regler i upphandlingsprocessen, dvs. kvalificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen.³ Distinktionen mellan kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen medför att en upphandlande enhet skall välja det ekonomiskt mest förmånliga anbudet från den leverantör som har kvalificerat sig och uppfyllt samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda krav. Vid upphandlingar enligt 5 kap. LOU gäller i lagen angivna anbudstider och krav på att en annons om upphandlingen sänds till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer. Bevis om anbudsgivarens kvalifikation skall begäras in i enlighet med förordningen (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling. Några förhandlingar får, till skillnad mot vid förenklad upphandling, inte ske.

Skada för sökanden

EG-domstolen har vid ett flertal tillfällen, beträffande syftet med upphandlingsdirektiven uttalat att "... samordningen på gemenskapsnivå av förfarandena vid offentlig upphandling avser att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och således att skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och som önskar erbjuda varor eller tjänster åt de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat"⁴. Domstolen har vidare uttalat att syftet med direktiv 89/665/EEG (rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn) är att "... såväl på det nationella planet som på gemenskapsplanet förstärka de redan förekommande medlen för att säkerställa att gemenskapens direktiv i ämnet

¹ Förordning (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling

² Den förenklade upphandlingen synes ha genomförts utan förhandling. Förutsättningarna för förhandlad upphandling med föregående annonsering synes därför inte vara för handen.

³ C-31/87 Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna, REG 1988, s. 4635.

⁴ Se bl.a. mål C-380/98 The Queen mot H.M. Treasury, Ex parte: The University of Cambridge och mål C-19/00, SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo.

Michael Slavicek

offentlig upphandling verkligen tillämpas”.⁵ Detta gäller enligt EG-domstolen ”... i synnerhet i ett skede då överträdelser kan korrigeras.”⁶ Det är mot denna bakgrund som bestämmelserna i LOU skall tolkas och tillämpas.

Som medlemsstat i EU har Sverige enligt rättsmedelsdirektiv 89/665/EEG⁷, art. 1 skyldighet att "vidta nödvändiga åtgärder för att garantera, att en upphandlande myndighets beslut prövas effektivt". Prövningen skall dessutom göras skyndsamt, i synnerhet i "de fall upphandlingsbeslut innefattar överträdelse av gemenskapsrätten för offentlig upphandling eller nationella bestämmelser om införande av sådan lag". Reglerna i 7 kap. LOU bygger på rättsmedelsdirektivet och är även vad avser upphandling enligt 6 kap. LOU anpassade till vad som följer av gemenskapsrätten.⁸ I direktivets art. 3. anges att "medlemsstaterna skall se till att ett prövningsförfarande med detaljerade regler enligt medlemsstaternas bestämmande införs och att det kan åberopas av var och en, som har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling av varor eller bygg- och anläggningsarbeten, och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse”.

Av svenska förarbeten och domar framgår att reglerna för prövning av upphandlingar under tröskelvärdena inte skall skilja sig från motsvarande prövning av upphandling över tröskelvärdena.

Såsom NOU angivit i sitt yttrande till Regeringsrätten⁹ leder detta till att en förvaltningsdomstol skall pröva om sökanden är berättigad att få upphandlingen överprövad när talan anhängiggörs. Om klaganden inte förefaller riskera att lida skada skall ansökan avvisas.

Skada för den upphandlande enheten

Länsrätten i Stockholm har genom beslut den 24 november 2003 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas. NOU anser att en avvägning mellan å ena sidan den skada eller olägenhet som åtgärden medför och å

⁵ Mål C-81/98, Alcatel Austria AG m.fl., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr.

⁶ Se bl.a. mål C-249/01, Werner Hackermüller mot Bundesimmobiliengesellschaft mbH och Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG.

⁷ Rådets direktiv om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten 89/665/EEG

⁸ Angående frågan om tolkning av nationell rätt som anpassats till gemenskapsrätten se Högsta domstolens dom NJA 1998 s. 873 i vilket åberopas EG-domstolens dom den 17 juni 1997 i mål nr C-28/95, Leur-Bloem, REG 1997, s. I – 4165.

⁹ NOU:s yttrande dnr 2002/0050-22 i Regeringsrättens mål nr 300-2002 angående Migrationsverkets upphandling av outsourcing av IT-verksamhet, RÅ 2002 ref 50.

Michael Slavicek

andra sidan skadan för leverantören kan göras endast vid ett interimistiskt beslut enligt 7 kap. 2 § tredje stycket LOU. NOU anser därför att skadan för den upphandlande enheten inte spelar någon roll vid en slutlig prövning av det aktuella målet.

NOU:s slutsats

I förevarande fall har den upphandlande enheten i strid med reglerna i LOU använt sig av en förenklad upphandling i stället för en öppen eller selektiv upphandling. I målet är ostridigt att Sigtunahem därmed har brutit mot reglerna om annonsering. Okända leverantörer i utlandet eller de som är intresserade av enbart större upphandlingar, kan ha lidit skada genom att en annonsering i EGT har uteblivit. Även den som inkommit med ett anbud kan ha lidit skada.

Förfrågningsunderlaget är daterat den 26 september 2003¹⁰ och anbud skulle ha inkommit den 24 oktober 2003. Vid öppen upphandling skall tiden för mottagande av anbud vara minst 52 dagar från det att annonsen om upphandling avsändes. Anbudstiderna vid förenklad upphandling skall vara skäligen, vilket ofta innebär att de är kortare än vid öppen upphandling.

De krav som ställs på leverantören bedöms vid förenklad upphandling mot andra regler än de bevis som anges för upphandling över tröskelvärdena och i förordning (1998:78) om tekniska specifikationer vid offentlig upphandling samt förordning 1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling.

Under rubriken anbudsprövning anges utvärderingskriterier och viktning. Samtidigt anges att beställaren förbehåller sig fri prövningsrätt av anbud, vilket inte är förenligt med LOU.

Det ankommer på länsrätten att avgöra om anbudsprövningen skett i enlighet med LOU och det som angivits i förfrågningsunderlaget samt huruvida tilldelningsmeddelandet den 13 november 2003 tillfredsställer transparenskravet.

Sigtunahem anger i skrivelsen till länsrätten den 26 november 2003 (aktbilaga 11) att Melki Ståd AB:s anbud inte antagits dels på grund av högre prisuppgift dels för att bolaget i sitt anbud inte lämnat in miljöspecifikation, vilket var ett så kallat ”skall-krav” i

¹⁰ Sista sida i förfrågningsunderlaget är daterad den 2 oktober 2003.

Michael Slavicek

förfrågningsunderlaget.¹¹ Det synes oklart om Melki Städ AB inte tilldelats kontraktet på grund av att bolaget inte uppfyllt ett visst krav eller om detta skett till följd av att bolagets anbud inte ansågs vara det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Melki Städ AB anger dessutom att materialpåslag ingår i deras priser och att "Sigtunahem har gjort en uppenbar feltolkning av Melki Städ AB:s anbud i prisdelen, varför utvärderingen i detta avseende måste ha blivit felaktigt". Det ankommer på länsrätten att avgöra vad som är visat i målet.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 9 december 2003 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, sektionschefen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke, rättssakkunniga Gunilla Hulting, avdelningsdirektören Lisbeth Johnson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze efter föredragning av chefsjuristen Michael Slavicek. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag och de direktiv till ändringar som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Michael Slavicek

¹¹ Sigtunahem AB anger i handlingarna riktigt att alla obligatoriska krav (skall-krav) måste vara uppfyllda för att anbudet skall behandlas vid anbudsutvärderingen.

Andrea Sundstrand
08-454 48 50

DATUM
2003-04-03
ERT DATUM
2003-03-24

DIARIENR
2003/0151-22
ER BETECKNING
Dnr 300-7126-2001/02

1 (2)

Sveriges Riksdag
Konstitutionsutskottet
Bertil Wennberg
100 12 STOCKHOLM

Yttrande över konstitutionsutskottets granskningsärende rörande regeringens agerande inom hundskoleområdet

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) som utövar tillsyn över offentlig upphandling enligt 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) yttrar sig endast över de av konstitutionsutskottet insända handlingarna och i den utsträckning dessa behandlar frågor som faller inom tillämpningen av LOU.

LOU reglerar hur upphandlande enheter skall upphandla varor, tjänster och byggtreprenader när en upphandling påbörjats, vilket sker i och med att de upphandlande enheterna beslutar om vilken typ av förfarande som skall användas vid upphandlingen (EG-domstolens dom C-337/98 EG-kommissionen mot Republiken Frankrike). Vad som förekommer innan dess en upphandling påbörjas omfattas inte av regleringen i LOU. Regeringens handlande i de till NOU inkomna handlingarna kan därför inte bedömas mot bakgrund av reglerna i LOU.

Vad NOU kan utläsa av de inkomna handlingarna har endast en offentlig upphandling gjorts, nämligen den som Försvarsmakten gjorde då den köpte åtta hundar av konkursförvaltaren i konkursboet efter Hundskolan i Sollefteå AB. Det framgår inte klart av handlingarna vilket pris som betalades för hundarna, endast att Riksdagen beviljat ett anslag på 5 miljoner kronor för köpet.

Vad NOU förstår föregicks inte denna upphandling av någon konkurrensutsättning. Upphandling av hundar torde utgöra upphandling av vara, vilken vid värden över tröskelvärdet regleras i 2 kap. LOU (tröskelvärdet för upphandling av varor av statliga myndigheter är 1 413 000 kr exklusive mervärdesskatt, SFS 2001:871). I 2 kap. 11 § anges de fall en upphandlande enhet kan upphandla direkt från en leverantör utan konkurrensutsättning (förhandlad upphandling utan annonsering). Inget av de där angivna undantagen förefaller vara tillämpligt i den aktuella upphandlingen.

Andrea Sundstrand

Försvarmakten tillhör den klassiska sektorn. Inom försörjningssektorena återfinns ett undantag som medger de upphandlande enheterna att utan konkurrensutsättning upphandla direkt från en leverantör om det erbjudit sig en möjlighet att göra särskilt förmånliga inköp av varor i samband med att leverantören försatts i konkurs. Motsvarande undantag saknas i den klassiska sektorn vid upphandling över tröskelvärdena. Det förefaller därför, med hänvisning till det nu sagda, att Försvarmakten vid upphandlingen av de åtta hundarna från konkursförvaltaren i konkursboet efter Hundskolan i Sollefteå AB i strid med reglerna i LOU använt sig av förhandlad upphandling utan annonsering.

Detta beslut har fattats av chefsjurist Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Andrea Sundstrand.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Michael Slavicek
Chefsjurist

Andrea Sundstrand
Jur.kand.

Michael Slavicek
Telefon 08-454 44 44

Datum	Vår beteckning
2002-03-22	2002/0050-22
Ert datum	Er beteckning
2002-02-22	Mål nr 300-2002

Regeringsrätten
Rotel nr 5
Box 2293
103 17 STOCKHOLM

NOU:s yttrande i Regeringsrättens mål nr 300-2002 angående Migrationsverkets upphandling av outsourcing av IT-verksamhet

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) mottog den 23 februari 2002 Regeringsrättens förordnande att inkomma med skriftligt yttrande i målet senast den 25 mars 2002.

NOU, som utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), lämnar följande yttrande.

Vad som förevarit framgår av Kammarrättens i Jönköping överklagade dom. NOU väljer att avge yttrande med utgångspunkt i de frågor som Migrationsverket formulerat. NOU behandlar först frågorna summariskt för att senare utveckla svaren.

- Hur höga krav kan ställas på en upphandlande enhet vad gäller tydlighet i utvärderingskriterier där leverantörerna beretts tillfälle att inkomma med kreativa lösningar?

NOU anser att utvärderingskriterierna skall kunna värderas objektivt, eftersom de syftar till att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller anbudet med det lägsta priset. I det fall mätmetodiken grundar sig på subjektiva bedömningar måste metodiken klargöras i förväg i sådan utsträckning att leverantören förstår vilka kriterier som väger tyngst. Regelverket kräver däremot inte att den exakta utvärderingsmodellen framgår av förfrågningsunderlaget. Enligt EG-domstolen kräver principerna om transparens och lika behandling att en leverantör redan vid tidpunkten för utformningen av sitt anbud känner till vad den upphandlande enheten begär och mot vilka kriterier hans anbud kommer att utvärderas och vilken viktning som kommer att ske.

- Vilka krav utöver rangordning, viktning och betygsättning skall ställas på Migrationsverkets aktuella utvärderingsmodell?

NOU delar underinstansernas bedömning att den ifrågavarande utvärderingsmodellen brister i transparens och lämnar alltför stort utrymme för

godtycke vid anbudsutvärderingen. Den upphandlande enheten har vid förfrågningsunderlagets utformning ganska stort utrymme för val av de kriterier som skall läggas till grund för anbudsutvärderingen men skall inte sammanblanda utvärderingskriterierna med de i förfrågningsunderlaget specificerade krav på uppdragets utförande, vilka skulle bedömas som uppfyllda eller inte, och inte använda bedömningen om uppfyllelse av sådana krav vid utvärderingen.

- Är skaderekvisitet i 7 kap. 2 § LOU uppfyllt enbart av den anledningen att brister i upphandlingen förelegat eller kan en leverantörs agerande påverka bedömningen?

NOU förstår med frågan att Migrationsverket åsyftar leverantörens underlåtenhet att så tidigt som möjligt begära överprövning. NOU anser att det vid den slutliga bedömningen i ett överprövningsmål finns utrymme endast för bedömning av det begångna felet. Leverantörens agerande är enligt NOU:s bedömning ovidkommande såvida leverantören inte själv bidragit till felets uppkomst.

- Kan beslut enligt 7 kap. 2 § LOU fattas utan beaktande av proportionalitetsprincipen?

NOU anser att det framgår av regelverket, eftersom proportionalitet till den skada som kan drabba den upphandlande enheten är ovidkommande vid den slutliga överprövningen. En avvägning mellan den skada eller olägenhet som åtgärden medför och skadan för leverantören kan göras endast vid ett interimistiskt beslut enligt 7 kap. 2 § tredje stycket LOU. Skadans omfattning för Migrationsverket kunde för övrigt ha begränsats om verket i tid efterkommit underinstansens dom.

NOU:s motivering

Offentlig upphandling skall genomföras under beaktande av leverantörernas lika möjligheter att leverera varor, byggtreprenader och tjänster. Syftet med reglerna som styr utvärdering är att fastslå ett tillvägagångssätt för en objektiv tilldelning av offentliga kontrakt. Kvalificeringen av leverantörer samt förfrågningsunderlagets krav och utvärderingskriterier syftar till att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller det lägsta priset.¹ Kvalificering av leverantörer och utvärdering av anbud skall ske i två skilda moment och får inte sammanblandas eftersom de styrs av olika regler.² Distinktionen mellan kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen medför att en upphandlande enhet skall välja det ekonomiskt mest förmånliga anbudet från de leverantörer som har kvalificerat sig och uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda krav.

¹ Målen C- 31/87 Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna, REG. 1988, s. 4635, punkt 19 och C- 87/94, Kommissionen mot Belgien, REG 1996, sid. 2043.

² EG-domstolen och Förstainstansrätten har i flera mål påpekat att anbudens kvalitet skall utvärderas med utgångspunkt i själva anbudet, och inte med utgångspunkt i anbudsgivarnas erfarenhet av den upphandlande myndigheten under tidigare kontrakt eller på grundval av de urvalskriterier (såsom anbudssökandenas tekniska kapacitet) som redan har kontrollerats vid urvalet av anbudsansökningarna, som inte på nytt kan beaktas då anbudet jämförs. Resonemang grundar sig på ovannämnd dom av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes, punkt 15.

Syftet med utvärderingen är inte att anta ett anbud från den leverantör som har störst erfarenhet eller uppvisar bästa ekonomiska styrka.

Kvalificeringsfasen

Migrationsverket har använt sig av ett selektivt upphandlingsförfarande. Fem leverantörer, som uppvisat tillräcklig finansiell och ekonomisk styrka samt teknisk förmåga och kapacitet, har efter avslutad kvalifikation av leverantörer inbjudits att lämna in anbud. Fyra av dessa har inkommit med anbud. Migrationsverket skulle enligt NOU:s bedömning vid anbudsutvärderingen pröva om de kvalificerade anbudsgivarnas anbud uppfyllde de i förfrågningsunderlaget uppställda krav på uppdraget. Verket skulle slutligen bland de anbud som uppfyllde samtliga uppställda obligatoriska krav identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Enligt förfrågningsunderlaget hänför sig 60 % av viktningen vid anbudsutvärderingen till ”den tekniska kompetensen/uppfyllelse av kravspecifikation” och 40 % till ”affärsvillkor, omfattar både totalpris och kommersiella villkor”. Enligt NOU är priset ett utvärderingskriterium medan kravuppfyllelse och kommersiella villkor utgör normalt inte något tävlingsmoment och således inte är lämpade för diversifierad poängsättning i utvärderingsfasen. Många av kraven är formulerade så att de ”skall” vara uppfyllda utan att möjliggöra en bedömning av graden av uppfyllelse.³

Det förefaller därför att tillräcklig åtskillnad inte har gjorts mellan kvalificeringskrav, uppfyllelse av krav och utvärderingskriterier. Anbud som inte motsvarar förfrågningsunderlagets kravbeskrivning skall inte utvärderas vidare. De krav på uppdragets utförande, vilka skulle bedömas som uppfyllda eller inte, har av Migrationsverket i stället poängbedömts och behandlats som utvärderingskriterier.

Utvärderingsfasen

Utvärderingskriterierna syftar till att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller anbudet med det lägsta priset. Endast de anbud som uppfyller samtliga ställda krav skall bedömas vid denna utvärdering. Av transparens- och likabehandlingsprinciperna följer att en leverantör redan vid anbudets utformning skall kunna förutse vad den upphandlande enheten begär, mot vilka kriterier hans anbud kommer att utvärderas och vilken relativ vikt kriterierna tillmäts.⁴

³ NOU anser att utvärdering av krav, vars formulering kräver en villkorslös uppfyllelse (”leverantören skall genomföra” eller att någonting ”skall” tillhandahållas eller redovisas”) måste utvärderas med ja, leverantören uppfyller det uppställda kravet eller nej, han uppfyller inte kravet. Ett sådant kravs bristande uppfyllelse skall leda till att anbudet inte kan antas, eftersom det inte överensstämmer med förfrågningsunderlagets krav. Krav formulerade på det sättet kan inte kombineras med åsättandet av utvärderingspoäng beroende på den uppskattade graden av kravens uppfyllelse.

⁴ EG-domstolens domar C-87/94, Kommissionen mot Belgien, REG 1996, sid. I-2043, punkt 54. I målet C-19/00, SIAC, p. 34 hänvisas till detta avgörande och anges: Konkret skall anbudsgivarna behandlas lika både när de utarbetar sina anbud och när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten (enheten).

NOU ansluter sig till kammarrättens bedömning att Migrationsverkets beskrivning av utvärderingsprocessen är bristfällig och inte uppfyller kravet på transparens eller förutsebarhet. Av förfrågningsunderlaget framgår inte klart vilka maximala poäng som kan erhållas på vart och ett av utvärderingskriterierna. Vid utvärderingen har det dessutom skett en icke oväsentlig sammanblandning av utvärderingskriterier och rena krav på tjänstens utförande, bedömning av förmågan att beskriva de olika delar av anbudet, leverantörens dokumentationsförmåga och enhetens omdömen om de erbjudna tekniska lösningarna.

Migrationsverket har, som kammarrätten anfört, viktat leverantörernas placering i stället för att vikta den totala summan av erhållna poäng. Beskrivningen i verkets förfrågningsunderlag ger inte någon klar beskrivning av den tilltänkta utvärderingsmodellen. Även om NOU inte anser att regelverket kräver att den exakta utvärderingsmodellen framgår av förfrågningsunderlaget måste den upphandlande enheten under alla omständigheter ge tillräcklig vägledning om vad det är enheten vill och vilka kriterier som väger tyngst. Behovet av anpassning till kreativa lösningar fordrar inte att, som Migrationsverket medger, poängsättningen hålls öppen för att "fördela poängsättningen mellan de enskilda utvärderingskriterierna beroende på vilka förslag till lösning som kom in" från anbudsgivarna. NOU anser att Migrationsverkets utvärderingsmodell inte är förutsebar och lämnar onödigt stort utrymme för skönsmässiga bedömningar i utvärderingsögonblicket. Anbudsgivarna kan därmed inte göra en förutsebar avvägning mellan pris, kvalitet och de erbjudna lösningars kreativitet eftersom de mer eller mindre tvingas att spekulera i vad som kommer att beaktas vid anbudsutvärderingen och på vilket sätt eftersom poängsättningen bestäms först vid anbudsutvärderingen.⁵

⁵ EG-domstolens Förstainstansrätt har i dom den 26 februari 2002 (mål T-169/00 Esedra SPRL, Bryssel mot Europeiska gemenskapernas kommission) påmint om "att kommissionen har ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om vad som skall beaktas vid ett beslut att tilldela ett kontrakt efter anbudsinfördran och att första instansrättens prövning endast skall avse en kontroll av att det inte förekommit allvarliga och uppenbara fel". NOU har tidigare funderat på identiska skrivningar i två avgöranden i förstainstansrättens mål T-19/95 Adia Interim mot Kommissionen (REG. 1996 II sid. 321) och dom den 8 maj 1996 i mål T-203/96 Embassy Limousines & Services mot Europaparlamentet. Även i dessa anges att den upphandlande enheten "har ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning av vad som skall beaktas". Juristerna vid NOU:s kansli anser att avgörandena måste sättas i sitt rätta sammanhang och läsas mot bakgrund av bl.a. andra uttalanden i EG-domstolens domar, såsom C-31/87, Beentjes, punkterna 19 och 26, C-243/89 Kommissionen mot Danmark (A/S Storebæltförbindelsen) eller C-87/94 Kommissionen mot Belgien (Wallonska bussar). NOU läser därför Förstainstansrättens uttalande så att en upphandlande enhet har betydande utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om vilka krav och kriterier den vill ange i förfrågningsunderlaget som grund för sitt beslut att tilldela ett kontrakt. Förutsättningen är givetvis att kraven inte är diskriminerande. När den upphandlande enheten gjort så och sänt ut förfrågningsunderlaget, äger den inte rätt att vid *anbudsutvärderingen* frånga de ställda kraven eller göra några skönsmässiga bedömningar. NOU anser således inte att Förstainstansrättens avgöranden på ett väsentligt sätt avviker från övrig rättspraxis på området eller att uttalandena kan anses stödja fri prövningsrätt. I det ovannämnda målet C-19/00 SIAC anges i punkterna 36 och 37 att bestämmelse om anbudsutvärdering följaktligen låter de upphandlande myndigheterna välja de kriterier som de avser att tillämpa vid tilldelningen av kontraktet. Detta val kan emellertid endast avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det skulle dessutom vara oförenligt (med artikel 29 i direktiv 71/305, i dess ändrade lydelse), om ett tilldelningskriterium hade till verkan att ge den upphandlande myndigheten en absolut valfrihet när den tilldelar en anbudsgivare ett kontrakt.

Skada för leverantören

Kammarrätten anger i den överklagade domen att skaderekvisitet i 7 kap. 2 § LOU inte kräver att bristerna i förfrågningsunderlaget medfört eller kan komma att medföra att leverantören inte vinner upphandlingen. Migrationsverket anser att det är en orimlig tillämpning av skaderekvisitet och anför att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet vann oaktat leverantörens synpunkter på utvärderingsmodellen. Migrationsverket anför även att det i länsrätten sökande bolaget kan anses medvållande till skadas uppkomst genom att i tid inte påtala oklarheter.

NOU tolkar det sistnämnda argumentet så att Migrationsverket antar att det finns en skyldighet för leverantörer att redan på ett tidigt stadium åberopa eventuella brister i förfrågningsunderlaget. NOU kan inte finna stöd för det antagandet samt anser att argumentet bör bedömas mot bakgrund av den oklara rättstillämpning som finns i överprövningsmål enligt LOU. Det är också tveksamt om det kan krävas av en anbudsgivare att han reagerar på ett så tidigt stadium att han riskerar att inte kunna styrka sin skada samt riskera en försämring av affärsrelationer med den upphandlande enheten. Domstolarna har i ett flertal avgöranden underlåtit att ingripa enligt 7 kap. 2 § LOU med motiveringen att sökanden inte lyckats styrka sin skada.

Genom LOU infördes en allmän möjlighet för leverantörer att få ett upphandlingsförfarande prövat, stoppat eller ändrat.⁶ Rättstillämpningen är dock inte enhetlig och det finns stöd för olika synsätt. NOU anser att det inte är helt klarlagt om bestämmelsen om leverantörens risk att lida skada innebär både en begränsning i leverantörens talerätt eller även en bevisbörderegler, som innebär att ingripande enligt 7 kap. 2 §, trots påvisad överträdelse av LOU, inte får ske om leverantören inte styrker skadan.

Som medlemsstat i EU har Sverige enligt rättsmedelsdirektiv 89/665/EEG⁷, art. 1 skyldighet att "vidta nödvändiga åtgärder för att garantera, att en upphandlande myndighets beslut prövas effektivt". Prövningen skall dessutom göras skyndsamt, i synnerhet i "de fall upphandlingsbeslut innefattar överträdelse av gemenskapsrätten för offentlig upphandling eller nationella bestämmelser om införande av sådan lag". Reglerna i 7 kap. LOU bygger på rättsmedelsdirektivet och är även vad avser upphandling enligt 6 kap. LOU anpassade till vad som följer av gemenskapsrätten.⁸ I direktivets art. 3. anges att "medlemsstaterna skall se till att ett prövningsförfarande med detaljerade regler enligt medlemsstaternas

⁶ Tidigare fanns endast möjlighet till laglighetsprövning enligt kommunallagen. LOU medför också att leverantörer utanför EU och EES-området genom GPA avtalet inom ramen för Världshandelsorganisationen har numera samma möjligheter att få sin talan prövad.

⁷ Rådets direktiv om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten 89/665/EEG

⁸ Angående frågan om tolkning av nationell rätt som anpassats till gemenskapsrätten se Högsta domstolens dom NJA 1998 s. 873 i vilket åberopas EG-domstolens dom den 17 juni 1997 i mål nr C-28/95, Leur-Bloem, REG 1997, s. I - 4165.

bestämmande införs och att det kan åberopas av var och en, som har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling av varor eller bygg- och anläggningsarbeten, och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse”.

Av svenska förarbeten och domar framgår att reglerna för prövning av upphandlingar under tröskelvärdena inte skall skilja sig från motsvarande prövning av upphandling över tröskelvärdena.

Detta leder till att en förvaltningsdomstol skall pröva om sökanden är berättigad att få upphandlingen överprövad när talan anhängiggörs. Om klaganden inte förefaller riskera att lida skada skall ansökan avvisas. Mera tveksamt är enligt NOU:s uppfattning om domstolen *efter* en sakprövning och *konstaterandet* att en upphandlande enhet brutit mot LOU på nytt skall pröva om en leverantör till följd av felet kan lida skada. NOU:s uppfattning är att LOU:s syfte att förhindra överträdelse av gemenskapsrätten och LOU samt leverantörernas rätt till affärsmässig och objektiv behandling skall ha företräde framför synsättet att en domstol skall ingripa endast när en leverantör kan styrka att han lidit eller kommer att lida skada.

Det finns dock några domstolsavgöranden som förefaller lägga bevisbördan för skadan på sökanden. Förvaltningsdomstolarna har sålunda i flera fall funnit att det sökande bolaget inte lidit skada samtidigt som domstolen konstaterat att den upphandlande enheten brutit mot en eller flera väsentliga bestämmelser i LOU.⁹ Den praktiska konsekvensen av att lägga bevisbördan på sökanden kan bli att såväl sökanden som en upphandlande enhet redan från början måste noggrant utforma sina yrkanden och därför i tid anlita sakkunnig juridisk hjälp för att så tidigt som möjligt frambringa eller kunna bemöta den utredning som visar på vilket sätt leverantören lidit eller kan komma att lida skada av något missförhållande.¹⁰

De beviskrav på skadan som domstolarna i några avgöranden har ställt, bör jämföras med vad som anförts i förarbetena att "det i praktiken vanligaste fallet kan förmodas bli att en ansökan om rättelse görs redan när man riskerar att lida skada". Avsikten bakom bestämmelsen är nämligen att man skall kunna angripa

⁹ Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 2365-1999, meddelad den 27 augusti 1999. Kammarrätterna har konstaterat att upphandlingen har skett i strid med LOU men inte funnit anledning att ingripa enligt 7 kap. 2 § LOU. Kommunen får därmed veta av kammarrätten att den brutit mot LOU och, som staten i vidsträckt bemärkelse, mot EG:s upphandlingsdirektiv och därmed borde rätta till det begångna felet. Samtidigt får den i praktiken domstolens tillstånd att avsluta den felaktiga upphandlingen. En liknande utgång angående ett statligt verk finns sedan tidigare i en dom från Kammarrätten i Sundsvall (ej prövningstillstånd i Regeringsrätten). I det målet har angivits att det förhållande att en upphandlande enhet uteslutit en leverantör och i stället i strid med LOU "insatt annat företag i det uteslutna företagets ställe medförde enligt kammarrättens mening inte att klaganden lidit eller kan komma att lida skada i den mening som avses i 7 kap. 2 § LOU". Att kommunen resp. det statliga verket slutit kontrakt med en leverantör som enligt domen ändrat sitt anbud genom otillåtet förfarande resp. över huvud taget inte borde ha fått delta i upphandlingen, anses således inte kunna medföra skada för det sökande bolaget. Det finns flera andra exempel på liknande bedömning i andra länsrätts- och kammarrättsdomar.

¹⁰ I EG-domstolen finns för närvarande två intressanta fall som berör dessa frågor. De frågor som hänskjuts till EG-domstolen för avgörande i mål C-464/00 är om en nationell domstol skall agera ex officio och leda utredningen även i frågor som inte berörs av parterna. C-401/01 berör frågan huruvida varje anbudsgivare som deltagit i en offentlig upphandling är behörig att ansöka om överprövning av tilldelningsbeslutet eller om en anbudsgivare har ett berättigat intresse av en sådan prövning endast om han uttömt alla inhemska medel för att förhindra att någon annan tilldelas kontraktet.

en feltillämpning på ett så tidigt stadium att det skall vara möjligt för en domstol att ingripa innan någon faktisk skada uppkommer.¹¹ Av värde för tolkningen kan vara även lagrådets uttalande att det bättre står i överensstämmelse med direktiven att "som huvudregel föreskriva att ingripandet är obligatoriskt, d.v.s. att länsrätten under givna förutsättningar skall ingripa".¹² Det utrymme för diskretionär prövning, som från början fanns, togs sedermera bort avseende slutliga överprövningsavgöranden.¹³

Det finns dock en mängd domar som inte lägger bevisbördan för liden skada på den sökande. Regeringsrättens domar, t.ex. RÅ 1998 not 44 eller dom i mål nr 180-2000, är utmärkta exempel på att även de som inte fått tillfälle att lämna in anbud kan få bifall i ett överprövningsmål enligt LOU. Även Kammarrättens i Göteborg dom i mål 3859-1999 visar att ett ingripande kan ske på talan av en leverantör som inte lämnat något anbud men "är registrerad för verksamheten". Högsta domstolen har i mål nr T 2417-98 prövat skadeståndstalan från en leverantör som inte fått möjlighet att delta i upphandlingen.¹⁴

Skada för den upphandlande enheten

NOU anser att en avvägning mellan å ena sidan den skada eller olägenhet som åtgärden medför och å andra sidan skadan för leverantören kan göras endast vid ett interimistiskt beslut enligt 7 kap. 2 § tredje stycket LOU. NOU anser därför att skadan för den upphandlande enheten inte spelar någon roll vid en slutlig prövning. Kammarrättens bedömning i den överklagade domen överensstämmer med NOU:s åsikter.

NOU konstaterar slutligen att det kontrakt som skulle ha slutits efter upphandlingen var avsett att börja löpa den 1 januari 2002. Den förskjutning av kontraktstiden som uppkommer kan enligt NOU inte bedömas på annat sätt än att det sker en väsentlig ändring av kontraktstiden mot vad som angivits i förfrågningsunderlaget. Migrationsverket kan därmed inte längre sluta ett kontrakt under den i förfrågningsunderlaget angivna kontraktstiden. Verket tvingas därför enligt NOU:s förmenande att göra om upphandlingen, även om Regeringsrätten skulle bifalla verkets överklagande. Den tid under vilken anbudsgivarna är bundna av sina anbud har sannolikt gått ut redan innan Regeringsrätten meddelat sitt prövningstillstånd. Vid tidpunkten för den kommande domen kan det därför inte förväntas att Migrationsverket har några bindande anbud från de anbudsgivare

¹¹ Prop. 1992/93:88 s. 101.

¹² Samma prop. s. 140.

¹³ Prop. 1995/96:165 s. 18. Justeringen görs "så att det nu klart framgår att den skadeavvägning som får göras avser endast det interimistiska beslut som domstolen har möjlighet att fatta".

¹⁴ I samma avgörande den 22 december 2000 anger Högsta domstolen bl.a. följande. "Med hänsyn till det utrymme för olika värderingar av ingivna anbud som LOU lämnar, skulle emellertid ett krav på att leverantören alltid skall styrka att just han förlorat kontraktet till följd av överträdelsen medföra att rätten till ersättning i praktiken blev urholkad på ett sätt som i vart fall inte står i god samklang med det preventiva syfte som direktivens bestämmelse om rätt till skadestånd har (jfr prop. 1992/93:88 s. 103). Det ankommer på Regeringsrätten att bedöma om det är rimligt att beviskravet vid skadeståndsprövning skall sättas lägre eller lika med det som gäller i ett överprövningsmål.

som i september 2001 lämnat in anbud. Migrationsverkets ekonomiska skada som uppstår i avvaktan på Regeringsrättens dom kan mot denna bakgrund knappast åberopas i målet, eftersom verket borde vara väl medveten om att den sista möjlighet att sluta avtal med den valde leverantören försvann redan före Kammarrättens dom.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 21 mars 2002 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman och ämnesrådet Charlotte Hedberg. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze efter föredragning av chefsjuristen Michael Slavicek. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag och de direktiv till ändringar som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Michael Slavicek

Camilla Graf Morin

YTTRANDE

Datum
2001-03-28
Ert datum
2001-02-12

1 (9)

Vår beteckning
2001/0030-22
Er beteckning
Dnr: 2000:70(4)Riksdagens revisorer
100 12 STOCKHOLM

Regeringskansliets upphandling av konsulter (Rapport 2000/01:6)

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar tillsyn över offentlig upphandling enligt 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). NOU har, såsom även framförs i rapporten, lämnat Riksdagens revisorer synpunkter under hand vad avser iakttagelser och bedömningar under granskningen avseende upphandlingsförfarandet. NOU:s yttrande begränsar sig i stort sett endast till de delar i rapporten som har direkt anknytning till LOU och gemenskapsrätten.

NOU:s huvudsakliga inställning till innehållet i rapporten

NOU anser att tillvägagångssättet vid Regeringskansliets konsultupphandlingar såsom det presenterats *kännetecknas av stora brister* vad gäller iakttagandet av LOU:s bestämmelser. De brister som NOU särskilt anser vara allvarliga är avsaknaden av fullständiga och tydliga förfrågningsunderlag, bristen på konkurrensutnyttjande, åsidosättande av dokumentationskravet vid upphandlingar och avsaknaden av undertecknade avtal, i vissa fall ända till efter startpunkten för utförandet av de efterfrågade tjänsterna.

NOU anser att allvarlig kritik kan riktas mot Finansdepartementet med anledning av att revisorerna inte kunnat granska någon specifik upphandling på grund av bristande underlag eller att handlingar inte har kunnat återfinnas. Om dokumentationen av upphandlingsärenden brister i så hög omfattning, anser NOU, att det inte kan uteslutas att upphandlingarna inte heller genomförts på ett tillfredsställande sätt. En sådan brist på dokumentation kan bidra till att skapa misstro hos leverantörer att det inte går rätt till hos departementet.

De upphandlingar som Näringsdepartementet har genomfört och som finns redovisade i rapporten uppvisar enligt NOU:s mening mycket allvarliga brister vad gäller efterlevnaden av LOU:s bestämmelser. Revisorerna påtalar bl.a. att gemensamt för de tre granskade upphandlingarna är att skriftliga förfrågningsunderlag saknas, att departementet muntligen gått

Camilla Graf Morin

igenom vad konsulttjänsten skall omfatta och att en direktupphandling genomförts till ett belopp av 86,1 miljoner kr (Goldman Sachs International).

NOU konstaterar att de slutsatser och förslag som Riksdagens revisorer redovisat i rapporten med anledning av iakttagelserna och den kritik som i enlighet därmed framförts, i huvudsak stämmer överens med nämndens uppfattning.

NOU ser mycket allvarligt på de återgivna iakttagelserna, särskilt vad gäller uppgifterna om upphandlingarna vid Finans- och Näringsdepartementen. NOU ställer sig undrande till varför kunskapen inom Regeringskansliets Förvaltningsavdelning inte utnyttjades i större utsträckning. Den i rapporten refererade upphandlingen av en grafisk profil m.m. för det svenska ordförandeskapet genomförd av Utrikesdepartementet vid vilken Förvaltningsavdelningens upphandlingssektion kontaktades uppvisar en påtagligt bättre kvalitet jämfört med andra i rapporten refererade upphandlingar.

NOU anser att mycket talar för att det undantag i LOU (5 kap. 1 § andra stycket 5 p.) avseende vissa finansiella tjänster som åberopas av Näringsdepartementet i två upphandlingar inte är tillämpligt. Även om ett undantag från LOU skulle anses vara tillämpligt måste de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna iakttas, t.ex. principen om icke-diskriminering och likabehandling. Om en upphandling omfattas av sekretess enligt 1 kap. 3 § 2 stycket 2 p. LOU, innebär detta inte att upphandlingen kan genomföras utan några formkrav, utan att bestämmelserna i 6 kap. LOU skall iakttas. NOU är medveten om att praktiska svårigheter kan uppstå i de fall en upphandling är föremål för sekretess samtidigt som LOU:s bestämmelser skall tillämpas, särskilt med tanke på det utökade kravet på annonsering som senaste ändringen i LOU (SFS 2000:877) medför. NOU har uppmärksammat Justitiedepartementet på förhållandet (2000/0134-29).

NOU vill vidare framhålla att Regeringskansliets förhållningssätt till bestämmelserna på upphandlingsområdet får stort genomslag. Den sammanlagda upphandlingsvolymen i Sverige beräknas uppgå till omkring 400 miljarder kronor per år vilket motsvarar drygt 23 % av Sveriges BNP¹. Detta innebär att sättet att genomföra upphandlingar har mycket stor samhällsekonomisk betydelse. De iakttagelser som revisorerna för fram avseende Regeringskansliets upphandlingar medför att inställningen till upphandlingsbestämmelserna allvarligt skadas. Regeringskansliet borde i stället, enligt NOU:s förmenande, fungera som en god förebild för övriga upphandlande enheter i landet.

¹ Effektivare offentlig upphandling - För fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt, SOU 1999:139, sid. 13

Camilla Graf Morin

En professionellt skött upphandlingsverksamhet förutsätter ett väl fungerande samarbete mellan de upphandlingskunniga och kravställarna så att respektive kunskap kompletterar varandra inför, under och efter upphandlingens genomförande. Eftersom upphandling endast är en hjälpverksamhet till den offentliga förvaltningens kärnverksamheter får verksamheten ofta en alltför undanskymd roll, oaktat det på många håll enligt NOU:s uppfattning finns stora besparingar att göra. Om den översyn genomförs som revisorerna föreslår anser NOU att detta samarbete bör belysas. Kontakten med Förvaltningsavdelningen bör ske i ett tidigt skede inför upphandlingen så att deras kunskap påverkar handläggningen från början. Förutsatt att Förvaltningsavdelningen besitter erforderlig kompetens och har tillräckliga resurser för uppgiften. Vidare bör samtliga som helt eller delvis deltar i upphandlingsprocessens olika faser ha grundläggande kunskaper inom upphandlingsområdet inklusive regelsystemet för att säkerställa ett affärsmässigt beteende och en effektiv upphandling.

Om uppfattningen råder inom Regeringskansliet, såsom det har framförts i massmedia, att bestämmelserna för offentlig upphandling inte går att följa vid vissa typer av upphandlingar, anser NOU att regeringen - om den anser det önskvärt - bör verka för ändringar av såväl LOU som EG:s upphandlingsdirektiv. Dessa bestämmelser bör då anpassas till verksamheten så att upphandlingar i enlighet med gällande bestämmelser kan ske. NOU förmodar att de förhållanden som gör det svårt att följa bestämmelserna inte är unika för de svenska departementen. NOU har tidigare framhållit behovet av att utreda förhållandet mellan sekretesslagen och LOU samt konsekvenser av ett behov att hemlighålla uppgifter samtidigt som en offentlig upphandling skall genomföras (dnr 2000/0134-29).

NOU:s övriga synpunkter och kommentarer

Näringsdepartementets upphandling av Goldman Sachs International

En direktupphandling av tjänster genomfördes från Goldman Sachs International (GSI) på sammanlagt 86,1 miljoner. LOU tillämpades inte av departementet dels på den grunden att undantaget i 5 kap. 1 § 2 stycket 5 p. LOU avseende finansiella tjänster ansågs vara tillämpligt och dels därför att projektet inte kunde offentliggöras. Enligt rapporten hänvisades med anledning av sistnämnda grund till 8 kap. 6 § sekretesslagen.

Upphandlingen avser enligt revisorernas översättning ”finansiell rådgivning i samband med det eventuella samgåendet eller fusionen mellan Telia AB och Telenor AS. Tjänsterna omfattar värdering, biträde i samband med förhandlingen om finansiella och andra frågor i affärsuppgörelsen och biträde med att samordna det arbete som utförs av andra rådgivare i samband med affärsuppgörelsen”.

Camilla Graf Morin

I 5 kap. 1 § 2 stycket, 5 p. LOU anges att LOU:s bestämmelser inte gäller för upphandling av finansiella tjänster i samband med utgivning eller omsättning av värdepapper och andra instrument.

Av förarbetena² till nämnda lagrum framkommer följande. ”Punkten 5 avser finansiella tjänster i samband med utgivning av värdepapper och andra finansiella instrument. Detta innebär att en upphandlande enhet som i förvaltningen av sitt kapital önskar anlita en bank för emission av värdepapper inte behöver upphandla den tjänsten. Om enheten i stället önskar att t.ex. en bank skall ta på sig förvaltningen av kapitalet är detta en tjänst som inte främst avser utgivning av värdepapper m.m., utan snarare faller in under finansiella tjänster enligt kategori 6 av bilagans avdelning A och sålunda skall upphandlas enligt reglerna i detta kapitel för upphandling av ”A-tjänster”.”

Av ingressen till rådets direktiv av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster anges: ”Detta direktiv omfattar inte sådana finansiella tjänster som rör instrumenten för valuta- och penningpolitiken, statsskuldförvaltningen, valutapolitik och annan politisk beslutad verksamhet som innefattar transaktioner med värdepapper och andra finansiella instrument. Avtal i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överförande av säkerheter och andra finansiella instrument ligger således utanför detta direktivs tillämpningsområde. Likaså undantas verksamhet, som utförs av centralbanker.”

Enligt bilagan till LOU uppdelas tjänster i A-tjänster respektive B-tjänster och denna tillhörighet jämte det beräknade värdet för upphandlingen har betydelse för vilka bestämmelser som blir tillämpliga för upphandlingen. I avdelning A uppräknas ett antal kategorier av tjänster. I kategori 6, Finansiella tjänster, anges

a Försäkringstjänster

b Bank- och förvaltningstjänster mot avgifter, provision, ränta och andra former av ersättning**

**utom tjänster i samband med utgivning eller omsättning av värdepapper och andra finansiella instrument, förvaltning av statsskulden och sådana tjänster som utförs av Sveriges riksbank.

Det bör även erinras om att som en undergrupp till kategori 11, Konsulttjänster för administration och organisation av företag, anges utan undantag Finansiella konsulttjänster, förutom bolagsskatt.

För att ta reda på om en tjänst är en A- eller B-tjänst och till vilken kategori tjänsten hör kan CPV-nomenklaturen (Common Procurement Vocabulary) ge viss ledning. I bilaga 1 och 2 till yttrandet återfinns en kopia över de undergrupper som anges i CPV:n vad avser kategori 6 och 11.

I rapporten hänvisas till ett av NOU avgjort ärende (dnr 1999/0210-29) som behandlar Regeringskansliets upphandling av rådgivning och medverkan i

² Prop. 1992/93:88, sid. 95.

Camilla Graf Morin

omstrukturerings av statens ägande i AssiDomän. Regeringskansliet hävdade även här att undantaget i 5 kap. 1 § andra stycket 5 p. LOU var tillämpligt, men uppgav samtidigt att "Principerna om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU skall alltid gälla vid upphandling och tillämpades även i detta fall genom att ett antal leverantörer inbjöds att lämna anbud".

Enligt NOU:s uppfattning får undantaget för upphandling av finansiella tjänster med hänsyn till ovan nämnda citat ur förarbetena, ingressen till tjänstedirektivet och uttalandena i NOU:s ärende avseende liknande tjänster tolkas så, att de tjänster som kan undantas skall ha ett nära samband med utgivning av värdepapper och andra finansiella instrument. NOU uppfattar inte att de nu aktuella tjänsterna har ett sådant samband.

NOU anser, i likhet med revisorerna, att LOU inte medger något undantag från LOU i sin helhet på den grunden att enheten inte önskar att offentliggöra upphandlingen. Enligt 1 kap. 3 § 2 stycket 2 p. LOU anges sålunda att bestämmelserna i 6 kap. LOU skall tillämpas på upphandling som omfattas av sekretess. Detta medför bland annat att enheten skall ta fram ett skriftligt och fullständigt förfrågningsunderlag, infordrande av anbud skall ske och konkurrensen på marknaden skall utnyttjas. Såsom framförts ovan är NOU medveten om att praktiska svårigheter kan uppstå när en upphandling är föremål för sekretess samtidigt som LOU:s bestämmelser, t.ex. avseende annonsering, skall iakttas.

NOU vill framhålla att en upphandlande enhet som åberopar en undantagsregel i LOU har bevisbörda för att förutsättningarna för dess tillämpning är uppfyllda. I ingressen till Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor markeras att "sträng restriktivitet måste uttryckligen gälla beträffande undantagen." EG-domstolen har i flera sammanhang påpekat att den upphandlande enheten har bevisbördan för förutsättningarna för undantagsbestämmelsernas tillämpning förelegat och tolkat dessa restriktivt.

De skäl som departementet har åberopat för att anse 8 kap. 6 § sekretesslagen tillämplig utvecklas inte närmare i rapporten. Det anges endast att lagrummet har tillämpats. Det är inte heller NOU:s sak att uttala sig om huruvida rekvisiten är uppfyllda för att tillämpa nämnda lagrum eller inte. Det är emellertid NOU:s uppfattning att Näringsdepartementet borde ha styrkt eller åtminstone gjort sannolikt att undantagsregeln för sekretessskäl förelegat. Vad gäller LOU:s tillämpning är dock viktigt att framhålla, vilket inte framkommer i rapporten, att om undantaget i 1 kap. 3 § andra stycket 1 p. LOU (sekretess) anses vara tillämpligt medför det att bestämmelserna i 6 kap. LOU blir tillämpliga.

Sammantaget talar således den information som NOU kunnat ta del av att upphandlingen borde ha skett i enlighet med 5 kap. LOU eller, i det fall sekretessskäl kan åberopas, 6 kap. LOU.

Camilla Graf Morin

Näringsdepartementets upphandling av Monitor Company Europe

Upphandlingen avsåg en strategisk analys och tre företag gavs tillfälle att inkomma med anbud efter en muntlig förfrågan. Departementet har som skäl för att inte annonsera upphandlingen uppgett, dels att upphandlingen var av brådskande karaktär och dels att ärendet behövde behandlas med sekretess. Den valde leverantören anlätades till ett värde om 3,3 miljoner kr.

NOU instämmer i revisorernas bedömning att LOU:s krav på brådskande sannolikt inte var uppfyllt, eftersom diskussionen om sammanslagningen mellan Telia och Telenor pågick i flera månader vid tiden för upphandlingen och brådskan enligt LOU inte får ha orsakats av omständigheter som har kunnat förutses och inte heller får bero på den upphandlande enheten. NOU anser i likhet med revisorerna att LOU inte medger något undantag enbart på den grunden att enheten inte önskar offentliggöra upphandlingen. Se ovan NOU:s kommentarer vad gäller tillämpligheten av 1 kap. 3 § andra stycket 1 p. LOU. Upphandlingen borde således enligt NOU:s mening ha, för det fall sekretessskäl kunnat visas föreligga, genomförts enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU.

Att inte ha tid att ta fram ett skriftligt förfrågningsunderlag och att kontakta endast tre tänkbare leverantörer vid en upphandling som uppgår till drygt 3 miljoner kronor, anser NOU inte förenligt med kravet på utnyttjande av befintlig konkurrens i 1 kap. 4 § LOU. NOU anser det inte uteslutet att departementet på grund av bristande planering hamnat i tidsbrist och således inte hunnit göra en regelrätt upphandling. Den i revisorernas rapport föreslagna översynen bör enligt NOU:s uppfattning omfatta förslag till nya rutiner för att möjliggöra att upphandlingar på ett effektivt sätt kan genomföras med uppsökande och utnyttjande av konkurrens också vid viss tidsbrist. Översynen bör vidare omfatta riktlinjer för hur sekretessbedömningar vid upphandlingar skall göras och tydligt ange vilka regler som gäller för olika situationer, exempelvis hur annonsering kan göras utan att avslöja känsliga förhållanden.

Enligt rapporten valde departementet leverantören, trots att dennes anbud innehöll ett betydligt högre pris, på grund av att företaget hade "störst kompetens" inom det aktuella området. Ett tilldelningsbeslut skall motiveras tydligare än vad departementets här har gjort. Av hänsyn till proportionalitetsprincipen är det viktigt att kompetenskraven så långt möjligt preciserar den nivå som anses erforderlig för ett aktuellt uppdrag.

Näringsdepartementets upphandling av Schroeders

Upphandlingen avsåg en rådgivningstjänst avseende försäljning av aktier i det nya bolaget och leverantören anlätades till ett sammanlagt belopp om 18,2 miljoner kronor. Något skriftligt underlag utarbetades inte. Näringsdepartementet valde ut tre företag som erbjöds lämna anbud.

Camilla Graf Morin

Departementet ansåg att även denna upphandling var undantagen från LOU enligt 5 kap. 1 § andra stycket 5 p. LOU. I rapporten framkommer att det upphandlade företagets uppgift bestod dels i rådgivning och att assistera vid upphandlingen och dels styrningen av de banker som skulle sköta försäljningen av aktier. Enligt NOU:s uppfattning kan inte en upphandling som innehåller olika typer av tjänster undantas i sin helhet från upphandlingsreglernas tillämplighet på grund av ett inslag av tjänster vilka inte omfattas.

Hela upphandlingen uppgick till 18,2 miljoner kronor och revisorerna redovisar inte vilken andel av det totala värdet som kan hänföra sig till de undantagna tjänsterna. Av den knappa information som ges gör NOU den bedömningen att de två förstnämnda tjänstetyperna (rådgivning och assistera vid upphandling) sannolikt inte omfattas av något undantag. Vad gäller tjänsten att styra bankerna inför försäljningen är NOU mer tveksam men vill framhålla att om en tjänst som i detta sammanhang skall anses undantagen bör den sannolikt mer tydligt direkt knyta an till tjänster i direkt samband med utgivning eller omsättning av värdepapper och andra instrument.

Finansdepartementets upphandlingar

Revisorerna uppger att de på grund av bristande underlag hos Finansdepartementet inte kunnat granska någon specifik upphandling. Av rapporten framkommer att revisorerna ur redovisningssystemet valt ut nio leverantörer. Det är framför allt frågan om direktupphandlingar av specifika tjänster. För två av leverantörerna har revisorerna inte erhållit några underlag alls. Underlaget som revisorerna har tagit del av i övrigt är bristfälligt. Bland annat saknas förfrågningsunderlag och dokumentation av hur upphandlingarna har gått till. I ett fall saknas en offert från leverantören.

NOU anser att allvarlig kritik bör riktas mot Finansdepartementet med anledning av de sakuppgifter som återges.

NOU kan dock inte ta ställning till om det var befogat att upphandlingarna genomfördes som direktupphandlingar, eftersom uppgift saknas i rapporten såväl avseende kostnaden för de granskade upphandlingarna vid Finansdepartementet som förhållanden som kan anses ha utgjort synnerliga skäl för att tillämpa förfarandet direktupphandling. NOU har inte i rapporten funnit någon uppgift om vilken övre värdegräns som gäller för direktupphandling vid departementet. Uppgiften i avsnitt 4.2 om att revisorerna i granskningen från de bokförda utbetalningarna från departementens konsultkonto valde ut ett antal ”större” upphandlingar till privata leverantörer för närmare granskning, talar dock för att direktupphandlingarna knappast kan ha motiverats av lågt värde. NOU saknar även uppgift om huruvida departementet utnyttjat någon konkurrens vid direktupphandlingarna. Kritiken mot Finansdepartementet dämpas om flera leverantörer blivit tillfrågade vid direktupphandlingarna i strid med interna värdegränser.

Camilla Graf Morin

Då dokumentationen av upphandlingsärenden brister markant kan det inte uteslutas att upphandlingarna inte heller genomförs på ett tillfredsställande sätt.

Dokumentationen skall möjliggöra för en icke vald leverantörer att efter upphandlingens genomförande granska handlingarna i syfte att se på vilka grunder denne inte vunnit upphandlingen. Ett dokumenterat upphandlingsförfarande har särskilt stor betydelse i de fall en leverantör som anser sig vara förfördelad i en upphandling stämmer den upphandlande enheten vid domstol och yrkar skadestånd. För att enheten skall kunna gå i svaromål och visa att upphandlingen genomförts enligt LOU:s bestämmelser, förutsätts att handlingar finns som kan stödja enhetens uppgifter. En väl fungerande dokumentation är vidare en förutsättning för att kunna skicka en rapport över en avslutad upphandling enligt bestämmelserna i 2, 3 eller 5 som EG-kommissionen när som helst kan begära in enligt 1 kap. 11 § LOU. Rapporten skall t.ex. innehålla dels uppgift om namn på anbudsgivare eller anbudssökande som kvalificerat sig för att delta i upphandlingen och anledningen till valet av dessa och dels namn på anbudsgivare och anbudssökande som inte vunnit framgång och anledningen till det. En ordnad dokumentation av upphandlingar, även direktupphandlingar, underlättar vidare för den upphandlande enheten att få bättre överblick över sina genomförda upphandlingar.

Miljödepartementets upphandlingar

Miljödepartementet har i en av de granskade upphandlingarna (förenklad upphandling) prövat ett anbud trots att det inkommit för sent. Enligt LOU får en upphandlande enhet inte pröva ett anbud som har kommit in efter den dag som angetts som sista dag för lämnande av anbud (6 kap. 11 §).

Vid genomgången av en av Miljödepartementets upphandlingar framkommer vidare att priset i avtalet med leverantören blev lägre än det offererade priset med anledning av att en betydande del av det ursprungliga uppdraget ströks. Om denna ändring kan bedömas som väsentlig anser NOU det märkligt att detta förhållande inte alls berörs längre fram under avsnittet Revisorernas iakttagelser och synpunkter. NOU vill understryka att en upphandlande enhet inte kan väsentligen ändra omfattningen på ett uppdrag utan att avsluta den pågående upphandlingen och med ett nytt förfrågningsunderlag göra en förnyad upphandling.

Övrigt

Genom att underlåta att följa LOU:s regler om kvalificering av leverantörer är det osäkert om tillräcklig kontroll av de anlitade bolagen har gjorts, bland annat avseende inbetalning av skatter och avgifter samt ekonomiska och finansiella styrka.

Camilla Graf Morin

Detta yttrande har beslutats vid nämndsammanträde den 28 mars 2001, i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman, avdelningsdirektören Lisbeth Johnson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och kammarrättsassessorn Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Camilla Graf Morin. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Camilla Graf Morin

Michael Slavicek
Telefon 08-454 48 51 eller 031-10 50 75

Datum	Vår beteckning
1999-05-18	1999/0102-29
Ert datum	Er beteckning
	Mål nr 2365-1999

Kammarrätten i Göteborg
Avdelning 3, Rotel 33
Box 1531
401 50 GÖTEBORG

Yttrande i kammarrättens mål nr 2365-1999

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har den 3 maj 1999 mottagit en begäran om yttrande i Kammarrättens i Göteborg rubricerade mål. Målet avser Grums kommuns upphandling av värmeförsörjning.

Kammarrätten har inte preciserat några frågor. NOU uttalar sig därför i frågan om upphandlingen har genomförts i enlighet med lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

Ärendets tidigare handläggning

Av utredningen framgår att upphandlingsformen var förhandlad upphandling med föregående annonsering. Grums kommun annonserade upphandlingen i EGT. Anbudstiden var 3 månader. Upphandlingen avsåg totalåtagande att från en biobränslebaserad anläggning försörja i första hand kommunens egna fastigheter i centrala Grums med värme. Övriga fastighetsägare skulle ges möjlighet att ansluta sig. Värmeleveranserna beräknades till 15 - 35 GWh/år varav Grums kommun och Grums hyresbostäder AB tillsammans förbrukade ca 11,2 GWh/år. Anbud kunde lämnas enligt tre alternativ, beroende på förväntad årsförbrukning, alternativen A, 15 - 21 GWh/år, B 16 -25 GWh/år och C 20 - 35 GWh/år.

Anbudsöppning skedde den 18 oktober 1998. Nio anbudsgivare hade då lämnat anbud. Åtta av dessa kallades till upphandlingsmöten den 12 - 16 november. Dessa inlämnade kompletterande anbud den 16 november. Efter andra utvärderingen erbjöds fem anbudsgivare att komplettera sina anbud enligt kommunens brev den 14 december 1998. Dessa kompletterande anbud inkom den 15 januari 1999. Kommunen höll en tredje utvärdering, varefter fyra anbudsgivare kompletterade sina anbud ytterligare en gång enligt kommunens brev den 25 januari 1999. Nya kompletterande anbud inkom den 29 januari 1999. Gullspångs Värme AB förtydligande sitt ännu en gång den 16 februari 1999. Kommunens slutliga utvärdering gjordes den 17 februari 1999.

Vad som förekommit därefter framgår av länsrättens i Värmlands län dom den 24 mars 1999 i vilken länsrätten avslagit framställningen från Gotlands Fjärrvärme AB att upphandlingen får genomföras enbart genom prövning av sådana anbud

som inkommit innan anbudstidens utgång. Länsrätten anger i den överklagade domen bl. a. att en upphandlande enhet vid en upphandling av förevarande slag får förhandla om allt som rör upphandlingen däribland priset. Enbart den omständigheten att i det vinnande anbudet gjorts prisreduktion, även betydande sådan, kan inte anses innebära att fråga är om ett nytt anbud som skall föranleda ingripande enligt 7 kap. 2 § LOU. Att förutsättningarna för upphandlingen genom kommunens förhandlingar med de skilda leverantörerna väsentligen ändrats eller att fråga inte längre skulle vara om samma vara eller tjänst har inte hävdats av bolaget. Ej heller att den aktuella upphandlingen på annan grund skulle strida mot 1 kap. 4 § LOU eller annan bestämmelse i den lagen. Vad som framkommit i målet ger enligt länsrättens uppfattning inte grund för att förordna att förhandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

NOU:s bedömning

Omfattningen av underrättens prövning

Länsrätten utgår i sina domskäl från vad det sökande bolaget anfört respektive inte anfört. Frågan uppkommer om bestämmelsen i 7 kap. 2 § första stycket LOU skall tolkas så att det ankommer på en länsrätt att självant beakta de överträdelse av LOU som kan utläsas av utredningen eller om det förhåller sig så att rätten inte behöver beakta mer än det som anförts av den sökande. Det aktuella upphandlingsförfarandet uppvisar flera betydande avvikelser från LOU:s regler vilka inte har åberopats av det sökande bolaget. Det vore därför av värde om kammarrätten i sitt avgörande uttalat sig även om omfattningen och inriktningen av den prövning som skall göras enligt 7 kap. 2 § första stycket LOU. Om det förhåller sig så att domstolen är bunden av det som åberopas och inte fritt kan pröva huruvida överträdelse mot LOU har skett, bör detta klart uttalas så att den sökande ges möjlighet att i tid anlita sakkunnig juridisk hjälp.

Huvudfrågorna i överklagandet.

Gotlands Fjärrvärme AB hävdar i överklagandet till kammarrätten i huvudsak att kommunen dels tillåtit att den antagne leverantören ändrat sitt anbud efter anbudstidens utgång och dels inte behandlat alla leverantörer på lika och rättvist sätt genom att anlita en konsult med koppling till den vinnande anbudsgivaren.

Utgångspunkten för övervägandet är att det prövas om upphandlingsförfarande som Grums kommunen tillämpat varit tillåtet och att kommunen därmed ägde rätt att förhandla med anbudsgivarna.

Upphandlingsförfarande

Vid upphandling av varor, byggtreprenader och tjänster, inom den så kallade klassiska sektorn, skall de upphandlande enheterna normalt använda öppen eller selektiv upphandling. Förhandlad upphandling får användas endast om särskilda, i LOU angivna, omständigheter föreligger. Inom försörjningssektorerna har enheterna däremot möjlighet att fritt välja mellan öppen, selektiv och förhandlad

upphandling med föregående annonsering. Bestämmelserna om förhandlat förfarande inom den klassiska sektorn har karaktären av undantagsbestämmelser och möjligheterna att tillämpa dessa skall enligt direktiven tolkas restriktivt. Även EG-domstolen har uttalat (Kommissionen mot Italien mål 199/85 REG 1987-1 sid. 1039) att bestämmelserna skall tolkas restriktivt och att det åligger den som avser att åberopa detta förfarande att bevisa att de exceptionella omständigheter som motiverar undantaget verkligen existerar. Detta återges även i EG-kommissionens Grönbok om offentlig upphandling, sid. 9. NOU:s statistik för 1994 visar att andelen av förhandlade upphandlingar inom den klassiska sektorn var 3 % av alla upphandlingar över tröskelvärdena. Införandet av större möjligheter att förhandla diskuteras, men detta kan under överskådlig tid inte förväntas leda till någon förändring av regelverket. Även efter en sådan eventuell förändring kommer möjligheterna att förhandla vara begränsade.

Länsrätten anger att värdet av föremålet för upphandlingen överstiger tröskelvärdet i 4 kap. 8 § LOU och att detta kapitel gäller för upphandlingen. Det synes dock enligt NOU:s bedömning inte vara så att upphandling sker för sådan verksamhet som anges i 4 kap. LOU och som Grums kommun själv skall bedriva vilket är en förutsättning för att få tillämpa reglerna i det kapitlet.

Av anbuden framgår att anbudsgivarna skulle uppföra och äga produktions och distributionssystemet, uppföra fjärrvärmecentraler, ansvara för drift och skötsel av produktions- och distributionsanläggningar, leverans av värme, energimätning och debitering, marknadsföring samt upprätta värmeleveransavtal med fastighetsägare.

Bestämmelserna i 4 kap. LOU skall tillämpas vid upphandling som görs av en upphandlande enhet för sådan av enheten bedriven *verksamhet* som består av 1. drift eller tillhandahållande av fasta nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om produktion, transporter, distribution eller försörjning med dricksvatten, elektricitet, gas eller värme eller av leverans av sådana nyttigheter till fasta nät. Paragrafens punkter 2 - 4 är inte aktuella i det bedömda fallet.

Grums kommun upphandlar därför i egenskap av kommun och fastighetsägare men inte i egenskap av den som i sin verksamhet tillhandahåller eller driver fasta nät i syfte att betjäna allmänheten med produktion, transport eller distribution av värme. Fjärrvärme, som upphandlas av en upphandlande enhet som inte tillhör försörjningssektorerna för sådan i 4 kap. LOU angiven verksamhet, skall anses utgöra en vara. Av förfrågningsunderlaget eller annan utredning från den upphandlande enheten framgår inte vilket kapitel i LOU som styr den gjorda upphandlingen.

Enligt 2 kap. 8 § skall en upphandlande enhet inom den klassiska sektorn använda sig av öppen eller selektiv upphandling om inte något annat upphandlingsförfarande får tillämpas enligt 10 eller 11 §. I förevarande fall har den upphandlande enheten använt sig av förhandlad upphandling med föregående annonsering i EGT. Det rör sig därför inte om övergång till förhandlad upphandling enligt 2 kap.10 §. Inte heller den i 11 § angivna förutsättningarna kan

anses vara för handen. NOU:s uppfattning är därför att Grums kommun inte haft rätt att använda sig av förhandlad upphandlingsförfarande och därför inte heller rätt att beakta några tillägg till redan ingivna anbud. De enda nya uppgifter som rätteligen kunde ha inkommit efter anbudstidens utgång var rättelser av uppenbara fel eller begärda förtydliganden enligt 1 kap. 21 § LOU.

Förhandlat upphandlingsförfarande

Om kammarrätten finner att förhandlat upphandlingsförfarande trots det ovan anförda varit tillåtet vill NOU anförä även följande. I länsrättens dom används en skrivning som påminner om följande avsnitt ur nyhetsbrevet NOU info: "Om enheten har motiv för att upphandlingen skall genomföras med förhandlingar kan enheten förhandla om i stort sett allt som rör upphandlingen, även priset. Men, det är viktigt att enheten *genom förhandlingarna inte väsentligt ändrar på förutsättningarna för upphandlingen*. Det skall således i grunden vara samma vara eller tjänst som upphandlas i förhållande till vad som angavs i förfrågningsunderlaget inklusive kravspecifikationen."

NOU:s skrivning i nyhetsbrevet hänför sig emellertid till vad som anförts om förhandlingar under tröskelvärdena enligt 6 kap. LOU. NOU har använt sig av liknande skrivning även i ett yttrande om förhandlad upphandling enligt 4 kap. LOU. Förhandlingarnas resultat, dvs. det slutna avtalet, får inte innehålla något som inte efterfrågats i förfrågningsunderlaget eller utesluta ett ställt krav som skulle ha varit uppfyllt.

NOU yttrar sig inte vidare i frågan huruvida förhandlingarna lett till en väsentlig förändring av de i förfrågningsunderlaget angivna förutsättningarna, eftersom Grums kommun enligt NOU:s uppfattning inte ens haft rätt att förhandla med anbudsgivarna.

NOU noterar vidare att krav och utvärderingskriterier inte är preciserade och rangordnade efter det viktigaste först. NOU anser därför att främst det felaktiga upphandlingsförfarandet men även den bristfälliga utformningen av förfrågningsunderlaget utgör skäl för att upphandlingen skall göras om.

B) Konsultens oavhängighet och likabehandling av anbudsgivarna.

Lagstiftaren har valt att i LOU inte uttryckligen behandla jävssituationer. Kravet på objektivitet framgår för upphandlande enhet som är myndighet av regeringsformen 1 kap. 9 §. I förarbeten till LOU (prop. 1992/93:88 sid. 59) uttalas bl.a. att 1 kap. 4 § LOU anger huvudregeln för all upphandling enligt lagen. Ett av de viktigaste inslagen i EG:s reglering av upphandling är att upphandlingen skall ske på marknadens villkor, genomdrivas affärsmässigt och utan ovidkommande hänsyn, dvs. objektivt. Reglerna är utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensnedvridande sätt.

I förordet till Europaparlamentets och Rådets direktiv 97/52/EG anges i punkt 10 att en upphandlande enhet får begära eller ta emot råd som kan användas för att upprätta specifikationer för ett bestämt upphandlingsförfarande under förutsättning att dessa råd inte hindrar konkurrensen.

NOU anser mot bakgrund härav att man i detta avseende bör skilja mellan

- a) de krav som rimligen kan ställas på den upphandlande enhetens organisation och dess val av personal som handlägger upphandlingen och
- b) de situationer som kan leda till att en leverantör anses ha fått sådana fördelar i upphandlingen att hans anbud bör förkastas.

NOU har i tidigare ärenden bl.a. behandlat jävsinvändningen att samma personer var verksamma i styrelser hos både den upphandlande enheten och en av anbudsgivarna. NOU har uttalat bl.a. att jävssituationer skall bedömas enligt 1 kap. 4 § LOU, d.v.s. att anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. I detta innefattas krav på objektivitet och icke-diskriminering. Syftet med regeln är att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensnedvridande sätt (likabehandlingsprincipen). NOU ansåg att en upphandling "bör skötas så att några misstankar om partiskhet inte rimligen kan uppkomma. Som delikatessjäv räknas situationer då särskild omständighet föreligger som är ägnad att rubba förtroendet för handläggarens opartiskhet. Därmed avses bl.a. sådana fall, då någon är uppenbar vän eller ovän med eller är ekonomiskt beroende av part eller intressent, liksom fall då den handläggande är direkt engagerad i saken på ett sådant sätt att misstanke lätt kan uppkomma att det brister i förutsättningarna för en opartisk bedömning. NOU vill därför betona att en upphandlande enhet bör ha sin verksamhet organiserad på ett sådant sätt att onödig misstro mot dess partiskhet inte uppstår. Risk föreligger annars bl.a. att vissa leverantörer inte lämnar något anbud eller att de anbudsgivare, som inte på allvar förväntar sig att kunna bli antagna, inte lämnar bästa möjliga anbud."

Ett annat yttrande av NOU rörde anställda som på fritiden bedrivit försäljningsverksamhet till kommunen. Dessa har medverkat vid och påverkat upprättande av kravspecifikation och senare deltagit i upphandlingen som anbudsgivare. NOU ansåg att en bedömning i regel måste göras i varje enskilt fall beträffande de anställdas reella möjligheter att erhålla otillbörliga fördelar.

Den upphandlande enheten skall följaktligen enligt NOU:s mening i görligaste mån sträva efter att vid förfrågningsunderlagets utformning och anbudens utvärdering inte använda sig av anställda eller konsulter vars partiskhet kan ifrågasättas. I sammanhanget bör dock beaktas att Sveriges folkmängd och den svenska marknads storlek i praktiken inte alltid medger anlita av en kvalificerad konsult med branschkunskap som inte har haft något samröre med de berörda leverantörerna. Enheten bör därför vidta åtgärder för att säkerställa och kunna visa att ovidkommande hänsyn inte har tagits.

Datum
1999-05-18Vår beteckning
1999/0102-29

Vad gäller förkastandet av anbudsgivarens anbud bör bedömningen utgå ifrån huruvida konkurrenssituationen i upphandlingen i verkligheten har påverkats. Det avgörande måste anses vara den reella möjligheten för leverantören att erhålla faktiska otillbörliga förmåner eftersom det kan anses strida mot likabehandlingen att både utesluta en leverantör som inte haft några förmåner som att anta en annan leverantör som erhållit sådana. Blotta misstanken om möjlig risk för ovidkommande hänsyn räcker enligt NOU inte för att från upphandlingen utesluta en leverantör som inte med någon större grad av sannolikhet kan antas ha haft fördelar.

I skrivelsen den 12 april 1999 anger konsulten J&W att Gullspång Värme AB har svarat för ca 3 % av omsättningen. Vidare anges att J&W har varit de dominerande konsulterna inom fjärrvärmebranschen i regionen och arbetat för de flesta kommuner runt Karlstad. I yttrandet från Gotlands Fjärrvärme AB anges att 7 av 31 uppdrag som J&W haft mellan åren 1997 - 1999 var beställda av Gullspång Värme AB, dess dotterbolag eller det företaget Gullspång Värme AB samarbetar med. Det betyder att J&W till knappt 25 % är beroende av Gullspång Värme AB:s framgångar i Värmlandsregionen. NOU anser inte att enbart dessa engagemang utgör tillräckliga skäl för att anse att Gullspångs Värme AB till följd av konsultens medverkan haft otillbörliga förmåner.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 18 maj 1999, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman och marknadsdirektören Peter Thore. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefjuristen Hans Sylvén efter föredragning av kammarrättsassessorn Michael Slavicek. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Michael Slavicek